ISSN 1864-371X

Bucerius Law Journal

Juli 2021
Heft 1/2021
Seiten 1–63

Editorial	Prof. Dr. Hein Kötz	Auf dem Wege zu einer europäischen Juristenausbildung	1
Aufsätze	Philipp Eschenhagen; Max Jürgens	Public hearings in pandemic times	7
Arbeitsrecht	Pia Droege	Die Haftung des Betriebsrats und der Betriebsratsmitglieder	12
	Melissa Gulde	Die Zulässigkeit der Veräußererkündigung nach Erwerberkonzept beim Betriebsübergang	22
Öffentliches Recht	Paul Plümpe	Menschenrechtsbindung Privater: Der systemtheoretische Ansatz Teubners und Fischer-Lescanos	31
Grundlagen des Rechts	Florian Bode	Die Objektivitätskritik der Legal Gender Studies	39
Medizinrecht	Moritz Hahn	Telemedizin – Zulässigkeit und zivilrechtliche Haftungsrisiken	47
Steuerrecht	Valentin Volhard	Die steuerliche Behandlung von ausgefallenen Gesellschafterdarlehen: Historie und Bewertung des § 17 Abs. 2a EStG	55

in cooperation with
WHITE & CASE

Bucerius Law Journal · Juli 2021 · Heft 1/2021 · Seiten 1–63
www.law-journal.de

BLJ

Redaktion der Ausgabe 1/2021

Fabian Afshar
Mesut Akbaba
Benedikt Bartylla
Simon Bösken (Schatzmeister)
Emmanuel Buhl
Paul Bülow
Annika Diemke (Ressortleiterin)
Benedikt Folttmann
Hannah Güntner
Fabian Hagemeister (Vorsitzender)
Sarah Heidner (Stellv. Vorsitzende)
Julia Heß
Luca Kahrs
Marvin Kalmbach
Philipp Kehl
Julius Ohletz
Cora Pfeiffer
Christoph Rathert (Ressortleiter)
Maximilian Roth
Svenja Schwartz (Ressortleiterin)
Maximilian Tränkner (Webmaster&IT)
Lars Walter
Ivo Veit Wanwitz (Social Media)

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

Fabian Hagemeister

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.

Call for Papers

EINSENDEN VON BEITRÄGEN

Wir nehmen laufend Beitragsvorschläge für die kommenden Ausgaben entgegen. Das Bucerius Law Journal ist offen für Einsendungen von Wissenschaftlern und Praktikern, möchte aber vor allem auch Studenten deutschlandweit eine Plattform zur Veröffentlichung wissenschaftlicher Beiträge bieten. In jeder Ausgabe werden daher mindestens drei studentische Aufsätze veröffentlicht.

Bitte senden Sie Beiträge als Word-Datei an **info@law-journal.de**. Ein Beitrag sollte 35.000 Zeichen (inklusive Fußnoten und Leerzeichen) nicht übersteigen, die Zitierweise von Fundstellen sollte ferner den Vorgaben unseres Zitierleitfadens entsprechen.

Die Zweitveröffentlichung eines schon an anderer Stelle veröffentlichten Beitrages im Bucerius Law Journal kommt nur in Ausnahmefällen in Betracht. Bitte weisen Sie bei Einsendung eines Beitrages darauf hin, ob Ihr Beitrag schon einmal veröffentlicht wurde bzw. ob Sie den Beitrag zur Zeit auch einer anderen juristischen Zeitschrift zur Veröffentlichung angeboten haben.

Nach Einsendung Ihres Beitrages wird dieser durch zwei Redakteure gelesen. Diese entscheiden, ob der Beitrag für eine Veröffentlichung im Bucerius Law Journal in Betracht kommt. Ist dies der Fall, bieten wir Ihnen die Veröffentlichung in einer der nächsten Ausgaben zu den in unserem Autorenvertrag niedergelegten Bedingungen an.

Bitte beachten Sie: Da wir uns am Konzept US-amerikanischer Law Journals orientieren, in denen die Redaktion eine aktive Rolle bei der Auswahl passender Beiträge übernimmt, unterziehen wir die eingesandten Beiträge auch einer kritischen inhaltlichen Prüfung. Sollten wir Ihnen eine Veröffentlichung anbieten, werden wir Ihnen daher ggf. auch Kürzungs- und Verbesserungsvorschläge unterbreiten. Änderungen werden aber – selbstverständlich – nur in Absprache mit dem Autor und nur von diesem selbst vorgenommen.

VERÖFFENTLICHEN STUDENTISCHER SEMINARARBEITEN

Im Bucerius Law Journal veröffentlichen Studenten regelmäßig auch wissenschaftliche Beiträge, die aus besonders gelungenen Seminararbeiten hervorgegangen sind und vorher in eine veröffentlichungsfähige Version umgearbeitet wurden.

Wenn Du selbst eine besonders gelungene Seminararbeit geschrieben hast und diese veröffentlichen möchtest, dann schicke sie bitte an **info@law-journal.de**.

Zwei Redakteure werden Deine Arbeit lesen und prüfen, ob man diese in einen Aufsatz umarbeiten kann. Ist dies der Fall, machen wir Dir einen entsprechenden Umarbeitungsvorschlag und bieten Dir die Veröffentlichung in einer der nächsten Ausgaben an. Für die Umarbeitung solltest Du erfahrungsgemäß noch einmal 2 Wochen einplanen. Du wirst hierbei von uns mit Rat und Tat unterstützt.

Bitte beachte: Wir bewerten die Veröffentlichungsfähigkeit einer Seminararbeit nicht vorrangig nach deren Benotung. Eine mit 16 Punkten benotete Seminararbeit kann also zum Beispiel zwar handwerklich perfekt, thematisch aber uninteressant sein, während eine „nur“ mit 10 Punkten benotete Arbeit trotz handwerklicher Fehler dennoch einen sehr innovativen und daher veröffentlichungswürdigen Gedanken enthalten kann. Im Zweifel solltest du uns Deine Arbeit einfach einschicken – wir klären dann gemeinsam, ob sie veröffentlichungsfähige Elemente enthält.

Bucerius Law Journal

Redaktion dieser Ausgabe: Fabian Afshar, Mesut Akbaba, Benedikt Bartylla, Simon Bösken (Schatzmeister), Emanuel Buhl, Paul Bülow, Annika Diemke (Ressortleiterin), Benedikt Folttmann, Hannah Güntner, Fabian Hagemeister (Vorsitzender), Sarah Heidner (Stellv. Vorsitzende), Julia Heß, Luca Kahrs, Marvin Kalmbach, Philipp Kehl, Julius Ohletz, Cora Pfeiffer, Christoph Rathert (Ressortleiter), Maximilian Roth, Svenja Schwartz (Ressortleiterin), Maximilian Tränkner (Webmaster & IT), Lars Walter, Ivo Wanwitz (Social Media)

Heft 01/2021
Seiten 1-63
16. Jahrgang
Juli 2021

Prof. Dr. Hein Kötz*

Auf dem Wege zur europäischen Juristenausbildung

Wer sich aus der Sicht des deutschen Juristen mit dem Thema „Europa" beschäftigt, wird ziemlich schnell auf Gesetzestexte zu sprechen kommen, durch die in Europa auf die eine oder andere Weise Rechtseinheit geschaffen worden ist. Solche Gesetzestexte gibt es in der Tat in großer Zahl. Sie sind, wenn man sich auf das Privatrecht beschränkt, in einem über 1.000 Seiten starken Band zusammengefasst, der seit vielen Jahren von Reiner Schulze und Reinhard Zimmermann unter dem Titel „Europäisches Privatrecht" herausgegeben wird[1] und inzwischen auch in Englisch unter dem Titel „Fundamental Texts on European Private Law" erschienen ist. Dort finden wir nicht nur die Verträge über die Europäische Union und über ihre Arbeitsweise sowie die Grundrechtecharta. Dort finden wir auch die europäischen Verordnungen zur Vereinheitlichung wesentlicher Teile des Internationalen Privat- und Prozessrechts der Mitgliedstaaten sowie eine schier endlose Zahl europäischer Richtlinien, die dafür sorgen wollen, dass im Recht der Mitgliedstaaten ein im wesentliches einheitliches Mindestniveau des Verbraucherschutzes eingehalten wird. Und natürlich finden wir dort auch Gesetzestexte, die auf der Ratifikation internationaler, auf Rechtsvereinheitlichung abzielender Staatsverträge beruhen und deshalb – wie z.B. das Einheitliche Gesetz über den internationalen Warenkauf (CISG) – in den europäischen Ländern in gleicher Form gelten.

Es hat also den Anschein, als sei die europäische Rechtseinheit nur durch einheitlich geltende gesetzliche Vorschriften zu erzielen. In der Tat lässt sich gar nicht bestreiten, dass die europäische Rechtsvereinheitlichung und Rechtsangleichung auch künftig auf den Gesetzgeber angewiesen bleiben wird. Aber dass die Einheitsgesetzgebung den einzigen oder auch nur den Königsweg zur europäischen Rechtseinheit bildet – dies ist eine Vorstellung, die allmählich mehr und mehr ins Wanken gerät. Kritisiert wird z.B., dass es bisher stets nur zur Vereinheitlichung punktueller Einzelfragen gekommen ist und infolgedessen dem Einheitsrecht ein höchst fragmentarischer und pointillistischer Charakter anhaftet. Diese Kritik soll uns hier nicht näher interessieren.[2] Behauptet wird aber auch, dass es neben der Einheitsgesetzgebung noch andere, in weniger prächtigem Gewand daherkommende, stiller wirkende, aber deshalb nicht weniger nachhaltige Kräfte gibt, die die europäische Rechtseinheit fördern können: Damit sind eine europäische Rechtswissenschaft und – das ist unser eigentliches Thema – vor allem eine europäische Juristenausbildung gemeint.[3] Unter besonderen Voraussetzungen kann man nämlich davon sprechen, dass in einem Gebiet Rechtseinheit besteht, selbst wenn in diesem Gebiet unterschiedliches Gesetzesrecht gilt, also Rechtsverschiedenheit gegeben ist. Zu diesen besonderen Voraussetzungen zählt es, dass es in diesem Gebiet eine einheitliche Juristenausbildung gibt, die die gemeinsamen Wurzeln jener Gesetze betont, dem Studenten zeigt, welche allgemeinen Rechtsbegriffe und Rechtsprinzipien ihnen zugrunde liegen und sie so dazu instand setzt, sich in diesem Gebiet frei zu bewegen und mit anderen Juristen leicht zu verständigen. Dass unter dieser Voraussetzung „Rechtseinheit – in einem anderen Sinne verstanden – auch dort bestehen kann, wo gesetztes Recht divergiert",[4] hat man dadurch plausibel zu machen versucht, dass man sich zum einen auf die historische Erfahrung des *Ius Commune*, zum anderen auf das heutige US-amerikanische Recht berufen hat.

Vom US-amerikanischen Recht ist bekannt, dass es – wenn man genau hinschaut – nicht wirklich einheitlich ist. Vielmehr gibt es in weiten Bereichen des Privatrechts wesentliche Divergenzen zwischen den Rechten der 50 Einzelstaaten. Dennoch zweifelt niemand ernstlich daran, dass in den Vereinigten Staaten Rechtseinheit besteht. Freilich ist das keine Rechtseinheit, die allein auf einheitlicher Gesetzgebung beruht. Vielmehr beruht sie auf einem Fundament überall akzeptierter Grundbegriffe und Prinzipien, auf einheitlichen Formen der Behandlung und Darstellung des juristischen Stoffs, auf einer einheitlichen Rechtsliteratur und – darauf kommt es hier an – auf einheitlichen Methoden des juristischen Unterrichts an den tonangebenden „national

* Der Verfasser war bis zu seiner Emeritierung Professor an der Universität Hamburg und Direktor am Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Privatrecht. Er war von 2000-2004 der erste Präsident der Bucerius Law School. Der Beitrag beruht auf einem Vortrag, den er am 10.12.2020 im Rahmen des Albrecht Mendelssohn Bartholdy Forums gehalten hat.

1 *R. Schulze/R. Zimmermann*, Europäisches Privatrecht, Basistexte (6. Auflage 2020).

2 Vgl. dazu z.B. *H. Kötz*, Rechtsvereinheitlichung – Nutzen, Kosten, Methoden, Ziele, RabelsZ 50 (1986) 1.

3 Vgl. zu diesem Thema schon *A. Flessner*, Rechtsvereinheitlichung durch Rechtswissenschaft und Juristenausbildung, RabelsZ 56 (1992) 243 und *H. Kötz*, Europäische Juristenausbildung, ZEuP 1993, 268; *ders.*, A Common Private Law for Europe, in: DeWitte/Forder (Hg.), The Common Law of Europe and the Future of Legal Education (1992)

4 *H. Kötz* (oben Fn. 2) 13.

law schools"? die sich an den „national general principles of common law" orientieren und das US-amerikanische Recht als virtuelle Einheit behandeln.[5]

Räumlich näher, wenn auch historisch weiter entfernt, ist das Beispiel des *lus Commune*. Es stellte ein einheitliches Fundament von Regeln, Begriffen, Prinzipien und Denktraditionen dar, das auf der Grundlage des römischen Rechts entwickelt worden ist. Es bildete überall in Kontinentaleuropa bis in das 19. Jahrhundert hinein an den Universitäten den einheitlichen Gegenstand der rechtswissenschaftlichen Bearbeitung und des juristischen Unterrichts.[6] Freilich galt das *lus Commune* immer nur subsidiär, trat also überall hinter das örtliche Land oder Stadtrecht oder das lokal geltende Gewohnheitsrecht zurück. Gleichwohl herrschte Rechtseinheit in dem Sinne, dass die Juristen überall in der Rechtssprache des *lus Commune* dachten, mit seinen juristischen Begriffen hantierten und seine Regeln anwandten, sofern es vorrangiges Ortsrecht nicht gab oder es zwar vorhanden, aber lückenhaft oder unklar war. Es gab damals in Europa eine einheitliche juristische Literatur in lateinischer Sprache, die überall gelesen und überall in der juristischen Ausbildung verwendet wurde, so dass wenig darauf ankam, ob der junge Jurist in Heidelberg oder an der Sorbonne studiert oder ob er seine Ausbildung in Prag begonnen und dann in Salamanca oder Montpellier fortgesetzt hatte.

Was sind die praktischen Lehren, die wir aus der historischen Erfahrung des *lus Commune* ziehen könnten? Sie liegen – in den Worten von Helmut Coing –

„*in der gewaltigen Bedeutung, die die juristische Universitätsausbildung sowohl im Mittelalter wie in der Aufklärungszeit für unser gemeinsames juristisches Erbe gehabt hat. Es war dies eine Ausbildung, die auf europäischen Ideen beruhte und eine Gruppe von Juristen schuf, die von diesen Ideen beherrscht waren; diese europäischen Juristen waren es, die dem europäischen Recht vorangingen. Dies ist der Punkt, an dem nach meiner Meinung unsere akademische Verantwortung beginnt. Wir sollten die juristische Ausbildung an den europäischen Juristenfakultäten so umgestalten, dass sie, statt die europäischen Juristen voneinander zu trennen, ihr gegenseitiges Verständnis zu fördern sucht. Wir müssen von der Idee Abschied nehmen, die die Juristenausbildung im 19. Jahrhundert beherrscht hat, von der Idee nämlich, dass die Grundlage der Ausbildung die nationale Gesetzgebung sei. Die Lehrpläne unserer Juristenfakultäten dürfen nicht auf das Studium des nationalen Rechts beschränkt sein, und ebenso wenig reicht es aus, den Unterricht im nationalen Recht hier und da mit vergleichenden Hinweisen zu garnieren. Was notwendig ist und worauf wir hinarbeiten müssen, ist ein Lehrplan, dessen wesentliche Lehrveranstaltungen das nationale Recht und die in anderen Rechtsordnungen geltenden Regeln im Kontext, das heißt, vor dem Hintergrund der juristischen Prinzipien und Institutionen präsentieren, die den europäischen Nationen gemeinsam sind*".[7]

Allerdings muss man fragen, ob diese Forderung Helmut Coings nicht allzu ambitioniert ist. Liegen die Verhältnisse nicht heute ganz anders als zur Zeit der Geltung des *lus Commune*? Können wir aus den alten Erfahrungen wirklich herleiten, dass die juristischen Fakultäten in Europa heute ihre Lehrpläne in dem Sinne „europäisieren" sollten, dass in den wesentlichen Lehrveranstaltungen die nationalen Regeln stets unter rechtsvergleichenden Gesichtspunkten behandelt, stets also den funktionsverwandten Regeln anderer europäischer Rechtsordnungen gegenübergestellt werden? Gab es nicht im *lus Commune* eine gemeinsame Basis von anerkannten Rechtstexten? Gab es dort nicht das *Corpus Iuris Civilis* und – soweit es um das kanonische Recht ging– das *Decretum Gratiani*, nämlich die Sammlung der geschriebenen Texte des Rechts der katholischen Kirche? Wo wäre heute eine solche Basis gemeinsam anerkannter Rechtstexte, die als Fundament einer Lehre des europäischen Privatrechts dienen könnte? Wo wäre heute die lateinische Sprache, in der früher alle Lehrbücher über das *lus Commune* verfasst und in der alle Lehrveranstaltungen über das *lus Commune* abgehalten wurden?

Diese Einwände haben Gewicht. Sicherlich trifft es zu, dass wir heute einen gemeinsamen, überall in Europa anerkannten Rechtstext nicht haben, jedenfalls nicht im Privatrecht. Ein europäisches Zivilgesetzbuch und ein europäisches Vertragsgesetzbuch gibt es nicht, und auch der Entwurf eines europäischen Kaufvertragsgesetzes ist schließlich von den Regierungen wichtiger Mitgliedstaaten als derzeit politisch nicht opportun angesehen und daher von der EU-Kommission zurückgezogen worden. Immerhin haben wir den *acquis communautaire*, also die rechtlich verbindlichen Texte der Europäischen Union und die sich darauf beziehende Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs. Diese Texte stammen überwiegend aus den Richtlinien der Europäischen Union, etwa über die Produkthaftung, die Haustürgeschäfte, die Kontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen oder den Verbrauchsgüterkauf. Sie regeln deshalb meist nur ganz bestimmte Einzelfragen, verfolgen das Regulierungsziel des Verbraucherschutzes, sind deshalb zwingender Natur und daher auch in systematisierter Form[8] als Basistext einer Lehrveranstaltung über das europäische Vertragsrecht wenig geeignet.[9] Dafür sehr wohl geeignet sind aber die *Principles of European Contract Law*. Sie sind von einer Gruppe von Rechtswissenschaftlern ausgearbeitet worden, die von dem dänischen Professor *Ole Lando* gegründet und geleitet worden ist. Sie geben für das Gebiet des Vertragsrechts den *acquis commun*

---

5 Vgl. dazu z.B. *W. Gray*, E pluribus unum: A Bicentennial Report on Unification of Law in the U.S., RabelsZ 50 (1986) 111, 155; *M. Reimann*, Amerikanisches Privatrecht und europäische Rechtseinheit – Können die USA als Vorbild dienen?, in: R. Zimmermann (Hg.), Amerikanisches Privatrecht und europäisches Privatrecht (1995) 132; *H. Kötz*, Contract Law in Europe and the United States: Legal Unification in the Civil Law and Common Law, Tulane European and Civil Law Forum 27 (2012) 1.

6 Vgl. dazu den Überblick bei *N. Jansen*, lus commune (Gemeines Recht), in: J. Basedow/K.J. Hopt/R. Zimmermann (Hg.), Handwörterbuch des europäischen Privatrechts (2009) 916.

7 *H. Coing*, European Common Law: Historical Foundations, in: M. Cappelletti (Hg.), New Perspectives for a Common Law of Europe (1978) 44 (Übersetzung vom Verf.).

8 Der *acquis communautaire* ist in systematischer Form gesammelt worden. Vgl. *Research Group on the Existing EC Private Law (Acquis Group)* (Hg.), Principles of the Existing EC Contract Law (Acquis Principles): Contract I (2007); Contract II (2009).

9 In der Wissenschaft wird der *acquis communautaire* sehr wohl als ein mehr oder weniger geschlossenes Rechtssystem begriffen und dargestellt. Vgl. *K Riesenhuber*, EU-Vertragsrecht (2013); *B. Heiderhoff*, Europäisches Privatrecht (3. Aufl. 2012).

wieder, enthalten also diejenigen Regeln, von denen man bei rechtsvergleichend-kritischer Betrachtung sagen kann, dass sie den nationalen Vertragsrechten der europäischen Länder gemeinsam sind. Natürlich sind die *Principles of European Contract Law* kein geltendes Recht, und sie werden von keinem Gericht in Europa angewandt. Aber sie werden in allen europäischen Ländern als eine wissenschaftliche Pionierleistung anerkannt und strahlen eine so erhebliche *persuasive authority* aus, dass sie überall als Basis für den Rechtsunterricht über „Europäisches Vertragsrecht" in Betracht kommen.[10] Grundregeln wie die *Principles of European Contract Law* gibt es inzwischen auch für andere Gebiete des Privatrechts, wie z.B. für das Versicherungsvertragsrecht, das Deliktsrecht und sogar für wichtige Bereiche des Familienrechts,[11] auch sie könnten als Textgrundlage einer entsprechenden Lehrveranstaltung benutzt werden.

Man kann sich freilich fragen, ob Lehrveranstaltungen über das europäische Privatrecht überhaupt einer einheitlichen und europaweit als bindend angesehenen Textgrundlage bedürfen. Immerhin besteht heute ein allgemeines Einverständnis über die *Methode*, die in solchen Lehrveranstaltungen anzuwenden ist. Es ist dies die Methode der Rechtsvergleichung, die sich nicht an die Autorität nationaler Gesetzestexte und Dogmatiken bindet, sondern allein nach der Funktion der Rechtsregeln fragt, also nach den sozialen Interessen, denen sie dienen sollen.[12] Von einer solchen Betrachtungsweise erhoffe ich mir, dass sie die dogmatischen Verkrustungen auflösen kann, mit denen sich manche nationalen Rechte – ganz besonders das *deutsche* Recht – immer noch präsentieren. Denn die Rechtsvergleichung zeigt, dass das geltende Recht nur eine von mehreren Regelungsmöglichkeiten verwirklicht. Sie verabreicht ein wirksames Gegengift gegen blinde Dogmengläubigkeit. Sie vermittelt immer wieder die Erfahrung, dass eine Regel, die geradezu die Gültigkeit von Naturrecht zu haben scheint, praktisch nicht mehr viel hergibt, wenn eine Staatsgrenze überschritten ist und das gleiche Sachproblem unter der Geltung einer anderen Rechtsordnung entschieden werden muss. Wer rechtsvergleichend arbeitet, immer wieder sieht, wie es im Ausland zugeht und immer wieder mit ausländischen Kollegen spricht, kommt gar nicht um die Feststellung herum, dass es in Deutschland nicht selten rechtswissenschaftliche Arbeiten gibt, die wegen ihres hochgetriebenen dogmatischen Aufwands im Ausland einfach nicht verstanden und daher auch nicht rezipiert werden und auf die im besten Fall der Ausdruck passt, mit dem Organist Pfühl in den „Buddenbrooks" die Musik Richard Wagners kennzeichnete: „Parfümierter Qualm, in dem es blitzt.[13] Tatsächlich würde die deutsche Rechtswissenschaft, wenn sie sich in die Suche nach dem europäischen Privatrecht einbinden ließe, das Gespräch mit den Juristen anderer europäischer Länder aufnehmen und sich problemnah und unprätentiös ausdrücken müssen, dies mit der Folge, dass ein guter Teil des dogmatischen Schutts, der sich in 100 Jahren aufs BGB fixierter Nabelschau angesammelt hat, geräuschlos zu Boden sinken könnte.

In der Tat gibt es inzwischen eine wachsende Zahl von Büchern, die sich – gestützt auf die rechtsvergleichende Methode – mit dem europäischen Privatrecht beschäftigen und als Ausbildungsliteratur geeignet sind. So gibt es unter dem bezeichnenden Titel „lus Commune Casebooks for the Common Law of Europe" mehrere kommentierte Fallsammlungen, in denen gezeigt wird, wie bestimmte Fragen des Vertrags- oder Deliktsrechts von den Gerichten europäischer Länder entschieden werden.[14] Für das Vertragsrecht gibt es die „Commentaries on European Contract Laws,[15] ferner die beiden Lehrbücher von *Jan M. Smits*[16] und mir selbst.[17] Es gibt das „Europäische Obligationenrecht" von *Filippo Ranieri*,[18] das „Gemeineuropäische Deliktsrecht" von *Christian von Bar*[19] und das „European Tort Law" von *Cees van Dam*.[20] Noch viele ähnliche Bücher über das europäische Privatrecht könnten hier zitiert werden. Sie sind natürlich nicht – wie im *lus Commune* – in lateinischer Sprache, sondern gewöhnlich in der jeweiligen Landessprache ihrer Autoren verfasst, und es ist klar, dass auch der Unterricht in diesen Fächern in derjenigen Sprache abgehalten würde, die am Sitz der jeweiligen Universität gesprochen wird. *Axel Flessner* hat in der Tat behauptet, dass sich „die Vielfalt der Sprachen bei nüchterner Betrachtung als das ernsteste Hindernis für eine europäische Rechtswissenschaft und Juristenausbildung" darstellt.[21] Aber er hat selbst mit einiger Gelassenheit hinzugefügt, dass wir uns auf die bleibende Vielfalt der Sprachen werden einrichten müssen und dass sie – besonders im Vergleich zum Octroi des Englischen – einen großen Vorzug hat, weil nur die freie Wahl der Sprache jedem Autor die volle Ausschöpfung seiner Kräfte erlaubt. Er schreibt:

„*Möge jede Autorin, jeder Autor die Sprache wählen, die ihr oder ihm für den Ausdruck der Gedanken oder für ihre Verbreitung opportun erscheint. Im Wettbewerb der wissenschaftlichen Leistungen werden die wirklich interessanten Produkte ihre Abnehmerschaft finden. Dabei wird der Wunsch der Autoren, möglichst auch außerhalb des Landes der gewählten Sprache verstanden zu werden, vielleicht zu einer wohltuenden Reinigung der Sprache und der Gedanken von dogmatischen Verkrustungen und Übersteigerungen führen, die in der Abgeschlossenheit des rein nationalen Diskurses entstanden sind.*„[22]

[10] Neben den *Principles of European Contract Law* und den *Acquis Principles* (oben Fn. 8) gibt es noch zahlreiche andere Texte, die auf eine Harmonisierung oder Vereinheitlichung des europäischen Vertragsrechts abzielen. Sie sind – geordnet nach der inneren Struktur der Principles of European Contract Law – als „Textstufen" des europäischen Vertragsrechts gesammelt und erläutert in: *N. Jansen/R. Zimmermann*, Commentaries on European Contract Laws (2018).

[11] Diese Grundregeln sind abgedruckt in *Schulze/Zimmermann* (oben Fn. 12).

[12] Ebenso schon *Flessner* (oben Fn. 3) 256.

[13] Dieser Text folgt *H. Kötz*, Rechtsvergleichung und Rechtsdogmatik, RabelsZ 54 (1990) 203, 209-211.

[14] Vgl. z.B. *H. Beale/B. Fauvarque-Cosson/J. Rutgers*, Materials and Texts on Contract Law (3. Aufl. 2019). Ähnliche Sammlungen dieser Reihe sind zum Deliktsrecht, Bereicherungsrecht und Verbraucherschutzrecht erschienen.

[15] Vgl. oben Fn. 10.

[16] Contract Law, A Comparative Introduction (2. Aufl. 2020).

[17] Europäisches Vertragsrecht (2. Aufl. 2012).

[18] Europäisches Obligationenrecht (3. Aufl. 2019).

[19] Vgl. auch *G. Wagner*, Grundstrukturen des Europäischen Deliktsrechts, in: R. Zimmermann (Hg.), Grundstrukturen des Europäischen Deliktsrechts (2003) 189. Dort findet sich auch ein Überblick über die Arbeiten, die von verschiedenen Gruppen von Wissenschaftlern mit dem Ziel einer Harmonisierung des europäischen Deliktsrechts vorgelegt worden sind (S. 196 f.).

[20] *C. van Dam*, European Tort Law (2006).

[21] *Flessner* (oben Fn. 3) 258.

[22] *Flessner* (oben Fn. 3) 258. Auch bestreitet heute niemand, dass für junge

Wir kehren also zu der Ausgangsfrage zurück: Ist die Zeit gekommen, zu der man fordern muss, dass die Juristenausbildung in Europa in dem Sinne vereinheitlicht werden sollte, dass in jedem Lande an mindestens einer Fakultät den Studenten die Möglichkeit gegeben wird, sich für eine „europäische" Ausbildung zu entscheiden, die durch und durch rechtsvergleichend angelegt ist, sich nämlich durchweg von dem Prinzip leiten lässt, dass die nationalen Regeln auf Schritt und Tritt den funktionsverwandten Regeln der anderen europäischen Rechtsordnungen gegenübergestellt werden müssen? Darin läge ein Schritt, dessen Bedeutung man nicht unterschätzen darf. Denn jeder weiß, dass heute an den europäischen Juristenfakultäten grundsätzlich nur das Recht desjenigen Landes gelehrt wird, in dem sie ihren Sitz haben. Jeder weiß auch, dass rechtsvergleichende Lehrveranstaltungen oft nur auf dem Niveau von Einführungskursen abgehalten werden und im Übrigen in der Form von Seminaren für einige wenige besonders interessierte Studenten stattfinden. Gewiss gibt es hier und da Ansätze, die auf Besseres hoffen lassen. Das von der Europäischen Union inaugurierte ERASMUS-Programm bietet den Studenten aller Fachrichtungen – auch den Jurastudenten – einen Anreiz zum Studium im Ausland. Juristische Fakultäten aus verschiedenen europäischen Ländern haben Verträge miteinander geschlossen, die es ihren Studenten erlauben, nacheinander in diesen Ländern Lehrveranstaltungen zu besuchen und Prüfungen abzulegen, die ihnen den Weg zur Anwaltszulassung ebnen.[23] Auch finden überall Sommerkurse statt, die zwar in der Landessprache abgehalten werden, die für ausländische Teilnehmer gedacht sind und sie in die Rechtsvergleichung, in das Europa- oder Völkerrecht oder in das Rechtssystem eines bestimmten Landes einführen wollen. Manche deutschen juristischen Fakultäten haben besondere Programme für junge Ausländer entwickelt, die ihre juristische Ausbildung in ihren Heimatländern abgeschlossen haben und nunmehr in Deutschland den juristischen Master- oder Doktorgrad erwerben wollen.

Ich brauche nicht zu sagen, dass alle diese verschiedenen Formen der Einfügung internationaler und vergleichender Elemente in die Juristenausbildung lobenswert sind und vermehrt und verstärkt werden sollten. Aber man muss die Frage stellen, ob das genügt. Sicherlich sind Sommerkurse und Studienaufenthalte im Ausland eine gute Sache. Aber es bleibt dabei, dass der juristische Unterricht nach wie vor auf das nationale Recht konzentriert ist, dies mit der Folge, dass der Student, er mag Ausländer sein oder nicht, an einer französischen, englischen oder deutschen Universität nur französisches, englisches oder deutsches Recht studieren kann und dass rechtsvergleichende Lehrveranstaltungen, die auf das europäische Recht abzielen, überall nur eine Randbedeutung haben. Bedenken muss man auch, dass für denjenigen, der in Deutschland als Rechtsanwalt zugelassen werden will, kein Weg am der deutschen juristischen Staatsexamen vorbeiführt und dass die gesetzlichen Vorschriften, die dieses Examen bis ins Detail hinein regulieren,[24] ganz und gar auf das deutsche Recht fixiert sind und im Ausland erbrachte Studienleistungen nicht anerkennen.[25]

Man wird einwenden, dass eine Neuorientierung der Lehrpläne, wie sie hier vorgeschlagen wird, verfrüht, zu ehrgeizig und unpraktikabel sei. Im Rechtsleben der europäischen Länder – so wird man sagen – werde die entscheidende Rolle noch auf lange Zeit von den nationalen Rechtsordnungen gespielt werden. Was die große Mehrheit unserer jungen Juristen brauche, seien solide Kenntnisse im nationalen Recht, und die juristischen Fakultäten würden ihren Studenten einen schlechten Dienst erweisen, wenn man sie sämtlich dazu auffordern würde, alle dafür geeigneten Lehrveranstaltungen unter einem europäisch-rechtsvergleichenden Gesichtswinkel zu unterrichten.

Diese Forderung ginge in der Tat zu weit. Es würde aber durchaus genügen, wenn sich in jedem Lande zunächst nur eine *einzige* Fakultät für die geschilderte europäische Öffnung ihrer Ausbildung entschiede. Dies zu tun hätte sie gute Gründe, weil sich in den letzten Jahren in Europa die Formen anwaltlicher Berufspraxis und der Inhalt anwaltlicher Dienstleistungen erheblich verändert haben. Das liegt vor allem daran, dass in einem Europa, das sich als einheitlichen Wirtschaftsraum, als „Binnenmarkt ohne Grenzen" versteht, der grenzüberschreitende Verkehr von Waren, Personen, Dienstleistungen und Kapital von Jahr zu Jahr zunimmt; damit steigt von Jahr zu Jahr auch die Nachfrage nach juristischen Beratungsleistungen, die sich nicht mehr allein aufgrund der Kenntnis einer nationalen Rechtsordnung erbringen lassen. Damit stimmt der Befund zusammen, dass die Zahl der Anwaltskanzleien, die sich in ihren Stellenanzeigen als auf das europäische Wirtschaftsrecht spezialisiert beschreiben, von Jahr zu Jahr zunimmt und dass die meisten dieser Kanzleien von den

Juristen Kenntnisse ausländischer Sprachen nicht bloß sinnvoll, sondern unerlässlich sind und dass deshalb der Erwerb solcher Kenntnisse auch von den juristischen Fakultäten vermittelt und geprüft werden muss. Das Problem der Verschiedenheut der Landessprachen kann auch durch Übersetzungen gemildert werden. So ist das oben in Fn. 17 genannte Buch über „Europäisches Vertragsrecht" inzwischen auch in englischer, italienischer und französischer Übersetzung erschienen. Ein anderes Beispiel ist das rechtsvergleichende Buch von *T. Kadner Graziano*, La responsabilité délictuelle en droit comparé (2019), das gleichzeitig in englischer Sprache erschienen ist und demnächst in deutscher Sprache erscheinen wird.

[23] So hat die Humboldt-Universität Berlin mit dem King's College der Universität London und der Universität Paris II (Panthéon-Assas) ein „Netzwerk" unter dem Namen „European Law School" errichtet. Wer als deutscher Student einen Studienplatz an der „European Law School" erhalten hat, studiert zunächst drei Jahre an der Humboldt-Universität, um die Kenntnisse des deutschen Rechts zu erwerben, die er für das Bestehen der in Deutschland erforderlichen Ersten Staatsprüfung braucht (vgl. Fn. 27). Darauf folgt ein jeweils einjähriges Studium in London und Paris, für das der Student zwischen den Schwerpunkten Privatrecht, Wirtschaftsrecht, Öffentliches Recht oder Strafrecht wählen und Prüfungen ablegen kann, die ihm den Weg zur Anwaltszulassung in diesen Ländern ebnen. Vgl. dazu ausführlich und mit weiteren Beispielen einer internationalen Zusammenarbeit juristischer Fakultäten *K Duden/J. Trinks*, Vergleichende Perspektiven auf die Rolle der Rechtsvergleichung in der juristischen Ausbildung, in: J. Brockmann/A. Pilniok/M. Schmidt (Hg.), Rechtsvergleichung als didaktische Herausforderung (2020) 27.

[24] Vgl. dazu §§ 5a und 5d Deutsches Richtergesetz und die dazu in Kraft gesetzten umfassenden landesgesetzlichen Bestimmungen.

[25] Immerhin tun diese Vorschriften ein Schrittchen in die richtige Richtung, wenn sie bestimmen (§ 5a Abs. 2 Satz 2 Deutsches Richtergesetz), dass zum juristischen Staatsexamen nur zugelassen wird, wer den erfolgreichen Besuch einer „fremdsprachigen" Lehrveranstaltung oder „eines rechtswissenschaftlich ausgerichteten Sprachkurses" nachweisen kann. Zu beachten ist auch, dass die Gesamtnote des Staatsexamens zu 70 % vom Ergebnis der staatlichen Prüfung in den Pflichtfächern (vgl. unten Fn. 27) und zu 30 % von der Note abhängt, die die juristische Fakultät dem Studenten für seine Leistungen in dem von ihm gewählten „Wahlschwerpunkt" erteilt hat. Manche Fakultäten erkennen das juristische Studium an bestimmten ausländischen Universitäten als „Wahlschwerpunkt" an.

Bewerbern ausdrücklich die Beherrschung mindestens einer Fremdsprache und ferner Auslandserfahrung verlangen, die entweder an einer ausländischen Universität oder in einer ausländischen Kanzlei erworben sein muss.[26] Es ist deshalb offensichtlich, dass es eine steigende Nachfrage nach jungen Juristen gibt, die über besondere Qualifikationen im Umgang mit europäischem und ausländischem Recht und auch die dafür erforderlichen Sprachkenntnisse verfügen. Man sollte deshalb erwarten, dass die juristischen Fakultäten der europäischen Länder oder jedenfalls in jedem Lande eine *einzelne* Fakultät, diesem Druck früher oder später nachgeben und ihr Lehrangebot anpassen wird. Wir werden gleichsehen, dass und warum diese Anpassungsreaktionen den deutschen juristischen Fakultäten besonders schwer fallen. Besonders leicht fallen sie hingegen den Fakultäten „kleinerer" Länder, in denen man schon immer wusste, dass ein Jurist heute nicht weit kommt, wenn er nur mit dem eigenen Recht und nur mit der eigenen Sprache vertraut ist. Besonders ist hier die Universität Maastricht hervorzuheben. In ihrer *European Law School* bietet sie ein juristisches Studium an, das in 3 Jahren zu einem Bachelor-Grad führt, in englischer Sprache abgehalten wird, und die juristischen Fächer nicht aus der Sicht des niederländischen oder eines anderen nationalen Rechts, sondern von vornherein nur aus europäisch-rechtsvergleichender Sicht behandelt. Wer dieses Programm erfolgreich absolviert und vielleicht auch noch einen Master-Grad im europäischen Steuerrecht, im gewerblichen Rechtsschutz, oder im Arbeitsrecht erworben hat, ist allein dadurch für viele Tätigkeiten in international tätigen Anwaltskanzleien, Unternehmen oder in Regierungs- und Nichtregierungsorganisationen qualifiziert. Wer diesen besonderen Bachelor-Grad erworben hat, aber in den Niederlanden als Rechtsanwalt praktizieren oder dort als Richter oder Staatsanwalt arbeiten will, muss bestimmte zusätzliche Lehrveranstaltungen erfolgreich besucht haben, die nur in niederländischer Sprache unterrichtet werden und bestimmte Bereiche des niederländischen Rechts betreffen. In diesem Fall hat der Bachelor-Grad – wie man in den Niederlanden sagt – „civiel effect". Das bedeutet, dass, wer diesen Grad erworben hat, berechtigt ist, an der besonderen Ausbildung teilzunehmen, die in den Niederlanden eine Voraussetzung für die Zulassung als Rechtsanwalt bildet.

Wie verhält es sich in Deutschland? Anders als in den Niederlanden gibt es bei uns keine Fakultät, die eine rechtsvergleichend angelegte und auf das europäische Recht konzentrierte Ausbildung anbietet. Das mag verschiedene Gründe haben. Der wichtigste Grund liegt darin, dass die Juristenausbildung in Deutschland in hohem Maße gesetzlich reglementiert und dadurch die Freiheit der Fakultäten zur Ausgestaltung der Lehrpläne erheblich beschränkt wird. Denn wer bei uns Richter, Staatsanwalt, Rechtsanwalt oder Notar werden oder sonst einen juristischen Beruf ergreifen will, für den die Qualifikation des „Volljuristen" verlangt wird, muss zwei Staatsprüfungen bestehen, von denen die erste nach dem Ende des juristischen Studiums stattfindet. Anders als sonst irgendwo auf der Welt (außer in Japan und Südkorea) ist es bei uns nicht die juristische Fakultät, sondern eine staatliche Behörde, die in dieser ersten Prüfung darüber entscheidet, ob und mit welchem Erfolg der Student seine juristische Universitätsausbildung absolviert hat. Hinzu kommt, dass gesetzlich genau geregelt ist, wie die Universitätsausbildung beschaffen sein muss, wenn ihre Absolventen an der Staatsprüfung teilnehmen wollen. Danach muss sich die Ausbildung – wie auch die Prüfung selbst – auf sämtliche „Pflichtfächer" des deutschen Rechts erstrecken, also auf alles, was sich als Gegenstand der „Kernbereiche des Bürgerlichen Rechts, des Strafrechts, des Öffentlichen Rechts und des Verfahrensrechts" bezeichnen lässt.[27] Es ist klar, dass sich alle deutschen juristischen Fakultäten diesem System fügen, also ihre Studenten auf das Staatsexamen vorbereiten müssen, und dass jede von ihnen nur wenig Spielraum hat, dasjenige zu tun, was ihr sinnvoll erscheinen mag und ihre Position im Wettbewerb verbessern könnte, nämlich ihre Lehrpläne aus der Verengung auf die Pflichtfächer des nationalen Rechts herauszuführen und sie durch gewichtige auslandsrechtliche und rechtsvergleichende Bestandteile auf die Höhe der Zeit zu bringen. Der Wissenschaftsrat– eine staatliche Kommission mit der Aufgabe, die Regierungen von Bund und Ländern in Fragen der Entwicklung von Hochschulen, Wissenschaft und Forschung zu beraten – hat vor einigen Jahren Empfehlungen zum Fach Rechtswissenschaft vorgelegt, in denen er aus guten Gründen fordert, in der juristischen Ausbildung die Grundlagenfächer – und unter ihnen ganz besonders die Rechtsvergleichung – stärker zu betonen. Dem Wissenschaftsrat war klar, dass seine Vorschläge sich nur dann würden umsetzen lassen, wenn der juristische Pflichtstoff reduziert wird; deshalb – so heißt es ausdrücklich – „müssen die Länder den Pflichtstoff kürzen und systematisch konzentrieren".[28] Niemanden wird es überraschen, dass der Pflichtstoff bisher *nicht* reduziert worden ist und dass dafür in der näheren Zukunft auch gar keine Aussichten bestehen. Erst recht gibt es wenig Hoffnung auf eine grundsätzliche „Deregulierung" der Juristenausbildung, die darauf hinauslaufen müsste, dass an die Stelle der ersten Staatsprüfung – wie überall sonst in Europa und der ganzen übrigen Welt – eine Universitätsabschlussprüfung träte.[29] Die Justizverwaltungen der meisten Bundesländer halten nämlich am System der Staatsprüfungen eisern fest, und auch die Mehrzahl der juristischen Fakultäten und Professoren ist für eine Änderung des *status quo* nicht zu haben.[30] Da in Deutschland die meisten Studenten Rechtsanwälte oder

[26] Vgl. dazu *J. Basedow*, Juristen für den Binnenmarkt: Die Ausbildungsdiskussion im Lichte einer Arbeitsmarktanalyse, NJW 1990, 959.

[27] Vgl. dazu oben Fn. 25 und § 5a Abs. 2 Deutsches Richtergesetz sowie die Gesetze der Länder, in denen die Einzelheiten geregelt sind. In Hamburg gilt das Juristenausbildungsgesetz vom 11.6.2003 und die „Verordnung über die Prüfungsgegenstände der staatlichen Pflichtfachprüfung" vom 24.1.2020, in der in barockem Detail geregelt ist, was zu den genannten „Kernbereichen" zählt und daher von der Behörde geprüft und benotet werden darf.

[28] *Wissenschaftsrat*, Perspektiven der Rechtswissenschaft in Deutschland – Situation, Analysen, Empfehlungen 2012) 61.

[29] Durch eine Universitätsabschlussprüfung wird natürlich nicht ausgeschlossen, dass die Zulassung zum Anwaltsberuf von einer „Anwaltsprüfung" abhängig gemacht wird, deren Zulassungsvoraussetzungen und Inhalt staatlicher Zustimmung bedürfen. Vgl. zu den Einzelheiten einer solchen Reform der Juristenausbildung *H. Kötz*, Juristenausbildung und Anwaltsberuf, Anwaltsblatt 1988, 320; *ders.*, Bologna als Chance, JZ 2006, 397.

[30] Das wird damit begründet, dass sich für die Fakultäten eine erhebliche Belastung ergäbe, wenn sie selbst die Abschlussprüfung durchzuführen hätten. Der andere Grund wird von den Fakultäten und Professoren nicht gern in den Mund genommen: Er liegt darin, dass eine bundesweit einheitliche Benotung der Prüfungsergebnisse nur durch ein staatliches Examen gewährleistet werde und dass die Fakultäten, würde ihnen die Abschlussprüfung überlassen, nach Ablauf einer Schamfrist nur noch die allerbesten Noten vergeben würden. Diese Sorge scheint mir unbegründet, weil die „Noteninflation" sofort publik gemacht und eine Fakultät, die es dazu

Richter werden wollen oder aus anderen Gründen eine „volljuristische" Qualifikation anstreben, erwarten sie von den Fakultäten die Vorbereitung auf die erste Staatsprüfung. Das bedeutet, dass es für sie derzeit wenig Anreiz und kaum eine Möglichkeit gibt, mit anderen deutschen Fakultäten dadurch in Wettbewerb zu treten, dass sie eine Ausbildung anbietet, die eigene Wege geht, den Pflichtstoff des nationalen Rechts reduziert und den Akzent auf eine „europäische Öffnung" des Faches legt.

Man wird den Schluss ziehen müssen, dass es heute eine einheitliche europäische Juristenausbildung noch nicht gibt, jedenfalls dann nicht, wenn man von ihr verlangt, dass ihr wesentlicher Kern von Lehrveranstaltungen gebildet wird, in denen die Regeln wichtiger Rechtsgebiete von vornherein in einem gemeineuropäischen Kontext erörtert, also z.B. das französische, deutsche oder. niederländische Vertrags- oder Deliktsrecht als örtliche Variationen eines im Grunde einheitlichen europäischen Themas dargestellt werden. In Schriftform ist dieser Schritt zwar schon getan worden,[31] und es gibt zwar noch keine Gesetze, wohl aber gesetzesähnliche Texte, die für bestimmte Rechtsgebiete den europäischen *acquis commun* wiedergeben und überall dem juristischen Unterricht zugrunde gelegt werden könnten.[32] Hier und da geschieht das auch schon, wenn auch oft nur in Ansätzen. Dagegen bestehen gegen eine durchgreifende Denationalisierung und Europäisierung des Rechtsunterrichts immer noch erhebliche politische und psychologische Widerstände. Immerhin spricht manches dafür, dass diese Widerstände sich künftig abschwächen werden. Wir haben gesehen, dass manche Länder auf die neue Entwicklung schneller als andere reagiert haben. In Deutschland sind zwar der Entdeckungsfreude und dem Wettbewerbsgeist der juristischen Fakultäten durch die zwingenden gesetzlichen Vorschriften des Staatsprüfungssystems enge Grenzen gesetzt. Aber auch hier haben die Jurastudenten schon heute viele Möglichkeiten, ihre Ausbildung auf eine breitere Grundlage zu stellen, als sie allein durch das nationale Recht geboten wird. Gewiss muss, wer in Deutschland als Rechtsanwalt zugelassen werden will, die erste und – nach einem zweijährigen Vorbereitungsdienst – auch noch die zweite Staatsprüfung bestehen. Richtig ist auch, dass die erste Prüfung sich auf die Pflichtfächer des deutschen Rechts konzentriert und Kenntnisse im Auslandsrecht und in der rechtsvergleichenden Methode keine Bedeutung haben. Richtig ist aber auch, dass aufgrund des Systems der Staatsprüfungen die juristische Ausbildung in Deutschland länger dauert als anderswo. Immerhin wird aber aus Maastricht gemeldet, dass viele deutsche Studenten ein Studium an der „European Law School" dieser Universität aufgenommen haben, weil ihnen die Ausbildung in Deutschland zu lange dauert und sie davon ausgehen, dass sie nach dem Erwerb der holländischen Anwaltszulassung unter erleichterten Voraussetzungen sich auch in Deutschland als Anwälte werden niederlassen oder ihre Beratungstätigkeit werden ausüben können.[33] Vielleicht führt die Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit der Europäischen Union zu einem versteckten Wettbewerb der Juristenausbildungen. Dies wäre ein Wettbewerb, den nach meiner festen Überzeugung Deutschland nicht gewinnen kann.

kommen ließe, sofort mit einem schlechten Renommee und ungeeigneten Studienanfängern bestraft würde.

[31] Vgl. oben Fn. 14-20.

[32] Vgl. oben Fn. 10-11.

[33] Die Europäische Union hat unter Berufung auf die Niederlassungsfreiheit (Art. 49 ff. AEUV) und die Dienstleistungsfreiheit (Art. 56 ff. AEUV) die Richtlinien 98/5/EG vom 16. Februar 1998 und 77/249/EWG vom 22. März 1977 erlassen, die die Mitgliedstaaten zu einer erheblichen Liberalisierung der Regeln gezwungen haben, nach denen sie im EU-Ausland zugelassene Rechtsanwälte auch im Inland als Anwälte zulassen oder ihre Beratungsleistungen auch im Inland ohne Beanstandungen dulden müssen. Vgl. dazu in Deutschland das Gesetz über die Tätigkeit europäischer Rechtsanwälte in Deutschland vom 9. März 2000 (BGBI. 1 182, 1349).

Philipp Eschenhagen, Max Jürgens*

PUBLIC HEARINGS IN PANDEMIC TIMES

A. ABSTRACT

The SARS-CoV-2 pandemic challenges the human right to a public hearing and calls for a fresh discussion on its scope and limits. The contagious nature of the virus impedes physical courtroom access for spectators, forcing jurisdictions to find alternatives in complying with their human rights obligations. This article explores various remedies employed by different jurisdictions in response to the pandemic. It illustrates how diverging notions of 'public' hearings result in different approaches to the implementation of the corresponding human right.

B. INTRODUCTION

'Everyone is entitled in full equality to a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal, in the determination of his rights and obligations and of any criminal charge against him.'

Article 10 of the Universal Declaration of Human Rights (UDHR)[1] establishes the right to a public trial as a fundamental human right. Later, international conventions and covenants incorporated the right to a public trial in civil and criminal cases into their systems of human rights protection: According to Article 14 of the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR)[2] all persons 'shall be entitled to a fair and public hearing.' Similarly, the European Convention on Human Rights (ECHR)[3] guarantees 'a fair and public hearing within a reasonable time' in Article 6.Article 8(5) of the American Convention on Human Rights (ACHR)[4] stipulates that criminal proceedings 'shall be public, except insofar as may be necessary to protect the interests of justice.'

The right to public hearings finds implementation in the majority of domestic jurisdictions. The 6th Amendment to the United States Constitution stipulates the right to a "speedy and public trial" of those accused of having committed a crime.[5] Similarly, national legislation in Germany[6], France[7] and the United Kingdom (UK)[8] generally provide for public hearings in civil and criminal proceedings.

However, in times of a pandemic, public hearings in civil and criminal court proceedings face a variety of challenges. Courts all around the world face the difficult task of protecting the health of parties involved as well as the interested public, while at the same time guaranteeing a public trial. The codes of civil and criminal procedure in most countries are designed to regulate court proceedings in non-pandemic times, and seldomly have provisions in place that insure public participation during a nationwide health crisis and a wide-ranging public lockdown.

Therefore, during times of a pandemic, the human right to a public hearing receives new scrutiny by many jurisdictions, since physical access of the public to a courtroom impedes social distancing measures aimed at containing the spread of a lethal virus. Remedies to alleviate health risks for concerned parties and the public within a courtroom are diverse and differ from jurisdiction to jurisdiction – and sometimes even within jurisdictions. While some jurisdictions use new technology to construct "virtual courtrooms" which allow remote participation of the public, others simply discourage interested persons from attending hearings or forbid attendance altogether.

The current SARS-CoV-2 pandemic has severe implications for physical courtroom access of the public, which raises issues regarding the scope of the right to public hearings as enshrined in human rights law. In particular, the pandemic endangers the lawful implementation of the right to public hearings in domestic jurisdictions. The virus makes governments and courts question the entire notion and forces a discussion on the substance of "public" in "public hearing" according to human rights law.

Current human rights law does not offer stringent solutions for ensuring public hearings during pandemic times. Human rights treaties offer exceptions to the right to public hearings,[9] however, their scope and application in light of exceptional situations such as the SARS-CoV-2 pandemic become blurred.[10] But while theory may develop over time, practice had to react swiftly. Domestic jurisdictions reacted differently to the pandemic, exemplifying their diverging interpretations of the human right to a public trial. In fact, these diverging reactions can be traced back to different general notions underlying the principle of public hearings.

Consequently, this article first explores these different notions underlying the principle of public hearings (C.) before examining the corresponding practical remedies sought by some jurisdictions as a response to the pandemic (D.). Lastly,

* Max Jürgens ist Promotionsstudent an der Goethe-Universität Frankfurt und Rechtsanwalt in Hamburg. Philipp Eschenhagen ist Promotionsstudent an der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel und wissenschaftlicher Mitarbeiter am Institut für Klimaschutz, Energie und Mobilität in Berlin.

1 Universal Declaration of Human Rights (adopted 10 December 1948 UNGA Res 217 A(III).

2 International Covenant on Civil and Political Rights (adopted 16 December 1966, entered into force 23 March 1976) 999 UNTS 171.

3 European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms.

4 American Convention on Human Rights (adopted 22 November 1969, entered into force 18 July 1978) 1144 UNTS 123.

5 US Constitution amendment VI; see also *Richmond Newspapers, Inc. v Virginia* (1980) 448 US 555.

6 Gerichtsverfassungsgesetz 1975, s 169(1).

7 Code de procédure civil 1975, Art 22; Code de procédure pénale 1958, Art 306.

8 For England and Wales cf Civil Procedure Rules 1998, pt 39.2; see also Human Rights Act 1998, Art 1, making it unlawful for a public authority to act in a way incompatible with rights awarded by the ECHR.

9 cfECHR, Art 6, 15.

10 cf K Dzehtsiarou, 'COVID-19 and the European Convention on Human Rights' (Strasbourg Observers, 27 March 2020);cf also below D.

the article will conclude that these practical remedies stem from different general notions underlying public hearings and will shape the future interpretation of the human right to a public hearing (E.).

C. THE PRINCIPLE OF PUBLIC HEARINGS

Traditionally, most jurisdictions implement the human right to a public hearing by allowing physical access to courtrooms. Currently, however, many jurisdictions deviate from this practice by employing a number of alternative measures. These jurisdictions vary considerably in their approaches to the principle of public hearings (see below D.). Yet, while the practical measures differ, they are based on consistent theoretical foundations.

Broadly, two lines of thought can be identified as the theoretical basis for the principle of public hearings.[11] On the one hand, the principle is closely tied to the fundamental notion of publicity. The notion of publicity stems from enlightenment thought.[12] Kant wrote: „ All actions that affect the rights of other human beings, the maxims of which are incompatible with publicity, are unjust."[13] Today, the notion has entered most legal cultures, which self-identify as democratic and rule-of-law-based. In democratic rule, the people as sovereign must be in a position to form a public opinion, which guides government's actions.[14] Government's actions must therefore be transparent to the public. Hence, transparency forms one of the cornerstones of the notion of publicity.[15] Furthermore, as a matter of the rule-of-law publicity also ensures that governmental action is legitimate.[16] As such, the notion of publicity underlying public hearings warrants lawful governmental conduct, fair procedure, and the respect for human rights.

On the other hand, public hearings may pursue entirely different ends than envisioned by the notion of publicity. While publicity is a means for control of governmental action, governmental action may itself seek to be perceived in public. Where it does, the principle of public hearings may deviate from the enlightenment notion of publicity. Courts may seek perception of their trials in public not merely to conform to the notion of publicity, but because the trial pursues sociological and political ends beyond the enforcement of legal rules.[17] In open court, spectators may witness the punishment of perpetrators, law enforcement and assertion of individual rights. Having seen justice in action, public trust in judicial process can be assured. To this extent, trials may function as show-trials - which need not necessarily be intimidating as the term suggests, if understood merely as indicating these trials' orientation towards public perception.[18] This function follows the notion that all social practices are signifying practices and hence that a trial may be instrumental in expressing certain messages.[19] It can therefore be termed the 'expressive' function of court hearings.[20] For the principle of public hearings this function signifies that the trial depends on its public perception and therefore seeks it.

It remains uncertain whether these two notions underlying the principle of public hearings are compatible with each other. One could consider the expressive function of court hearings irrelevant to the individual human right to a public trial. In fact, the German Constitutional Court (*Bundesverfassungsgericht*) held that trials are not explicitly directed at public perception, as this would contradict the rule-of-law. The Court specifically condemns the entire notion of show-trials.[21] In other legal regimes such as international criminal law, however, trials are considered to convey a message to communities after mass atrocity.[22] To this end, the International Criminal Court (ICC) organizes live screenings of its proceedings in affected communities.[23] Similarly, in some instances court proceedings in the United States (US) can be followed via live stream.[24] And yet, the ICC as well as the US would self-define as rule-of-law based regimes. In fact, the two lines of thought can be present within one legal system. The notion of publicity will be considered relevant to all kinds of proceedings in rule-of-law based systems. The notion of expressivism, however, may be predominant (but not exclusive) in criminal trials, where public perception may be of increased importance.

One might also perceive these notions as mutually reinforcing each other. Where a culture of publicity prevails, courts send out a particular message, the message of publicity. This message simultaneously satisfies the expressive function of trials.

Human rights law does not explicitly adhere to one notion over the other. While the notion of publicity is certainly tied closely to the political theory of human rights law,

[11] The following line of argument is inspired by the Chapter 'Gericht und Tribunal' in C Vismann, *Medien der Rechtsprechung* (Fischer Verlag 2011).

[12] cf James Clinger, 'The Kantian Publicity Principle and the Transparency Presumption in Public Affairs: When Private Citizens' Participation Becomes Public Knowledge' (2016) 19(4) Public Integrity 394.

[13] Immanuel Kant, 'Toward Perpetual Peace' P Kleingeld, *Toward Perpetual Peace and Other Writings on Politics, Peace, and History* (Yale University Press 2006) 104.

[14] cf eg BVerfG (1998) 2 BvR 1877/97 para 80.

[15] Clinger (n 12) 395.

[16] F Meinel, 'Öffentlichkeit als Verfassungsprinzip und die Möglichkeit von Onlinewahlen' (2004) 37(4) Kritische Justiz 413, 417.

[17] J Feinberg, 'The Expressive Function of Punishment' in J Feinberg, *Doing and Deserving* (Princeton University Press) 95.

[18] However, critical voices are manifold, cf only M Koskenniemi, 'Between Impunity and Show-Trials' (2002) 6 MPYUNL 1 with regards to international criminal trials.

[19] David Garland writes: '[E]ven the most mundane form of conduct in the social world is also a possible source of expression, of symbolization, and of meaningful communication – every action is also a gesture', D Garland, *Punishment and Modern Society: A Study in Social Theory* (Clarendon Press 1991) 255.

[20] For the use of this term cf CR Sunstein, 'On the Expressive Function of Law' (1996) 63 University of Chicago Law Review 591, 597; B Sander, 'The expressive turn of international criminal justice: A field in search of meaning' (2019) 32(4) Leiden Journal of International Law 851.

[21] BVerfG (2001) 1 BvR 2623/95.

[22] M Osiel, Mass Atrocity, *Collective Memory, and the Law* (Transaction Publishers 1997).

[23] cf the ICC's website for live broadcasting and its Youtube channel; see also L Owor Ogora, 'Ugandan Delegation in The Hague as Thousands of People Attend Live Screening Sessions Across Northern Uganda' (International Justice Monitor 19 September 2018) with an account of ICC live screenings in Uganda.

[24] Famously, *The People of the State of California v OJ Simpson* (1995) was televised; today, a number of US courts broadcast hearings on the internet via virtual livestream, eg Ninth Judicial Circuit Court of Florida, 'Initial Appearances – Live'.

the human right to a public trial does not disregard the expressive function of trials. Accordingly, the European Court of Human Rights (ECHR) argues that the human right to a public trial "protects litigants against the secret administration of justice with no public scrutiny; it is also one of the means whereby confidence in the courts can be maintained."[25] The Court therefore refers to the notion of publicity as well as the expressive function of trials in interpreting the human right to a public trial.

D. PUBLIC HEARINGS IN TIMES OF A PANDEMIC

Independent of whether these two lines of thought are compatible or not, during these pandemic times they often shape the arguments for or against certain measures enabling public hearings. They do so in a discreet manner, often unnoticed, since they are deeply embedded within legal cultures.

The following overview exemplifies how different legal systems adhere to these understandings of public hearings even or particularly in a pandemic environment. While some states appear to struggle with their restrictive understanding of public hearings during the SARS-CoV-2 pandemic, others seem to expand on alternative measures originating from pre-pandemic times.

I. Cancellation and postponement of hearings

In the immediate aftermath of first shut down measures, many courts preliminarily decided to cancel or postpone hearings.[26] In the UK, most courts chose to postpone non-essential hearings and to only cover urgent work; ongoing jury trials were continued at first, while new jury trials were not to take place.[27]In Germany, most judges[28] have decided to postpone public hearings either indefinitely or to a time, where a lifting of restrictions is expected.[29]

However, in unison with the requirement of a public trial, most statutes also stipulate the necessity for a speedy trial, especially in criminal cases. Consequently, certain civil and criminal proceedings cannot be preliminarily canceled or rescheduled. Especially in criminal cases involving defendants in pre-trial custody, the defendant has a right to a regular reassessment of his imprisonment, even in times of a pandemic.[30] Other criminal cases must take place within a certain time frame before the statute of limitations on the alleged crime runs out[31] or the case needs to be heard anew.[32] Additionally, certain criminal trials cannot be delayed indefinitely if the defendant is in pre-trial custody – an undue delay would lead to the release of the defendant from custody, irrespective of the alleged crime.[33]

II. Exclusion of the public

Courts could – in theory – declare a hearing not open to the public in order to prevent the spread of the virus.[34] Human rights treaties regularly provide for an exception allowing for derogations from the right to a public trial under specific circumstances.[35] Such an exclusion of the public could either be achieved by holding a remote hearing without making the live feed available to the public, or by holding a physical courtroom session while barring the public from attendance.

For cases which cannot be postponed, courts in Germany are discussing to introduce a provision that temporarily excludes the public from attendance during the pandemic.[36] In the UK, a hearing must be held in private, if and to the extent that the court considers this to be necessary to secure the proper administration of justice.[37] According to the judiciary, the current pandemic may qualify as reason for a private hearing.[38]

A temporary exclusion of the public for health reasons could be deemed legal with regards to human rights law, insofar as the exclusion strictly adheres to the principle of necessity.[39] In this regard, necessity regularly includes the stipulation of an aim on which an exclusion is based, the pursuit of that aim by means of an exclusion of the public, as well as an appropriate balance between the grounds for exclusion of the public and the interest in a public hearing.[40] While the protection of life may be considered a viable aim for excluding the public and the exclusion an appropriate way

[25] *Riepan v Austria* (2000) para 27.

[26] See eg the notification on the corona virus by the German District Court of Osnabrück: Landgericht Osnabrück, 'Weitere Informationen zum Umgang mit dem neuartigen Coronavirus am Landgericht Osnabrück' (Niedersachen. Klar., 20 March 2020).

[27] Her Majesty's Courts and Tribunals Service, 'HMCTS weekly operational summary on courts and tribunals during the coronavirus (COVID-19) outbreak' (GOV.UK, 24 April 2020).

[28] In Germany the cancellation or rescheduling of hearings is generally auspice of the judge or judges conducting the trial. The autonomy and independence of judges in Germany – a strict principle of the rule of law enshrined in Basic Law 1949, Art 97(1) – forbids state or federal government to implement rules on how judges are to schedule their hearings, even in times of a pandemic.

[29] However, a uniform approach – even within single courts – was not possible, A Kaufmann, 'Die Gerichte schalten auf Notbetrieb' (Legal Tribune Online, 17 March 2020).

[30] For example: Strafprozessordnung 1987, s 117, in Germany.

[31] The *Loveparade Case* currently heard by the District Court of Duisburg in Germany was recently terminated because delays caused by the coronavirus would exceed the statute of limitations, Landgericht Duisburg (2020) Az 36 KLs 10/17.

[32] For example: Strafprozessordnung 1987, s 229, in Germany and the current criminal case against concentration camp warden Bruno D., Landgericht Hamburg, 'Terminhinweis im Verfahren gegen 93-jährigen früheren SS-Wachmann' (hamburg.de, 21 April 2020).

[33] For example BVerfG (2018) 2 BvR 819/18, paras 28-30 in Germany; Code de procedure pénale 1958, Art 145-1 in France.

[34] For example Gerichtsverfassungsgesetz 1975, s 172(1a) in Germany.

[35] ECHR, Art 6: 'the press and public may be excluded ... in the interests of morals, public order or national security ... or to the extent strictly necessary in the opinion of the court in special circumstances where publicity would prejudice the interests of justice.'; the ICCPR, Art 14(1), employs a very similar wording; the ACHR, Art 8(5), also refers to the 'interests of justice.'

[36] A respective draft amendment to the Arbeitsgerichtsgesetz 1979, s 46(3) was considered by the German Ministry of Justice, B Windau, 'Neue Initiative: Arbeitsgerichte als „Online-Courts"?' (Expertenforum Arbeitsrecht, 31 March 2020), however, the constitutionality of even a temporary exclusion of the public is dubious, P Eschenhagen, 'Öffentlichkeit in Online-Gerichtsverhandlungen' (Verfassungsblog, 26 April 2020).

[37] Civil Procedure Rules 1998, p 39.2(3)(g).

[38] Judiciary of England and Wales, 'Civil justice in England and Wales protocol regarding remote hearings' (26 March 2020).

[39] cfECHR, Art 6, which allows for such an exception as long as the principle of proportionality finds consideration.

[40] C Grabenwarter, *European Convention on Human Rights Commentary* (Beck Verlag 2014).

of securing that aim, striking a balance between the grounds for exclusion and the interest in a public hearing will require consideration for less drastic measures: Technological solutions such as a public audiovisual transmission of a trial may be favorable to the extent that they uphold (physical or remote) public access to hearings while not infringing upon other rights, e.g. the right to a speedy trial or the right to life and health. If a court possesses these technological capabilities, the claim of necessity might be unconvincing.

Extreme examples of public exclusion during a remotely held trial are cases in Singapore and Nigeria, in which defendants were reportedly sentenced to death by the respective courts via Zoom video conferencing.[41] The sentencing judgments were communicated to the defendants remotely; the families of the defendants were not present. The cases exhibit an infringement of the defendant's right to a public trial and exemplifies why a minimum degree of public access to hearings is crucial in guaranteeing a fair and humane trial.

III. Physically accessible courtrooms with absent parties

Many jurisdictions provide for remote hearings where the parties' physical attendance is substituted by audiovisual transmission into the courtroom, while the judge and public are physically present.

Germany had a respective provision for civil cases in place even before the pandemic began,[42] yet not all German courts resort to this solution.[43] The UK passed legislation on video and audio link in court proceedings through its Coronavirus Act 2020.[44] Both legislations permit the concerned parties, their legal representatives and witnesses to stay at another location in the course of a hearing for oral argument and to transmit their images and sound into the courtroom in real time. Similarly, Italy's legislation on SARS-CoV-2 substitutes the defendant's physical presence with video transmission in criminal cases.[45] While the mentioned actors are exempted from physical appearance in the courtroom, spectators must physically appear in the courtroom.[46] In practice, the provisions do not construct a "virtual courtroom", but simply replace the physical attendance of claimant, defendant and witnesses with audiovisual transmission.

This model has drawbacks in pandemic times: social distancing measures cannot be effectively implemented in spatially confined galleries or for prominent cases with high public attendance. Additionally, spectators might not be willing to attend an oral hearing, since the mere existence of social distancing provisions carries a chilling effect on the public.[47] In practice, such a legal approach amounts to *de facto* public exclusion.

IV. Access for media representatives

UK law permits a court to hold a virtual hearing via audiovisual means (e.g. Skype).[48] In exceptional circumstances, the judiciary provides for media representatives to log in to the hearing remotely.[49] In these instances, public access to a physical courtroom is substituted with individualized access for media representatives to a virtual courtroom. Similarly, while the German legal system does not envision virtual courtrooms at all, it does seek to replace (physical) public access with (physical) access for media representatives in these pandemic times:

The German state of Bavaria argues that its regulation on the SARS-CoV-2 state wide shutdown does not infringe upon the principle of public hearings, since members of the press are exempted from many of the lockdown provisions and may therefore attend hearings in court.[50] The District Criminal Court of the City of Hamburg (Landgericht Hamburg) decided to bar the public from attending hearings in the case against former concentration camp warden Bruno D.[51]Members of the press, however, may monitor the trial from another room within the court building, to which the trial is being broadcasted live.[52]

This model may serve as a compromise between protecting the public's health and guaranteeing public hearings in pandemic times.[53] However, since the media only covers selected cases, it restricts the principle of public hearings to cases of broader interest it chooses to cover.

V. Live broadcasts

Before the pandemic, US and UK courts already had provisions in place[54] or participated in pilot projects[55] that allowed

[41] BBC, 'Man sentenced to death in Singapore via Zoom'(BBC News, 20 May 2020); BBC, 'Coronavirus: Nigeria's death penalty by Zoom "inhumane"'(BBC News, 6 May 2020).

[42] Zivilprozessordnung 2005, s 128a.

[43] Although German civil procedure allows for audiovisual transmission of the concerned parties, the approach has practical limitations. Many courts neither have the technical prerequisites nor the technical know-how or budget to conduct a video transmitted oral hearing, B Windau, 'ZPO-Überblick: Verhandlung im Wege der Bild- und Tonübertragung gem. § 128a ZPO' (ZPO Blog, 26 April 2020).

[44] UK Coronavirus Act 2020, schedules 23-27.

[45] Decreto-Legge (no 18) 2020 Art 83(12).

[46] The UK Coronavirus Act 2020, schedules 23-27, goes further and theoretically allows for live streaming over the internet. So far, however, no respective broadcasts have taken place on a wider scale.

[47] The German state of Bavaria serves as a prominent example: It implemented a lockdown within the state, allowing to leave one's own house only for 'good reason', Bayerische Verordnung über eine vorläufige Ausgangsbeschränkung anlässlich der Corona-Pandemie 2020, s 1(4) – participating in a courtroom proceeding as spectator, however, is not mentioned as an example for 'good reason'; similar provisions exist in the states of Berlin, Corona Eindämmungsverordnung 2020, s 14(3), and Saxony, Allgemeinverfügung zum Vollzug des Infektionsschutzgesetzes: Maßnahmen anlässlich der Corona-Pandemie 2020, s 2.9.

[48] Civil Procedure Rules 1998, part 39.2; UK Coronavirus Act 2020, schedule 25.

[49] Judiciary of England and Wales (n 38).

[50] Bavarian Minister of Justice, 'Corona-Virus: Maßnahmen der bayerischen Justiz'(24 March 2020).

[51] Landgericht Hamburg (n 32).

[52] Ibid, the arrangement became necessary, since otherwise the 93-year-old defendant might not outlive a judgment or the case would have to be heard anew. Several witnesses are holocaust survivors of old age and had already testified in pre-pandemic hearings; a new hearing would most likely impair their attendance.

[53] Eschenhagen (n 36).

[54] The UK allowed live broadcasting of selected Court of Appeal cases and at the Supreme Court, it considered extending coverage to sentencing remarks in the Crown Court, see The Crown Court (Recording and Broadcasting) Order 2020(Draft).

[55] For example the US pilot project on cameras in federal courtrooms, Federal Judicial Center, 'Video Recording Courtroom Proceedings in United

for remote live feeds of hearings accessible to any spectator. The courtroom becomes "virtual", attendance is open to all with an internet connection, while only the concerned parties have the right (and the technical prerequisites) to actively participate in the hearing. In the UK, the pandemic accelerated plans to broadcast lower court hearings live over the internet, although so far, such broadcasts have not been widely implemented.[56]

The openness towards video livestreams of hearings in the US (and to a lesser degree the UK) rests on the fact that the expressive function of trials is more embedded in their legal cultures. They favor a greater range of perception than mere physical access to courtrooms warrants. In the US, audiovisual transmission from the courtroom began as early as 1935 in the Bruno Hauptmann trial and has been practiced throughout the 20th century.[57] Among US scholars, theoretical debate on its legitimacy is qualitatively and quantitatively advanced and still ongoing.[58] Today, most US states allow for live broadcast of courtroom proceedings. The matter has even grown into a business, with a private commercial TV station, Courtroom Television Network (Court-TV), focusing entirely on live broadcasting of courtroom proceedings. This tradition illustrates why jurisdictions like the US or the UK seem to be more at ease with guaranteeing public hearings by live video broadcasting in pandemic times.

In contrast, Germany, France and several other EU Member States, in which the notion of publicity dominates, traditionally and exclusively rely on physical access to the courtroom in order to conform to the principle of public hearings. These legal cultures limit the functions of public hearings to transparency and control of government action, which are adequately satisfied by granting the public physical access to hearings. Consequently, live broadcasting over the internet with remote access for the interested public is not permitted.[59] In the words of the German Constitutional Court: "Proceedings take place in public, but not for the public."[60] Even in pandemic times, these jurisdictions seem not to deviate from this stance.

E. CONCLUSION

What lessons can be learned for ensuring the human right to a public hearing in times of a pandemic?

First, solutions may differ from one legal field to another. While non-essential civil proceedings may be postponed, criminal justice must guarantee a public and at the same time speedy trial and therefore deserves a more flexible approach in times of a pandemic.

Secondly, some legal cultures understand the human right to a public hearing not exclusively as a means to guaranteeing the transparency notion of publicity. Rather, they will be used to the idea that legal proceedings are signifying practices and that their significance can be employed in a politically or sociologically valuable manner. Those legal cultures may be more comfortable with live broadcasting of legal proceedings and will encounter less difficulties of enabling public hearings in times of a pandemic.

Thirdly, legal cultures that do not identify in such a manner, will generally expect that the human right to a public hearing is limited to physically opening the courtroom to the public. Since these legal cultures will encounter difficulties of enabling public hearings in times of a pandemic, they will have to re-evaluate how the right to a public hearing can be ensured without the public's physical presence in the courtroom. In particular, the role of video broadcast might require reconsideration in light of the lack of alternatives.

Fourthly and somewhat generally, irrespective of the perception of the human right to a public hearing, temporary substitution of public access to hearings with exclusive access for media representatives may be a viable compromise in pandemic times. It conforms to both the notion of publicity as well as the expressive function of trials, while keeping in line with efforts to prevent the spread of a lethal virus.

This article does not claim to draw exhaustive conclusions on the issue of public hearings in pandemic times. Nevertheless, these conclusions illustrate how a crisis such as a pandemic questions previously unchallenged legal notions – often unnoticed by judicial actors. Regarding human rights law, the current pandemic requires us to re-evaluate how domestic jurisdictions implement the right to a public hearing.

States District Courts: Report on a Pilot Project' (2016).

[56] The UK Coronavirus Act 2020, schedule 25 s1, s2, extends live broadcasting to some lower courts by amending the Courts Act 2003 and The Tribunals, Courts and Enforcement Act 2007.

[57] P Thaler, *The Watchful Eye, American Justice in the Age of the Television Trial* (Praeger Publishers 1994).

[58] Ibid; see furthermore pioneer works concerned with online courts such as R Susskind, *Online Courts and the Future of Justice* (OUP 2019); E Katsh, O Rabinovich-Einy, *Digital Justice* (OUP 2017); R Sherwin, *Visualizing Law in the Age of the Digital Baroque* (Routledge 2011).

[59] BVerfGE 1 BvR 2623/95.

[60] Ibid, para 68 (translation by authors).

Pia Droege*

Die Haftung des Betriebsrats und der Betriebsratsmitglieder

A. Einleitung

Der Arbeitgeber hat die für die Betriebsratsarbeit erforderlichen Kosten gem. § 40 I BetrVG zu tragen. Dazu zählen auch Kosten für externe Beratungsleistungen, die der Betriebsrat in Anspruch nimmt. Die Fälle, in denen der Betriebsrat Rechtsgeschäfte mit einem sachverständigen Dritten abschließen kann, sind eng umgrenzt von den §§ 40 I, 80 III und 111 S. 2 BetrVG. Der Betriebsrat kann z.B. bei einer Betriebsänderung in Unternehmen mit mehr als 300 Arbeitnehmern zur Erarbeitung eines Interessenausgleichs einen Berater beauftragen. Aber wer muss das Beratungshonorar zahlen, wenn der Betriebsrat z.B. einen zu teuren Berater beauftragt hat?

Im Jahre 2012 hatte der BGH[1] folgenden Sachverhalt zu entscheiden:

Ein Unternehmen plante verschiedene innerbetriebliche Umstrukturierungsmaßnahmen, die zum Abbau und zur Verlegung zahlreicher Arbeitsplätze ins Ausland führen sollten. Der Betriebsrat beschloss, sich betriebswirtschaftlich zum Interessenausgleich beraten zu lassen. Der Betriebsratsvorsitzende schloss deshalb im Namen des Betriebsrats mit einem Beratungsunternehmen, das auf die Beratung von Betriebsräten spezialisiert war, einen entsprechenden Vertrag. Am Ende erhielt der Betriebsrat eine Rechnung über eine Gesamtsumme von 87.000 Euro und bat den Arbeitgeber, sie zu begleichen. Der Arbeitgeber verweigerte die Bezahlung, weil er meinte, dass ein Teil der Beratungsleistungen nicht erforderlich gewesen sei.

Die Arbeit untersucht die Frage, inwieweit Betriebsrat und Betriebsratsmitglieder für rechtsgeschäftliche Verbindlichkeiten gegenüber einem Berater haften.

Zur Beantwortung der Haftungsfrage muss geklärt werden, ob und inwieweit der Betriebsrat mit einem externen Berater einen wirksamen Beratungsvertrag schließen kann. Wenn festgestellt werden sollte, dass der Betriebsrat nur für den erforderlichen Teil der Beratungskosten haftet, wird es knifflig. Der Arbeitgeber darf dann nämlich zu Recht die Bezahlung teilweise verweigern. Sollen nun der Berater oder die Betriebsratsmitglieder das Haftungsrisiko für den „überschüssigen“ Teil tragen? Vor dem Hintergrund, dass die Betriebsratsmitglieder ihr Amt gem. § 37 I BetrVG unentgeltlich als Ehrenamt ausüben, wäre es für sie eine enorme Belastung für Beraterhonorare in Höhe von mehreren zehntausend Euro haften zu müssen. Sollte nicht eher der spezialisierte Berater das Risiko tragen, die Erforderlichkeit der Beratung falsch bewertet zu haben? In der Folge würde er dann jedoch seine Kosten nicht ersetzt bekommen.

Die Entscheidung des BGH ist mittlerweile 9 Jahre her. Seitdem wurde die Diskussion um die persönliche Haftung der Betriebsratsmitglieder für rechtsgeschäftliche Verbindlichkeiten heiß geführt.[2] Gerade jetzt während der Corona-Pandemie geht es vielen Unternehmen wirtschaftlich so schlecht, dass sie Betriebsänderungen durchführen müssen. Für Betriebsräte ist deshalb die Frage der Haftung des Betriebsrats und der Betriebsratsmitglieder speziell bei der Inanspruchnahme externer Berater aktueller denn je.

B. Grundvoraussetzungen der Haftung des Betriebsrats für rechtsgeschäftliche Verbindlichkeiten: Vermögens- und Rechtsfähigkeit

Haften kann nur derjenige, der auch rechtsfähig ist. Damit der Betriebsrat als möglicher Vertragspartner und Schuldner eines vertraglichen Zahlungsanspruchs in Frage kommt, muss er folglich ein Rechtssubjekt sein. Um auch in der Praxis als Schuldner in Betracht zu kommen, muss der Betriebsrat vermögensfähig sein, da anderenfalls ein gegen ihn gerichteter Zahlungsanspruch nicht durchsetzbar ist.

I. Partielle Vermögensfähigkeit des Betriebsrats

Es besteht Einigkeit darüber, dass der Betriebsrat insoweit vermögensfähig ist, wie das Betriebsverfassungsrecht ihn mit vermögensrechtlichen Ansprüchen ausstattet.[3] Der Betriebsrat hat das Recht vom Arbeitgeber gem. §§ 40, 80 III und 111 S. 2 BetrVG von den erforderlichen Kosten für die Beauftragung eines externen sachverständigen Dritten (nachfolgend: Berater) freigestellt zu werden („Freistellungsansprüche“[4]), sodass er insoweit partiell vermögensfähig ist. Um das Bestehen und den Umfang möglicher Freistellungsansprüche zu ermitteln, wird nun ihr Anwendungsbereich und das Erforderlichkeitskriterium untersucht. Das ist notwendig, da der Umfang der Freistellungsansprüche wiederum dazu dient, die Grenzen der partiellen Vermögens- und Teilrechtsfähigkeit des Betriebsrats abzustecken.[5] Damit wird der Grundstein für die spätere Untersuchung gelegt, in welchem Bereich der Betriebsrat für rechtsgeschäftliche Verbindlichkeiten haftet.

1. Anwendungsbereich der §§ 40, 80 III und 111 S. 2 BetrVG bei der Beauftragung eines sachverständigen Dritten

§ 40 I BetrVG ermöglicht dem Betriebsrat die Beauftragung eines Rechtsanwalts für seine (außer-)gerichtliche Vertretung.[6] Gem. § 80 III BetrVG darf der Betriebsrat für eine

---

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

1 BGH, NZA 2012, 1382 ff.

2 Vgl. die zahlreichen Entscheidungsbesprechungen u.a. von *Dzida*, NJW 2013, 433 ff.; *Jaeger/Steinbrück*, NZA 2013, 401 ff.; *Richardi*, RdA 2013, 317 ff.

3 BAG, NZA 1998, 900, 901; *Fitting*, § 1 Rn. 295; GK-BetrVG-*Franzen*, § 1 Rn. 73.

4 BAG, NZA 2006, 109; *Fitting*, § 40 Rn. 92 f.

5 Siehe B.II.

6 Richardi-*Thüsing*, § 40 Rn. 23.

konkrete Aufgabe einen Berater zur Vermittlung von fachlichen oder rechtlichen Kenntnissen beauftragen,[7] wie z.B. Arbeitswissenschaftler, Informatiker, Bilanzsachverständige oder Gewerkschaftsvertreter.[8] Ein Rechtsanwalt darf den Betriebsrat i.R.v. § 80 III BetrVG z.B. zu einer komplexen vom Arbeitgeber vorgeschlagenen Betriebsvereinbarung rechtlich beraten.[9] § 111 S. 2 BetrVG erlaubt dem Betriebsrat bei Betriebsänderungen in Großunternehmen mit mehr als 300 Arbeitnehmern einen Berater hinzuzuziehen. Der Betriebsrat soll durch die Beratung in die Lage versetzt werden, komplexe Sachverhalte schnell zu analysieren und Alternativkonzepte zu entwickeln.[10] Ein Rechtsanwalt kann z.B. mit dem Entwurf für einen schwierigen Interessenausgleich beauftragt werden, nicht aber für einen Sozialplan, da dafür § 80 III BetrVG einschlägig ist.[11]

§ 80 III BetrVG enthält die zusätzliche Voraussetzung, dass die Zustimmung des Arbeitgebers bzw. ihre gerichtliche Ersetzung eingeholt werden muss. Im Rahmen von § 111 S. 2 BetrVG ist die Zustimmungseinholung nicht erforderlich, damit der Betriebsrat seine Beteiligungsrechte schnellstmöglich ausüben kann, um so noch rechtzeitig auf die Entscheidung des Arbeitgebers einwirken zu können.[12] Für alle Freistellungsansprüche ist stets ein wirksamer Beschluss des Betriebsrats gem. § 26 II BetrVG notwendig.[13]

2. Erforderlichkeit als entscheidendes Tatbestandsmerkmal zur Bestimmung des Umfangs des Freistellungsanspruchs

Für die Beantwortung der Frage, ob die Kosten erforderlich waren, sind nicht die subjektiven Bedürfnisse des Betriebsrats maßgeblich, sondern eine umfassende Gesamtabwägung aus ex ante Perspektive.[14] Der Betriebsrat muss „die Interessen der Belegschaft an einer sachgerechten Ausübung des Betriebsrats einerseits und die berechtigten Interessen des Arbeitgebers andererseits gegeneinander ab[..]wägen“[15]. Er ist gem. § 2 I BetrVG verpflichtet, die Kosten so gering wie möglich zu halten (Gebot der Kostenminimierung).[16] Hervorzuheben ist, dass der Betriebsrat einen Beurteilungsspielraum besitzt,[17] dessen Grenzen „nicht zu eng“[18] gezogen werden dürfen, damit er in seiner Amtsführung funktions- und handlungsfähig bleibt.[19] Der Betriebsrat muss zwischen der „Erforderlichkeit an sich“, der „Erforderlichkeit des Umfangs“ und der „Erforderlichkeit der Kosten“ der Beratungsleistungen unterscheiden.[20]

Die Erforderlichkeit ist diejenige Tatbestandsvoraussetzung, die entscheidend für die Bestimmung des Umfangs des Freistellungsanspruchs und somit der Reichweite der Vermögensfähigkeit ist. Für die Kosten, die über die Erforderlichkeitsgrenze hinausgehen, haftet der Betriebsrat nicht, sodass der Arbeitgeber sie nicht tragen muss.[21] Möglicherweise haften aber Betriebsratsmitglieder für sie, deshalb sollte der Betriebsrat die Erforderlichkeit der Beratung sehr sorgfältig prüfen. Dabei ist zu beachten, dass die Beurteilung der Erforderlichkeit facettenreich ist und im Einzelfall schwierig sein kann.[22]

II. Teilrechtsfähigkeit des Betriebsrats

Die Frage, ob der Betriebsrat rechtsfähig ist, war lange Zeit ungeklärt. In einer Grundsatzentscheidung vom 25.10.2012 durfte ausgerechnet der BGH[23] über die Rechtsfähigkeit des Betriebsrats gegenüber Beratern[24] entscheiden: Soweit der Betriebsrat „innerhalb seines gesetzlichen Wirkungskreises“ handelt, kann er in dem Umfang berechtigt und verpflichtet werden (Ultra-Vires-Lehre).[25] Der Betriebsrat ist somit im Innen- und Außenverhältnis teilrechtsfähig. Er kann unter den Voraussetzungen der §§ 40 I, 80 III und 111 S. 2 BetrVG wirksame Verträge mit Beratern schließen.[26] Sobald die „Erforderlichkeitsgrenze“[27] aber überschritten ist, endet die Rechtsfähigkeit des Betriebsrats. Die Begrenzung der Rechtsfähigkeit auf den Umfang der Vermögensfähigkeit (Intra-Vires-Bereich) ist dadurch gerechtfertigt, dass eine weiterreichende Rechtsfähigkeit für den Berater ohnehin wertlos wäre.[28]

C. Haftung des Betriebsrats und der Betriebsratsmitglieder für rechtsgeschäftliche Verbindlichkeiten

I. Haftung des Betriebsrats

1. Haftung im Intra-Vires-Bereich

a) Abschluss des Verpflichtungsgeschäfts

Der Betriebsratsvorsitzende kann gem. § 26 II 1 BetrVG aufgrund und im Rahmen eines ordnungsgemäßen Beschlusses (Intra-Vires-Bereich) eine Willenserklärung im Namen des Betriebsrats abgeben. Der Vorsitzende ist dabei Vertreter in der Erklärung, d.h. er gibt zwar eine eigene Willenserklärung ab, aber seine Vertretungsmacht ist beschränkt.[29] Er kann den Betriebsrat nur insoweit wirksam verpflichten, als der Inhalt der abgegebenen Willenserklärung dem Betriebsratsbeschluss entspricht.[30] Der Betriebsrat kann die vom Vorsitzenden abgegebene Erklärung genehmigen,[31] unter

---

7 *Fitting*, § 80 Rn. 91.
8 DKW-*Wedde*, § 80 Rn. 163.
9 BAG, Urt. v. 15.11.2000 - 7 ABR 24/00, juris, Rn. 25.
10 BT-Dr. 14/5741, S. 51; Schaub-*Koch*, § 244 Rn. 25a.
11 Vgl. BAG, NZA 2017, 514 Rn. 14.
12 BT-Dr. 14/5741, S. 52; *Oetker*, NZA 2002, 465.
13 GK-BetrVG-*Weber*, § 40 Rn. 45; GK-BetrVG-*Weber*, § 80 Rn. 153; GK-BetrVG-*Oetker*, § 111 Rn. 224.
14 BAG, NZA 2000, 556; 557; *Fitting*, § 40 Rn. 9.
15 BAG, NZA 2000, 556, 557.
16 BAG, NZA 2015, 1141 Rn. 16; *Schiefer/Borchard*, DB 2016, 770, 771.
17 Vgl. BAG, NZA 2000, 556; 557; *Fitting*, § 40 Rn. 9.
18 BGH, NZA 2012, 1382 Rn. 45.
19 BGH, NZA 2012, 1382 Rn. 45; GK-BetrVG-*Weber*, § 40 Rn. 13.
20 Vgl. BGH, NZA 2012, 1382 Rn. 27; ausdrücklich *Jaeger/Steinbrück*, NZA 2013, 401; *Benecke*, NZA 2018, 1361, 1362; *Picht*, S. 7.
21 BGH, NZA 2012, 1382 Rn. 29, siehe C.II.
22 *Jaeger/Steinbrück*, NZA 2013, 401, 404; *Preis/Ulber*, JZ 2013, 579, 580.
23 BGH, NZA 2012, 1382 ff.
24 Siehe zur Rechtsfähigkeit im Verhältnis zum Arbeitgeber bereits BAG, NZA 2003, 53, 54; BAG, NZA 2005, 123, 124.
25 BGH, NZA 2012, 1382 Rn. 16; zust. Lit.: *Preis/Ulber*, JZ 2013, 579, 580; *Schwarze*, JA 2013, 467, 469 f.
26 Vgl. BGH, NZA 2012, 1382 Rn. 16.
27 BGH, NZA 2012, 1382 Rn. 29.
28 BGH, NZA 2012, 1382 Rn. 28, 30.
29 BAG, NZA 2003, 870, 872; *Fitting*, § 26 Rn. 22.
30 *Fitting*, § 26 Rn. 22.
31 Richardi-*Thüsing*, § 26 Rn. 47 f.

der Voraussetzung, dass der neue Beschluss die Erforderlichkeitsgrenze nicht überschreitet.

b) Fallbeispiel

Zur Veranschaulichung der Haftung im Intra-Vires-Bereich soll ein Fallbeispiel dienen:

Ein Spielwarenunternehmen mit 1000 Arbeitnehmern, das in Deutschland produziert, beschließt seine Produktion nach China zu verlegen, sodass 80 % der Arbeitsplätze bedroht sind. Der Betriebsrat schließt, vertreten durch seinen Vorsitzenden nach ordnungsgemäßer Beschlussfassung durch den Betriebsrat, einen Vertrag mit einem Unternehmensberater. Der auf Betriebsräte spezialisierte Unternehmensberater soll anlässlich der geplanten Betriebsänderung einen Entwurf für einen schwierigen Interessenausgleich erstellen. Die Vertragsparteien vereinbaren einen Tagessatz i.H.v. 1500 Euro.

Die Voraussetzungen des Freistellungsanspruchs aus § 111 S. 2 BetrVG liegen vor. Insbesondere hat der Betriebsrat nicht die Erforderlichkeitsgrenze überschritten, da er richtig beurteilt hat, dass die Beauftragung an sich und deren Umfang erforderlich war und außerdem ein marktübliches Honorar[32] vereinbart hat. Der Betriebsrat kann sich gegenüber dem Unternehmensberater verpflichten und mit seinem Vermögen in Form des Freistellungsanspruchs für das Honorar haften.

Schließlich kann der Betriebsrat den Freistellungsanspruch schuldbefreiend an den Berater abtreten.[33] Der Freistellungsanspruch wandelt sich dann in einen Zahlungsanspruch des Beraters gegen den Arbeitgeber um,[34] sodass der Arbeitgeber die Kosten zu tragen hat.

2. Keine Haftung im Ultra-Vires-Bereich

Sobald die Grenzen der Freistellungsansprüche aber überschritten werden, endet die Rechtsfähigkeit des Betriebsrats (Ultra-Vires-Bereich). Wenn die Betriebsratsmitglieder beschließen einen Berater zu beauftragen, der Auftrag aber an sich oder in seinem Umfang die Erforderlichkeitsgrenze überschreitet, ist der Beschluss in Teilen unwirksam. Der Betriebsratsvorsitzende hat für die Abgabe der Willenserklärung keine gesetzliche Vertretungsmacht nach § 26 II 1 BetrVG und kann insoweit keinen Vertrag mit einem Berater schließen, der den Betriebsrat zur Zahlung eines Honorars verpflichtet.

Erneut soll ein Fallbeispiel zur Verdeutlichung dienen:

Die Ausgangssituation ist dieselbe wie im ersten Fallbeispiel. Nun beauftragt der Betriebsrat allerdings den Unternehmensberater auch mit einem Entwurf für einen Sozialplan. Er holt vorher nicht die Zustimmung des Arbeitgebers ein. Die Vertragsparteien vereinbaren zudem einen Tagessatz i.H.v. 5000 Euro. Für den Entwurf des Interessenausgleichs benötigt der Berater 20 Tage, sodass Kosten i.H.v. 100.000 Euro anfallen. Für den Entwurf des Sozialplans fallen Kosten i.H.v. 50.000 Euro an.

Der Spielwarenunternehmer weigert sich, die gesamten Kosten i.H.v. 150.000 Euro zu zahlen. Er meint, dass der Betriebsrat mit der Beauftragung des Beraters die Erforderlichkeitsgrenze mehrfach überschritten habe. Damit liegt der Arbeitgeber richtig. Der Betriebsrat hat zum einen bei seiner Beurteilung verkannt, dass der Umfang der Beauftragung des Beraters i.R.d. § 111 S. 2 BetrVG nicht erforderlich war, da der Entwurf eines Sozialplans nicht zu den Aufgaben eines Beraters nach § 111 S. 2 BetrVG zählt. Der Unternehmensberater hätte zwar i.R.d. § 80 III BetrVG als Sachverständiger hinzugezogen werden können. Da der Betriebsrat aber vorher nicht die Zustimmung des Spielwarenunternehmers eingeholt hat, liegen die Voraussetzungen des § 80 III BetrVG nicht vor. Für die Beraterkosten i.H.v. 50.000 Euro hat der Betriebsrat keinen Freistellungsanspruch.

Geht man mit dem LAG Rheinland-Pfalz[35] davon aus, dass ein Tagessatz i.H.v. 1900 Euro erforderlich ist und lässt man außer Betracht, dass die Entscheidung bereits 9 Jahre alt ist und deshalb heutzutage aufgrund des Inflationsausgleichs eigentlich ein höherer Tagessatz noch als erforderlich anzusehen wäre, sind die Kosten für den Interessenausgleich i.H.v. 62.000 Euro (20 x 3.100 Euro) und für den Sozialplan in vollständiger Höhe, d.h. 50.000 Euro, nicht erforderlich.

Der Vertrag ist somit teilweise wirksam gem. § 139 BGB. Der Freistellungsanspruch besteht nur für den wirksamen Teil i.H.v. 38.000 Euro (20 x 1.900 Euro). Für den Teil haftet der Betriebsrat.

In Höhe von 112.000 Euro besteht der Freistellungsanspruch allerdings nicht. Der Betriebsrat kommt wegen mangelnder Rechtsfähigkeit im Ultra-Vires-Bereich nicht als Vertragspartner und Haftungssubjekt in Betracht. Sodann stellt sich die Frage, ob die einzelnen Betriebsratsmitglieder im Ultra-Vires-Bereich haften können.

II. Haftung der Betriebsratsmitglieder

Da das BetrVG keine Haftungsnorm für die Haftung von Betriebsratsmitgliedern für vertragliche Forderungen von Beratern enthält, liegt eine Regelungslücke für den Intra- und Ultra-Vires-Bereich vor. Insbesondere für den Ultra-Vires-Bereich wird die analoge Anwendung von Haftungsnormen aus dem BGB, HGB und AktG diskutiert. Dabei dreht sich die Diskussion um die brisante Frage, wer das Haftungsrisiko dafür tragen soll, dass der Betriebsrat nicht wirksam verpflichtet werden konnte, weil die Grenzen der Freistellungsansprüche überschritten worden sind: der Berater oder die Betriebsratsmitglieder?[36]

---

[32] Vgl. LAG Rheinland-Pfalz, 7.11.2011 – TaBV 29/11, juris, Rn. 55.
[33] BAG, NZA 2009, 1223 Rn. 20; GK-BetrVG-*Weber*, § 40 Rn. 22.
[34] Ebd.
[35] LAG Rheinland-Pfalz, 7.11.2011 – TaBV 29/11, juris, Rn. 55.
[36] Vgl. bereits *Gamillscheg*, FS Otto 2008, S. 93, 98.

1. Keine Statushaftung gem. § 128 HGB analog

a) Haftung im Intra-Vires-Bereich

Im Intra-Vires-Bereich ist eine Haftung aller Betriebsratsmitglieder aus § 128 HGB analog aufgrund fehlender vergleichbarer Interessenlage ausgeschlossen.[37] Eine akzessorische Haftung würde bedeuten, dass die Betriebsratsmitglieder aufgrund ihres Status als Amtsinhaber persönlich, unbeschränkt, unmittelbar, primär und auf das Ganze haften würden.[38]

Erstens hat der Berater kein schutzwürdiges Interesse an einer „Doppelhaftung des Betriebsrats als Gremium und seiner Mitglieder"[39]. Telos des § 128 HGB ist es u.a., die Gläubiger davor zu schützen, dass ihnen kein solventer Schuldner zur Verfügung steht, da Personengesellschaften wie die OHG und die KG keinen Kapitalerhaltungsvorschriften unterliegen.[40] Der Berater erhält hingegen mit dem Arbeitgeber den Schuldner, mit dem er gerechnet hat.[41] Er hat anders als im Personengesellschaftsrecht kein schutzwürdiges Interesse daran, die Betriebsratsmitglieder als zusätzliche Schuldner für seine Honorarforderung zu erhalten.[42]

Zweitens verbietet das Benachteiligungsverbot gem. § 78 S. 2 BetrVG, dass Betriebsratsmitglieder gegenüber anderen Arbeitnehmern bei der Ausübung ihrer betriebsverfassungsrechtlichen Tätigkeiten benachteiligt werden.[43] Solange Beschlüsse der Amtsinhaber sich im Intra-Vires-Bereich bewegen, wäre eine analoge Haftung gem. § 128 HGB eine unrechtmäßige Benachteiligung der Betriebsratsmitglieder gem. § 78 S. 2 BetrVG.[44]

Drittens verfolgen Gesellschafter einer Personengesellschaft anders als Betriebsratsmitglieder einen gemeinsamen eigennützigen Zweck, vgl. § 705 BGB, § 105 I HGB.[45] Die Gesellschafter haften persönlich, um die Kreditwürdigkeit ihrer Gesellschaft zu sichern und den gemeinsamen Zweck zu erreichen.[46] Die Betriebsratsmitglieder haben sich zwar freiwillig für das unentgeltliche Amt wählen lassen, jedoch handeln sie als Repräsentanten der Belegschaft[47] nicht eigensondern fremdnützig.

Die Interessenlage von Betriebsratsmitgliedern, die im Intra-Vires-Bereich Beschlüsse für die Beauftragung eines Beraters fassen, ist somit nicht vergleichbar mit der eines persönlich haftenden Gesellschafters gem. § 128 HGB.

b) Haftung im Ultra-Vires-Bereich

Die Haftung der Betriebsratsmitglieder im Ultra-Vires-Bereich kann nicht über § 128 HGB analog begründet werden.[48] Zum einen besteht für den Ultra-Vires-Bereich keine Verbindlichkeit des Betriebsrats, für die die Betriebsratsmitglieder akzessorisch haften könnten. Zum anderen wäre die Haftung gem. § 128 HGB analog nur im Ultra-Vires-Bereich mit der Eigenschaft der akzessorischen Haftung, nach der die Schuldner stets auf das Ganze haften müssen, unvereinbar.

2. Keine Haftung des handelnden Betriebsratsmitglieds im Ultra-Vires-Bereich analog § 54 S. 2 BGB, § 11 II GmbHG, § 41 I 2 AktG

Im Ultra-Vires-Bereich wird von einigen eine akzessorische Haftung[49] des Betriebsratsmitglieds, das den Vertrag für den Betriebsrat abschließt, analog § 54 S. 2 BGB, § 11 II GmbHG, § 41 I 2 AktG befürwortet.[50] Da das handelnde Betriebsratsmitglied in der Regel der Vorsitzende oder sein Stellvertreter ist, wird im Folgenden zur Vereinfachung vom Betriebsratsvorsitzenden gesprochen. Gegen eine analoge Anwendung sprechen auch hier die o.g. Argumente gegen eine akzessorische Haftung im Ultra-Vires-Bereich.

3. Haftung des handelnden Betriebsratsmitglieds im Ultra-Vires-Bereich gem. § 179 I BGB analog

a) Herleitung durch grundlegendes BGH-Urteil vom 25.10.2012 – III ZR 266/11

Der BGH hat im Ultra-Vires-Bereich die Haftung des Betriebsratsvorsitzenden aus § 179 I BGB analog bejaht.[51] Der BGH hatte darüber zu entscheiden, ob der Betriebsratsvorsitzende für den Teil des Honorars eines gem. § 111 S. 2 BetrVG beauftragten Beraters, das die Erforderlichkeitsgrenze in zeitlichem Umfang überschritt, haften musste.

Auf den Betriebsratsvorsitzenden als Vertreter in der Erklärung werden die §§ 164 ff. BGB entsprechend angewandt.[52] § 179 I BGB müsse in zweifacher Analogie angewendet werden, weil der Wortlaut besage, dass der Vertretene den Vertrag genehmigen könne und der Betriebsrat als Vertretener im Ultra-Vires-Bereich den Vertrag als nicht Rechtsfähiger nicht genehmigen könne.

Die Interessenlage der Parteien bei einem rechtsgeschäftlichen Handeln des Betriebsratsvorsitzenden sei vergleichbar mit der eines anderen vollmachtlosen Vertreters. Der Berater habe auf die Vertretungsmacht und auf das Zustandekommen des Vertrags vertraut, weil der Betriebsratsvorsitzende durch seine Erklärung für den Betriebsrat zu handeln zugleich

---

37 BGH, NZA 2012, 1382 Rn. 47; *Picht*, S. 84 f.; *Schmitt*, S. 718 f.
38 Vgl. Baumbach/Hopt-HGB-*Roth*, § 128 Rn. 1; MüKoHGB-*Schmidt*, § 128 Rn. 1.
39 BGH, NZA 2012, 1382 Rn. 47.
40 BGHZ 154, 370 Rn. 11; EBJS-*Hillmann*, § 128 Rn. 1; Baumbach/Hopt-HGB-*Roth*, § 128 Rn. 1; *Schmitt*, S. 715 f.
41 *Schmitt*, S. 718.
42 Ebd.
43 Vgl. Richardi-*Thüsing*, § 78 Rn. 21; NK-ArbR-*Waskow*, § 78 Rn. 16.
44 *Picht*, S. 84.
45 *Dommermuth-Alhäuser/Heup*, BB 2013, 1461, 1464; *Picht*, S. 84; *Schmitt*, S. 718.
46 Siehe Fn. 38.
47 *Fitting*, § 1 Rn. 284; *Richardi*, Einl. Rn. 101.
48 BGH, NZA 2012, 1382 Rn. 47; *Dommermuth-Alhäuser-Heup*, BB 2013, 1461, 1464; *Picht*, S. 84 f.; *Schmitt*, S. 741 f.; **a.A.** *Uffmann*, AP BetrVG 1972, § 40 Nr. 110 (Anmerkung 2, II.3.).
49 Vgl. zur Handelndenhaftung als akzessorische Haftung MüKoBGB-*Leuschner*, § 54 Rn. 6.
50 *Rosset*, S. 110 ff.; weitergehend Richardi-*Thüsing*, § 40 Rn. 46; **a.A.** BGH, NZA 2012, 1381 Rn. 47; *Dommermuth-Alhäuser/Heup*, BB 2013, 1461, 1464; *Picht*, S. 86; *Schmitt, S. 729; Triebel*, S. 141.
51 BGH, NZA 1382 Rn. 32 ff.
52 MüKoBGB-*Schubert*, § 179 Rn. 11.; GK-BetrVG-*Raab*, § 26 Rn. 32.

erklärt habe, über Vertretungsmacht zu verfügen. [53] Der Teil des Rechtsgeschäfts, der außerhalb der Rechtsfähigkeit des Betriebsrats liegt, ist unwirksam, weil der Betriebsratsvorsitzende aufgrund seiner fehlenden Vertretungsmacht den Betriebsrat nicht wirksam verpflichten konnte. Telos des § 179 BGB sei es, das Vertrauen des Beraters zu schützen, da der Vorsitzende den Mangel seiner Vertretungsmacht in der Regel besser erkennen könne als der Berater. Im Interesse des Verkehrsschutzes müsse der Vertreter ohne Vertretungsmacht (*falsus procurator*) deshalb gem. § 179 I BGB verschuldensunabhängig auf das Erfüllungsinteresse oder auf Schadensersatz haften.

Zudem sei die Interessenlage der Parteien vergleichbar[54] mit der Fallgruppe, in der der Vertretene nicht existiere und auf die § 179 I BGB nach überwiegender Ansicht analog angewendet werde.[55] Bereits das Reichsgericht habe § 179 I BGB analog auf den Fall angewendet, dass der Vertretene zwar existiert, aber zur Vornahme des Rechtsgeschäfts nicht in der Lage war, weil er insoweit nicht rechtsfähig war.[56]

Insbesondere sei eine weitergehende Haftungsbeschränkung nicht notwendig, um eine vergleichbare Interessenlage zu gewährleisten, da das Betriebsratsmitglied hinreichend geschützt sei.[57]

§ 179 I, II BGB beschränke die Haftung des Betriebsratsvorsitzenden auf das negative Interesse, wenn er beweist, dass er keine Kenntnis davon hatte, dass die Voraussetzungen des Freistellungsanspruchs nicht vorlagen und er dementsprechend keine Vertretungsmacht hatte.[58] Die fehlende Kenntnis sei dann zu bejahen, wenn das Betriebsratsmitglied von der Üblichkeit des vereinbarten Honorars ausging, weil es z.B. den Berater gefragt oder vorher eine Marktabfrage durchgeführt habe.[59]

§ 179 III BGB schließe überdies die Haftung für den Fall aus, dass dem Berater bekannt oder infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt war, dass der Vertreter keine Vertretungsmacht hatte. Die Beweislast dafür trage zwar das Betriebsratsmitglied. Jedoch sei die Kenntnis oder das Kennenmüssen davon, dass die Höhe des vereinbarten Honorars nicht erforderlich war, dann ohne weiteres zu bejahen, wenn der Berater auf die Beratung von Betriebsräten spezialisiert sei.[60]

Außerdem sei der Betriebsrat durch seinen weiten Beurteilungsspielraum bei der Frage, ob und in welchem Umfang die Beauftragung des Betriebsrats erforderlich gewesen sei, noch weiter geschützt.[61] Zudem werde die Erforderlichkeit aus ex-ante Perspektive beurteilt. Der Rahmen, in dem das Betriebsratsmitglied Vertretungsmacht habe, sei deshalb groß und das Risiko gem. § 179 I BGB analog haften zu müssen, klein.

Darüber hinaus könne der Betriebsrat in Zweifelsfällen Rechtsrat zur Erforderlichkeit der Beratung einholen. Wenn die Einschätzung des Rechtsanwalts sich im Nachhinein als falsch herausstelle, habe das Betriebsratsmitglied einen Regressanspruch gegen den Anwalt. Folglich werde die Haftung aus § 179 I BGB analog durch den Regressanspruch kompensiert.

Obendrein könne das Betriebsratsmitglied mit dem Berater einen vertraglichen Haftungsausschluss vereinbaren, um das Haftungsrisiko gänzlich auszuschließen.

Außerdem könne der Betriebsrat auch im Anwendungsbereich der §§ 40 I, 111 S. 2 BetrVG die Zustimmung des Arbeitgebers einholen, um sicherzugehen, dass der Arbeitgeber mit der Beauftragung an sich und dem Umfang des Auftrags einverstanden ist und die Kosten übernimmt.

Aus dem Ehrenamtsprinzip gem. § 37 I BetrVG ergebe sich weiterhin nicht, dass der Gesetzgeber eine generelle Haftungsprivilegierung für Betriebsratsmitglieder schaffen wollte. Es sei zweifelhaft, ob eine Haftungsbeschränkung gegenüber dem Berater gerechtfertigt werden könne, da er nicht Teil des Sonderverhältnis Arbeitgeber-Betriebsrat sei. Ferner sei aus dem Gesetz nicht ersichtlich, dass das Haftungsrisiko einseitig dem Berater aufzubürden sei.[62]

Die Interessenlage sei somit vergleichbar, sodass § 179 I BGB analog ohne weitere Einschränkungen auf den Betriebsratsvorsitzenden, der außerhalb seiner Vertretungsmacht einen Vertrag schließt, anzuwenden ist.

b) Kritik am Haftungsmodell des BGH

Die Entscheidung des BGH und die damit verbundene Haftungsausweitung für Betriebsratsmitglieder hat in der Literatur und Praxis hohe Wogen geschlagen, die sich immer noch nicht geglättet haben. Einige sind der Ansicht, dass § 179 BGB analog nicht anwendbar ist. Stark umstritten und Kern der Diskussion ist, ob eine weiterreichende Haftungsbeschränkung geboten ist.

aa) Teile der Literatur: § 179 BGB analog nicht anwendbar

Einige halten § 179 BGB analog bereits grundsätzlich für nicht anwendbar, da die Interessenlage nicht vergleichbar sei.[63] Vor allem würden die Betriebsratsmitglieder die Reichweite des Freistellungsanspruchs und somit den Bereich, in dem der Betriebsrat verpflichtet werden kann, grundsätzlich nicht besser einschätzen können als der Berater. Der Vertragspartner sei regelmäßig auf die Beratung von Betriebsräten spezialisiert und könne aufgrund seiner Erfahrung die Erforderlichkeit besser beurteilen.

---

[53] Vgl. hier und folgend BGH, NJW 1989, 894; BeckOK-BGB-*Schäfer*, § 179 Rn. 1; Erman-*Maier-Raimer*, § 179 Rn. 1.
[54] BGH, NZA 2012, 1382 Rn. 34 f.
[55] BGHZ 63, 45, 48; Staudinger-*Schilken*, § 179 Rn. 22; MüKoBGB-*Schubert*, § 179 Rn. 10.
[56] RGZ 106, 68, 71 ff.
[57] BGH, NJW 2012, 1382 Rn. 44.
[58] BGH, NJW 2012, 1382 Rn. 40.
[59] Ebd.
[60] BGH, NJW 2012, 1382 Rn. 42.
[61] Hier und folgend BGH, NJW 2012, 1382 Rn. 45.
[62] BGH, NJW 2012, 1382 Rn. 46.
[63] Hier und im Folgenden *Bell/Helm*, ArbRAktuell 2013, 39, 43; *Picht*, S. 87 ff., 99 f..; *Schmitt*, S. 757 ff.; 778; *Franzen*, FS Hoyningen-Huene, S. 87, 96 f.; *Belling*, AP BetrVG 1972 § 40 Nr. 110 (Anmerkung 1, II.3.).

Die Vertreter der Ansicht wollen das Betriebsratsmitglied ggf. aus §§ 280 I, 311 II, 241 II BGB wegen Verletzung einer Aufklärungspflicht bei den Vertragsverhandlungen haften lassen.[64] Gegen eine Haftung aus *culpa in contrahendo* spricht aber, dass § 179 BGB *lex specialis* ist.[65] Außerdem trifft den Vorsitzenden keine grundsätzliche Aufklärungspflicht über die Teilrechtsfähigkeit des Betriebsrats und seiner beschränkten Vertretungsmacht, da hier im Regelfall kein unbilliges Informationsgefälle[66] zwischen beratender Partei und Betriebsrat vorliegt.[67]

bb) Stellungnahme: Modifikation der Haftung aus § 179 BGB analog durch Haftungsbeschränkung erforderlich

Zu Recht kritisieren weite Teile der Literatur, dass § 179 I BGB analog uneingeschränkt angewendet werden soll.[68] Grund dafür ist, dass die Interessenlage der Parteien bei einem rechtsgeschäftlichen Handeln des Betriebsratsvorsitzenden im Ultra-Vires-Bereich nur bedingt vergleichbar ist mit der eines sonstigen vollmachtlosen Vertreters i.S.d. § 179 BGB.

Prinzipiell ist § 179 BGB analog nach Ansicht der Autorin zwar die richtige Haftungsgrundlage. Das Risiko der fehlenden Vertretungsmacht aufgrund des fehlenden Freistellungsanspruchs darf nicht generell dem Vertragspartner aufgebürdet werden. Zum einen ist nicht jeder Vertragspartner auf die Beratung von Betriebsräten spezialisiert und kann per se die Sachlage richtig einschätzen. Das gilt insbesondere für Berater mit technischem Fachwissen, wie z.B. Ingenieuren. Zum anderen müssen sich die Berater bei der Beurteilung der Erforderlichkeit auf die Sachverhaltsschilderungen des Betriebsratsvorsitzenden verlassen. Hierbei besteht die Gefahr der unvollständigen oder gar fehlerhaften Darstellung, aufgrund der der Berater die Erforderlichkeit falsch einschätzt.[69] In den beiden Fällen kann der Betriebsratsvorsitzende die Reichweite seiner Vertretungsmacht ähnlich gut beurteilen wie der Vertragspartner, sodass hier die Interessenlage grundsätzlich ähnlich ist.

Aufgrund der folgenden Gründe muss aber mittelbar die Haftung des Betriebsratsvorsitzenden auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit beschränkt werden. Anderenfalls sind die ehrenamtlich tätigen Betriebsratsmitglieder einem zu hohen Haftungsrisiko ausgesetzt. Die Funktions- und Handlungsfähigkeit des Betriebsrats würde dadurch zu sehr beeinträchtigt und das Ehrenamt nicht hinreichend geschützt werden. Außerdem ist eine verschuldensunabhängige Haftung unvereinbar mit der Lage des Betriebsratsvorsitzenden als Vertreter in der Erklärung. In vielen Fällen ist der spezialisierte Berater ohnehin weniger schutzwürdig als die Betriebsratsmitglieder. Ohne eine Haftungsprivilegierung wäre die Interessenlage aufgrund der betriebsverfassungsrechtlichen Besonderheiten nicht vollständig vergleichbar. Selbst aus dem Lager derjenigen, die dem BGH bei der uneingeschränkten Anwendung des § 179 I BGB zustimmen,[70] regt sich Kritik an einigen vom BGH vorgetragenen Aspekten.

(1) Problem: Ohne Haftungsbeschränkung keine vergleichbare Interessenlage

Besonders hervorzuheben ist, dass die Haftungsrisiken für die Betriebsratsmitglieder trotz der Einschränkungen des BGH noch sehr hoch sind.[71] Der BGH führt zu § 179 III BGB aus: *In Bezug auf die (fehlende) Marktüblichkeit des vereinbarten Honorars dürfte indes im Fall der auf die Beratung von Betriebsräten spezialisierten [Beraterin] eine solche Kenntnis beziehungsweise zumindest das Kennenmüssen [der fehlenden Vertretungsmacht] ohne weiteres zu bejahen sein.*[72]Der Haftungsausschluss gilt nur für die Höhe der Kosten, nicht jedoch für den Umfang der abgerufenen Beratungsleistungen. Häufig wird aber insbesondere der Umfang der erforderlichen Beratungsleistungen falsch eingeschätzt, wie das Urteil des BGH zeigt (siehe Sachverhaltsdarstellung in der Einleitung). Die Beweislast dafür, dass der Umfang dennoch erforderlich war und der Vorsitzende Vertretungsmacht hatte und nicht gem. § 179 I BGB haften muss, trägt das Betriebsratsmitglied. Es wäre außerordentlich schwierig, den Beweis dafür zu erbringen, sodass das Risiko, dass das Betriebsratsmitglied haften muss, hoch ist.[73]

Gleiches Beweisproblem tut sich auf, wenn der Vertragspartner nicht auf die Beratung von Betriebsräten spezialisiert ist.[74] Das Betriebsratsmitglied muss dann beweisen, dass der Vertragspartner von der fehlenden Vertretungsmacht wusste oder hätte wissen müssen. Zwar muss man zugeben, dass der Betriebsrat in der Regel einen spezialisierten Berater oder Rechtsanwalt beauftragen wird, sodass immerhin die Haftung wegen Überschreitung der erforderlichen Honorarhöhe in vielen Fällen ausgeschlossen ist. Immer dann hingegen, wenn der Vertragspartner nicht spezialisiert ist, ist das Risiko, dass der Haftungsausschluss gem. § 179 III BGB analog nicht eingreift und das Betriebsratsmitglied haftet, hoch.

Einige schlagen vor, dass der Arbeitgeber deshalb eine Art Directors & Officers Versicherung abschließen könnte.[75]

---

64 *Belling*, AP BetrVG 1972 § 40 Nr. 110 (Anmerkung 1, II.2.); *Picht*, S. 100 ff.; *Schmitt*, S. 783 ff.

65 *Dommermuth-Alhäuser/Heup*, BB 2013, 1461, 1465; MüKoBGB-*Schubert*, § 179 Rn. 63.

66 Vgl. zu den Voraussetzungen einer Aufklärungspflicht MüKoBGB-*Bachmann*, § 241 Rn. 134 ff.

67 *Dommermuth-Alhäuser/Heup*, BB 2013, 1461, 1465; vgl. *Benecke*, NZA 2018, 1361, 1366 die sogar einen informatorischen Nachteil des Betriebsratsmitglieds sehen.

68 *Benecke*, NZA 2018, 1361 ff.; *Bergmann*, NZA 2013, 57 ff.; *Dommermuth-Alhäuser/Heup*, BB 2013, 1461 ff.; *Hayen*, ArbuR 2013, 95 ff.; *Lunk/Rodenbusch*, NJW 2014, 1989 ff.; *Molkenbur/Weber*, DB 2014, 242 ff.; *Müller/Jahner*, BB 2012, 440 ff.; *Preis/Ulber*, JZ 2013, 579 ff.; Richardi-*Thüsing*, Vorb. § 26 Rn. 14.

69 Ebd.

70 *Dzida,* NJW 2013, 433 ff.; *Hoppe*, ArbRAkutell 2012, 619 ff.; *Jaeger/Steinbrück*, NZA 2013, 401 ff.; *Kloppenburg*, jurisPR-ArbR 2013, Anm. 1; *Lüders/Weller*, DB 2015, 2149 ff.; *Ratayczak*, AiB 2013, 385 ff.; *Richardi*, RdA 2013, 317 ff.; *Schaumberg*, NJ 2013, 80 ff.; *Schuster/Schunder*, NZA 2020, 92 ff.; *Schwarze*, JA 2013, 467 ff.; *Thüsing/Fütterer*, EWiR 2012, 783; *Uffmann*, AP BetrVG 1972 § 40 Nr. 110 (Anmerkung 2); *Walker*, FS Hoyningen-Huene, S. 535 ff.; *Zange*, BB 2013, 380 ff.

71 *Preis/Ulber*, JZ 2013, 589, 580; *Schulze*, AiB 2013, 7, 11; *Uffmann* AP BetrVG 1972 § 40 Nr. 110 (Anmerkung 2, IV.); **a.A.** *Schwarze*, JA 2013, 467, 470: Haftungsrisiko sei „erträglich".

72 BGH, NZA 2012, 1382 Rn. 42.

73 Vgl. *Lunk/Rodenbusch*, NJW 2014, 1989, 1992.

74 Ebd.; *Dommermuth-Alhäuser/Heup*, BB 2013, 1461, 1466 f.

75 *Bergmann*, NZA 2013, 57, 61; *Molkenbur/Weber*, DB 2014, 242, 26.

Angesichts der hohen Kosten einer D&O Versicherung und den wenigen Fällen, in denen eine Haftung möglich ist, ist zu bezweifeln, ob die Kosten für die D&O Versicherung als erforderliche Geschäftsführungskosten i.S.d. § 40 I BetrVG zu qualifizieren sind.[76] Da nicht alle Arbeitgeber eine D&O Versicherung abschließen werden, ergeben sich für die betroffenen Betriebsräte Haftungsrisiken.

Zudem führt die Möglichkeit der Haftungsbeschränkung auf das negative Interesse gem. § 179 II BGB nicht zu einer Minimierung des Haftungsrisikos für das handelnde Betriebsratsmitglied, weil das negative und das positive Interesse bei Beratungsverträgen ohnehin meistens identisch ist,[77] sodass sich im Falle einer persönlichen Haftung die Summe im sechststelligen Bereich[78] bewegen kann.
Darüber hinaus kann in der Praxis nur in wenigen Fällen die Haftung durch eine vertragliche Vereinbarung mit dem Berater von vornherein direkt ausgeschlossen werden. Einige halten die Vereinbarung eines Haftungsausschlusses zwar für möglich und begründen das zum einen damit, dass der Berater aufgrund seiner Erfahrung die Erforderlichkeit einschätzen könne und deshalb bereit sei, einen Haftungsausschluss zu vereinbaren.[79] Zum anderen weisen sie darauf hin, dass ein Vertragspartner gut auffindbar sei, der bereit ist, einen Haftungsausschluss zu vereinbaren, weil es einen großen Markt an Beratern gebe.[80] Die Verhandlungssituation wird jedoch falsch eingeschätzt: Es bedarf vielmehr großer „Eigeninitiative und Durchsetzungskraft"[81] des Betriebsratsvorsitzenden, um einen Haftungsausschluss zu vereinbaren, da ihm im Normalfall ein vorformulierter Vertrag des Beraters vorgelegt wird.[82] Zumindest wird der Berater wohl kaum ohne zusätzliches Entgelt einen Haftungsausschluss vereinbaren, weil sich mit dem Haftungsausschluss das Haftungsrisiko auf ihn verschiebt.[83]

Außerdem ist es realitätsfern anzunehmen, dass der Arbeitgeber dem Wunsch nach einem Berater in dem Umfang und der Kostenhöhe, in der sich der Betriebsrat die Beauftragung vorstellt, ohne Weiteres zustimmt und dadurch das Haftungsrisiko aufgrund der Billigung des Arbeitgebers ausgeschlossen wird.[84] Insbesondere bei der Beauftragung eines Beraters gem. § 111 S. 2 BetrVG, d.h. bei einer anstehenden Betriebsänderung, handelt es sich um eine konfliktgeladene Situation, in der beide Betriebsparteien gegenläufige Interessen verfolgen. Da die Zustimmung des Arbeitgebers außerhalb des Verfahrens des § 80 III BetrVG nur selten gerichtlich ersetzt werden kann,[85] wird der Betriebsrat nur in Ausnahmefällen die Zustimmung einholen können und wenn, dann wahrscheinlich nur zu einer Beauftragung mit einem geringeren (Kosten-)umfang, als es die Erforderlichkeitsgrenze gebieten würde. Selbst mit einer Zustimmung des Arbeitgebers wird also die Funktions- und Handlungsfähigkeit des Betriebsrats zu sehr eingeschränkt. Im Gegensatz zum umfassend beratenden Arbeitgeber kann der Betriebsrat nur unzureichend Beratungsleistungen in Anspruch nehmen und weniger Wissen vermittelt bekommen. Aufgrund dessen steht er in Verhandlungen mit dem Arbeitgeber entsprechend schlechter da und wird in der Ausübung seiner betriebsverfassungsrechtlichen Rechte und Pflichten zum Nachteil der Arbeitnehmer behindert. Darüber hinaus widerspricht eine Vereinbarung mit dem Arbeitgeber dem ausdrücklichen Willen des Gesetzgebers,[86] der mit § 111 S. 2 BetrVG das zeitaufwändige Verfahren des § 80 III BetrVG vermeiden und eine Beschleunigung des Verfahrens bei der Hinzuziehung von Beratern bewirken wollte, um damit die „praktische Wirksamkeit"[87] der Beteiligungsrechte des Betriebsrats abzusichern.[88] Den Zweck des Gesetzes hat zwar auch der BGH erkannt,[89] ihn durch seinen Vorschlag aber ohne Weiteres beiseitegeschoben.

Wichtig ist es zu betonen, dass der Betriebsrat aufgrund des hohen Haftungsrisikos in seiner Funktionsfähigkeit zu sehr eingeschränkt wird, weil er nicht vollumfänglich von seinem Recht einen Berater hinzuzuziehen Gebrauch machen kann.[90] Wenn die Betriebsratsmitglieder bereits für leicht fahrlässige Fehleinschätzungen der Erforderlichkeit der Beratungsleistung einem hohen Haftungsrisiko ausgesetzt sind, werden sie aus Angst vor dem Haftungsrisiko Beschlüsse zur Beauftragung von Beratern fassen, die weit unter der Erforderlichkeitsgrenze liegen. Sie werden auf jeden Fall verhindern wollen, dass sie persönlich für Summen haften müssen, die ihrem Jahresgehalt entsprechen.

Der Betriebsrat kann zwar Rechtsrat einholen, der ist aber ausdrücklich den „Zweifelsfällen"[91] vorbehalten und muss an sich auch erforderlich sein. In vielen Fällen, die die Grenze zum Zweifelsfall gerade so noch nicht überschreiten, aber bereits hohe Summen umfassen, ist der Hinweis nicht hilfreich. Somit muss der Betriebsrat die Erforderlichkeit in der Regel selbst beurteilen und verantworten.[92] Durch weniger Beratungsleistungen wird der Betriebsrat in der Erfüllung seiner Pflichten behindert (s.o.).

Entscheidend ist, dass ein solch hohes Haftungsrisiko unvereinbar mit dem Ehrenamt ist, das die Betriebsratsmitglieder gem. § 37 I BetrVG unentgeltlich ausüben.[93] Das Ehrenamtsprinzip trägt erheblich zu einer „ordnungsgemäßen und sachdienlichen"[94] Betriebsratsarbeit bei, da es sicherstellt, dass die Betriebsratsmitglieder äußerlich und innerlich unabhängig bleiben.[95] Es verbietet jede zusätzlich zur im Arbeitsvertrag festgesetzten Vergütung gewährte Leistung,

---

76 Vgl. DKW-*Däubler*, § 111 Rn. 183a; i.E. *Dommermuth-Alhäuser/Heup*, BB 2013, 1461, 1467 f.; *Jaeger/Steinbrück*, NZA 2013, 401, 407; *Walker*, FS v. Hoyningen-Huene, S. 535, 544.
77 *Preis/Ulber*, JZ 2013, 579, 570.
78 *Dzida*, NJW 2013, 433.
79 *Franzen*, FS Hoyningen-Huene, S. 87, 93.
80 *Dzida,* NJW 2013, 433, 434.
81 *Jaeger/Steinbrück*, NZA 2013, 401, 406.
82 *Jaeger/Steinbrück*, NZA 2013, 401, 406; i.E. *Lunk/Rodenbusch*, NJW 2014, 1989, 1991.
83 Siehe Fn. 79.
84 Vgl. *Dzida*, NJW 2013, 433, 435; **a.A.** *Jaeger/Steinbrück*, NZA 2013, 401, 405: „bester Zeitpunkt".
85 Vgl. zum einstweiligen Rechtsschutz *Jaeger/Steinbrück*, NZA 2013, 401, 405.
86 BT-Dr. 14/5741, S. 52.
87 *Uffmann*, AP BetrVG 1972 § 40 Nr. 110 (Anmerkung 2, I.).
88 *Jaeger/Steinbrück*, NZA 2013, 401, 406; *Preis/Ulber*, JZ 2013, 579, 580.
89 BGH, NZA 2012, 1382 Rn. 19.
90 Vgl. *Uffmann*, AP BetrVG 1972 § 40 Nr. 110 (Anmerkung 2, IV.).
91 BGH, NZA 2012, 1382 Rn. 45.
92 *Jaeger/Steinbrück*, NZA 2013, 401, 406.
93 *Belling*, S. 241 f.; *Dommermuth-Alhäuser/Heup,* BB 2013, 1467; *Preis/Ulber*, JZ 2013, 579, 582; Richardi-*Thüsing*, Vorb. § 26 Rn. 14.
94 *Fitting*, § 37 Rn. 1.
95 Vgl. BAG, AP BetrVG 1972 § 37 Nr. 90; *Fitting*, § 37 Rn. 7; *Thüsing/Denzer*, Rn. 5, *Weinspach*, FS Kreutz, S. 485, 495.

die im Zusammenhang mit der Amtswahrnehmung steht.[96] Zudem wahrt es die moralische Integrität und den „sozialen Anstand"[97] der gewählten Betriebsratsmitglieder und stellt sicher, dass der Betriebsrat von der Belegschaft unterstützt und akzeptiert wird.[98] Das Ehrenamtsprinzip ist Voraussetzung für eine Betriebsratstätigkeit, bei der die Interessen der Belegschaft im Vordergrund stehen.[99]

Ohne Reformation des Ehrenamtsprinzips wäre es unangemessen die ehrenamtlich tätigen Betriebsratsmitglieder einem solch hohen Haftungsrisiko auszusetzen, da sie für ihre fremdnützige Tätigkeit keine zusätzlichen Leistungen erhalten.[100] Außerdem wäre ihre Unabhängigkeit bedroht, wenn sie bei leichtester Fahrlässigkeit hohen Haftungsrisiken ausgesetzt sind.[101] Das hohe Haftungsrisiko könnte Arbeitnehmer obendrein davon abschrecken, sich im Betriebsrat zu engagieren.

Da sich das Benachteiligungsverbot gem. § 78 S. 2 BetrVG nur auf rechtmäßige Betriebsratstätigkeit erstreckt, verstößt das Haftungsmodell des BGH immerhin nicht gegen ein weiteres zentrales Prinzip des Betriebsverfassungsrechts.[102] Doch die Belastung für die ehrenamtlich tätigen Betriebsratsmitglieder ggf. persönlich haften zu müssen, ist so schwerwiegend und einschüchternd, dass eine Haftungsbeschränkung geboten ist.

Hinzu kommt, dass eine verschuldensunabhängige Haftung nicht mit der prekären Lage des Betriebsratsvorsitzenden als Vertreter in der Erklärung vereinbar ist.[103] Er ist an den Beschluss des Betriebsrats gebunden und hat keinen eigenen Beurteilungsspielraum bei seinem rechtsgeschäftlichen Handeln. Im Ultra-Vires-Bereich begeht er durch die Umsetzung des Beschlusses zwangsläufig eine „pflichtgemäße Pflichtwidrigkeit"[104]. Für den Vorsitzenden bedeutet das, dass er das Haftungsrisiko des gemeinsam gefassten Beschlusses allein trägt.[105] Das erscheint nicht sachgerecht. Man könnte das Problem durch eine gesamtschuldnerische Haftung der den Beschluss tragenden Betriebsratsmitglieder lösen.[106] Schon 1986 hat das BAG eine solche gesamtschuldnerische Haftung vorgeschlagen, ohne aber eine Haftungsgrundlage zu nennen.[107] Anspruchsgrundlage könnte dafür § 670 BGB analog sein, wenn man die für den Beschluss stimmenden Betriebsratsmitglieder als Auftraggeber und das ausführende Betriebsratsmitglied als Auftragnehmer ansieht.[108] Der Anspruch des Beraters gegen den Betriebsratsvorsitzenden ist zwar kein freiwilliges Vermögensopfer und somit kein Aufwand. Nach allgemeiner Ansicht sind betrieblich veranlasste Eigenschäden des Arbeitnehmers gleichwohl über § 670 BGB ersatzfähig.[109] Somit könnte der Betriebsratsvorsitzende gem. § 426 I BGB Regress bei den dem Beschluss zustimmenden Mitgliedern nehmen und müsste zumindest nicht allein die Kosten tragen. Nichtsdestotrotz bleiben die Haftungssummen für die den Beschluss tragenden Betriebsratsmitglieder hoch.

Darüber hinaus ist der spezialisierte Berater meistens weniger schutzwürdig als die Betriebsratsmitglieder, weil er aufgrund seiner Erfahrung die Reichweite der Vertretungsmacht des Betriebsratsvorsitzenden besser einschätzen kann.[110] Für die Betriebsratsmitglieder hingegen ist z.B. eine Betriebsänderung eine Ausnahmesituation, mit der sie kaum Erfahrung haben.[111] Vor dem Hintergrund ist es angemessen, dem Berater das Haftungsrisiko aufzubürden. Das gilt u.a. für den Fall, dass der Betriebsrat den erforderlichen Umfang der Beratungsleistungen durch leichte oder mittlere Fahrlässigkeit falsch eingeschätzt hat. Zusätzlich trägt der spezialisierte Berater nach dem Modell des BGH das Risiko bereits dann, wenn die Höhe des Honorars nicht erforderlich war, da dann die Haftung des Betriebsratsvorsitzenden gem. § 179 III BGB ausgeschlossen ist.

(2) Lösung: Haftungsbeschränkung auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit entsprechend des Rechtsgedankens aus § 31a BGB

Aus eben genannten Gründen sollte nach hier vertretener Ansicht die Haftung des Betriebsratsvorsitzenden gem. § 179 BGB analog entsprechend des Rechtsgedanken aus § 31a BGB mittelbar im Verhältnis zum Berater beschränkt werden.[112] Die Norm aus dem Vereinsrecht beschränkt die Haftung des ehrenamtlich tätigen Vereinsvorstands im Innenverhältnis zum Verein auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit.

(a) Keine analoge Anwendung des § 31a BGB im Verhältnis zum Berater möglich

Die Interessenlage müsste für eine analoge Anwendung vergleichbar sein. Wie man anhand §§ 31a, 31b, 521 und 599 BGB erkennen kann, wollte der Gesetzgeber ehrenamtliche und unentgeltliche Tätigkeiten haftungsrechtlich privilegieren.[113] Mit § 31a BGB wollte der Gesetzgeber die Haftungsrisiken für ehrenamtlich tätige Vereinsvorstände durch die Haftungsprivilegierung auf ein zumutbares Maß begrenzen.[114] Damit soll die Bereitschaft eine ehrenamtliche Tätigkeit zu übernehmen gefördert werden. Einerseits ist das Betriebsratsamt ebenso wie das eines Vereinsvorstands ein Ehrenamt, was für eine vergleichbare Interessenlage spricht.[115] Andererseits ist § 31a II 1 BGB darauf ausgerichtet, das Vereinsmitglied gegenüber dem Verein von einem

[96] BAG, NZA 2010, 1025, 1027; *Fitting*, § 37 Rn. 8; ErfK-*Koch*, § 37 Rn. 1; GK-BetrVG-*Weber*, § 37 Rn. 16.
[97] *Fischer*, NZA 2007, 484, 489.
[98] *Jacobs/Frieling*, ZfA 2015, 241, 243.
[99] Ebd.; *Fitting*, § 37 Rn. 1.
[100] *Lunk/Rodenbusch*, NJW 2014, 1989.
[101] *Belling*, S. 246 f.
[102] *Dommermuth-Alhäuser/Heup*, BB 2013, 1461, 1467.
[103] *Preis/Ulber*, JZ 2013, 579, 582; *Bell/Helm*, ArbRAktuell 2013, 39, 41, die aber die analoge Anwendung von § 179 BGB ablehnen.
[104] *Preis/Ulber*, JZ 2013, 579, 582.
[105] Ebd.
[106] Vgl. ausführlich *Picht*, S. 106 ff.; *Schmitt*, S. 789 ff.; *Walker*, FS v. Hoyningen-Huene, S. 535, 546; zweifelnd *Preis/Ulber*, JZ 2013, 579, 583.
[107] BAG, NZA 1987, 100 Rn. 37.
[108] *Walker*, FS v. Hoyningen-Huene, S. 535, 546.
[109] BAG, NZA 2011, 406 Rn. 26.
[110] *Franzen*, FS v. Hoyningen-Huene, S. 87, 96 f.; *Preis/Ulber*, JZ 2013, 579, 582; ähnlich bereits *Linsenmaier*, FS Wißmann, S. 378, 391.
[111] Ebd.
[112] Vgl. ähnlich für eine Haftungsbeschränkung *Belling*, S. 246 ff.; *Dommermuth-Alhäuser/Heup*, BB 2013, 1461, 1467; *Fitting*, § 1 Rn. 309; *Lunk/Rodenbusch*, NJW 2014, 1989, 1992 f.; *Picht*, S. 83; *Preis/Ulber*, JZ 2013, 579, 583.
[113] Vgl. *Preis/Ulber*, JZ 2013, 579, 583.
[114] BT-Drucks. 16/10120 S. 1 ff.; *Dommermuth-Alhäuser/Heup*, BB 2013, 1461, 1467; *Fitting*, § 1 Rn. 309; MüKoBGB-*Leuschner*, § 31a Rn. 1; *Preis/Ulber*, JZ 2013, 579, 583.
[115] *Lunk/Rodenbusch*, NJW 2014, 1989, 1993.

verschuldensabhängigen Schadensersatzanspruch freizustellen.[116] Das passt nicht zur Haftung nach § 179 I BGB, die verschuldens*unabhängig* ausgestaltet ist.[117] Außerdem wirkt sich die Haftungsbeschränkung nach § 31a BGB nur auf das Innenverhältnis zwischen dem Verein und seinem Vorstand aus.[118] Das Interesse des Beraters seine Kosten erstattet zu bekommen, wird dabei nicht berührt, da er im Außenverhältnis das Vereinsmitglied unbeschränkt in Anspruch nehmen kann. Wendet man § 31a BGB analog auf das Verhältnis Betriebsratsvorsitzender-Berater an, hätte der Berater keinen Schuldner, sodass ihm seine Kosten nicht erstattet werden. Der Rechtsverkehr würde bei einer analogen Anwendung von § 31a BGB nicht geschützt werden, sodass die Interessenlage nicht vergleichbar ist und § 31a BGB nicht analog angewendet werden kann.

(b) Übertragung des Rechtsgedankens des § 31a BGB im Verhältnis zum Berater möglich

Nichtsdestotrotz ist es möglich, dessen Wertungen auf die Betriebsratsmitglieder zu übertragen, weil aus § 31a BGB – entgegen der Ansicht des BGH – [119] ein allgemeiner Rechtsgedanke hergeleitet werden kann, dass ehrenamtliche Tätigkeiten generell haftungsrechtlich zu privilegieren sind.[120]

Gegen eine Übertragung der Wertungen soll nach einer anderen Ansicht sprechen, dass das BGB eine unentgeltliche Tätigkeit nicht automatisch mit einer Haftungsprivilegierung verbindet.[121] Das zeige sich an der umfassenden Haftung des unentgeltlich tätigen Beauftragten (vgl. § 664 I BGB).[122] Außerdem werde der Rechtsverkehr bei einer Übertragung des Rechtsgedankens nicht hinreichend geschützt.[123]

Dagegen spricht jedoch, dass für die Haftungsprivilegierung nach § 31a BGB nicht die Unentgeltlichkeit der Tätigkeit maßgeblich ist, da auch Tätigkeiten mit einer Vergütungshöhe bis zu 720 Euro noch unter den Schutz der Haftungsprivilegierung fallen. [124] Maßgeblich ist vielmehr, dass die Betriebsratsmitglieder ihr Amt – ebenso wie Vereinsmitglieder und -vorstände – als Ehrenamt ausüben.[125] Der gesetzgeberische Wille war es, mit § 31a BGB Rechtssicherheit für das Ehrenamt zu schaffen und ideelle Zwecke zu schützen. Der Gedanke kann auf die Betriebsratsmitglieder übertragen werden. Insbesondere im Betriebsverfassungsrecht hat das Ehrenamt eine hohe Stellung inne. Deshalb sollte nach der hier vertretenen Ansicht die Haftung des Betriebsratsvorsitzenden gem. § 179 BGB analog mittelbar auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit beschränkt werden.

(c) Anknüpfungspunkt der Haftungsbeschränkung

Auch wenn Teile der Literatur eine Haftungsbeschränkung befürworten, wurde bisher nicht zu Ende gedacht, an welche Handlung die Haftung und ihre Beschränkung dann anknüpft. Problematisch ist, dass die Haftung aus § 179 I BGB verschuldensunabhängig ausgestaltet ist. In Betracht kommt das rechtsgeschäftliche Handeln des Betriebsratsvorsitzenden im Außenverhältnis,[126] der durch die Erklärung (eigentlich verschuldensunabhängig) konkludent behauptet, er habe Vertretungsmacht, weil die Beauftragung des Beraters erforderlich und innerhalb des gesetzlichen Wirkungskreises des Betriebsrats war. Jedoch ist es gem. § 26 II 1 BetrVG seine Pflicht, die vom Betriebsrat gefassten Beschlüsse mit genau dem Inhalt auszuführen. Man würde dem Betriebsratsvorsitzenden daher eine Prüfpflicht hinsichtlich der Wirksamkeit des Beschlusses auferlegen, wenn er verschuldensabhängig dafür haften würde, dass er den Beschluss durch die Erklärung gegenüber dem Vertragspartner umgesetzt hat. Eine Prüfpflicht widerspräche hingegen der Stellung des Betriebsratsvorsitzenden, der ausgenommen der §§ 27, 28 BetrVG keine Pflichten hat, die über die der anderen Betriebsratsmitglieder hinausgehen.[127] Die Beurteilung der Erforderlichkeit obliegt vielmehr dem Betriebsrat als Gremium und innerhalb des Gremiums jedem einzelnen Betriebsratsmitglied, das dazu verpflichtet ist Beschlüsse zu fassen, die innerhalb des gesetzlichen Wirkungskreises liegen.[128] Die rechtsgeschäftliche Erklärung des Vorsitzenden ist kein tauglicher Anknüpfungspunkt.

Allerdings ist Grundlage der Erklärung des Betriebsratsvorsitzenden der Beschluss des Gremiums, das die Verpflichtungsfähigkeit des Betriebsrats falsch eingeschätzt hat. Deshalb muss das Abstimmungsverhalten der einzelnen Betriebsratsmitglieder Anknüpfungspunkt für die Haftung sein. Wenn die dem Beschluss zustimmenden Betriebsratsmitglieder vorsätzlich oder grob fahrlässig die Reichweite des Freistellungsanspruchs verkannt haben und die Haftung nicht gem. § 179 III BGB ausgeschlossen ist, haftet der Betriebsratsvorsitzende zunächst auf die Summe im Ultra-Vires-Bereich gem. § 179 I BGB analog i.V.m. dem Rechtsgedanken aus § 31a BGB. Er hat dann einen Regressanspruch gem. §§ 670, 426 I BGB gegen alle Betriebsratsmitglieder, die für den Beschluss gestimmt haben. Wenn die Betriebsratsmitglieder nur durch leichte oder mittlere Fahrlässigkeit die Erforderlichkeit verkannt haben und der Vorsitzende den Berater in der Form beauftragt hat und der Arbeitgeber sich weigert, einen Teil der Kosten zu tragen, haften der Vorsitzende und die anderen Betriebsratsmitglieder nicht. Folglich muss der Berater die Kosten selbst tragen.

(d) Zwischenergebnis

Der Schutz des Rechtsverkehrs muss aufgrund der hohen Stellung des Ehrenamtsprinzips gem. § 37 I BetrVG im

[116] *Franzen*, FS v. Hoyningen-Huene, S. 86, 99; *Lunk/Rodenbusch*, NJW 2014, 1989, 1993; *Preis/Ulber*, JZ 2013, 579, 583; *Walker*, FS v. Hoyningen-Huene, S. 535, 543.

[117] Ebd.

[118] Hier und folgend *Lunk/Rodenbusch*, NJW 2014, 1989, 1993; *Preis/Ulb*er, JZ 2013, 579, 583.

[119] BGH, NJW 2012, 1382 Rn. 45.

[120] *Dommermuth-Alhäuser/Heup*, BB 2013, 1461, 1467 wollen die Haftungsbeschränkung an § 254 BGB analog anknüpfen, weil der Berater das Rechtsfähigkeitsrisiko trage; *Lunk/Rodenbusch*, NJW 2014, 1989, 1993 lösen das Problem über eine teleologische Reduktion des § 179 BGB; *Picht*, S. 82, 104; *Preis/Ulber*, JZ 2013, 579, 583.

[121] *Walker*, FS v. Hoyningen-Huene, S. 535, 543.

[122] Ebd.

[123] Ebd.; *Franzen*, FS v. Hoyningen-Huene, S. 87, 99.

[124] Hier und folgend *Picht*, S. 82.

[125] Ebd.

[126] Vgl. hierzu und folgenden Gedanken *Picht*, S. 106 ff., der sie aber auf die verschuldensabhängige Haftung aus c.i.c. bezieht.

[127] Vgl. *Picht*, S. 107.

[128] *Fitting,* § 26 Rn. 22 ff.; *Herrschel*, RdA 1959, 81, 82; GK-BetrVG-*Raab*, § 26 Rn. 33; Richardi-*Thüsing*, Vorb. § 26 Rn. 14.

Betriebsverfassungsrecht und dem in § 31a BGB zum Ausdruck gekommenen Willen des Gesetzgebers, ehrenamtliche Tätigkeiten haftungsrechtlich zu privilegieren, zurückstehen. Der Rechtsgedanke aus § 31a BGB, dass ehrenamtlich tätige Personen nur für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit haften, wird somit mittelbar auf das Verhältnis zum Berater übertragen.

D. Fazit

Der Betriebsrat kann in dem Bereich für Beraterkosten haften, in dem er rechtsfähig ist. Die Rechtsfähigkeit des Betriebsrats ist begrenzt durch seinen gesetzlichen Wirkungskreis und die partielle Vermögensfähigkeit. Die Vermögensfähigkeit ist wiederum durch die Reichweite der Freistellungsansprüche, und insbesondere durch das Erforderlichkeitskriterium begrenzt.

In dem Bereich, in dem der Betriebsrat nicht verpflichtet werden kann, haftet laut BGH das handelnde Betriebsratsmitglied als Vertreter ohne Vertretungsmacht gem. § 179 BGB analog. Nach hier vertretener Ansicht sollte die Haftung des Betriebsratsvorsitzenden gegenüber dem Berater auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit beschränkt werden, was über eine Übertragung des Rechtsgedankens aus § 31a BGB hergeleitet wird. Anknüpfungshandlung für die Haftung ist die Beschlussfassung durch die Betriebsratsmitglieder. Der Betriebsratsvorsitzende hat gem. §§ 670, 426 I BGB einen Regressanspruch gegen die Betriebsratsmitglieder, die dem Beschluss zugestimmt haben.

Melissa Gulde*

Die Zulässigkeit der Veräußererkündigung nach Erwerberkonzept beim Betriebsübergang

A. Einführung

„Business insolvency time bomb".[1] Mit diesen gleichermaßen prägnanten und warnenden Worten werden die wirtschaftlichen Auswirkungen um Covid-19 beschrieben. Während es im Jahr 2019 18.749 Unternehmensinsolvenzen gab, soll die Zahl in den nächsten zwei Jahren um zwölf Prozent steigen.[2]

Demgegenüber eröffnen sich für Investoren durch die Krise auch Chancen. Sie können zu niedrigen Preisen die materiellen und immateriellen Vermögenswerte der maroden Betriebe erwerben.[3] Die Aussichten auf einen attraktiven „asset deal" und eine erfolgreiche Sanierung werden jedoch durch § 613a BGB getrübt. Gemäß § 613a Abs. 1 S. 1 BGB tritt der Erwerber bei einem Betriebsübergang in die Arbeitsverhältnisse des Veräußerers ein. Die hohen Personalkosten bleiben zunächst erhalten.[4] Der Erwerber kann zwar aus betrieblichen Erfordernissen nach dem Betriebsübergang kündigen. Er trägt dann aber die Kosten von Sozialplänen, Interessen- oder Nachteilsausgleichen und Kündigungsschutzprozessen.[5] Eine Sanierung wird entweder verhindert oder deutlich verlangsamt.[6]

Die Risiken sind für den Erwerber indes vermeidbar, wenn die Arbeitsverhältnisse bereits vor dem Betriebsübergang beendet werden. Der Veräußerer soll den Arbeitnehmern kündigen, für die auf der Grundlage des Erwerberkonzepts nach dem Betriebsübergang kein Bedarf bestehen wird. Diese sogenannte Veräußererkündigung nach Erwerberkonzept soll als Sanierungsmittel fungieren. Die Betriebsübernahme wird in der Regel von den Kündigungen des Veräußerers abhängig gemacht.[7] Allerdings verbietet § 613a Abs. 4 S. 1 BGB Kündigungen wegen des Betriebsübergangs. Die Zulässigkeit der Veräußererkündigung nach Erwerberkonzept ist daher umstritten.

B. Inhalt und Methodik

Die Arbeit konzentriert sich auf die Prüfung der Zulässigkeit der Veräußererkündigung nach Erwerberkonzept (C.II.2.). Zunächst wird die rechtliche Ausgangslage beleuchtet (C.I.). Hierbei wird insbesondere die Reichweite des Kündigungsverbots gemäß § 613a Abs. 4 S. 1 BGB dargestellt. Anschließend widmet sich die Arbeit der zentralen Frage, ob die Veräußererkündigung nach Erwerberkonzept mit dem Kündigungsschutzrecht vereinbar ist (C.II.). Es wird untersucht, ob die Kündigung durch den Wegfall von Beschäftigungsmöglichkeiten beim Erwerber gemäß § 1 Abs. 2 S. 1 KSchG gerechtfertigt werden kann. In diesem Rahmen muss ermittelt werden, ob ein Vorgriff auf die Erwerbersphäre gegen das Kündigungsverbot aus § 613a Abs. 4 S. 1 BGB verstößt (C.II.2.). Die Hauptansichten werden anhand der Fallgestaltungen des fortführenden und des eingliedernden Betriebsübergangs analysiert und bewertet (C.II.2.e.).

C. Hauptteil

I. Rechtliche Ausgangslage

1. Veräußererkündigung nach Erwerberkonzept

Die Veräußererkündigung nach Erwerberkonzept ist eine betriebsbedingte Kündigung gemäß § 1 Abs. 2 S. 1 Alt. 3 KSchG. Sie wird vor dem Betriebsübergang vom Veräußerer auf Initiative des Erwerbers nach dessen Konzept oder Sanierungsplan erklärt. Erst nach dem Übergang nimmt der Erwerber die Sanierungsmaßnahmen vor.[8]

2. Betriebsübergang § 613a BGB

Ein Betriebsübergang nach § 613a Abs. 1 S. 1 BGB liegt vor, wenn eine wirtschaftliche Einheit durch Rechtsgeschäft unter Wahrung ihrer Identität auf einen anderen Inhaber übertragen wird.[9] Bei einem fortführenden Betriebsübergang wird der übergehende Betrieb(steil) durch den Erwerber als selbstständige Organisationseinheit weitergeführt. Wird die übergehende Einheit mit einem beim Erwerber bestehenden Betrieb fusioniert, spricht man von einem eingliedernden Betriebsübergang.[10]

3. Kündigungsverbot § 613a Abs. 4 BGB

Gemäß § 613a Abs. 4 S. 1 BGB ist die Kündigung eines Arbeitnehmers durch den Veräußerer oder den Erwerber „wegen" des Betriebsübergangs unwirksam. Die Kündigung erfolgt wegen des Betriebsübergangs, wenn er der tragende Grund ist.

---

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

1 *Euler Hermes*, Calm before the storm: Covid-19 and the business insolvency time bomb, Allianz Research, 2020, S. 1.

2 *Euler Hermes*, Insolvenzupdate – Die Entwicklung der Unternehmensinsolvenzen in Deutschland und weltweit, 2020, S. 1.

3 *Schmädicke*, NZA 2014, 515.

4 *Löw/Schulz*, BB 2020, 244.

5 Vgl. *Döpner*, Die Veräußererkündigung auf Erwerberkonzept beim Betriebsübergang, 2013, S. 22 f.

6 Vgl. *Keller-Stoltenhoff*, Die rechtstatsächlichen Auswirkungen des § 613a BGB im Konkurs, 1985, S. 64; *Pietzko*, Der Tatbestand des § 613a BGB, 1987, S. 184; *Paulus*, DStR 2004, 1568 (1570 f.).

7 *Schumacher-Mohr*, NZA 2004, 629; *Döpner*, S. 24 f.; *Hanau*, Möglichkeiten der Sanierung von Unternehmen durch Maßnahmen im Unternehmens-, Arbeits-, Sozial-, und Insolvenzrecht, 1982, S. E 39.

8 *Schmädicke*, NZA 2014, 515; *Kliemt/Teusch*, in: Schuldrecht, juris Praxiskommentar, Bd. 2, 2. Buch, 9. Aufl. 2020, § 613a BGB Rn. 206.

9 Vgl. RL 2001/23/EG Art. 1 Nr. 1; ausführl. BeckOGK ZivilR-*Kokott*, 2020, § 613a BGB Rn. 81 ff. m.w.N.

10 *Falkenberg*, BB 1987, 328 (329).

§ 613a Abs. 4 S. 2 BGB stellt klar, dass das Recht zur Kündigung aus anderen Gründen unberührt bleibt. Es muss einen Sachgrund geben, der die Kündigung aus sich heraus rechtfertigt.[11] Das arbeitgeberseitige Motiv, mithin ein subjektiver Ansatz, ist maßgeblich.[12]

Daraus folgt, dass der Betriebsübergang kein dringendes betriebliches Erfordernis im Sinne des § 1 Abs. 2 S. 1 KSchG sein kann.[13]

II. Kündigung nach dem KSchG

Der allgemeine Kündigungsschutz des KSchG ist anwendbar, wenn gemäß § 1 Abs. 1 KSchG ein Arbeitsverhältnis mindestens sechs Monate in einem Unternehmen besteht und der Arbeitgeberbetrieb kein Kleinbetrieb nach § 23 Abs. 1 KSchG ist.[14] Die Zulässigkeit der Veräußererkündigung nach Erwerberkonzept im Anwendungsbereich des KSchG soll anhand des folgenden Beispiels untersucht werden:

Beispiel 1: Die V-GmbH ist stark überschuldet. Die E-GmbH ist bereit, einen Betrieb der V zu übernehmen. E plant, die Arbeitsabläufe nach dem Betriebsübergang durch Maschinen zu rationalisieren. Der Beschäftigungsbedarf wird gesenkt.[15] Deswegen soll das Personal reduziert werden. Im Kaufvertrag macht E die Betriebsübernahme gemäß dem beigefügten Sanierungsplan von der Kündigung eines Sechstels der Arbeitnehmer abhängig. V verhandelt mit dem Betriebsrat gemäß §§ 111 ff. BetrVG und führt eine Sozialauswahl durch. Sie spricht die Kündigungen auf der Grundlage des Sanierungsplans aus. Danach geht der Betrieb gemäß § 613a Abs. 1 S. 1 BGB auf E über.[16]

In Beispiel 1 ist fraglich, ob die Kündigungen der V aus betrieblichen Gründen gerechtfertigt sind. Gemäß § 1 Abs. 2 S. 1 KSchG ist die Kündigung sozial gerechtfertigt, wenn sie durch dringende betriebliche Erfordernisse bedingt ist. Dazu muss ein inner- oder außerbetrieblicher Impuls eine unternehmerische Entscheidung auslösen. Die Unternehmerentscheidung muss kausal die Weiterbeschäftigungsmöglichkeit des Arbeitnehmers dauerhaft entfallen lassen.[17] Für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit der Kündigung sind die Umstände beim Arbeitgeber im Zeitpunkt des Kündigungszugangs maßgeblich.[18]

1. Unternehmerentscheidung

a) Impuls

Das Sanierungskonzept wird in Beispiel 1 von E vorgelegt. Es bildet einen außerbetrieblichen Impuls.[19] Dieser Impuls muss zu einer Unternehmerentscheidung der V geführt haben.

b) Unternehmerentscheidung des Veräußerers

Ausreichend für die Unternehmerentscheidung ist ein Entschluss im Sinne einer natürlichen Willensbildung über eine Organisationsveränderung.[20] Mittels der Kündigungserklärungen beginnt der Veräußerer, die im Erwerberkonzept vorgesehenen Sanierungsmaßnahmen umzusetzen. Der Veräußerer hat das Erwerberkonzept gegenüber anderen Maßnahmen ausgewählt. Er hätte beispielsweise auf die Veräußerung verzichten oder den Kaufpreis reduzieren können.[21] Das bewusste Auswählen zwischen den Varianten verdeutlicht, dass eine eigene Unternehmerentscheidung vorliegt.[22]

Die unternehmerische Entscheidungsfreiheit ist gemäß Art. 12 Abs. 1, 14 Abs. 1 GG verfassungsrechtlich geschützt. Die Entscheidung unterliegt lediglich einer gerichtlichen Missbrauchskontrolle.[23] Bis zur Grenze der offensichtlichen Missbräuchlichkeit kann sich der Unternehmer entscheiden, organisatorische Maßnahmen vorzunehmen. Dazu gehört auch, sich fremder Konzepte zu bedienen. Es ist daher unerheblich, dass das Konzept vom Erwerber stammt.[24]

Folglich liegt in Beispiel 1 trotz des Erwerberkonzepts eine eigene Unternehmerentscheidung der V vor. Die Entscheidung zugunsten des Erwerberkonzepts führt kausal zum dauerhaften Beschäftigungswegfall.

2. Schaffung dringender betrieblicher Erfordernisse

Problematisch ist jedoch, dass nicht der Veräußerer, sondern der Erwerber die Sanierungsmaßnahmen vornehmen wird. Erst nach dem Betriebsübergang werden die Beschäftigungsmöglichkeiten wegfallen. Das dringende betriebliche Erfordernis wird in der Erwerbersphäre geschaffen. Demzufolge ist zu untersuchen, ob die betriebsorganisatorischen Maßnahmen des Erwerbers die Veräußererkündigung gemäß § 1 Abs. 2 S. 1 KSchG rechtfertigen können oder die

---

[11] BAG 27.9.1984 – 2 AZR 309/83, juris-Rn. 37; 18.7.1996 – 8 AZR 127/94, juris-Rn. 14; 27.10.2005 – 8 AZR 568/04, juris-Rn. 36.

[12] Vgl. *Hillebrecht*, NZA-Beil. 4 1989, 10 (13); *Lipinski*, NZA 2002, 75 (77 f.).

[13] *Zwanziger*, in: Kündigungsschutzrecht – Kündigungen und andere Formen der Beendigung des Arbeitsverhältnisses, 9. Aufl., § 613a BGB Rn. 200 (KDZ-*Bearbeiter*).

[14] *Kaiser*, in: Gesamtes Arbeitsrecht, Kommentar, 9. Aufl., 2019, § 1 KSchG Rn. 6, 10 (AR-*Bearbeiter*); *Bayreuther*, in: Kündigungsschutzgesetz, Kommentar, 16. Aufl., 2019, § 23 KSchG Rn. 19 ff. (LKB-*Bearbeiter*).

[15] Vgl. *Gaul et al.*, DB 2003, 1902.

[16] Vgl. *Döpner*, S. 35; *Willemsen*, in: Umstrukturierung und Übertragung von Unternehmen, Arbeitsrechtliches Handbuch, 5. Aufl., 2016, Kap. H Rn. 107 (WHSS-*Bearbeiter*).

[17] BAG 7.12.1978 – 2 AZR 155/77, juris-Rn. 13; 18.1.1990 – 2 AZR 183/89, juris-Rn. 25; 24.6.2004 – 2 AZR 326/03, juris-Rn. 23.

[18] AR-*Kaiser*, § 1 KSchG Rn. 20 m.w.N.; *Becker*, in: Arbeitsrecht, Handbuch für die Praxis, 10. Aufl., 2019, § 74 Rn. 24 (DHZ-*Bearbeiter*).

[19] *Picot/Schnitker*, Arbeitsrecht beim Unternehmenskauf und Restrukturierung, 2001, S. 134; *Döpner*, S. 209; für eine Einzelfallbetrachtung: *Daub*, Das Erwerberkonzept – Arbeitsrechtliche Aspekte von Erwerberkonzepten bei der übertragenden Sanierung, 2012, S. 66.

[20] *Ascheid*, Kündigungsschutzrecht – Die Kündigung des Arbeitsverhältnisses, 1993, Rn. 231 m.w.N.; *Döpner*, S. 208; LKB-*Krause*, § 1 KSchG Rn. 686.

[21] Vgl. BAG 26.5.1983 – 2 AZR 477/81, juris-Rn. 15; *Döpner*, S. 208.

[22] *Moll*, NJW 1993, 2016 (2021); *Kindscher*, Die Kündigung wegen Betriebsübergangs, 1999, S. 151; *Picot/Schnitker*, S. 134; *Daub*, S. 62; a.A. *Karthaus/Richter*, in: Arbeitsrecht – Individualarbeitsrecht mit kollektivrechtlichen Bezügen, Kommentar, 4. Aufl., 2017, § 613a BGB Rn. 256 (DHSW-*Bearbeiter*).

[23] BAG 30.4.1987 – 2 AZR 184/86; 17.6.1999 – 2 AZR 522/98.

[24] *Moll*, NJW 1993, 2016 (2021); *Schnitker/Grau*, EWiR 2003, 909 (910); *Daub*, S. 62; *Döpner*, S. 208 f.; *Annuß* in: Staudinger, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, Buch 2, Neubearb., 2019, § 613a BGB Rn. 397 (Staudinger-*Bearbeiter*).

Kündigung gegen § 613a Abs. 4 S. 1 BGB verstößt.[25]

a) Verstoß gegen § 613a Abs. 4 BGB

Nach einem Teil der Literatur verstößt die Veräußererkündigung nach Erwerberkonzept unabhängig von ihren Voraussetzungen gegen das Kündigungsverbot.[26] Das betriebliche Erfordernis trete nicht beim Veräußerer ein. Es sei unsicher, ob der Beschäftigungsbedarf zukünftig beim Erwerber entfiele.[27] Der Kündigungsgrund werde mittels des Betriebsübergangs fingiert.[28] Die Erweiterung der Kündigungsmöglichkeiten verstoße gegen den durch § 613a Abs. 4 BGB gesicherten Bestandsschutz.[29] Der Veräußerer dürfe die Kündigung nicht auf betriebliche Umstände nach dem Betriebsübergang stützen.[30]

Hiernach könnte V die Kündigungen in Beispiel 1 wegen des Verstoßes gegen das Kündigungsverbot nicht mit den Sanierungsmaßnahmen des Erwerbers rechtfertigen.

b) Kein Verstoß gegen § 613a Abs. 4 BGB bei alternativer Durchführbarkeit

Ein Teil der Rechtsprechung und Literatur differenziert. Gegen das Kündigungsverbot werde nicht verstoßen, wenn der Veräußerer das Erwerberkonzept bei einer eigenen Betriebsfortführung hätte durchführen können.[31] Der Veräußerer könne das Konzept durchführen, solange es keiner „weitergehenden, betriebsübergreifenden Planung“[32] bedürfe. Die Durchführbarkeit erfasse die betriebs- und arbeitsorganisatorischen sowie finanziellen Möglichkeiten, das Konzept umzusetzen.[33]

Wenn der Veräußerer das Konzept dagegen nicht durchführen könne, schaffe der Betriebsübergang den Kündigungsgrund.[34] Das Kündigungsverbot solle den Bestandsschutz aus § 613a Abs. 1 BGB gewährleisten. Der Zweck werde ausgehöhlt, wenn sich der Veräußerer fremder Kündigungsmöglichkeiten nach dem Betriebsübergang bediene.[35] Sofern der Veräußerer das Konzept durchführen könne, realisiere sich für die zu kündigenden Arbeitnehmer die allgemeine Arbeitsplatzgefährdung.[36] Es sei zu prüfen, ob die Kündigung nach § 1 KSchG sozial gerechtfertigt wäre, wenn der Veräußerer das Konzept durchgeführt hätte. Das *Telos* des § 613a Abs. 4 S. 1 BGB sei dann nicht berührt.[37]

In Beispiel 1 könnte V das Konzept ohne finanzielle Ressourcen nicht durchführen. Die Kündigung wäre unzulässig.

c) Kein Verstoß gegen § 613a Abs. 4 BGB

Nach der aktuellen Rechtsprechung[38] und herrschenden Literaturansicht[39] ist die Veräußererkündigung nach Erwerberkonzept mit § 613a Abs. 4 S. 1 BGB vereinbar. Der Zweck des Kündigungsverbots bestehe nicht darin, das Arbeitsverhältnis künstlich zu verlängern. Bei einer greifbaren Konzeptumsetzung sei der Wegfall der Beschäftigungsmöglichkeiten prognostizierbar. Ein betriebliches Erfordernis läge vor. Der Erwerber müsse nicht erst nach dem Betriebsübergang kündigen.[40]

Das BAG hat für das Insolvenzverfahren auf das Erfordernis der alternativen Durchführbarkeit verzichtet.[41] Es sei bei sanierungsbedürftigen Betrieben charakteristisch, dass der Veräußerer das Erwerberkonzept nicht umsetzen könne.[42] Die Mehrheit der Literatur plädiert dafür, dass das Erwerberkonzept auch außerhalb des Insolvenzverfahrens nicht alternativ durchführbar sein müsse.[43]

In Beispiel 1 könnte V die Kündigungen mit den betrieblichen Umständen der E rechtfertigen.

---

[25] Vgl. *Döpner*, S. 25 f.

[26] *Posth*, Arbeitsrechtliche Probleme beim Betriebsinhaberwechsel (§ 613a BGB), 1977, S. 111 ff.; *Schwerdtner*, FS G. Müller 1981, 557 (582); *Hüper*, Der Betrieb im Unternehmerzugriff – Arbeitnehmerinteresse und Mitbestimmung bei Betriebsübergang, Betriebsaufspaltung und Betriebsparzellierung, 1985, S. 79; *Habscheid*, RdA 1989, 88 (94); *Richardi*, NZA 1991, 289 (292); DHSW-*Karthaus/Richter*, § 613a BGB Rn. 253 ff.; *Kreitner*, in: Arbeitsrecht, Lohnsteuerrecht, Sozialversicherungsrecht, Personalbuch, 27. Aufl., 2020, Rn. 90 (Küttner-*Bearbeiter*); so noch *Trittin*, in: Arbeitsrecht bei Unternehmensumwandlung und Betriebsübergang, 4. Aufl., 2012, § 6 Rn. 200 f. (BKMT-*Bearbeiter*).

[27] Vgl. *Schwerdtner*, FS G. Müller 1981, 557 (582); *Habscheid*, RdA 1989, 88 (94); *Richardi*, NZA 1991, 289 (292).

[28] DHSW-*Karthaus/Richter*, § 613a BGB Rn. 251.

[29] *Habscheid*, RdA 1989, 88 (94); BKMT-*Trittin*, § 6 Rn. 200; Küttner-*Kreitner*, Rn. 90.

[30] *Trittin*, in: Kündigungsschutzgesetz mit Nebengesetzen, Kommentar, 4. Aufl., 2009, § 613a BGB Rn. 168 (BTM-*Bearbeiter*); 174 ff.; DHSW-*Karthaus/Richter*, § 613a BGB Rn. 253.

[31] Vgl. BAG 2.10.1974 – 5 AZR 504/73, juris-Rn. 33; 26.5.1983 - 2 AZR 477/81, juris-Rn. 43; LAG Köln 17.6.2003 – 9 Sa 443/03, juris-Rn. 17; *Schaub*, ZIP 1984, 272 (276); *Hillebrecht*, ZIP 1985, 257 (263); *Hess/Knörig*, Das Arbeitsrecht bei Sanierung und Konkurs, 1. Aufl. 1991, S. 249; *Weimar/Alfes*, DB 1991, 1830 (1831); *Kindscher*, S. 154 ff.; *Döpner*, S. 211; KDZ-*Zwanziger*, § 613a BGB Rn. 204; mittlerweile *Gerhardt*, in: Arbeitsrecht bei der Umstrukturierung von Unternehmen und Betrieben, 5. Aufl., 2018, § 6 Rn. 214; AR-*Bayreuther*, § 613a BGB Rn. 110.

[32] BAG 26.5.1983 - 2 AZR 477/81, juris-Rn. 43.

[33] *Kindscher*, S. 155; *Döpner*, S. 206; zur Ausnahme bei einer mangelnden finanziellen Durchführbarkeit siehe e.cc.

[34] *Kindscher*, S. 155; DHSW-*Karthaus/Richter*, § 613a BGB Rn. 252.

[35] BAG 26.5.1983 – 2 AZR 477/18 juris-Rn. 43.

[36] Vgl. *Borngräber*, Arbeitsverhältnis bei Betriebsübergang – Der Eintritt des neuen Betriebsinhabers in die Rechte und Pflichten aus den Arbeitsverhältnissen beim Betriebsübergang durch Rechtsgeschäft, 1977, S. 69 f.; *Willemsen*, ZIP 1983, 411 (416).

[37] Vgl. *Borngräber*, S. 70; *Seiter*, Betriebsinhaberwechsel – Arbeitsrechtliche Auswirkungen eines Betriebsübergangs unter besonderer Berücksichtigung des § 613 a BGB, in: Schriften zur Arbeitsrechts-Blattei, Bd. 9, 1980, S. 113; *Willemsen*, ZIP 1983, 411 (416).

[38] Für das Insolvenzverfahren: BAG 20.3.2003 - 8 AZR 97/02; 20.9.2006 - 6 AZR 249/05; vgl. BAG 15.11.2012 – 8 AZR 827/11, juris-Rn. 27; LAG Schleswig-Holstein 23.11.2010 – 5 Sa 247/10; außerhalb des Insolvenzverfahrens: LAG Rheinland-Pfalz 11.3.2013 - 5 Sa 556/12.

[39] Exemplarisch *Boecken*, Unternehmensumwandlungen und Arbeitsrecht, 1996, S. 179; WHSS-*Willemsen*, Kap. H Rn. 108; *Steffan*, in: Kündigungsrecht – Großkommentar zum gesamten Recht der Beendigung von Arbeitsverhältnissen, 5. Aufl., 2017, § 613a BGB Rn. 189 f. m.w.N. (APS-*Bearbeiter*); *Preis*, in: Arbeitsrecht, Erfurter Kommentar, 20. Aufl., 2020, § 613a BGB Rn. 169 f. m.w.N. (EK-*Bearbeiter*); *Müller-Glöge,* in: Bürgerliches Gesetzbuch, Münchener Kommentar, Bd. 5, 8. Aufl., 2020, § 613a Rn. 193 m.w.N. (MüKo BGB-*Bearbeiter*).

[40] BAG 20.3.2003 - 8 AZR 97/02; juris-Rn. 20.

[41] A.a.O., Rn. 23.

[42] *Hanau*, ZIP 1984, 141 (143).

[43] Exemplarisch APS-*Steffan*, § 613a BGB Rn. 190; Staudinger-*Annuß*, § 613a BGB Rn. 400; *Gussen*, in: Arbeitsrecht, Beck'scher Onlinekommentar, 56. Edition, 2020, § 613a BGB Rn. 133 (BeckOK ArbR-*Bearbeiter*); EK-*Preis*, § 613a BGB Rn. 170; *Müller-Bonanni*, in: Arbeitsrecht, Kommentar, 9. Aufl., 2020, § 613a BGB Rn. 314 (HWK-*Bearbeiter*); a.A. LAG Köln 17.6.2003 − 9 Sa 443/03.

d) Darstellung der Ansichten

Es ergibt sich die folgende Übersicht:

	Innerhalb des Insolvenzverfahrens	Außerhalb des Insolvenzverfahrens
Strengste Ansicht	Unzulässig	Unzulässig
Differenzierende Ansicht	Zulässig bei alternativer Durchführbarkeit	Zulässig bei alternativer Durchführbarkeit
Herrschende Literatur	Zulässig	Zulässig
BAG seit 2003	Zulässig	Offen gelassen

Auf der Grundlage der Übersicht ist zu untersuchen, ob und unter welchen Voraussetzungen die Veräußererkündigung nach Erwerberkonzept zulässig ist.

e) Analyse und Kritik der Ansichten

Zur besseren Analyse und Kritik der Ansichten wird im Folgenden zwischen dem fortführenden und dem eingliedernden Betriebsübergang unterschieden.

aa) Fortführender Betriebsübergang

Beispiel 2: In Abwandlung zu Beispiel 1 (II.) hat die V-GmbH noch finanzielle Reserven. Sie kündigt in Umsetzung des Sanierungsplans der E einem Sechstel der Arbeitnehmer. Danach geht der Betrieb auf E über.

Das Erwerberkonzept bezieht sich nur auf die übergehende Einheit. Ohne organisatorische Besonderheiten und wegen der finanziellen Ressourcen kann V das Erwerberkonzept selbst durchführen. Bei einer eigenen Betriebsfortführung könnte V die Kündigungen durch dringende betriebliche Erfordernisse rechtfertigen.[44]

Trotz der Durchführbarkeit des Konzepts geht nur die strengste Ansicht davon aus, dass die Kündigung unzulässig sei.[45] Es ist daher zu untersuchen, ob § 613a BGB die Veräußererkündigung nach Erwerberkonzept generell verbietet.

(1) Wortlaut

Der Wortlaut des § 613a Abs. 4 S. 1 BGB ist weit. Er lässt zu, dass die Kündigung durch zukünftige Umstände nach dem Betriebsübergang gerechtfertigt werden kann.[46] Insofern gilt das kündigungsrechtliche Prognoseprinzip. Auf der Grundlage des greifbaren Sanierungsplans ist vorhersehbar, dass die Sanierungsmaßnahmen umgesetzt werden und der Beschäftigungsbedarf entfallen wird.[47] Im Wortlaut bestehen keine Anhaltspunkte, dass § 613a BGB die Prognose verbieten würde.[48] Auch hinsichtlich der Urheberschaft des Sanierungskonzepts sind keine Einschränkungen erkennbar.[49]

[44] Vgl. *Döpner*, S. 206; WHSS-*Willemsen*, Kap. H Rn. 109.
[45] Vgl. 2.a).
[46] *Vossen*, BB 1984, 1557 (1559); *Birkholz*, Betriebsübergang nach § 613a BGB in der Insolvenz, 1995, S. 61.
[47] Vgl. LAG Rheinland-Pfalz 11.3.2013 – 5 Sa 556/12, juris-Rn. 44; *Hiekel*, BAG Report 2005, 161 (162); *Döpner*, S. 63; *Kappenhagen*, BB 2003, 2180 (2183).
[48] *Vossen*, BB 1984, 1557 (1559 f.); vgl. *Gaul*, FS Schwerdtner 2003, 653 (657) m.w.N.
[49] *Moll*, NJW 1993, 2016 (2021); vgl. LKB-*Krause*, § 1 KSchG Rn. 819.

(2) Systematik

(1) Kündigungsgrund gemäß § 613a Abs. 4 S. 2 BGB

Aus § 613a Abs. 4 S. 2 BGB ergibt sich, dass auch Kündigungen im Zusammenhang mit dem Betriebsübergang zulässig sind. Die unternehmerische Handlungsfreiheit soll gewährleistet bleiben.[50] Aus dem Vorgriff auf die betrieblichen Umstände des Erwerbers kann deswegen nicht automatisch ein Verstoß gegen das Kündigungsverbot geschlussfolgert werden. In der Erwerbersphäre werden Rationalisierungsmaßnahmen auf der Grundlage eines betriebswirtschaftlichen Konzepts vorgenommen. In dem Konzept wird umfangreich dargelegt, warum, wie, wann und in welchem Umfang der Beschäftigungsbedarf bei der Sanierung entfallen wird.[51] In Beispiel 2 könnte der Veräußerer das Konzept auch ohne den Betriebsübergang bei einer eigenen Betriebsfortführung umsetzen. Wenn er das Konzept selbst durchführt, ist die Kündigung nach § 1 Abs. 2 KSchG unabhängig von der Erwerbersphäre gerechtfertigt. Jedenfalls bei der alternativen Durchführbarkeit ist der Betriebsübergang folglich kein notwendiges Element für den Arbeitsplatzwegfall. Er ist lediglich ein äußerer Anlass. Die Sanierung ist der tragende Kündigungsgrund im Sinne des § 613a Abs. 4 S. 2 BGB.[52] Das Heranziehen der betrieblichen Umstände in der Erwerbersphäre erweitert die Kündigungsmöglichkeiten des Veräußerers nicht.

(2) Keine Einschränkung durch die Richtlinie 77/187/EWG

Die voranstehende Auslegung des § 613a Abs. 4 BGB wird durch die zugrundeliegende Richtlinie 77/187/EWG gestützt.[53] Nach Art. 4 Abs. 1 der Richtlinie sind wirtschaftliche, technische oder organisatorische Kündigungsgründe zulässig. Demnach erkennt die Richtlinie betriebliche Erfordernisse als anderen Grund im Sinne von § 613a Abs. 4 S. 2 BGB an.[54] Sie bestimmt nicht, aus welcher Sphäre die Kündigungsgründe stammen müssen.[55]

(3) Telos

(1) Keine Arbeitsplatzgarantie

§ 613a Abs. 4 BGB gewährt keine Arbeitsplatzgarantie. Vom Betriebsübergang unabhängige Kündigungen sollen nicht verhindert werden.[56] Jedenfalls wenn der Veräußerer das Erwerberkonzept durchführen kann, könnte er ohne den Betriebsübergang kündigen. Insofern realisiert sich für den Arbeitnehmer ein allgemeines Arbeitsplatzverlustrisiko.[57] Er wird nicht schlechter gestellt, als er ohne

[50] Vgl. *Borngräber*, S. 70.
[51] Vgl. LAG Düsseldorf 23.1.2003 – 11 (12) Sa 1057/02, juris-Rn. 28 ff.
[52] BAG 20.3.2003 − 8 AZR 97/02, juris-Rn. 24; LAG Schleswig-Holstein 23.11.2010 – 5 Sa 247/10, juris-Rn. 27; *Moll*, NJW 1993, 2016 (2021); *Wittenberg*, Der Bestandsschutz von Arbeitsverhältnissen im Umwandlungsrecht, 2001, S. 79; *Treber*, in: Kündigungsschutzgesetz und sonstige kündigungsschutzrechtliche Vorschriften, Gemeinschaftskommentar, 12. Aufl., 2019, § 613a BGB, Rn. 69 (KR-*Bearbeiter*)
[53] Neu verkündet als RL 2001/23/EG v. 12.3.2001.
[54] APS-*Steffan*, § 613a BGB Rn. 176.
[55] *Vossen*, BB 1984, 1557 (1559); *Birkholz*, S. 61.
[56] Vgl. BAG 20.9.2006 – 6 AZR 249/05, juris-Rn. 33; LAG Rheinland-Pfalz 11.3.2013 – 5 Sa 556/12, juris-Rn. 43; *Grunsky*, ZIP 1982, 772 (776); *Vossen*, BB 1984, 1557 (1559); *Döpner*, S. 62.
[57] Vgl. *Willemsen*, ZIP 1983, 411 (416).

den Betriebsübergang stünde. Allein wegen des zeitlichen Zusammenhangs mit dem Betriebsübergang darf die Kündigung nicht ausgeschlossen werden. Das Arbeitsverhältnis muss nicht bis nach dem Betriebsübergang künstlich verlängert werden.[58]

(2) Keine Arbeitnehmerselektion

Gemäß der *Plessers*-Entscheidung[59] des EuGH ist es nicht mit dem Schutzzweck der Art. 3, 4 der Richtlinie vereinbar, dass sich der Erwerber die zu übernehmenden Arbeitnehmer aussuchen kann.[60] Zur Vermeidung einer Arbeitnehmerselektion muss dargelegt werden, warum die nicht-übernommenen Arbeitnehmer gekündigt werden.[61] Auf der Grundlage einer europarechtskonformen Auslegung soll auch § 613a Abs. 4 S. 1 BGB verhindern, dass sich der Erwerber sozial schwacher Arbeitnehmer entledigen kann.[62]

Bei der Veräußererkündigung nach Erwerberkonzept besteht kein erhöhtes Risiko einer Arbeitnehmerselektion. In dem Konzept wird dargelegt, inwiefern durch die Sanierungsmaßnahmen der Beschäftigungsbedarf für die Arbeitnehmer entfällt. Es liegt somit keine Kündigung nach einem willkürlichen Erwerberverlangen vor.[63] Im Anwendungsbereich des allgemeinen Kündigungsschutzes des KSchG ist eine Sozialauswahl gemäß § 1 Abs. 3 KSchG durchzuführen. Der Erwerber kann sich nicht sozial schutzbedürftiger Arbeitnehmer entledigen. Die Veräußererkündigung nach Erwerberkonzept stimmt mit dem Schutzzweck überein.[64]

(4) Schlussfolgerung anhand von Beispiel 2

In Beispiel 2 kann der Veräußerer das Erwerberkonzept selbst umsetzen. Unabhängig vom Betriebsübergang könnte er das dringende betriebliche Erfordernis nach § 1 Abs. 2 S. 1 KSchG schaffen. Die Sanierung ist der Kündigungsgrund. Wertungsmäßig entspricht die Veräußererkündigung nach Erwerberkonzept einer Veräußererkündigung nach einem Veräußererkonzept.[65] Jedenfalls bei der alternativen Durchführbarkeit des Konzepts ist die Veräußererkündigung nach Erwerberkonzept daher mit § 613a BGB vereinbar. Die Ansicht, die generell einen Verstoß annimmt, ist abzulehnen.

Somit ist im Folgenden anhand des eingliedernden Betriebsübergangs zu untersuchen, ob die Kündigung auch ohne die alternative Durchführbarkeit zulässig ist.

bb) Eingliedernder Betriebsübergang

Beispiel 3: Abwandlung zu Beispiel 1 (II.): Die E-GmbH hat einen Betrieb mit ähnlichen Produktlinien wie denen der V. Der übergehende Betrieb soll in den Betrieb der E eingegliedert werden. Es entstehen Überkapazitäten in der Produktion. Die Produktpalette des übergehenden Betriebes soll erheblich reduziert werden. Ein Drittel der Arbeitnehmer soll vor dem Betriebsübergang entlassen werden.[66]

Hier liegt ein eingliedernder Betriebsübergang vor. Das Konzept wird auf den beim Erwerber vorhandenen Betrieb gestützt. Das dringende betriebliche Erfordernis gemäß § 1 Abs. 2 S. 1 KSchG entsteht aus der Betriebsfusion. Die Kündigungen werden exklusiv mit den betrieblichen Verhältnissen des Erwerbers nach dem Betriebsübergang begründet. Bei einer eigenen Betriebsfortführung könnte V das Konzept in betriebsorganisatorischer Hinsicht nicht durchführen.[67]

Ob die Kündigung ohne die alternative Durchführbarkeit zulässig ist, richtet sich nach der Auslegung des § 613a BGB.

(1) Wortlaut

Der Wortlaut des § 613a Abs. 4 BGB lässt keine Schlussfolgerung zu, ob eine Kündigung mit fremder Unterstützung nach einem Drittkonzept erfolgen kann.[68]

(2) Telos

(1) Keine Schlechterstellung durch den Betriebsübergang

§ 613a Abs. 1, 4 BGB schützt vor Risiken, die aus dem Betriebsübergang erwachsen.[69] Der Arbeitnehmer soll so gestellt sein, wie er bei der Betriebsfortführung durch den bisherigen Inhaber gestanden hätte.[70] Der Veräußerer kann seine Kündigung demnach nur durch betriebliche Umstände rechtfertigen, die auch ohne den Betriebsübergang hätten eintreten können.[71] Mithin kann er nur Maßnahmen zur Rechtfertigung der Kündigung heranziehen, die er selbst hätte durchführen können. Es bedarf des Kriteriums der alternativen Durchführbarkeit.[72]

In Beispiel 3 wäre der Veräußererbetrieb ohne den Betriebsübergang nicht mit dem Erwerberbetrieb zusammengeschlossen worden. Mangels alternativer Durchführbarkeit stützt der Veräußerer seine Kündigung auf betriebliche Umstände, die nur durch den Betriebsübergang eintreten. Der Veräußererbetrieb ist ohne die Produktionsabteilung nicht überlebensfähig. Deswegen könnte und würde der

---

58 BAG 20.3.2003 – 8 AZR 97/02, juris- Rn. 20.

59 In der Rechtssache *Plessers* wurde die Kündigung durch den Veräußerer nach dem Betriebsübergang erklärt. Das Arbeitsverhältnis war bereits auf den Erwerber übergegangen. Die Kündigung war unwirksam. Aus der Entscheidung kann daher nicht geschlussfolgert werden, ob die Veräußererkündigung nach Erwerberkonzept europarechtskonform ist; vgl. EuGH 16.5.2019 – C 509/17, juris-Rn. 16 f.; *Szpunar*, Schlussanträge 23.1.2019 – C-509/17 Rn. 73.

60 EuGH 16.5.2019 – C-509/17, juris-Rn. 56 ff.

61 *Caspers*, EuZA 2020, 236 (242).

62 BAG 26.5.1983 - 2 AZR 477/81, juris-Rn. 42; 20.3.2003 – 8 AZR 97/02, juris- Rn. 20.

63 Vgl. BAG 26.5.1983 – 2 AZR 477/81; 20.9.2006 – 6 AZR 249/05, juris-Rn. 30 m.w.N.

64 Ebenso *Willemsen*, ZIP 1983, 411 (416); *Moll*, NJW 1993, 2016 (2021); *Picot/Schnitker*, S. 135; *Kappenhagen*, BB 2003, 2180 (2182); vgl. *Haase*, FS Arbeitsgemeinschaft ArbR 2006, 613 (619); a.A. BTM-*Trittin*, § 613a BGB Rn. 174.

65 Vgl. *Borngräber*, S. 70; WHSS-*Willemsen*, Kap. H Rn. 109.

66 Vgl. WHSS-*Willemsen*, Kap. H Rn. 112.

67 Vgl. A.a.O., Rn. 112 f.; *Döpner,* S. 206.

68 Vgl. *Picot/Schnitker*, S. 135.

69 Vgl. EuGH 16.5.2019 – C-509/17, juris-Rn. 52 m.w.N.; AR-*Bayreuther*, § 613a BGB Rn. 106.

70 *Willemsen*, ZIP 1983, 411 (413).

71 Vgl. *Borngräber*, S. 70; *Seiter*, S. 113; *Hanau*, FS Gaul 1992, 287 (290); *Kindscher*, S. 155; *Döpner*, S. 210.

72 BAG 2.10.1974 – 5 AZR 504/73, juris-Rn. 33; *Kindscher*, S. 155 f.; *Döpner*, S. 210; KDZ-*Zwanziger*, § 613a BGB Rn. 204.

Veräußerer den Arbeitnehmern aus der Produktion nicht kündigen.[73]

Die Kündigung wird durch den Betriebsübergang ermöglicht.[74] Wenn sich der Veräußerer unabhängig von der alternativen Durchführbarkeit auf die Umstände aus der Erwerbersphäre berufen könnte, würden seine Kündigungsmöglichkeiten erweitert.[75] Zugleich kann der Erwerber seine zum Beschäftigungswegfall führende Entscheidung stets im Rahmen eines Konzepts festhalten und damit den gesetzlich angeordneten Übergang des Arbeitsverhältnisses gemäß § 613a Abs. 1 S. 1 BGB verhindern.[76] Infolgedessen wird der Arbeitnehmer schlechter gestellt, als er ohne den Betriebsübergang stünde.[77] Unabhängig vom Betriebsübergang läge für ihn kein Arbeitsplatzverlustrisiko vor.[78] Das Arbeitsverhältnis wird durch das Durchführbarkeitserfordernis daher nicht künstlich verlängert, sondern in seinem Bestand gewahrt.[79]

Demzufolge verstößt die Kündigung, bei welcher der Veräußerer das Konzept nicht durchführen kann, gegen das *Telos* des § 613a Abs. 1, Abs. 4 S. 1 BGB.[80]

(2) Sonstige Kündigungsmöglichkeiten

Dem widerspricht die herrschende Ansicht. Oftmals könne der Veräußerer unabhängig vom Betriebsübergang betriebsbedingt kündigen. Es bestünde keine Gefahr, dass sich der Veräußerer fremde Kündigungsmöglichkeiten verschaffe. Der Bestandsschutz aus § 613a Abs. 1 S. 1 BGB sei nicht gefährdet.[81]

Der Annahme ist partiell zuzustimmen. Es ist richtig, dass auch der Veräußerer aus anderen Gründen kündigen kann. Beispielsweise kann er Rationalisierungsmaßnahmen im Sinne einer Personalverdichtung vornehmen.[82]

Jedoch sagt die Betrachtung von anderen Kündigungsgründen erstens nichts über die Zulässigkeit aus, sich fremder Umstände zur Kündigungsrechtfertigung zu bedienen.

Zweitens mag der Veräußerer zwar kündigen können. Seine hypothetische Kündigung muss aber nicht deckungsgleich mit der Kündigung nach dem Erwerberkonzept sein. Zur Verdeutlichung dient folgender Vergleich: In Beispiel 3 entstehen durch die Betriebszusammenlegung Doppelbesetzungen in der Produktion. Aufgrund des Erwerberkonzepts sollen Arbeitnehmer aus dem Produktionsbereich gekündigt werden. Auch der Veräußerer kann unabhängig vom Betriebsübergang rationalisieren. Aus seiner betriebswirtschaftlichen Analyse ergäbe sich beispielsweise, dass die Verwaltung überbesetzt ist. Der Veräußerer würde den dortigen Arbeitnehmern kündigen. Dagegen sind die Arbeitnehmer in der Produktion ausgelastet. Solange der Veräußerer den Betrieb fortführt, würde er ihnen nicht kündigen. Der Vergleich zeigt, dass der Verweis auf andere Kündigungsgründe nicht zielführend ist. Ein Arbeitnehmer, der einzig nach dem Erwerberkonzept zu kündigen ist, wird aufgrund des Betriebsübergangs schlechter gestellt. Für ihn besteht ohne den Betriebsübergang kein Risiko, den Arbeitsplatz zu verlieren. Diese Schlechterstellung will § 613a Abs. 4 BGB verhindern.[83]

Drittens mündet das Vorbringen von sonstigen Kündigungsgründen in einer „kündigungsrechtlichen Wahlfeststellung".[84] Der Veräußerer könnte stets im Kündigungsschutzprozess darauf verweisen, dass er theoretisch andere Kündigungsgründe gehabt hätte. Der Kündigungsschutz würde durch hypothetische Szenarien unterlaufen werden.

(3) Betriebsstilllegung als Alternativszenario

Zur Erwiderung verweist die herrschende Ansicht auf die Betriebsstilllegung. Das Durchführbarkeitserfordernis sei nicht mit dem Wesen von Sanierungsfällen vereinbar.[85] Der Veräußererbetrieb könne sich nicht aus eigener Kraft sanieren,[86] mithin nicht das Erwerberkonzept umsetzen. Sanierende Betriebsübergänge würden stark erschwert.[87] Ohne die Betriebsveräußerung werde der Betrieb stillgelegt. Das *Telos* des § 613a BGB werde pervertiert. Statt die Kontinuität der Arbeitsverhältnisse zu sichern, würden alle beendet werden.[88]

Der Verweis auf die Betriebsstilllegung ist nicht haltbar. Wie bereits unter (2) gezeigt, wird mit einer Hypothese argumentiert. Hypothetische Kausalverläufe können eine Kündigung nicht rechtfertigen.[89] Die Unternehmerfreiheit erlaubt dem Arbeitgeber, jederzeit seinen Betrieb stillzulegen.[90] Er kann somit immer ein betriebliches Erfordernis schaffen. Die Prüfung der Kündigungsrechtfertigung wird *ad absurdum* geführt, wenn man die Betriebsstilllegung als Reserveursache zuließe.[91]

Außerdem zieht die herrschende Literatur auch die Betriebsstilllegung heran, um in Sanierungsfällen für die Zulässigkeit der Veräußererkündigung nach Erwerberkonzept zu argumentieren. Der Begriff des Sanierungsfalls ist weit. Eine gefährdete Rentabilität reicht aus.[92] In einfachen Sanierungsfällen ist die Betriebsstilllegung indes keine betriebswirtschaftlich realistische Alternative. Der Verweis auf die Stilllegung kann daher gerade außerhalb des Insol-

[73] Vgl. *Borngräber*, S. 70; WHSS-*Willemsen*, Kap. H Rn. 112.
[74] BTM-*Trittin*, § 613a BGB Rn. 168, 174 ff.
[75] A.a.O., Rn. 174 ff.; *Willemsen*, ZIP 1983, 411 (416); *Kindscher*, S. 155; vgl. AR-*Bayreuther*, § 613a BGB Rn. 110.
[76] *Kindscher*, S. 156; vgl. *Habscheid*, RdA 1989, 88 (93).
[77] *Kindscher*, S. 155; KDZ-*Zwanziger*, § 613a BGB Rn. 204; Staudinger-*Annuß*, § 613a BGB Rn. 399.
[78] Vgl. *Willemsen*, ZIP 1983, 411 (416).
[79] *Kindscher*, S. 156; KDZ-*Zwanziger*, § 613a BGB Rn. 204.
[80] *Kindscher*, S. 155; vgl. BTM-*Trittin*, § 613a BGB Rn. 174 ff.; KDZ-*Zwanziger*, § 613a BGB Rn. 204; AR-*Bayreuther*, § 613a BGB Rn. 110.
[81] Vgl. *Henssler*, NZA 1994, 913 (922); *Birkholz*, S. 62; *C. Meyer*, NZA 2003, 244 (246); *Schumacher-Mohr*, NZA 2004, 629 (632).
[82] APS-*Kiel*, § 1 KSchG Rn. 523; HWK-*Quecke*, § 1 KSchG Rn. 316.
[83] Angedeutet von *Habscheid*, RdA 1989, 88 (93).
[84] *Döpner*, S. 210.
[85] BAG 20.3.2003 – 8 AZR 97/02, juris-Rn. 23 m.w.N.
[86] *Hanau*, ZIP 1984, 141 (143).
[87] Ebd.; *Sieger/Hasselbach*, DB 1999, 430 (432).
[88] Vgl. *Willemsen*, ZIP 1983, 411 (415); *Hanau*, ZIP 1984, 141 (143 f.); *Vossen*, BB 1984, 1557 (1559); *Kappenhagen*, BB 2003, 2180 (2182); *Cohnen*, in: Arbeitsrecht, Münchener Anwaltshandbuch, 4. Aufl., 2017, § 54 Rn. 173 (MAH-*Bearbeiter*).
[89] Vgl. *Habscheid*, RdA 1989, 88 (94).
[90] Vgl. BeckOK ArbR-*Rolfs*, § 1 KSchG Rn. 412 f. m.w.N.
[91] Ebenso *Döpner*, S. 211.
[92] *Grunsky*, ZIP 1982, 772 (775).

venzverfahrens nicht tragen.

Das Extrem der Betriebsstilllegung zeigt nur, dass die Kündigung nach dem Erwerberkonzept in kollektiver Hinsicht ein milderes Mittel ist.[93] Insofern greift die herrschende Ansicht auf eine pragmatische Erwägung zurück: Eine Betriebsfortführung mit wenigen Arbeitnehmern sei besser als eine Stilllegung.[94] Der § 613a BGB bezweckt aber den Schutz des individuellen Arbeitnehmers.[95] Für den gekündigten Arbeitnehmer ist die Stilllegung kein milderes Mittel. Ihm wird entweder aufgrund der Stilllegung oder aufgrund des Erwerberkonzepts gekündigt.[96] Dass sich der Arbeitnehmer opfern soll, damit der Betrieb vom Erwerber übernommen wird, verstößt gegen den intendierten Schutz des § 613a Abs. 4 S. 1 BGB.

Zudem hat sich der Gesetzgeber dazu entschieden, § 613a BGB im Insolvenzverfahren anzuwenden. Selbst in wirtschaftlich prekären Situationen soll demnach der individuelle Bestandsschutz eingreifen.[97] Daraus resultiert zwar, dass übertragende Sanierungen erschwert werden. § 613a Abs. 4 BGB bezweckt jedoch nicht, Betriebssanierungen zu erleichtern.[98] Ohnehin ist die Norm keine absolute Sanierungssperre. Der Veräußerer kann aufgrund eines eigenen Konzepts kündigen.[99] Der Erwerber kann sein Konzept nach dem Betriebsübergang umsetzen und Kündigungen erklären.[100]

(4) Betriebsbezogenheit

Die Gegenansicht bringt weiterhin vor, dass einzig der Betrieb die relevante Bezugsgröße sei. § 613a Abs. 1 S. 1 BGB solle in dem Betrieb die Kontinuität des Arbeitsverhältnisses wahren. Auch gemäß § 1 Abs. 2 S. 1 KSchG sei allein maßgeblich, dass in dem Betrieb die Beschäftigungsmöglichkeiten entfielen.[101] Ob die Person des Arbeitgebers oder Betriebsinhabers das Konzept durchführen könne, sei irrelevant.[102]

Das Argument ist abzulehnen. Beim eingliedernden Betriebsübergang bleibt „der Betrieb" als Bezugspunkt der Konzeptverwirklichung nicht erhalten.[103] Zwar ist der Betriebsübergang ein identitätswahrender Inhaberwechsel. Es entsteht jedoch eine funktionelle Verknüpfung zum Betrieb des Erwerbers.[104] Das betriebliche Erfordernis nach § 1 Abs. 2 S. 1 KSchG tritt meist nicht in dem übergehenden (Veräußerer)Betrieb, sondern in dem fusionierten Betrieb beim Erwerber ein.[105]

Zudem ist ein Betriebsübergang ein Inhaber-, mithin ein Arbeitgeberwechsel.[106] § 613a BGB soll vor den Risiken schützen, die aus diesem Wechsel resultieren. Die betriebsbezogene Betrachtungsweise darf kein Risiko begründen, vor dem § 613a BGB schützen soll.[107] Ohne den Betriebsübergang bestünde für den Arbeitnehmer nicht das konkrete Arbeitsplatzverlustrisiko. Auch der kündigungsrechtliche Grundsatz der Betriebsbezogenheit kann das *Telos* des autonomen § 613a BGB nicht einschränken.

(5) Unterschiedliche Behandlung der Betriebsübergangsarten

Der differenzierenden Ansicht wird vorgeworfen, dass sie den fortführenden und den eingliedernden Betriebsübergang willkürlich unterschiedlich behandle.[108] Beim fortführenden Betriebsübergang stützt sich das Konzept auf die übergehende Einheit. Der Veräußerer kann es prinzipiell durchführen. Dagegen beruht das Konzept beim eingliedernden Betriebsübergang auf der Betriebsfusion. Der Veräußerer kann es nicht umsetzen.[109] Deswegen wird geschlussfolgert, dass die differenzierende Ansicht die Veräußererkündigung nach Erwerberkonzept auf den fortführenden Betriebsübergang beschränke.[110]

Der Vorwurf der willkürlichen Unterscheidung trägt nicht. Das Durchführbarkeitserfordernis ergibt sich aus dem *Telos* des § 613a Abs. 4 BGB. Außerdem kann das Konzept auch beim eingliedernden Betriebsübergang auf die übertragene Einheit beschränkt sein. Es kann etwa vorsehen, dass die Arbeitsabläufe durch neue Maschinen in dem übergehenden Betrieb rationalisiert werden. Unabhängig von der späteren Eingliederung stammt das dringende betriebliche Erfordernis aus der abgeschlossenen organisatorischen Sphäre der übergehenden Einheit. Der Veräußerer kann das Konzept durchführen. Die Veräußererkündigung nach Erwerberkonzept ist trotz des Durchführbarkeitserfordernisses auch beim eingliedernden Betriebsübergang möglich.[111]

(3) Zwischenergebnis: Erfordernis alternativer Durchführbarkeit

Das Erwerberkonzept muss alternativ beim Veräußerer durchführbar sein. Demzufolge ist die Ansicht abzulehnen, die auf das Durchführbarkeitserfordernis verzichtet. In Beispiel 3 ist die Kündigung unwirksam.

---

93 Vgl. *Loritz*, RdA 1987, 65 (83); *Birkholz*, S. 61 f.; *Breinlinger*, in: Gesamtes Arbeitsrecht, Kommentar, 1. Aufl., 2016, § 613a BGB Rn. 133 (NK ArbR-*Bearbeiter*).

94 *Birkholz*, S. 63; NK ArbR-*Breinlinger*, § 613a BGB Rn. 133.

95 *Döpner*, S. 213.

96 *Daub*, S. 52.

97 Vgl. *Döpner*, S. 114; *Lembke*, BB 2007, 1333 (1339).

98 *Döpner*, S. 214; BTM-*Trittin*, § 613a BGB Rn. 174 ff.

99 BAG 20.9.2006 – 6 AZR 249/05, juris-Rn. 33 m.w.N.

100 *Kindscher*, S. 156 f.; BTM-*Trittin*, § 613a BGB Rn. 174 ff.; *Döpner*, S. 214.

101 *Wickler*, Die Arbeitgeberkündigung beim rechtsgeschäftlichen Betriebsinhaberwechsel, 1985, S. 95; *Lipinski*, Sonderkündigungsschutz bei Betriebsübergang, 2001, S. 58.

102 *Birkholz*, S. 62; *Picot/Schnitker*, S. 134; *Moll*, NJW 1993, 2016 (2021); *C. Meyer*, NZA 2003, 244 (245); A.A. *Habscheid*, RdA 1989, 88 (93).

103 Vgl. *Lipinski*, S. 62.

104 Vgl. EuGH 12.2.2009 – C-466/07 (Ls.); *Daub*, S. 83.

105 Ebenso damals noch *Bachner*, in: Arbeitsrecht, Handbuch für die Praxis, 8. Aufl., 2015, § 96 Rn. 80.

106 *Sieg/Maschmann*, Unternehmensumstrukturierung aus arbeitsrechtlicher Sicht, 2. Aufl., 2010, S. 5; *Mansel*, in: Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 17. Aufl., 2018, § 613a BGB Rn. 3a m.w.N.

107 *Döpner*, S. 214.

108 *Kreitner*, Kündigungsrechtliche Probleme beim Betriebsinhaberwechsel, 1989, S. 113; *Lipinski*, NZA 2002, 75 (79); vgl. *C. Meyer*, NZA 2003, 244 (245).

109 *Döpner*, S. 206; WHSS-*Willemsen*, Kap. H Rn. 112 f.

110 Fn. 107.

111 Siehe auch *Daub*, S. 56; vgl. *Hess/Gotters*, BlStSozArbR 1984, 74 (75); *Hillebrecht*, ZIP 1985, 157 (264).

cc) Problem der finanziellen Durchführbarkeit

Beispiel 4: Im Gegensatz zu Beispiel 2 (aa.) ist die V stark überschuldet. Sie hat keine verfügbaren Finanzmittel. V kündigt den Arbeitnehmern aufgrund des Erwerberkonzepts. Danach geht der Betrieb auf E über.

Eine Unteransicht nimmt in solchen Fällen eine Ausnahme von dem Durchführbarkeitserfordernis an. Die Veräußererkündigung sei zulässig, wenn die Durchführbarkeit lediglich an einer schlechten Finanzlage des Betriebes, begrenzten Betriebsgröße oder einer mangelnden Sanierungsfähigkeit scheitere.[112] Andernfalls würden sanierende Betriebsübergänge erschwert.[113] Der von § 613a BGB gewährte Bestandsschutz sei sonst in finanzschwachen Betrieben stärker.[114] Es sei allein maßgeblich, dass der Veräußerer das Konzept organisatorisch durchführen könne.[115]

Allerdings ist der Regelungsgehalt des § 613a BGB nicht von faktischen Umständen abhängig.[116] Das Arbeitsverhältnis soll vor allen Risiken geschützt werden, die aus dem Betriebsübergang resultieren.[117] Ohne die finanzielle Durchführbarkeit besteht das konkrete Arbeitsplatzverlustrisiko nicht.[118] Eine Ausnahme ist abzulehnen. In Beispiel 4 ist die Kündigung unwirksam.

dd) Zulässigkeit im Insolvenzverfahren

Eine Ausnahme vom Erfordernis der alternativen Durchführbarkeit könnte sich aber für das Insolvenzverfahren ergeben. Gemäß § 128 Abs. 1 S. 1 InsO wird die Anwendung der §§ 125 bis 127 InsO nicht dadurch ausgeschlossen, dass eine Betriebsänderung erst nach der Betriebsveräußerung erfolgt. Der Insolvenzverwalter kann ein Verfahren nach §§ 125, 126 InsO durchführen und den Arbeitnehmern kündigen.[119] Die Betriebsänderung kann vom Betriebserwerber vorgenommen werden. Folglich erlaubt § 128 Abs. 1 S. 1 InsO, dass die Betriebsänderung nach dem Betriebsübergang die Kündigungen des Insolvenzverwalters rechtfertigen kann.[120] Die Vermutungs- oder Feststellungswirkung der §§ 125, 126 InsO erstreckt sich darauf, dass die Kündigung durch dringende betriebliche Erfordernisse gerechtfertigt ist und nicht wegen des Betriebsübergangs erfolgt (§ 128 Abs. 2 InsO). Demgemäß wird teilweise angenommen, dass die Veräußererkündigung nach Erwerberkonzept im Insolvenzverfahren durch § 128 InsO gesetzlich anerkannt sei.[121]

Die Entstehungsgeschichte des § 128 InsO stützt diese Annahme. Die Kommission für Insolvenzrecht schlug vor, dass sich das Vorliegen dringender betrieblicher Erfordernisse im Sinne von § 1 Abs. 2 KSchG nach den Bedürfnissen des Erwerbers richten könne.[122] Die Kündigung des Insolvenzverwalters könne auf den Sanierungsplan des Erwerbers gestützt werden.[123]

Fraglich ist, ob auch die endgültige Fassung des § 128 InsO die Veräußererkündigung nach Erwerberkonzept anerkennt. Der Wortlaut des § 128 Abs. 1 S. 1 InsO lässt nicht auf den Urheber des Konzepts der Betriebsänderung schließen.[124] Der Gesetzentwurf der Bundesregierung führt lediglich aus, dass der Betrieb „auf die Erfordernisse des Erwerbers umgestellt werden“ solle.[125] Der Erwerber will zwar oftmals kein Konzept des Insolvenzverwalters umsetzen. Der Normwortlaut erfasst jedoch auch Konzepte des Insolvenzverwalters oder Gemeinschaftskonzepte.[126] Im Unterschied zu der Kommissionsbegründung erwähnt die Regierungsbegründung das Erwerberkonzept nicht.

Daher ist zwar zu vermuten, dass die Veräußererkündigung nach Erwerberkonzept dem § 128 Abs. 1 InsO als Leitgedanke zugrunde liegt. Es mangelt aber an einem eindeutigen Wortlaut. Aus § 128 InsO kann keine Anerkennung der Veräußererkündigung nach Erwerberkonzept hergeleitet werden.[127] Auch der 8. Senat des BAG stützte sich in seiner Entscheidung zur Veräußererkündigung nach Erwerberkonzept nicht auf § 128 InsO.[128]

ee) Gesetzentwurf

Um sämtliche Zweifel bezüglich der Zulässigkeit zumindest für das Insolvenzverfahren auszuräumen, ist eine Ausnahme zu § 613a Abs. 4 S. 1 BGB erwägenswert. Der europäische Gesetzgeber hat es den Mitgliedstaaten in Art. 5 Nr. 1 der Richtlinie 2001/23/EG freigestellt, die Betriebsübergangsregelungen in Verfahren mit dem Ziel der Auflösung des Vermögens des Veräußerers nicht anzuwenden. Eine Einschränkung des § 613a BGB für Insolvenzverfahren wäre europarechtskonform.[129] Hingegen werden Sanierungsverfahren nicht mit dem Ziel der Auflösung, sondern der Betriebsfortführung betrieben. Eine Anwendungsausnahme für Sanierungsverfahren ist europarechtswidrig.[130] Auf der Grundlage des Kommissionsentwurfs[131] kann die folgende Formulierung als Ergänzung zu § 613a BGB angedacht werden,

---

[112] Vgl. *Hanau*, ZIP 1984, 141 (143); KDZ-*Zwanziger*, § 613a BGB Rn. 204; AR-*Bayreuther*, § 613a BGB Rn. 110.
[113] *Hanau*, ZIP 1984, 141 (143); *C. Meyer*, NZA 2003, 244 (246).
[114] Vgl. *Döpner*, S. 213.
[115] KDZ-*Zwanziger*, § 613a BGB Rn. 204.
[116] *Kindscher*, S. 155; *Daub*, S. 51.
[117] AR-*Bayreuther*, § 613a BGB Rn. 106.
[118] *Kindscher*, S. 155; *Döpner*, S. 213; vgl. Argumentation unter bb).(2).(1).
[119] Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Insolvenzordnung, Drs. 12/2443, 1992, S. 150.
[120] *Hanau*, ZIP 1998, 1817 (1820); *Zwanziger*, Das Arbeitsrecht der Insolvenzordnung, Kommentar, 3. Aufl., 2006, § 128 InsO Rn. 18; *Daub*, S. 178.
[121] LAG Berlin 30.11.2001 – 8 Sa 1601/01 juris-Rn. 38; *Birkholz*, S. 190 ff.; *Lipinski*, S. 60; *Müller-Limbach*, Arbeitsgerichtliche Überprüfung betriebsbedingter Kündigungen durch den Insolvenzverwalter (§§ 126 – 128 InsO), 2001, S. 142; *Kappenhagen*, BB 2003, 2180 (2182); ausführlich *Döpner*, S. 254 f.; *Vossen*, in: Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, 11. Aufl., 2015, Rn. 2345 (SPV-*Bearbeiter*); MAH-*Cohnen*, § 54 Rn. 172; KR-*Treber*, § 613a BGB Rn. 96; BeckOK ArbR-*Gussen*, § 613a BGB Rn. 134.
[122] *KfI*, Erster Bericht der Kommission für Insolvenzrecht, 1985, S. 380.
[123] A.a.O., S. 381.
[124] *Daub*, S. 178.
[125] Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Insolvenzordnung, Drs. 12/2443, 1992, S. 150.
[126] *Daub*, S. 179; vgl. *Mückl*, in: Arbeitsrecht in der Umstrukturierung – Strategie, Praxis, Vertragsgestaltung, 4. Aufl., 2017, Kap. 6 Rn. 649 (MFNOS-*Bearbeiter*), der von der Anerkennung der Erwerberkündigung nach Veräußererkonzept ausgeht.
[127] Ebenso *Daub*, S. 180; vgl. *Annuß*, ZInsO 2001, 49 (57 Fn. 93).
[128] Vgl. BAG 20.3.2003 - 8 AZR 97/02, juris-Rn. 13, 16, 20, 23.
[129] Vgl. *Bergwitz*, DB 1999, 2005 (2006 f.); *Caspers*, EuZA 2020, 236 (238, 240).
[130] Vgl. EuGH 22.6.2017 – C-126/16, juris-Rn. 47 f. m.w.N.; *Bergwitz*, DB 1999, 2005 (2007) m.w.N.
[131] Vgl. *KfI*, S. 380.

um die Veräußererkündigung nach Erwerberkonzept für das Insolvenzverfahren anzuerkennen:

§ 613a BGB n.F.

(4a) § 613a Abs. 4 S. 1 BGB ist bei einer Kündigung nicht anwendbar, bei der

1. *das Insolvenzverfahren nach dem ersten Abschnitt des zweiten Teils der Insolvenzordnung eröffnet wurde,*
2. *der Insolvenzverwalter die Kündigung vor dem Betriebsübergang erklärt,*
3. *Sanierungs- oder Rationalisierungsmaßnahmen zur Erhaltung des zu übernehmenden Betriebes notwendig sind,*
4. *die vom Erwerber nach dem Betriebsübergang durchgeführten Sanierungs- oder Rationalisierungsmaßnahmen ein dringendes betriebliches Erfordernis im Sinne von § 1 Abs. 2 S. 1 KSchG begründen, und*
5. *das dringende betriebliche Erfordernis einer Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers in dem Betrieb entgegensteht.*

D. Fazit

Die Veräußererkündigung nach Erwerberkonzept ist zulässig, sofern der Veräußerer das Konzept selbst durchführen könnte. Die Argumentation der herrschenden Ansicht zu einer darüberhinausgehenden Zulässigkeit ist maßgeblich vom praktischen Bedürfnis geprägt, Sanierungen zu fördern. Dabei wird eine präzise dogmatische Auslegung von § 613a BGB und § 1 KSchG vernachlässigt. Vielmehr wird bei einer entsprechenden Anwendung dogmatischer Prinzipien erkennbar, dass der Verzicht auf das Erfordernis der alternativen Durchführbarkeit gegen das *Telos* des § 613a Abs. 1, 4 BGB verstößt. Die Durchführbarkeit erfasst daher auch die finanziellen Umsetzungsmöglichkeiten. Dadurch wird der Anwendungsbereich der Veräußererkündigung nach Erwerberkonzept erheblich verkürzt.

Der Umfang und die Intensität der dargestellten Diskussion verdeutlicht noch einmal die Bedeutung der gegenüberstehenden Interessen in Rahmen von Betriebsübergängen. Sowohl die Sanierungsmöglichkeiten in Krisensituation als auch der Schutz des individuellen Arbeitsverhältnisses haben einen wesentlichen Stellenwert. Um eine angemessene Balance wahren zu können, ist eine eindeutige gesetzliche Regelung unerlässlich. Andernfalls besteht die Gefahr, entweder wertvolle Sanierungsinstrumente zu blockieren oder eine beliebige Arbeitsplatzvernichtung zu ermöglichen.

Paul Plümpe*

Menschenrechtsbindung Privater: Der systemtheoretische Ansatz Teubners und Fischer-Lescanos

A. Einleitung

I. Problemstellung

Immer häufiger werden vor allem multinationale Unternehmen im öffentlichen Diskurs für Menschenrechtsverletzungen verantwortlich gemacht. Seien es fatale Arbeitsbedingungen in Fabriken bei Wal-Mart[1] und H&M[2], die Beteiligung des Öl-Unternehmens Shell bei der gewalttätigen Niederschlagung von Protesten in Nigeria[3] oder der überteuerte Verkauf von lebensnotwendigen Medikamenten durch Pharmaunternehmen[4]. Die Liste von Fällen, in denen unternehmerische Interessen und Menschenrechte aufeinanderprallen, ließe sich noch deutlich weiterführen. Private Akteure verfügen heutzutage über so große Aktionsradien und so viel gesellschaftliche Macht wie nie zuvor. Nicht selten stehen sie deshalb in ihrem Potential, Menschenrechte zu verletzen, Nationalstaaten in nichts nach. Dennoch sind die Möglichkeiten, sie als Private vor Gericht zur Verantwortung zu ziehen beschränkt. Bei internationalen Konfliktlösungsmechanismen stehen zumeist Staaten im Vordergrund, was die Verfolgung von Unternehmen erschwert[5]. Doch nicht nur die Durchsetzung im transnationalen Raum gestaltet sich kompliziert. Auch die Bindungswirkung für Private an Grund- und Menschenrechte bereitet Schwierigkeiten, weil die Frage der unmittelbaren Geltung für Private alles andere als geklärt scheint[6]. Es drängt sich die Frage auf, ob Unternehmen nicht ebenso an Menschenrechte gebunden sein sollten wie Staaten und wenn ja, wie diese Bindung konstruiert und durchgesetzt werden kann.

Lösungsansätze gibt es viele. Einer davon fußt auf der Systemtheorie nach Luhmann und wurde von *Gunther Teubner* und *Andreas Fischer-Lescano* entwickelt.

II. Gegenstand und Methodik dieser Arbeit

Schon der Name des systemtheoretischen Ansatzes zur Menschrechtsbindung Privater macht deutlich, dass dessen Grundlage in der Soziologie zu finden ist. Er basiert auf der Systemtheorie nach *Luhmann*, die ein soziologisches Modell für den Aufbau und die Organisation der Gesellschaft beschreibt[7]. Um den juristischen Kontext beizubehalten und einen zu hohen Abstraktionsgrad zu vermeiden, wird hier auf eine Darstellung der Systemtheorie nach Luhmann im Allgemeinen verzichtet[8]. Dort wo es für das Verständnis unumgänglich ist, werden jedoch Grundlagen konturiert.

Teubner und *Fischer-Lescano* rütteln mit ihrer Kritik an grundlegenden Pfeilern des mehrheitlichen Rechtsverständnisses in Europa. Anknüpfungspunkte dafür sind zumeist keine juristisch-technischen Konstellationen oder Dogmatiken, sondern die Kritik der vorherrschenden Perspektive auf Recht und Gesellschaft. Sie bewegen sich damit, auch nach eigenem Verständnis, außerhalb des juristischen Mainstreams. Dies hat zur Folge, dass ihre Vorschläge nicht ohne weiteres in die allgemein bekannte Rechtsdogmatik einzuordnen sind. Ziel dieser Arbeit ist dennoch, den systemtheoretischen Ansatz zu bewerten und ihn für den aktuellen Diskurs über Unternehmen und Menschenrechte fruchtbar zu machen. Hierfür ist es nötig, ihn der anerkannten Rechtsdogmatik zugänglich zu machen und ihn mit dieser zu vergleichen, schwebt er doch sonst im luftleeren Raum und hat keine Chance, Einfluss zu nehmen. Um diese Einordnung vorzunehmen, ist es gleichzeitig unerlässlich die grundlegenden soziologischen Kritiken *Teubners* und *Fischer-Lescanos* zu erläutern, in denen die Systemferne ihres Ansatzes begründet ist.

Somit ergibt sich für diese Arbeit folgender Aufbau: Zunächst soll die grundlegende Kritik *Teubners* und *Fischer-Lescanos* am vorherrschenden Rechtsverständnis dargestellt werden, um auf Grundlage dessen den systemtheoretischen Ansatz der Autoren vorzustellen. Anschließend soll erläutert werden, inwieweit dieser Ansatz zur effektiven Menschenrechtsbindung Privater beitragen kann und welchen Problemen er sich dabei ausgesetzt sieht.

B. Von divisionalen und ökologischen Rechtsverständnissen

I. Divisionales Verständnis

Teubner beschreibt das traditionelle Grundrechtsverständnis der europäischen Tradition als „divisional“[9]. Die Menschen sind hiernach als Bestandteil der Gesellschaft zu verstehen, die das ganze menschliche Zusammenleben darstellt[10]. Dies darf jedoch nicht darüber hinwegtäuschen, dass die Gesellschaft als große Einheit in verschiedene Gesellschaftsteile, wie etwa Klassen, Ethnien und Interessengruppen unterteilt ist[11]. Das divisionale Konzept versucht einen Ausgleich zwischen diesen Teilen zu finden, um so trotz der inner-gesellschaftlichen Spaltung für Gerechtigkeit zu sorgen. Es begreift Gerechtigkeit dabei als ein Problem der Ungleichheit[12]. So wird jedem Teil der Gesellschaft seine

---

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

1 Heiner Köhnen, „Haben Menschenrechtsverletzungen ein System? Wal-Mart’s Verhaltenskodex und die Realität bei Zulieferern in ausgewählten Ländern“ (2002), S. 35 ff.; hrsg. von Hans-Böckler-Stiftung.

2 “The Myanmar Dilemma“ (2017), S. 55 ff.; hrsg. von Stichting Onderzoek Multinationale Ondernemingen / SOMO.

3 “A criminal enterprise? Shell’s involvement in human rights violations in Nigeria in the 1990s” (2017), S. 46 ff.; hrsg. von Amnesty International Ltd.

4 *Bass,* Wash. Int’l L. Rev. 2002, 191 (192 f.).

5 Vgl. *Weilert*, ZaöRV 2009, 883 (890 ff.).

6 *Teubner*, Der Staat 2006, 161 (164).

7 *Nassehi*, Gesellschaftstheorie, S. 62 (62).

8 Eine kompakte und zugängliche Darstellung der Systemtheorie (mit rechtlichen Bezügen) gelingt bei *Callies*, Systemtheorie, S. 54 ff.

9 *Teubner*, Der Staat 2006, 161 (165 ff.).

10 *Luhmann*, Rechtssoziologie, S. 132.

11 *Teubner*, Der Staat 2006, 161 (165).

12 *Hensel/Teubner*, KJ 2014, 150 (159).

„gerechte" Position in der Gesamtordnung zugewiesen. Dem Individuum als kleinste Teileinheit wird der ihm zustehende Anteil gewährt, dessen Umfang sich nach seinem Verhältnis zu anderen Individuen bestimmt[13]. So bemisst sich die Höhe von Sozialleistungen für Arbeitssuchende an Faktoren wie dem vorigen Gehalt oder dem familiären Umfeld im Vergleich zu anderen Arbeitssuchenden.

Das Recht stellt nach diesem Verständnis einen Ausgleichsmechanismus dar, der die Interessen verschiedener Teile gegeneinander aufwiegt (*justitia distributiva)*[14]. Ausdruck dessen ist etwa die Praktische Konkordanz im deutschen Verfassungsrecht, die den Ausgleich zwischen zwei variablen Größen (hier: Grundrechtspositionen) herstellen soll, um so die Einheit der Verfassung zu wahren[15]. Den Grundrechten kommt innerhalb der divisionalen Logik jedoch nicht nur die Aufgabe des Ausgleichs zwischen den Teilen zu. Auch die Freiheit der Teile gegenüber dem Ganzen wird geschützt (*justitia cummutativa*)[16]. Ausdruck dessen sind grundrechtliche Abwehrrechte gegen die Legislative, Exekutive und Judikative als Koordinationsstellen des Ganzen. Das Ganze beschreibt dabei die Gesamtheit der Gesellschaft, also *auch* den Staatsapparat ab nicht *nur* diesen.

Wie tief das divisionale Verständnis verankert ist, kommt dadurch zum Ausdruck, dass sich auch vermeintlich systemfeindliche Theorien in den beiden genannten Schutzdimensionen bewegen. *Teubner* führt dazu beispielhaft die proletarische Revolution an, die eine klassenlose Gesellschaft erzwingen möchte, um so ein gerechtes Ganzes zu schaffen[17]. Gerechtigkeit wird hier als Gleichheit Aller, also einem bestimmten Verhältnis der Teile zueinander interpretiert (*justitia distributiva)*. Der Liberalismus wiederum stellt die Freiheit des Einzelnen gegenüber dem Staat in den Vordergrund. In der Semantik der Systemtheorie schützt der Liberalismus also den Gesellschaftsteil gegen das Ganze der Gesellschaft ((*justitia cummutativa)* und folgt nach *Teubner* ebenso der divisionalen Logik[18].

Überträgt man die divisionale Logik auf den Konflikt zwischen Unternehmen und Menschenrechten, findet eine Abwägung individueller Rechtspositionen privater Akteure statt. Es wird also etwa zwischen dem Recht auf gerechte Arbeitsbedingungen von Arbeitnehmer_innen und der unternehmerischen Freiheit des Unternehmens abgewogen.

Über die Reichweite der einzelnen Rechtspositionen in der Abwägung und die Bedingungen, unter denen sie geltend gemacht werden können, schweigt das divisionale Konzept jedoch[19]. Dies Unklarheit ist Anknüpfungspunkt für den Vorschlag eines alternativen Verständnisses von Grund- und Menschenrechten: dem ökologischen Verständnis.

[13] *Teubner*, Der Staat 2006, 161 (166).
[14] *Teubner*, Der Staat 2006, 161 (166).
[15] Vgl. *Hesse*, Verfassungsrecht, S. 28; *Schladebach*, Der Staat 2014, 263 (268 f.); *Christensen/Fischer-Lescano*, Das Ganze, S. 293.
[16] *Teubner*, Der Staat 2006, 161 (166).
[17] *Teubner*, Der Staat 2006, 161 (167).
[18] *Teubner*, Der Staat 2006, 161 (167).
[19] *Teubner*, Der Staat 2006, 161 (168).

II. Ökologisches Verständnis

Ebenso wie das divisionale Konzept geht das ökologische nach *Luhmann* und *Teubner* von einer Teilung der Gesellschaft aus. Es verneint jedoch die Zusammengehörigkeit der Gesellschaftsteile zu einem Ganzen[20]. Dies resultiert aus der systemtheoretischen Perspektive. Nach dieser besteht die Gesellschaft aus sozialen Systemen, die jeweils ihrer eigenen individuellen Logik folgen und somit autonom von anderen sozialen Systemen agieren[21]. Soziale Systeme sind etwa Wissenschaft, Religion, Wirtschaft oder das hier fokussierte System des Rechts[22].

Diese Systeme entstehen und entwickeln sich durch interne Kommunikationsvorgänge, die von *Luhmann* als Operationen bezeichnet werden[23]. Dadurch, dass sich Systeme nur durch interne Operationen entwickeln können („operative Geschlossenheit"), spricht man von Autopoiesis[24]. Das meint, dass sich Systeme durch interne Operationen reproduzieren, also jede Entwicklung des ganzen Systems aus dem System selbst hervorgeht. Durch diese internen Operationen werden auch die Grenzen des Systems nach außen (zu ihrer Umwelt) definiert[25]. Diese sind flexibel, sodass die Systemtheorie es schafft, gesellschaftliche Machtverschiebungen miteinzubeziehen und darzustellen.

Der Mensch agiert insofern als Medium, als dass Operationen über menschliches Verhalten transportiert werden. Das meint jedoch nicht die Handlung eines Einzelnen, sondern eine Summe an menschlichem Verhalten[26]. Aus dieser Summe ergibt sich ein anderen Systemen unverständlicher Code, der die Kommunikation zwischen den unterschiedlichen Systemen unmöglich macht. Diese Unfähigkeit zur Kommunikation beruht darauf, dass die Systeme unterschiedlichen Logiken folgen. So ist Grundlage des Rechts die Leitdifferenzierung zwischen Recht und Unrecht, während die Wirtschaft auf der Differenzierung von Zahlen und Nicht-Zahlen beruht[27].

Die Systeme haben also keine Möglichkeit, sich zu verständigen und erleben aufgrund ihrer individuellen Logiken (auch: „Eigenrationalitäten[28] ") eine Verselbstständigung. Diese macht sie sich nicht nur gegenseitig, sondern auch dem Menschen unzugänglich und führt zur gesellschaftlichen Exklusion des Menschen[29] ; lässt ihn folglich *außerhalb* der Gesellschaft stehen. Nach *Teuber* ist der Mensch gar „für immer aus der Gesellschaft verbannt"[30]. Hier wird der große Unterschied zum divisionalen Konzept deutlich, das den Menschen als einen Teil *innerhalb* des großen Systems der Gesellschaft betrachtet.

Die doppelte Rolle des Menschen als Medium innerhalb der Gesellschaft und als Individuum außerhalb der Gesellschaft

[20] *Luhmann*, Rechtssoziologie, S. 132.
[21] *Luhmann*, Soziale Systeme, S. 346.
[22] *Luhmann*, Recht, S. 35.
[23] *Luhmann*, Soziale Systeme, S. 346.
[24] *Klymenko*, Gesellschaftstheorie, S. 70.
[25] *Klymenko*, Gesellschaftstheorie, S. 70.
[26] *Luhmann*, Soziale Systeme, S. 346 ff.
[27] *Nassehi*, Gesellschaftstheorie, S. 66.
[28] Vgl. *Fischer-Lescano/Teubner*, Regime-Kollisionen, S. 33.
[29] *Teubner*, Der Staat 2006, 161 (168).
[30] *Teubner*, Der Staat 2006, 161 (169).

erscheint jedoch zunächst als Widerspruch. Dieser lässt sich jedoch anhand der systemtheoretischen Differenzierung zwischen „Person“ und „Körper/Bewusstsein“ innerhalb des menschlichen Wesens erklären.

Die Systemtheorie versteht unter „Person“ den Teil des Menschen, der sich innerhalb der gesellschaftlichen Systeme bewegt. Die Person dient als soziale Adresse und ermöglicht somit Kommunikation innerhalb der sozialen Systeme[31].

Das Bewusstsein hingegen steht außerhalb der *sozialen Systeme* und kann nicht mit diesen kommunizieren. Es folgt einer eigenen Logik und bewegt sich innerhalb *psychischer Systeme*[32]. Das Bewusstsein stellt die Seele oder pulsierende Einheit im Menschen dar[33]. Man könnte auch vom Innersten des Menschen sprechen. Wenn *Teubner* also davon spricht, dass der Mensch für immer aus der Gesellschaft verbannt sei, dann meint er damit das Bewusstsein und eben nicht die Person, die gerade Teil der sozialen Systeme ist.

Die Unterscheidung und die Beziehung *sozialer* und *psychischer* Systeme zueinander ist für die Systemtheorie von fundamentaler Bedeutung. Die Gesamtheit aller sozialen Systeme bildet die Gesellschaft[34]. Alle Kommunikation findet somit in der Gesellschaft statt. Gleichzeitig alles, was innerhalb der sozialen Systeme stattfindet Kommunikation, es gibt also keine anderweitigen Operationen[35].

Wenn nur Kommunikation innerhalb der sozialen Systeme stattfindet, bedeutet dies im Umkehrschluss, dass alle andersartigen Ereignisse sich außerhalb – in der Umwelt der sozialen Systeme – abspielen. So auch das Bewusstsein, welches sich in autonomen psychischen Systemen wiederfindet. Die Umwelt der psychischen Systeme (Bewusstsein) sind wiederum die sozialen Systeme (Person). Beide Systeme sind zwar getrennt und können nicht miteinander kommunizieren. Allerdings sind sie in ihrer Funktion als Umwelt für das andere essenziell. Nach *Luhmann* „ist die jeweils eine Systemart notwendige Umwelt der jeweils anderen“[36]. Daraus ergibt sich auch, dass ein Bewusstsein nicht ohne die dazugehörige Person bestehen kann und andersherum[37].

Festzustellen ist also die Unfähigkeit zu kommunizieren auf zwei Ebenen. Erstens können sich psychische (Bewusstsein) und physische Systeme (Person) nicht verständigen. Zweitens können sich soziale Systeme untereinander aufgrund ihrer Eigenrationalitäten nicht verständigen. Eine Kommunikation, etwa zwischen Wirtschaft und Recht, ist demnach unmöglich (s.o. S. 5). Die Unfähigkeit zur Kommunikation auf diesen beiden Ebenen ist Grundlage für die Kritik an der Abwägungslösung der herrschenden Rechtslehre.

C. Von der Drittwirkung zum Kollisionsrecht

I. Kritik der Drittwirkung

Legt man das ökologische Konzept zu Grunde, ergibt sich folgende Frage: Wie ist es innerhalb des Rechts – als sozialen System – den Bedürfnissen des Menschen (gemeint ist das Bewusstsein) gerecht zu werden, ist die Kommunikation zwischen Mensch und Recht doch unmöglich[38]. Eine effektive Implementierung der Menschrechte erscheint somit „prinzipiell unmöglich“[39]. Zu diesem sehr allgemeinen und abstrakten Problem wird zunächst auf „IV.“ verwiesen.

Für die Konstruktion der Drittwirkung ergibt sich zunächst ein anderes Problem. Adressaten von Grund- und Menschenrechten sind primär Staaten. Werden dennoch Private in die Pflicht genommen, so geschieht dies in den USA meist nach der state-action-Doktrin[40] oder in Europa vor allem nach dem Prinzip der mittelbaren Drittwirkung[41]. In beiden Konstellationen wird ein Konzept, welches originär auf die Beschränkung von Staaten ausgelegt ist, auf das Verhältnis zwischen Privaten transferiert. Der bloße Transfer von Konstruktionen, die originär der Einschränkung staatlicher Machtphänomene dienen, auf Private wird der Gesellschaft, wie *Teubners* sie sieht, jedoch nicht gerecht. Nach seiner Sichtweise entwickeln die sozialen Systeme (wie etwa die Wirtschaft oder die Informationsmedien) durch ihre Eigenrationalität expansive Tendenzen[42]. Sie greifen den Menschen also ebenso an, wie der Staat. Der Staat tut dies durch die Ausweitung seiner sozialen Macht, während beispielsweise die Medien durch Informationsströme den Menschen beeinträchtigen[43]. Dieses Verständnis greift unmittelbare und mittelbare Drittwirkung in gleichem Maße an. Denn in beiden Varianten werden ursprünglich an Staaten adressierte Pflichten auf Private übertragen.

Des Weiteren führen Drittwirkungskonstellationen regelmäßig zu der Abwägung von privaten Interessen[44]. Auch hier stellt sich die Unfähigkeit der Kommunikation (auf zweiter Ebene) zwischen den sozialen Systemen als Problem dar. Denn ein Ausgleich zwischen sozialen Systemen (etwa Wirtschaft und Medizin) zu finden, die einander unverständlichen Logiken folgen und nicht miteinander kommunizieren können erscheint unmöglich. Die Situation wird zudem durch die Tatsache verkompliziert, dass das zur Vermittlung berufene System (Recht) wiederum einer eigenen „Sprache“ folgt. Legt man also das ökologische Konzept zu Grunde, bedarf es einer Alternative zur Drittwirkung.

II. Das Kollisionsrecht als Lösung?

Die systemtheoretische Alternative zur Drittwirkung ist das Kollisionsrecht geschützter Autonomieräume[45]. Dieser Ansatz soll auf die Verschiebung von Bedrohungspotential

[31] *Hutter/Teubner*, Beute, S. 117; *Fuchs*, Eigen-Sinn, S. 15 ff.; *Teubner*, Der Staat 2006, 161 (170).
[32] Vgl. *Luhmann*, Soziale Systeme, S. 92.
[33] *Fuchs*, Eigen-Sinn, S. 48 ff.; *Teubner*, Der Staat 2006, 161 (170).
[34] *Callies*, Systemtheorie, S. 59.
[35] *Callies*, Systemtheorie, S. 59.
[36] *Luhmann*, Soziale Systeme, S. 92.
[37] *Luhmann*, Soziale Systeme, S. 92.
[38] *Teubner*, Der Staat 2006, 161 (169).
[39] *Teubner*, Der Staat 2006, 161 (186).
[40] Vgl. dazu *Nowrot*, Zs. F. Rechtssoz. 2007, 21 (22).
[41] Vgl. dazu *Jarass*, ZEuP 2017, 310 (331 f.).
[42] *Hensel/Teubner*, KJ 2014, 150 (159 f.).
[43] *Hensel/Teubner*, KJ 2014, 150 (160f.).
[44] *Isensee/*Kirchof, Staatsrecht, S. 481.
[45] Vgl. *Christensen/Fischer-Lescano*, Das Ganze, S. 300.

für grundrechtlich geschützte Räume und Werte reagieren. Während die Drittwirkung vom Grundfall der staatlichen Gefährdung ausgeht, macht das hier zu erläuternde Kollisionsrecht vor allem die expansiven sozialen Systeme als Bedrohung aus. Die Extensivität und damit auch der Angriff auf die grundrechtlich geschützten Güter ergibt sich aus der „Eigenrationalitätsmaximierung", also der Weiterentwicklung der sozialen Systeme nach ihrer eigenen Logik[46]. Dadurch, dass nicht nur der Staat, sondern jedes expansive System als Gefährder behandelt wird, entstehen deutlich mehr Konfliktorte. Nämlich überall dort, wo ein expansives System mit seiner menschlichen Umwelt kollidiert[47]. Diese Kollisionen sind nach der Systemtheorie unumgänglich, denn soziale Systeme expandieren so weit, bis ihre Umwelten es nicht mehr tolerieren[48].

Als Bedrohte werden nicht Einzelne betrachtet, sondern „grundrechtlich geschützte Binnenräume[49] " wie etwa die Familie oder das Arbeitgeber_innen-/ Arbeitnehmer_innenverhältnis. Es erfolgt somit keine Abwägung zwischen individuellen Grundrechtspositionen, sondern eine Grenzziehung zum Schutz dieser Binnenräume[50]. Bezogen auf Menschenrechte und Unternehmen ist der Konflikt also etwa nicht zwischen Wal-Mart und einzelnen Arbeitnehmer_innen zu suchen, sondern zwischen dem extensiven System der Wirtschaft und dem zu schützenden Autonomieraum des Angestelltenverhältnisses.

Abstrahiert bedeutet das, dass grundrechtlich geschützte Güter wie Familie, Kunst oder Religion in ihrer Integrität gegen extensive Systeme wie das der Wirtschaft und das der Technologie geschützt werden[51]. Grund- und Menschenrechte agieren also nicht mehr als vermittelnde Normen, sondern schützen *einseitig* bestimmte Autonomieräume. Es gibt demnach eine Grenze, die ein – von der Eigenrationalität getriebenes – System nicht überschreiten darf.

Darauf muss notwendigerweise die Frage folgen, wo sich diese Grenze befindet, bzw. wie diese zu ermitteln ist. Denn nicht jede Tangierung eines Autonomiebereiches kann eine zu ahndende Grund- oder Menschenrechtsverletzung darstellen. An dieser Stelle gewinnt die Differenzierung zwischen Person und Körper/Bewusstsein an Bedeutung. Denn die Person ist die „Kontaktstelle"[52] des Individuums (Bewusstseins) zu den sozialen Systemen. Diese Kontaktstellen des von der Gesellschaft ausgeschlossenen Menschen in den sozialen Systemen sind dem jeweiligen System angepasst. Im Teilsystem der Wirtschaft ist dies etwa der *homo oeconomicus* und im Recht der *homo juridicus*[53]. Zwischen Bewusstsein und sozialen Systemen ist zwar keine Kommunikation möglich, doch die Person ist der interne Ort, an dem sich ein soziales System von seiner Umwelt stören lässt[54]. Die psychischen Systeme und somit das Bewusstsein sind Umwelt der sozialen Systeme (s.o. S. 6). Das Bewusstsein kann demnach zwar nicht mit den sozialen Systemen kommunizieren, diese aber stören oder irritieren[55]. Das Konstrukt der Person wird vom jeweiligen System erzeugt um Kommunikation zu ermöglichen, aber es spiegelt nicht exakt die Realität des Bewusstseins wieder[56]. Dies würde auch die Trennung zwischen Person und Bewusstsein unterlaufen. Personen sind vielmehr künstliche Produkte der Teilsysteme um die Unzugänglichkeit zum psychischen Geschehen zu kompensieren[57]. Folge dessen ist jedoch, dass die wahren Motive und Handlungen des Menschen niemals durch die Person in die sozialen Systeme getragen werden können. Wirkung entfaltet die Person für das Bewusstsein also nur durch Irritationen gegenüber dem Teilsystem. Durch genau durch diese Irritationen kann der Mensch (das Bewusstsein) den expansiven Sozialsystemen aber deutlich machen, bis wohin er Eingriffe, also die „Grenze" markieren.

Zwischen sozialen Systemen werden Eingriffe zumindest dann nicht mehr toleriert, wenn die Logik eines Systems durch die eines anderen korrumpiert wird. Die Wissenschaft toleriert die Auswüchse der Wirtschaft also nur, solange ihre eigene Logik von wahr/unwahr nicht beeinträchtigt wird. Dies ist selbstverständlich nur ein theoretisches Konstrukt. Es bedarf der Konkretisierung in den jeweiligen Grenzbereichen. Im Fall der Wissenschaft und der Wirtschaft ist eine Grenzüberschreitung jedenfalls dann anzunehmen, wenn die Forschungsergebnisse (wahr/unwahr) von wirtschaftlichen Interessen dermaßen gesteuert werden, dass sie ihrem Wahrheitsanspruch nicht mehr gerecht werden können.

Um der Menschenrechtsproblematik näher zu kommen, interessieren aber vor allem die Grenzposten (s.o.) zwischen Wirtschaft und menschenrechtlich geschützten Autonomiebereichen. Wo diese verlaufen, hängt maßgeblich vom Verständnis der Menschenrechte ab. Die Natur und der Umfang der Menschenrechte sind also zuvor zu definieren. Anschließend ist auch die „Grenzziehung" möglich.

D. Menschenrechte in der Systemtheorie

Geht man von der strikten Trennung von Individuum (Bewusstsein) und Person (soziale Adresse) aus und beachtet man ihre Unfähigkeit zur Kommunikation, so verwundert es nicht, dass *Teubner* die Frage stellt, ob die Schaffung menschengerechter Institutionen erst möglich ist, wenn die innergesellschaftliche Spaltung überwunden ist[58]. Denn wie soll das Recht dem Menschen (Bewusstsein) gegenüber gerecht werden, wenn es nicht mit ihm kommunizieren kann? „Der Begriff der Menschenrechte deutet an, dass man für dieses Paradox eine Lösung gefunden hat"[59]. Somit erhält *Luhmann* die Hoffnung auf Gerechtigkeit am Leben, auch wenn er ein besonderes Verständnis der Menschenrechte zu Grunde legt. Dies soll zunächst erläutert werden.

---

46 *Luhmann*, Gesellschaft, S. 1088 ff.; *Fischer-Lescano/Teubner*, Regime-Kollisionen, S. 29.
47 *Teubner*, Der Staat 2006, 161 (177).
48 *Fischer-Lescano/Teubner*, Regime-Kollisionen, S. 27.
49 Vgl. *Christensen/Fischer-Lescano*, Das Ganze, S. 303.
50 *Hensel/Teubner*, KJ 2014, 150 (158).
51 *Hensel/Teubner*, KJ 2014, 150 (158).
52 *Teubner*, Der Staat 2006, 161 (177).
53 *Hutter/Teubner*, Beute, S. 110 f.; *Teubner*, Der Staat 2006, 161 (177).
54 *Hutter/Teubner*, Beute, S. 117.
55 *Teubner/Zumbansen*, Zs. F. Rechtssoz. 2000, 189 (210); *Hutter/Teubner*, Beute, S. 117.
56 *Hutter/Teubner*, Beute, S. 117.
57 *Hutter/Teubner*, Beute, S. 118.
58 *Teubner*, Der Staat 2006, 161 (177).
59 *Luhmann*, Paradoxon, S. 231.

I. Natur der Menschenrechte

a) Das restriktive Verständnis der Systemtheorie

Das Menschenrechtsverständnis des systemtheoretischen Ansatzes ergibt sich aus dem zuvor besprochenen ökologischen Konzept. Gerechtigkeit wird dabei nicht als Ausgleichsmechanismus zur Minimalisierung von Ungleichheit verstanden wie beim divisionalen Verständnis. Vielmehr sollen Grund- und Menschenrechte für Gerechtigkeit sorgen, indem sie schützenswerte Autonomiebereiche (etwa Familie, Religion, Leib und Leben) vor expansiven sozialen Systemen schützen. Diese Autonomiebereiche schützen das Individuum (das Bewusstsein) und sind somit Teil der psychischen Systeme und eben nicht der sozialen Systeme, folglich auch nicht des Rechts oder der Politik. Menschenrechte sind demnach „vorrechtlich, vorpolitisch, ja sogar vorgesellschaftlich“[60]. Sie ergeben sich aus der Natur des Menschen und schützen die körperliche und psychische Integrität des Individuums (nicht der Person)[61]. Trotz der semantischen Nähe ist dies kein Verweis auf das Naturrecht, wie es von *Rousseau* und dem jungen *Radbruch* vertreten wurden. Der Bezugspunkt der Natur des Menschen macht nur deutlich, dass der Mensch selbst, als Einheit von Leib und Seele, geschützt wird. Der verwendete Begriff der „latenten Rechte“ ist folglich nicht technisch zu verstehen. Es handelt sich bei den Menschenrechten um keine Rechte im politischen oder juristischen Sinne, sondern um Reflexe, die der Selbsterhaltung (also der Erhaltung von Leib und Seele) dienen[62].

Dieses Verständnis der Menschenrechte stellt sich im Vergleich zu anderen als ein sehr enges heraus. Während die Systemtheorie nur die psychische und physische Integrität des Menschen schützt, wurden schon 1948 unter anderem das Recht auf gleichen Lohn und das gleiche Wahlrecht in die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte aufgenommen[63]. Doch solche Verschriftlichungen und damit einhergehenden Positivierungen werden von Seiten der Befürworter_innen der Systemtheorie kritisiert.

b) Kritik der Positivierung von Menschenrechten

In der Rechtswissenschaft werden Menschenrechte überwiegend als Rechtsansprüche von Personen gegen den Staat betrachtet[64]. Diese wurden zunächst in deklaratorischen Texten, wie beispielsweise den Bills of Rights oder der Allgemeinen Menschrechtserklärung von 1948 verschriftlich und später teilweise auch in Verfassungen implementiert[65]. Die Verschriftlichung und damit einhergehende Positivierung der Menschenrechte wird jedoch von *Luhmann* kritisiert. Denn diese mache die Einhaltung und Ausgestaltung der Menschenrechte abhängig von den jeweiligen Institutionen der Staaten[66]. Der universelle Geltungsanspruch der Menschenrechte scheitert demnach an den divergierenden Ausgestaltungen der Nationalstaaten. Folgt man diesem Gedanken, sind alle Versuche, Menschrechte auf zwischenstaatlicher Ebene zu stärken, zum Scheitern verurteilt. Konsequenterweise betrachtet *Luhmann* alle Konventionen, Pakte und völkerrechtlichen Verträge zum Schutz der Menschenrechte als nicht zweckmäßig[67]. Doch der Positivierung der Menschenrechte stehen nicht nur praktische Erwägungen entgegen.

Vielmehr wird abermals der Einfluss der Systemtheorie deutlich: Die Verschriftlichung und damit einhergehende Positivierung von Menschrechten ist demnach ein Produkt der sozialen Systeme (insbesondere des Rechts und der Politik). Menschenrechte hingegen sind nach *Teubner* und *Luhmann* im Menschen selbst (Bewusstsein) begründet und können mangels Kommunikationsmöglichkeit nicht im Recht oder der Politik abgebildet werden[68]. Die Unfähigkeit der Menschen (Bewusstsein) sich im System des Rechts auszudrücken, mache deshalb „Versuche einer Juridifizierung von Menschenrechten zu einem unmöglichen Projekt“[69].

c) Die Grenze sozialer Systeme als Menschenrecht

Vor diesem Hintergrund lässt sich die Frage, wo die „Grenzen“ zwischen der Wirtschaft (Unternehmen) und den Menschenrechten liegen, zumindest abstrakt beantworten. Vermag das Bewusstsein zwar nicht mit den sozialen Systemen zu kommunizieren, so kann es sie doch irritieren (s.o. S. 9 f.). Es kann somit deutlich machen, wann der Mensch (Bewusstsein) den Eingriff eines expansiven Systems nicht mehr toleriert, also den Grenzposten festlegen. Menschenrechte sind gerade die Festlegung und Ausgestaltung dieser Grenzposten. Die Grenzen zwischen den sozialen Systemen und den von Menschenrechten geschützten Autonomiebereichen (die Menschenrechte) können allerdings erst definiert werden, wenn sie überschritten wurden. Denn bevor das Bewusstsein nicht betroffen ist, vermag es auch nicht die sozialen Systeme zu irritieren (Refelxwirkung). Menschenrechte werden also erst „daran erkannt, dass sie verletzt werden“[70]. Hieraus ergibt sich auch die Bezeichnung der Menschenrechte als „latente Rechte“[71] innerhalb der Systemtheorie. Menschenrechte sind so lange verborgen (*latere*, lat. für: verborgen sein, sich versteckt halten), bis sie verletzt werden. Und verletzt werden sie nur, wenn der Mensch in seiner Einheit als Leib und Seele beeinträchtigt ist[72].

Wenn Menschenrechte erst erkennbar werden, sobald sie verletzt werden, lassen sie sich auch erst nach der Verletzung genauer definieren. Praktisch bedeutet dies jedoch nicht, dass für die Benennung der Menschenrechte erst der Verstoß gegen die selbigen abgewartet werden muss. Auch nach der systemtheoretischen Definition wurde und wird flächendenkend gegen Menschenrechte verstoßen, sodass durch diese Erfahrungen schon Grenzposten definiert werden konnten[73]. Aus genau diesen Verstößen ergeben sich die Menschenrechte.

---

60 *Teubner*, Der Staat 2006, 161 (171).
61 *Luhmann*, Gesellschaft, S. 116; *Teubner*, Der Staat 2006, 161 (171).
62 *Teubner*, Der Staat 2006, 161 (171).
63 Vgl. Art. 21,23 Allgemeine Erklärung der Menschenrechte, Resolution 217 (III), UN GA.
64 Vgl. *Kälin*, Das Bild, S. 17.
65 Vgl. Art 1 II GG.
66 *Luhmann*, Paradoxon, S. 233.
67 *Luhmann*, Paradoxon, S. 233; *Luhmann*, Gesellschaft, S. 116.
68 *Teubner*, Der Staat 2006, 161 (180); *Luhmann*, Paradoxon, S. 230 f.
69 *Teubner*, Der Staat 2006, 161 (185).
70 *Luhmann*, Paradoxon, S. 234.
71 *Teubner*, Der Staat 2006, 161 (172).
72 *Teubner*, Der Staat 2006, 161 (173).
73 *Luhmann*, Paradoxon, S. 234.

Ein anschauliches Beispiel stellt der oben schon erwähnte überteuerte Verkauf von Medikamenten dar[74]. Dadurch, dass Medikamente den Menschen durch überhöhte Preise nicht mehr zugänglich sind, wird die physische Integrität des Individuums angegriffen. Die expansive Tendenz der Wirtschaft (im Speziellen die Profitmaximierung) belastet das Individuum bis hin zur Gefährdung von Leib und Leben. Dem System der Wirtschaft muss also eine Grenze zum Schutz des Individuums gesetzt werden. Diese Grenze stellt ein Menschenrecht dar, welches sich in dem hiesigen Fall als Recht auf „access to mediaction"[75] konkretisiert.

II. Durchsetzbarkeit von Menschenrechten

a) Die Paradoxie – nach Luhmann

Dennoch verbleibt für die Durchsetzung der Menschenrechte nach dem Ansatz der Systemtheorie folgende Frage: Wie sollen Menschenrechte durchsetzbar sein, wenn sie erst durch ihre Verletzung zum Vorschein kommen? Kommt Menschenrechten nur eine repressive Funktion zu oder sind sie auch in der Lage, Menschen vor der eigentlichen Verletzung zu bewahren?

Dass sich die Geltung der Menschenrechte an ihrer Verletzung erweist, beschreibt *Luhmann* als Paradoxie[76]. Man könnte jedoch auch von einem Dilemma sprechen. Denn wenn das Recht immer nur auf seine eigene Verletzung reagiert und sich so erst bildet, dient es einzig der Bestrafung des Täters und nicht dem Schutz des Opfers. Grundsätzlich sehen sich viele Normen diesem Problem ausgesetzt. Denn auch eine geschriebene Strafrechtsnorm vermag es nicht, den Mord nur durch ihren Bestand zu vereiteln. Im Strafrecht kommt der Schutzcharakter, also die Verhinderung von Straftaten, vor allem durch den Effekt der Abschreckung zustande (Generalprävention)[77]. Doch bedingt das eine Problem das andere: Durch die mangelnde Effizienz bei der Verfolgung von Menschenrechtsverstößen Privater (dazu „IV. 2. c)") kann auch keine Abschreckung erzielt werden.

Dass sich die Geltung von Normen erst durch ihre Verletzung zeigt, widerspricht dem Anspruch Rechtsverstöße mittels abstrakter Regeln zu definieren. Dieser Anspruch entspringt nicht zuletzt den Bemühungen, das Recht frei von Willkür und voraussehbar zu gestalten. Nach *Luhmann* ist die abstrakte Regelung im Bereich der Menschenrechte aber nicht möglich (s.o.). Er stellt folglich fest, dass Unrecht nur im konkreten Fall definiert werden kann und „die Weltrechtsordnung somit eher den Ordnungsformen tribaler Gesellschaften gleicht"[78]. Ohne eine Lösung für die von ihm beschriebene Paradoxie zu präsentieren, hält er es doch für notwendig sich dieser zu stellen[79].

b) Was den Bock zum Gärtner macht – nach Teubner

Teubner überträgt die Paradoxie auf eine institutionelle Ebene. An dieser Stelle ist daran zu erinnern, dass Grund für die Paradoxie der Menschenrechte die Unfähigkeit zur Kommunikation zwischen Mensch (Bewusstsein) und sozialen Systemen ist. Wie soll das Recht also Grenzen zwischen diesen beiden Systemen ziehen, ohne die Sprache des Einen (Bewusstsein) zu sprechen?

Menschenrechtsverletzungen sind Ausdruck der Expansion von Teilrationalitäten, wie der Wirtschaft oder der Technologie. Diese sind ebenso Teil der sozialen Systeme wie das Recht. Die Aufgabe der Begrenzung von sozialen Systemen wird also von einem sozialen System selbst (dem Recht) gefordert. Nach *Teubner* macht dies „den Bock zum Gärtner"[80]. Denn an die sozialen Systeme wird die Forderung der Selbstbegrenzung gestellt. Dennoch bietet er eine Lösung an. Demnach gibt es im gerichtlichen Prozess keine Alternative zur Austragung des Konflikts zwischen Personen-Konstrukten (Teil der sozialen Systeme). Es muss jedoch jederzeit berücksichtigt werden, dass sich der eigentliche Konflikt zwischen dem Bewusstsein (psychisches System) und dem sozialen System abspielt[81].

Dies wird durch den Begriff der Institutionen sichergestellt, die sich im Gegensatz zu bloßen individuellen Akteuren dadurch auszeichnen, dass sie eine gewisse Struktur an den Tag legen, in der die expansive Natur des sozialen Systems zum Ausdruck kommt. Es wird also ein bestimmtes Maß an Einflussnahme innerhalb des sozialen Systems gefordert. Institutionen sind demnach private Verbände, Universitäten oder eben Wirtschaftsunternehmen[82]. Autonome Regime als Rechtsordnungen, die nicht staatlich legitimiert sind, sondern von privaten Akteuren entwickelt wurden, haben ebenso institutionellen Charakter[83]. Bei Wirtschaftsunternehmen können so etwa auch die AGB oder intern verpflichtende Guidelines Angriffspunkte im Prozess sein[84].

Die Institution kann das expansive soziale System, welches für die Verletzung von Menschenrechten verantwortlich ist, nicht in Gänze wiederspiegeln. Sie kann aber personifiziert werden und ist somit dem Recht zugänglich[85]. So könnte im Gerichtsprozess der abstrakte Wandel vom divisionalen Konzept zum ökologischen Konzept zumindest angedeutet werden. Gegenstand des Prozesses ist dann nicht mehr die Abwägung zwischen Individualinteressen, sondern die Durchsetzung der Grenzen, die die Menschenrechte den Institutionen setzten[86]. Dies hat zur Folge, dass Unternehmen gerichtlich für Menschenrechtsverletzungen zur Verantwortung gezogen werden, ohne dass dabei Konstrukte wie die Drittwirkung oder eine staatliche Schutzpflicht zur Hilfe gezogen werden. Konsequenz dessen wäre eine direkte universelle Menschenrechtsgeltung für Private.

---

74 Siehe zu diesem Beispiel auch *Teubner*, Der Staat 2006, 161 (184 ff.).
75 Der Zugang zu Medikamenten ist wohl schon jetzt von den Menschenrechten geschützt. Vgl dazu *Hestermeyer*, Access, S. 106 ff.
76 *Luhmann*, Paradoxon, S. 233.
77 *Roxin*, AT I, § 3 Rn. 21 ff.
78 *Luhmann*, Paradoxon, S. 234; so auch *Teubner*, Privatregimes, S. 443.
79 Vgl. *Luhmann*, Recht, S. 581 f.
80 *Teubner*, Der Staat 2006, 161 (182).
81 *Teubner*, Der Staat 2006, 161 (182).
82 *Fischer-Lescano/Teubner*, Michigan Law Journal of Int'l Law 2004, 999 (1024); *Teubner*, Der Staat 2006, 161 (183).
83 Vgl. *Fischer-Lescano/Teubner*, Regime-Kollisionen, S. 41 ff.
84 *Teubner*, Zs. F. Rechtssoz. 2015, 1 (8).
85 *Teubner*, Der Staat 2006, 161 (183).
86 Vgl. *Christensen/Fischer-Lescano*, Das Ganze, S. 303.

Hier sei das bereits besprochene Beispiel des überteuerten Medikamentenverkaufs erneut aufzugreifen. Im gerichtlichen Prozess wird nun keine Abwägung mehr zwischen den Rechten des Pharma-Unternehmens und den Rechten der Patient_innen angestrebt. Diese würde zu einer Abwägung zwischen dem Recht auf körperliche Unversehrtheit und dem Recht auf Eigentum hinauslaufen. Hier wird auch deutlich, dass trotz des engen Verständnisses der Systemtheorie Menschenrechte in ihrem Sinne betroffen sind (Gefährdung der physischen Integrität). Aufgabe des Prozesses ist es jetzt viel mehr die wirtschaftliche Eigenrationalität soweit zu begrenzen, wie es zum Schutz der menschlichen Einheit Leib/Seele nötig ist. Dies spiegelt die besprochene Einseitigkeit des Schutzes wieder, wenn zwei sich unverständliche Eigenrationalitäten kollidieren[87]. Doch das System der einseitigen Begrenzung findet nicht nur im Gerichtsprozess Anwendung, sondern kann auch vorsorglich Wirkung entfalten. Möglich wird dies, indem gesundheitliche Aspekte schon in die „wirtschaftliche Rationalität eingebaut"[88] werden um eine gefährliche Expansion zu verhindern. Dies kann etwa im internationalen Patentrecht geschehen, indem bestimmte Medikamente nicht patentierbar sind oder Patent-Ausnahmen in Staaten mit geringer Wirtschaftskraft eingeführt werden.

c) Die Suche nach dem Gericht – nach Fischer-Lescano

Doch bedarf es für die Durchsetzung des *access to medication* als Menschenrecht nicht nur der abstrakten Regelung der Konfliktauflösung, sondern auch einer Instanz, die das Recht durchsetzt – einem Gericht. Bei Menschenrechtsverletzungen mit internationalen Bezug fällt die Suche nach dem richtigen Spruchkörper jedoch schwer. War die Suche dennoch erfolgreich, herrscht meist Unklarheit über die Bindungswirkung der beteiligten Parteien. Doch was nützt die Menschenrechtsbindung Privater, wenn sie nicht justiziabel ist? Neben internationalen Instanzen zur Konfliktlösung bleibt selbstverständlich der Gang zu nationalen Gerichten. Trotz der in *Barcelona Traction* erwähnten *erga-omnes* – Wirkung von Menschenrechten[89] bleibt die Durchsetzung auf nationaler Ebene bei internationalen Sachverhalten ineffektiv[90]. Hier rückt das schon von *Luhmann* angesprochene praktische Problem in den Vordergrund: sich auf die nationale Ebene zu verlassen, macht die Einhaltung und Ausgestaltung der Menschenrechte abhängig von den jeweiligen staatlichen Institutionen[91].

Ein in Deutschland bekanntes Beispiel stellt das Völkerstrafgesetzbuch dar, welches bestimmte Verbrechen bestraft, auch wenn diese keinen Bezug zum Inland aufweisen[92]. Das Gesetz wurde erlassen um materielle Strafrechtsnormen dem Römischen Statut anzupassen[93]. Das Römische Statut verfolgt unter anderem den Zweck einer weltweiten Verfolgung von Menschenrechtsverletzungen[94]. Der Erlass des Völkerstrafgesetzbuches zeigt also, wie Nationalstaaten zur globalen Geltung von Menschenrechten beitragen können. Dass bei nahezu 50 Anzeigen seit 2002 in Deutschland noch kein Ermittlungsverfahren eröffnet wurde, zeigt allerdings wie schwierig sich die Durchsetzung realisieren lässt[95]. In aussichtsreichen Fällen wurde in Deutschland von der Bundesanwaltschaft nach § 153f StPO die Möglichkeit in Anspruch genommen, Verfahren einzustellen. Ob diesen Entscheidungen immer nur juristische Erwägungen zu Grunde liegen oder sie auch durch politische Interessen gelenkt werden, ist zumindest zweifelhaft[96]. Es bringt jedenfalls zum Ausdruck, dass es weiterhin Probleme bereitet, universell geltendes Recht über nationale Gerichte durchzusetzen, und bestätigt insoweit *Luhmann*. Nationalen Gerichten kann daher nach *Fischer-Lescano* nur eine Auffangfunktion bei der Durchsetzung von Menschenrechten zukommen[97].

Die Frage nach der durchsetzenden Instanz bleibt also zunächst offen. Nationale Gerichte können die Aufgabe nicht flächendeckend bewältigen und international ist das „Völkerrecht unterausgestattet mit Gerichten"[98]. Für *Fischer-Lescano* verbleibt in der Position des Gerichtes demnach nur die globale Zivilgesellschaft[99]. Eine globale Skandalisierung von Menschenrechtsverletzungen ist heutzutage möglich[100]. Das liegt nicht zuletzt an den Massenmedien und schnellen Kommunikationswegen über das Internet, mithilfe derer Missstände der breiten Öffentlichkeit zugetragen werden können. Durch die Macht der globalen Skandalisierung kommt der Zivilgesellschaft nach *Fischer-Lescano* gar eine normative Kraft zu[101]. *Die Gesellschaft ist nach der Systemtheorie also sowohl für die Entwicklung als auch für die Durchsetzung der Menschenrechte zuständig. Sie definiert die Menschenrechte durch individuelle Grenzerfahrungen mit sozialen Systemen und trägt neben den gerichtlichen Instanzen – durch Skandalisierungen – zur Durchsetzung bei.*

Die Zivilgesellschaft ist selbstverständlich nicht in der Lage, rechtsverbindliche Urteile zu fällen, doch sie schöpft ihre Macht aus der Masse und ihrer guten Vernetzung. Wenn Unternehmen also Menschenrechte verletzen, so muss dies zunächst recherchiert und öffentlich gemacht werden. Im nächsten Schritt kann sich die Zivilgesellschaft wehren, indem sie protestiert. Ob dieser Protest sich in Form von entsprechendem Konsumverhalten, Unterstützung der betroffenen Menschen oder einfach auf der Straße ausdrücken soll, lässt *Fischer-Lescano* dabei offen. Er hält ihn aber für die globale Durchsetzung von Menschenrechten für unerlässlich.

---

87 Vgl. *Teubner*, KritV 2000, 388 (390).
88 *Teubner*, Der Staat 2006, 161 (184).
89 IGH, Barcelona Traction Light and Power Company Limited (Belgium vs. Spain), (1962-1970), ICJ Rep. and Judg. 1970, S. 32.
90 Vgl. *Voßkuhle*, RdA 2015, 336 (337 ff.); *Gammelin*, MRM 2014, 32 (40).
91 *Luhmann*, Paradoxon, S. 233.
92 Vgl. § 1 VStGB.
93 BT Wiss. Dienst, Das Römische Statut des Internationalen Strafgerichts und das Völkerstrafgesetzbuch, S. 5.
94 BT Wiss. Dienst, Das Römische Statut des Internationalen Strafgerichts und das Völkerstrafgesetzbuch, S. 4.
95 *Fischer-Lescano/Steffen*, Menschenrechte, S. 101, 104.
96 Vgl. *Fischer-Lescano/Steffen*, Menschenrechte, S. 104.
97 *Fischer-Lescano/Steffen*, Menschenrechte, S. 101, 105.
98 *Fischer-Lescano/Steffen*, Menschenrechte, S. 105.
99 *Fischer-Lescano*, Globalverfassung, S. 271; *Fischer-Lescano/Steffen*, Menschenrechte, S. 105.
100 *Fischer-Lescano*, Globalverfassung, S. 36.
101 *Fischer-Lescano*, Globalverfassung, S. 271.

E. Fazit und Kritik

„Menschenrechtsbindung Privater: Der systemtheoretische Ansatz" – Bei diesem Titel hofft der/die Jurist_In auf einen konkreten Vorschlag, wie das Recht zu verändern sei. Sei es eine neue Konstruktion der Bindungswirkung oder eine Reform der globalen Gerichtslandschaft. Diese Erwartungen kann die Systemtheorie nur bedingt erfüllen. Sie ist ein abstraktes Modell über den Aufbau der Gesellschaft und kann somit zumindest eine Verortung des Rechts in dieser bieten. Auch zeigt sie anhand der unterschiedlichen Handlungslogiken der sozialen Systeme auf, warum es dem Recht Probleme bereitet der Bedrohung von Menschenrechten durch die Wirtschaft gerecht zu werden. Als Gesellschaftsmodell hat die Systemtheorie ihre Stärken insbesondere in der Beschreibung von Problemen. Sie muss sich aber den schon von *Marx* gegenüber der Philosophie erhobenen Vorwurf gefallen lassen, dass sie die Welt vor allem beschreibt und interpretiert und nur sehr indirekt in der Lage ist sie zu verändern.

Die Erkenntnisse der Systemtheorie für die Rechtswissenschaft fruchtbar zu machen, haben sich *Fischer-Lescano* und *Teubner* zur Aufgabe gemacht. Der Erfolg, und damit ist der Einfluss auf aktuelle Entwicklungen im Recht gemeint, ist jedoch überschaubar. Es wäre naiv zu denken, das viel kritisierte alt-europäische Rechtsverständnis sein in einigen Jahren umzuwälzen, dennoch ist der Versuch der Einflussnahme in seiner Methodik zu kritisieren. So schaffen es die Autoren nicht ihre Kritik dem juristischen Mainstream zugänglich zu machen. Das beginnt bei der besonderen Semantik und endet in einem hohen Abstraktionsgrad, der es nur selten ermöglicht konkrete Lösungsansätze anzubieten. Grund dafür ist auch die mangelnde Flexibilität in der Systemtheorie. Die kommt etwa zum Ausdruck durch die Verbannung des Menschen aus der Gesellschaft auf alle Zeit und die Inkompatibilität der sozialen Systeme ohne Aussicht auf Veränderung. Das führt nicht nur bei den Leser_Innen zu Frustration. Auch *Fischer-Lescano* und *Teubner* machen deutlich, dass wirkliche Lösungen bei konsequenter Verfolgung der systemtheoretischen Perspektive rar sind, wenn sie „die Gerechtigkeit der Menschenrechte (als) ein Problem ohne jede Aussicht auf Lösung"[102] beschreiben. Des Weiteren könnte man *Teubner* und *Fischer-Lescano* den Vorwurf machen, die wissenschaftliche Arbeit zu stark von ihrer Weltanschauung beeinflussen zu lassen und somit nicht ergebnisoffen zu sein. Unabhängig von der Frage ob sich Rechtwissenschaften überhaupt unpolitisch betreiben lassen, liefern die Autoren jedoch gewissermaßen selbst ein Gegenargument. Sie sehen eine extrem enge Verbindung zwischen dem Recht und der Politik. Dies findet abstrakt in der Klassifizierung von Recht und Politik als soziale Systeme Ausdruck, und wird konkreter, wenn globaler Protest als wirksames Mittel zur Durchsetzung von Menschenrechten auserkoren wird. Offen bleibt hingegen der Grund für das restriktive Verständnis von Menschenrechten bezüglich ihres Schutzumfangs. Der bloße Schutz der körperlichen und psychischen Integrität erscheint ein unnötiger Schritt rückwärts. Denn warum sollten über Jahrzehnte erkämpfte Rechte wie die Meinungsfreiheit, Versammlungsfreiheit und gleiche Wahlen wieder in ihrer Geltung herabgestuft werden? Zudem weicht dieses Verständnis die eigene Kritik an der Abwägung von Grund- und Menschenrechte auf. Denn auch bei dieser wird das Leben mit Verweis auf Art. 1 GG keiner Abwägung unterzogen.

Der Versuch Konflikte zwischen Unternehmen und Menschenrechten durch die zivilgesellschaftliche Skandalisierung zu lösen ist für *Fischer-Lescano* Folge der rechtlichen Hilflosigkeit. Er verkennt dabei jedoch, dass das Recht gerade Ausdruck der Zivilgesellschaft ist. In einer demokratischen Ordnung formt und entwickelt sie das Recht. Das Recht wiederrum spiegelt die gesellschaftlichen Werte wieder, aus deren Verletzung sich der Protest ergibt. Und es moderiert den Protest um eine Skandaljustiz zu verhindern. Doch eine solche droht, wenn man das Urteilen der Zivilgesellschaft überlässt, gerade in Zeiten von „fake news" und „alternative facts". *Fischer-Lescano* ignoriert also die expansive Tendenz der Medien und Technologie (hier vor allem Kommunikationstechnologie), die er selbst so ausführlich beschreibt. Auch bleibt bei dem Rückgriff auf die Zivilgesellschaft außer Betracht, dass der gesellschaftliche Einfluss global ungleich verteilt ist. Wie groß wird die Lobby der Angestellten in „sweat shops" im Gegensatz zu der Lobby des Konsumenten sein, die die dort hergestellten Produkte kauft?

Der Wert der Systemtheorie für die Identifizierung und Darstellung von rechtlichen Problemen, wie etwa dem Spannungsfeld zwischen Unternehmen und Menschenrechten, ist anzuerkennen. Sie bietet allerdings kaum konkrete Lösungsansätze, die dem aktuellen Diskurs zugänglich sind.

[102] *Teubner*, Der Staat 2006, 161 (185).

Florian Bode*

Die Objektivitätskritik der Legal Gender Studies

A. Einleitung

Justitia, altrömische Göttin der Gerechtigkeit, wird klassisch mit Schwert und Waage[1], ab ca. 1500 oft auch mit Augenbinde[2] dargestellt. Die verbundenen Augen sollen Justitias Anspruch und damit den des Rechts symbolisieren, ohne Ansehen der konkreten Person,[3] das heißt: objektiv zu urteilen. Die Legal Gender Studies (LGS) hinterfragen diesen Anspruch:[4] Ist Justitia, ist das Recht wirklich blind für das Geschlecht und die sexuelle Identität einer Person?[5] Und kann Justitia, kann das Recht das überhaupt sein?

Der Beitrag sucht diese Überlegungen der LGS in zwei Schritten zu erkunden und zu ordnen. Zunächst wird das generelle Forschungsanliegen der hierzulande weithin unbekannten LGS vorgestellt (B.). Dem fügt sich die Analyse ihrer Objektivitätskritik an (C.), bei der wiederum zweigeteilt nach den von den LGS ausgemachten Urhebern von Objektivitätsansprüchen (C. I.) und den dahinter stehenden Herangehensweisen an Objektivität (C. II.) verfahren wird.

B. Forschungsanliegen der LGS

I. Von der feministischen Rechtswissenschaft zu den LGS

Die feministische Rechtskritik als selbständige rechtswissenschaftliche Strömung ist Ende der 1970er Jahre in den USA als *feminist jurisprudence* entstanden, nachdem Frauen dort in den 50er und 60er Jahren erstmals hatten Rechtswissenschaft studieren dürfen.[6] In der Bundesrepublik kam der Ausdruck ‚feministische Rechtswissenschaft' erst Ende der 1980er Jahre auf.[7] Sie und ihr amerikanisches Äquivalent gelten, wie die Frauenforschung insgesamt, als Produkt der zweiten Welle der Frauenbewegung.[8] Der gemeinsame Forschungsgegenstand war die Lebenssituation von Frauen im und mit dem Recht.[9] Deren Erforschung setzte aber voraus, dass „die Frauen" sinnvoll definiert werden konnten.[10] Der in den 1990er Jahren folgenden dritten Welle wird zugerechnet, das erfolgreich bestritten zu haben.[11] Sie warf der feministischen Bewegung vor, den Standpunkt einiger weniger Frauen absolut zu setzen, wie das sonst Männer gegenüber Frauen täten.[12] Unterdrückung aufgrund anderer Merkmale wie Religion, Klasse, sexueller Orientierung und Ethnie werde nicht wahrgenommen.[13] Dass solche Diskriminierungen sich mit der wegen des Geschlechts überlappen, soll das damals von *Kimberley Crenshaw* entwickelte[14] und heute gängige Konzept *intersectionality* erfassen.[15] Der Blick wurde daher auf die Produktion hierarchischer Strukturen durch das Recht ausgeweitet, fokussiert auf das *gender* als Bündelung verschiedener Erwartungen, die das Recht erzeuge.[16] Dementsprechend vollzog sich auch eine terminologische Verschiebung von der Frauen- hin zu der Geschlechterforschung, englischsprachig: *Gender Studies*.[17] In die Rechtswissenschaft übersetzt: von der feministischen Rechtswissenschaft hin zu den LGS.[18]

---

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

1 *Kissel,* Die Justitia – Reflexionen über ein Symbol und seine Darstellung in der bildenden Kunst, 1984, S. 40 ff.

2 Erstmals wohl von *Albrecht Dürer* im Holzschnitt „Narrenschiff" von 1494, ebd., S. 85, 88.

3 Ebd., S. 84; *Sacksofsky,* Das Grundrecht auf Gleichberechtigung, 1996, S. 339; *dies.,* ZRP 2001, 412, 416. Vgl. auch *Baer,* Justitia, in: Koreuber/Mager (Hrsg.), Recht und Geschlecht – Zwischen Gleichberechtigung, Gleichstellung und Differenz, 2004, S. 19, 20.

4 Einzelne feministische Untersuchungen zu Objektivität im Recht gab es bereits, als diese noch keine eigene wissenschaftliche Strömung ausmachten. *Emma Oekinghaus* beispielsweise kritisierte 1925 „die Tatsache, daß [im Recht] ‚das Männliche zu dem schlechthin Objektiven und sachlich Maßgebenden verabsolutiert wird'", s. *Oekinghaus*, Die gesellschaftliche und rechtliche Stellung der deutschen Frau, 1925, S. 22.

5 Ähnlich bereits, wenn auch nicht unter der Bezeichnung LGS, *Limbach,* Wie männlich ist die Rechtswissenschaft?, in: Hausen/Nowotny (Hrsg.), Wie männlich ist die Wissenschaft?, 1986, S. 87, 96; *dies.,* Engagement und Distanz als Probleme einer feministischen Rechtswissenschaft, in: Gerhard/Limbach (Hrsg.), Rechtsalltag von Frauen, 1988, S. 169, 173; *Baer,* KritV 1994, 154, 156.

6 *Bartlett/Kennedy,* Introduction, in: Bartlett/Kennedy (Hrsg.), Feminist Legal Theory – Readings in Law and Gender, 1991, S. 1. Den Ausdruck *feminist jurisprudence* entwickelte *Ann C. Scales* 1977 zum Anlass einer ausdrücklich als esoterisch reservierten Podiumsdiskussion, die im Zuge des 25-jährigen Jubiläums des ersten für Frauen offenen Jahrgangs an der Harvard Law School stattfand. Die Diskutantinnen kamen damals zu keinem enthusiastischen Fazit: Eine *feminist jurisprudence* gebe es nicht und müsse es wohl auch nicht geben, s. *Scales,* Legal Feminism – Activism, Lawyering & Legal Theory, 2006, S. 153 note 2; *dies.*, Indiana L. Rev. 1981, 375, 375, dortige Fn. 2. *Tempora mutantur, nos et mutamur in illis*.

7 Jedenfalls als eine der ersten verwendet ihn *Limbach* (Fn. 5), S. 169, 169, im Jahre 1988.

8 Vgl. *Künzel,* Feministische Theorien und Debatten, in: Foljanty/Lembke (Hrsg.), Feministische Rechtswissenschaft: ein Studienbuch[2], 2012, § 2 Rn. 2. Der westliche Feminismus kann in drei Wellen eingeteilt werden. Danach beginnt die erste Welle Mitte des 19. Jahrhunderts und führt in den meisten westlichen Ländern Anfang des 20. Jahrhunderts zur Öffnung elementarer politischer Rechte, v.a. des Wahlrechts, für Frauen. Die zweite Welle ist in den 1960er und 70er Jahren zu verorten; sie kämpfte für gesellschaftliche Gleichberechtigung in der Bildung, am Arbeitsplatz und zu Hause, s. ebd., § 2 Rn. 1-3. Zur dritten Welle sogleich im Text.

9 *Autor/innenkollektiv,* Einleitung, in: Foljanty/Lembke (Hrsg.), Feministische Rechtswissenschaft: ein Studienbuch[2], 2012, § 1 Rn. 2.

10 Ebd., § 1 Rn. 5.

11 *Künzel* (Fn. 8), § 2 Rn. 3.

12 *Bartlett/Kennedy* (Fn. 6), S. 1, 10 f.

13 Ebd.

14 *Crenshaw,* U. Chi. Legal F. 1989, 139, 141 ff.

15 *Baer/Elsuni,* Feministische Rechtstheorien, in: Hilgendorf/Joerden (Hrsg.), Handbuch Rechtsphilosophie[1], 2017, S. 270, 273.

16 *Autor/innenkollektiv* (Fn. 9), § 1 Rn. 8-10; *Baer/Elsuni* (Fn. 15), S. 270, 274. Die Erwartungen werden mit dem Stichwort heteronormative Zweigeschlechtlichkeit beschrieben. Damit ist die Vorstellung gemeint, dass alle Menschen einem von zwei angeborenen, unveränderbaren Geschlechtern entsprechen und sich diese Geschlechter gegenseitig sexuell begehren, *Lembke,* Zwischen Herrschaft und Emanzipation: Legal Gender Studies als Rechtskritik, in: Hof/Olenhusen (Hrsg.), Rechtsgestaltung – Rechtskritik – Konkurrenz von Rechtsordnungen … – Neue Akzente für die Juristenausbildung, S. 242, 243.

17 *Künzel* (Fn. 8), § 2 Rn. 3.

18 S. *Autor/innenkollektiv* (Fn. 9), § 1 Rn. 6 (die zwar selber den Ausdruck ‚feministische Rechtswissenschaft' nutzen, aber extensiv begründen, dass sie ihn weit verstehen und auch andere Formen der Unterdrückung durch Recht als nur die von Frauen in den Blick nehmen, ebd., Rn. 6-10).

II. Erkenntnisgegenstände und Erkenntnisziele

Die LGS untersuchen den Zusammenhang von Recht und Wirklichkeit[19] in Bezug auf die Kategorie Geschlecht.[20] Sie versuchen insbesondere, Einsichten darüber zu gewinnen, ob und inwiefern Recht und Geschlecht sich gegenseitig konstituieren, also aufgrund des jeweils anderen überhaupt erst Wirklichkeit werden.[21] Trotz der geschlechtsneutralen Formulierung ‚LGS' stehen Frauen als das traditionell benachteiligte Geschlecht im Mittelpunkt ihrer Analyse.[22] Dabei wird geprüft, wie das Recht patriarchalische[23] Gesellschaftsstrukturen begünstigt oder sogar hervorbringt.[24] Die LGS plädieren für eine gleichberechtigte Gesellschaft, lehnen das Patriarchat als Gesellschaftsform also ab.[25] Daraus ergibt sich für sie stets auch eine rechtspolitische Zielsetzung.[26] So erforschen die LGS das Recht zugleich als destruktive und als produktive Kraft: Einerseits wird es als Konstrukteur einer gesellschaftlichen Ordnung begriffen, wie die LGS sie ablehnen. Andererseits können die LGS mithilfe des Rechts selbst zum Konstrukteur einer von ihnen bevorzugten Ordnung werden.[27]

III. Annahmen über Recht und Wirklichkeit

Der Erforschung des Rechts als destruktive Kraft sind einige Grundannahmen der LGS darüber entsprungen, wie Recht Wirklichkeit prägt.

1. Diskurse erzeugen Wirklichkeit

Wirklichkeit wird für die LGS nicht bloß vorgefunden, sondern (auch) diskursiv erzeugt.[28] Diese Annahme entstammt dem französischen Poststrukturalismus und wird häufig mit der Diskurstheorie von *Michel Foucault* verbunden.[29] Für *Foucault* ist ein Diskurs eine Menge von Aussagen, die einem geregelten wissenschaftlichen Formationssystem angehören.[30] Solche Diskurse beobachteten ihren Gegenstand nicht nur – sie konstituierten ihn auch erst.[31] Dabei legten sie die Regeln des Sagbaren fest sowie, wer überhaupt erst etwas sagen dürfe.[32] Sie grenzten also stets auch aus.[33] Da den ausgeschlossenen Personen bereits die Sprechfähigkeit fehle, falle ihre Abwesenheit im Diskurs nicht auf. Der Ausschlussmechanismus des Diskurses bleibe unsichtbar.[34] Dieses Prinzip diskursiver Erzeugung haben die Gender Studies auf die Konzepte „Geschlecht, Begehren […] [und] Körper" angewandt und dort weiterentwickelt.[35] Daraus entstand zunächst die These, dass das *gender* – als das soziale Geschlecht[36] – eine diskursive Konstruktion sei.[37] Später hat *Judith Butler,* erneut unter Rückgriff auf *Foucault*,[38] auch das *sex* als nur vermeintlich biologisches Geschlecht zu entlarven versucht.[39] Das übergeordnete Anliegen der Gender Studies, die diskursive Erzeugung der Kategorie „Geschlecht" zu analysieren, verfolgen die LGS für das Recht.

2. Recht ist Diskurs

Für die LGS ist Recht ein solcher Diskurs.[40] Teils wird auch der Plural genutzt und Recht in einzelne Diskurse zergliedert.[41] Dafür wird regelmäßig noch einmal ausdrücklich auf *Foucault* zurückgegriffen.[42] Wird Recht als Diskurs, also als eine Menge von Aussagen begriffen, impliziert das ein

---

19 *MacKinnon,* Toward a Feminist Theory of the State, 1989, S. 237: „A jurisprudence is a theory of the relation of life and law.". *Susanne Baer* übersetzt „life" hier freilich wörtlich mit „Leben", s. *MacKinnon,* STREIT 1993, 4, 4.

20 *Baer/Elsuni* (Fn. 15), S. 270, 270; *Elsuni,* Feministische Rechtstheorie, in: Buckel/Christensen/Fischer-Lescano (Hrsg.), Neue Theorien des Rechts[3], 2020, S. 225, 227, dortige Fn. 11.

21 *Baer/Elsuni* (Fn. 15), S. 270, 270 f.

22 *Autor/innenkollektiv* (Fn. 9), § 1 Rn. 9.

23 ‚Patriarchat' verstanden als die systematische Benachteiligung und Unterdrückung von Frauen in der Gesellschaft, vgl. *Elsuni* (Fn. 20), S. 225, 226, dortige Fn. 5.

24 Ebd., S. 227 f.

25 Ebd., S. 225 f.

26 *Baer/Elsuni* (Fn. 15), S. 270, 271.

27 *Autor/innenkollektiv* (Fn. 9), § 1 Rn. 1.

28 Exemplarisch *Baer,* Würde oder Gleichheit?, 1995, S. 159. In schematischen Darstellungen der LGS wird dieser Gedanke häufig als eine bestimmte Strömung der Forschungsrichtung ausgemacht, so etwa bei *Elsuni* (Fn. 20), S. 225, 233 (postmoderne Strömung) und bei *Büchler/Cottier,* Legal Gender Studies – Rechtliche Geschlechterstudien – eine kommentierte Quellensammlung, 2012, S. 304 (diskursive Konstruktion). Diese Schemata scheinen aber weniger einen echten Theorienstreit abzubilden, als vielmehr einzelne Stoßrichtungen der LGS kenntlich zu machen. *Büchler/Cottier,* ebd. grenzen den Gedanken der diskursiven Konstruktion beispielsweise von der „*Doing Gender*-Perspektive" ab, die im Ergebnis aber die These teilt, das Geschlecht sei konstruiert.

29 *Babka/Posselt,* Gender und Dekonstruktion – Begriffe und kommentierte Grundlagentexte der Gender- und Queer-Theorie, 2016, S. 51, 119; *Keller,* Diskursforschung: eine Einführung für SozialwissenschaftlerInnen[4], 2011, S. 57. Beide Titel beziehen sich auf die feministische Theorie im Allgemeinen. Auf diese greifen die LGS zurück, vgl. *Sacksofsky,* JöR 2019, 377, 381 f. Von *Foucault* stammt die Idee der diskursiven Erzeugung. Die daran anknüpfende Anwendung auf den rechtlichen Diskurs und überhaupt die Relevanz dessen finden sich nicht zwangsläufig in seinen Werken, dazu *Smart,* Feminism and the Power of Law, 1989, S. 6 ff.; aus jüngerer Zeit *Elsuni,* Zur ReProduktion von Machtverhältnissen durch juridische Kategorisierungen am Beispiel „Geschlecht", in: Behmenburget al. (Hrsg.), Wissenschaf(f)t Geschlecht – Machtverhältnisse und feministische Wissensproduktion, S. 133, 135 f. Ein weiterer geläufiger Rückgriff auf den französischen Poststrukturalismus ist der auf *Jacques Derrida* und die Dekonstruktion. Mit ihrer Hilfe wird ebenfalls versucht darzulegen, dass das Geschlecht eine soziale Konstruktion ist, s. *Babka/Posselt* (diese Fn.), S. 47 f.

30 *Babka/Posselt* (Fn. 29), S. 51.

31 Ebd.

32 Ebd.

33 *Bublitz,* Diskurs, 2003, S. 58-60.

34 Ebd.

35 *Babka/Posselt* (Fn. 29), S. 51, 119. Ebenso *Keller* (Fn. 29), S. 57.

36 Die englische Sprache kennt einen Unterschied zwischen ‚sex' und ‚gender', für den es im Deutschen so kein Äquivalent gibt. Mit ‚sex' wird vereinfacht gesprochen das biologische und mit ‚gender' das sozial konstruierte Geschlecht gekennzeichnet, s. statt vieler *Heidorn*, Bucerius Law Journal (BLJ), 2014, 23, 23 f. m.w.N. Heutzutage ist diese Differenzierung jedenfalls nicht mehr unstrittig, s. dazu den Text zu Fn. 41.

37 *Sacksofsky,* JöR 2019, 377, 381.

38 *Butler,* Gender Trouble – Feminism and the Subversion of Identity[2], 1999, S. 117 ff. Dazu *Babka/Posselt* (Fn. 29), S. 119; *Keller* (Fn. 29), S. 57.

39 Vgl. *Butler* (Fn. 38), S. 14. Dazu *Elsuni* (Fn. 20), S. 225, 232, dortige Fn. 28. Ob *Butlers* Versuch von Erfolg gekrönt war, wird unterschiedlich beurteilt, s. *Sacksofsky,* JöR 2019, 377, 382 m.w.N.

40 *Smart* (Fn. 29), S. 4. Darauf Bezug nimmt *Baer* (Fn. 28), S. 159; *dies.*, „Der Bürger" im Verwaltungsrecht: Subjektkonstruktion durch Leitbilder vom Staat, 2006, S. 28. Nennung der Diskurseigenschaft bei *Elsuni* (Fn. 29), S. 133, 133; *Hark,* Durchquerung des Rechts – Paradoxien einer Politik der Rechte, in: Beger et al. (Hrsg.), Queering Demokratie (sexuelle Politiken), 2000, S. 28, 39; *Holzleithner,* Recht Macht Geschlecht: Legal Gender Studies – Eine Einführung, 2000, S. 14; *Sacksofsky,* JöR 2019, 377, 382.

41 So bei *Autor/innenkollektiv* (Fn. 9), § 1 Rn. 15.

42 So bei *Smart* (Fn. 29), S. 6 ff.; *Hark* (Fn. 40), S. 28, 39; *Holzleithner* (Fn. 40), S. 14, dortige Fn. 7; *Baer* (Fn. 40), S. 28, dortige Fn. 131; *Greif/Schobesberger,* Einführung in die feministische Rechtswissenschaft: Ziele, Methoden, Theorien[2], 2007, S. 107; *Elsuni* (Fn. 29), S. 133, 133.

weites Verständnis von Recht: ‚Recht' im Sinne der LGS bezeichnet neben der Summe der Rechtsnormen[43] auch seine Anwendungspraxis.[44] Zu dieser Anwendungspraxis zählt nicht nur die Rechtsprechung, sondern auch die Rechtswissenschaft mitsamt Rechtsdogmatik.[45] Mitunter werden sogar „Rechtsverhältnisse[…]" sowie „Alltagsverständnisse[…] von Recht" unter den Ausdruck gefasst.[46]

Unter den vielen Diskursen, die Wirklichkeit erzeugen, wird Recht als ein besonders mächtiger eingeordnet.[47] Im rechtlichen Diskurs getätigte Aussagen könnten notfalls auch mit Zwang durchgesetzt werden.[48] Das unterscheide ihn von anderen Diskursen.[49]

3. Recht erzeugt Wirklichkeit

Erzeugen Diskurse Wirklichkeit und insbesondere das Geschlecht, und ist Recht ein solcher Diskurs, so erzeugt Recht Wirklichkeit[50] und insbesondere das Geschlecht[51]. Dieser Schluss ist der Ausgangspunkt der Unternehmung LGS. Ihr weiterer Forschungspfad lässt sich entlang zweier Charakteristika des Rechts beschreiben, die ebenfalls schon aus dem Diskursbegriff folgen: erstens die Eigenschaft, die sprechenden Personen zu definieren und damit zugleich andere als nicht sprechfähig auszuschließen. Zweitens die Eigenschaft, diesen Ausschlussmechanismus zu verschleiern.

Erstere Eigenschaft besagt, dass das Recht strukturiere und selektiere, wenn es auf die soziale Wirklichkeit Bezug nehme.[52] Es fänden nicht alle Perspektiven, die in der Wirklichkeit existierten, Eingang in das Recht.[53] So entstünden eine Wirklichkeit, wie das Recht sie abbilde, und eine „unterdrückte Realität".[54] Die vom Recht abgebildete Perspektive sei die dominante, die ausgeblendete Perspektive die unterdrückte.[55] Auf die Analysekategorie Geschlecht bezogen bedeute das, die dominante Wahrnehmung[56] sei maskulin und die diskriminierte Wahrnehmung feminin.[57] In jüngerer Zeit rückt – dem terminologischen Wandel von der feministischen Rechtswissenschaft zu den LGS entsprechend – zudem die heteronormative Zweigeschlechtlichkeit in den Fokus.[58] Auch sie sei die dominante Perspektive des Rechts, abweichende Vorstellungen würden ausgeblendet.[59]

Mit der zweiten Eigenschaft wird verknüpft, dass das Recht den dominanten Standpunkt nicht offenlege: „That standpoint which, because it dominates the world, does not appear to function as a standpoint at all."[60] Recht erhebe den Anspruch, neutral, standpunktlos zu sein.[61] In Wahrheit sei es aber auch dort, wo es nicht ausdrücklich auf die Kategorie Geschlecht zurückgreife, stets Ausdruck eines männlichen Vorverständnisses.[62]

Anhand dieser zwei Eigenschaften lassen sich zwei zentrale Vorwürfe der LGS benennen. Ausgehend vom politischen Ideal der Gleichberechtigung lehnen sie den als solchen identifizierten patriarchalischen Standpunkt des Rechts ab.[63] Dem vorgeschaltet ist ihre Kritik daran, dass das Recht diesen Standpunkt nicht zu erkennen gebe, sondern Standpunktlosigkeit für sich reklamiere.[64]

C. Objektivitätskritik der LGS

Wird Standpunktlosigkeit nun durch Objektivität ersetzt, ist ein Zugang zum Gegenstand des Beitrags gewonnen. Die Objektivitätskritik der LGS meint den zweiten Vorwurf, wonach der rechtliche Diskurs seinen Standpunkt verschleiere. Vor dem Hintergrund des sehr weiten Rechtsbegriffes der LGS schließen sich dem jedoch einige Fragen an: Wer erhebt im rechtlichen Diskurs einen Objektivitätsanspruch? Was bedeutet bei den jeweiligen Akteuren ein solcher Anspruch? Und lässt sich dabei ein einziges Konzept von Objektivität für den gesamten rechtlichen Diskurs gewinnen?

Objektivität für sich ist im Recht – und wohl nicht ausschließlich hier – ein schillernder Begriff: Zivilrechtler mögen mit ihm den objekten Empfängerhorizont assoziieren, Öffentlichrechtler die Dichotomie von objektivem/subjektiven Recht und Strafrechtler den objektiven Tatbestand, ja Rechtstheoretiker mögen mit ihm die Debatte über richtige Antworten im Recht[65] assoziieren und insbesondere Kelsianer ein rechtswissenschaftliches Ideal[66]. Abstrakt lässt sich über Objektivität kaum mehr sagen, als dass sie meistens *ex negativo* definiert wird: Sie ist dann die Freiheit vom Subjektiven (Meinungen, Wertungen), und damit kann sie Intersubjektivität für sich beanspruchen (Wahrheit, Richtigkeit).[67] Soll Objektivität im Recht aber spezifischer ergründet werden, so muss das zwangsläufig von den LGS selbst aus geschehen.

---

43 *Greif/Schobesberger* (Fn. 42), S. 107.
44 *Baer/Elsuni* (Fn. 15), S. 270, 270.
45 *Holzleithner* (Fn. 40), S. 14.
46 Ebd.; *Greif/Schobesberger* (Fn. 42), S. 107. Beide greifen zurück auf *Maihofer,* Geschlecht als Existenzweise, 1995, S. 80, die sich an *Foucault* orientiert. Tendenziell ähnlich weit *Baer/Elsuni* (Fn. 15), S. 270, 270, die auf die „rechtssprachliche[…]" Praxis abstellen.
47 *Autor/innenkollektiv* (Fn. 9), § 1 Rn. 15; *Baer* (Fn. 40), S. 28; *dies.*, Rechtswissenschaft, in: Braun/Stephan (Hrsg.), Gender-Studien – Eine Einführung[2], 2006, S. 149, 155; *Greif/Schobesberger* (Fn. 42), S. 107.
48 *Baer* (Fn. 28), S. 160. Vgl. auch *MacKinnon* (Fn. 19), S. 237.
49 *Baer* (Fn. 47), S. 149, 155.
50 Ebd.; *dies.* (Fn. 28), S. 159. Vgl. auch *Hark* (Fn. 40), S. 28, 39.
51 *Sacksofsky,* JöR 2019, 377, 382.
52 *Baer* (Fn. 28), S. 159 f.; *Hark* (Fn. 40), S. 28, 40.
53 Vgl. *MacKinnon* (Fn. 19), S. 248.
54 *Baer* (Fn. 28), S. 160.
55 Ebd., S. 159-162.
56 Der Ausdruck ‚dominante Wahrnehmung' stammt von ebd., S. 162.
57 *MacKinnon* (Fn. 19), S. 237.
58 *Lembke* (Fn. 16), S. 242, 243 f. Zur Erklärung des Begriffs ‚heteronormative Zweigeschlechtlichkeit' s. ebenfalls Fn. 16.
59 Ebd.
60 *MacKinnon* (Fn. 19), S. 237.
61 Exemplarisch nur ebd., S. 237, 248.
62 *Baer/Elsuni* (Fn. 15), S. 270, 271 f.
63 Vgl. *Elsuni* (Fn. 20), S. 225, 225 f.
64 *MacKinnon* (Fn. 19), S. 240 postuliert, zuerst müsse der Standpunkt offengelegt werden.
65 So insbesondere im englischsprachigen Raum, exemplarisch *Stavropoulos,* Objectivity, in: Golding/Edmundson (Hrsg.), The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory, 2005, S. 315, 317. Für einen solchen Zugriff in der deutschen Debatte s. *Bäcker*, ARSP, Beiheft 103 (2005), 11-14 sowie die übrigen Beiträge im ARSP-Beiheft 103.
66 *Kelsen,* Reine Rechtslehre[2], 1960, S. III (entspricht S. 3 der Studienausgabe von 2017), forderte bekanntlich schon (und gerade) im Vorwort zur ersten Auflage 1934, die „Ergebnisse" der Jurisprudenz „dem Ideal aller Wissenschaft, Objektivität und Exaktheit soweit als irgend möglich anzunähern".
67 Vgl. auch *Dudenredaktion,* Die deutsche Rechtschreibung[28], 2020, Suchwort ‚Objektivität', die zur Definition „Sachlichkeit" und „Vorurteilslosigkeit" heranzieht.

I. Objektivitätsansprüche des Rechts aus Sicht der LGS – Problemkreise

Gleichwohl steht eine Systematisierung der Objektivität im Recht bzw. ihrer Kritik durch die LGS noch am Anfang.[68] Untersuchungen verweisen häufig unspezifisch auf *den* Objektivitätsanspruch *des* Rechts[69] oder bearbeiten – für das hiesige Anliegen überspezifisch – einen ganz bestimmten Ausschnitt des rechtlichen Diskurses[70]. Im Folgenden soll die Kritik der LGS mit Gesetzgeber (1.), Justiz (2.) und Rechtswissenschaft (3.) anhand dreier Urheber von Objektivitätsansprüchen, welche die LGS ausgemacht haben, geordnet werden.[71] Die Objektivitätskritik an dem jeweiligen Urheber wird bei dem jeweiligen Urheber dargestellt. Der Beitrag beschränkt sich an dieser Stelle auf die deutschsprachige Debatte.

1. Gesetzgeber

Ein Zugriff auf den beim Gesetzgeber verorteten Objektivitätsanspruch findet sich bei *Susanne Baer*. Sie geht davon aus, dass der Gesetzgeber Objektivität für die von ihm geschaffenen Gesetze reklamiert.[72] Objektivität sei hier die „Angemessenheit einer Regelung an die Sachstrukturen des Normbereichs".[73] Sie nähert sich dem gesetzgeberischen Anspruch an Objektivität zudem über den universalen Geltungsanspruch[74] und die Allgemeinheit des Rechts[75] an.[76] Auch die Bedeutung dieser Ausdrücke ist vielschichtig.[77] In diesem Kontext definiert *Baer* Universalismus mit dem Universalisierungsgrundsatz von *Jürgen Habermas*.[78] Das ist einer der beiden Grundsätze von *Habermas'* Diskursethik[79] und lautet:

„So muß jede gültige Norm der Bedingung genügen, […] daß die Folgen und Nebenwirkungen, die sich jeweils aus ihrer allgemeinen Befolgung für die Befriedigung der Interessen eines jeden Einzelnen (voraussichtlich) ergeben, von allen Betroffenen akzeptiert (und den Auswirkungen der bekannten Regelungsmöglichkeiten vorgezogen) werden können."[80]

Offen bleiben die konkreten Folgerungen aus diesem Grundsatz für das Anliegen der LGS. *Baer* scheint daraus abzuleiten, dass Gesetze den Anspruch erheben, einen fairen Interessenausgleich für die Allgemeinheit erzielt und alle Betroffenen angehört zu haben.[81] An anderer Stelle schreibt sie, Recht habe sich „indifferent gegenüber Partikularinteressen" zu verhalten.[82] Es müsse „zwischen Bürgerinteressen vermittelnd aus[…]gleichen, ohne einen eigenen Standpunkt einzunehmen".[83] Der von *Baer* in Bezug auf den Gesetzgeber vertretene Objektivitätsbegriff lässt sich mit dem Begriffspaar allgemein/partikular fassen.

Hieran anknüpfend entwickelt *Baer* eine feministische Objektivitätskritik. Objektivität habe sich vom Blickwinkel der Frauen als „scheinheilig erwiesen".[84] Recht bringe „per definitionem niemanden, realistisch aber Minderheiten zum Schweigen".[85] Sie fänden nicht hinreichend Platz im Recht.[86] Feministische Objektivität wolle die „Lebensrealitäten aller Menschen konkret erfahren, ohne unter dem Label Objektivität einige auszuschließen".[87] Dann wäre der Anspruch des Universalisierungsgrundsatzes mit *Baer* wohl erfüllt.

Auf konkrete Normen bezogen bedeutet dieser Zugang, eine geschlechtsunspezifische Formulierung[88] dennoch von der Kategorie Geschlecht aus zu untersuchen. So lässt sich beispielsweise fragen, welche Eigenschaften dem Rechtssubjekt zugeschrieben werden und ob diese Eigenschaften nicht doch geschlechtsspezifisch sind.[89] Ein häufig gewähltes Beispiel hierfür ist die Orientierung des Arbeitsrechts am

---

68 *Limbach* (Fn. 5), S. 169, 173 unterscheidet zwischen Rechtspolitik- und Rechtswissenschaft. *Baer,* KritV 1994, 154, 156; *dies.* (Fn. 28), S. 161 unterscheidet zwischen Rechtssetzung und Justiz. *Baer/Elsuni* (Fn. 15), S. 270, 272 setzen Objektivität die „Erfahrungen und Interessen der agierenden (*rechtsetzenden, rechtsauslegenden, rechtsuntersuchenden*) Personen" entgegen (Kursivierung durch d. Verf.). Ein ähnlicher Ansatz findet sich bei *Kocher,* JöR 2019, 403, 420, 422, die zwischen Objektivität in Rechtspraxis, Rechtswissenschaft und Analysen des Rechtssubjekts zu unterscheiden scheint. Eine Systematisierung der Objektivitätsansprüche ist indes in keinem der Fälle das Ziel der Untersuchung: Sie geschieht stets beiläufig.

69 *MacKinnon* (Fn. 19), S. 239: „[L]aw is objective." Ähnlich generell *Lembke,* JURA 2005, 236, 241. *Greif/Schobesberger* (Fn. 42), S. 115-118 vermengen Objektivitätskritik an der Rechtswissenschaft und an den Rechtsnormen.

70 Eine ausführliche Auflistung solcher Einzeluntersuchungen findet sich bei *Baer,* KritV 1994, 154, 157 f.

71 Ein sozusagen urheberübergreifender Vorwurf ist der Mangel an Objektivität infolge der zahlenmäßigen Unterrepräsentation von Frauen in den Gremien der Urheber. *Ursula Nelles* hat, um das – primär für den Gesetzgeber – zu fassen, das Konzept der strukturellen Befangenheit entwickelt. Hiernach ist ein ganzes System befangen, wenn es mehrheitlich aus Personen besteht, welche sie begünstigende Strukturen erhalten möchten, s. *Nelles,* Der Gesetzgeber und die Interessen der Frauen, in: Koreuber/Mager (Hrsg.), Recht und Geschlecht – Zwischen Gleichberechtigung, Gleichstellung und Differenz, 2004, S. 81, 95 f. Diesem Konzept geht der Beitrag im Folgenden nicht näher nach. Der empirische Befund hinter der Kritik trifft jedenfalls in Bezug auf den Gesetzgeber und die Rechtswissenschaft noch immer zu. S. für die Rechtswissenschaft jüngst die ausführliche Studie von *Schultz* et aliae, De jure und de facto: Professorinnen in der Rechtswissenschaft, 2018, insbesondere die Daten auf den S. 151-188.

72 *Baer,* KritV 1994, 154, 155 f.

73 *Baer* (Fn. 28), S. 161. Offen bleibt das Verhältnis zur Angemessenheit i.S.d. letzten Prüfungsstufe der Verhältnismäßigkeit (i.w.S.).

74 Ebd., S. 163.

75 Ebd., S. 162, 163, dortige Fn. 24.

76 *Baer* trennt zwar zwischen den Ausdrücken ‚Objektivität' und ‚Universalismus', ebd., S. 161-164. M.E. lassen sie sich zu diesem Zwecke aber gemeinsam unter das Konzept Objektivität fassen.

77 Art. 5 II GG normiert etwa die „Vorschriften der allgemeinen Gesetze" als Schranke. Art. 19 I 1 GG fordert als Ermächtigungsgrundlage für Grundrechtseingriffe allgemeine Gesetze.

78 *Baer* (Fn. 28), S. 163, dortige Fn. 24.

79 Er bildet die Grundlage für den diskursethischen Grundsatz, vgl. *Habermas,* Moralbewußtsein und kommunikatives Handeln[11], 2014, S. 76, 103.

80 Ebd., S. 75 f., in leicht abgewandelter Fassung S. 103.

81 Vgl. *Baer* (Fn. 28), S. 162.

82 *Baer,* KritV 1994, 154, 159. Sie bezieht sich dort zwar auf den Ausdruck ‚Neutralität' und trennt ihn von ‚Objektivität'. M.E. lassen sich beide Ausdrücke aber erneut unter das Konzept Objektivität fassen.

83 Ebd.

84 *Baer* (Fn. 28), S. 161.

85 Ebd., S. 162. Gemeint sind auch hier Frauen, die zwar nicht zahlenmäßig, aber machttheoretisch eine Minderheit darstellten, ebd., S. 160, dortige Fn. 8.

86 Ebd., S. 162.

87 *Baer,* KritV 1994, 154, 158.

88 In Deutschland knüpfen heute kaum noch Normen unterschiedliche Konsequenzen an das Geschlecht, *Heidorn,* BLJ 2014, 23, 23. Ausnahmen sind etwa Exhibitionismus i.S.d. § 183 I StGB, der nur durch Männer begangen werden kann, und die Genitalverstümmelung, welche nur an Frauen (gesondert) strafbar ist (§ 226a I StGB). Zudem differenziert Art. 12a GG nach Männern (Wehrpflicht, Abs. 1, nur ausgesetzt) und Frauen (Zivildienst im Verteidigungsfall, Abs. 4).

89 So etwa *Limbach* (Fn. 5), S. 169, 173 f.; *Baer,* Komplizierte Subjekte

Vollzeitarbeitnehmer, der vom Berufseinstieg bis zum Renteneintrittsalter ohne Unterbrechung durch sein Berufsleben schreitet.[90] Vollzeitarbeitnehmer könne ebenso gut eine Frau sein, faktisch seien das aber vor allem Männer.[91]

Es wird jedoch nicht ausschließlich gefragt, welches Bild Normen dort von der Realität zeichnen, wo sie regelnd eingreifen. Vielmehr analysieren die LGS auch, in welchen Lebensbereichen sich der Gesetzgeber einer Regelung gänzlich enthält. Der Gedanke scheint zu sein, dass auch die Entscheidung dafür, einen Bereich *nicht* zu regeln, einen Objektivitäts- und Allgemeinheitsanspruch erhebe. Während das Recht also vorgebe, sich gegenüber dem nicht geregelten Bereich indifferent zu verhalten, gehen die LGS davon aus, dass es auch hier parteiisch sei.[92] Insbesondere wenn sich das Recht aus der Privatsphäre[93] heraushalte, billige es in Wahrheit die dort vorhandenen Herrschaftsstrukturen.[94]

2. Justiz

Ein weiterer Urheber eines Objektivitätsanspruchs ist laut den LGS die Justiz. Objektivität bedeute hier „Unparteilichkeit" und „Uninteressiertheit"[95] (*Baer*) oder eine „Betrachtung allein nach Maßstäben des Rechts und der Sache"[96] (*Eva Kocher*). Nicht gemeint ist die persönliche und wirtschaftliche Unabhängigkeit[97] des jeweiligen Richters.[98] Den LGS geht es darum, dass die Rechtsprechung ihre Arbeit als reine Rechts*anwendung* darstelle.[99] Sie erwecke so den Eindruck, frei von jeglicher Wertung zu sein.[100] Das betreffe einerseits ihre Argumentationstechnik als solche.[101] Andererseits erhebe die Justiz ausdrücklich einen Objektivitätsanspruch, wenn sie Generalklauseln auslege.[102] Ein Beispiel sei die Herleitung des *objektiven* Empfängerhorizonts (auch) aus § 157 BGB, der die Vertragsauslegung nach den Maßstäben von Treu und Glauben statuiert.[103] Der bei der Rechtsprechung identifizierte Objektivitätsanspruch lässt sich mit den Begriffspaaren wertfrei/wertend und methodenehrlich/-unehrlich kennzeichnen.

Die LGS teilen dieses als herrschend wahrgenommene Verständnis nicht. „Bei der Konkretisierung der Rechtsbegriffe und erst recht bei der Beurteilung der Fakten fließen immer wieder subjektive Deutungen, Orientierungen an Vorgedachtem, an Vor-Urteilen ein, die weder […] allgemeingültig noch […] objektiv […] sind."[104] Die Justiz wende Recht nicht bloß an, sie gewinnees erst.[105] Zu fragen sei daher etwa, ob ihre subjektiven Vorverständnisse traditionell männlich seien.[106] Das kann mit Blick auf Judikate geschehen, die Rechtsnormen konkretisieren, welche für die Gleichstellung von Frauen besonders wichtig sind – beispielsweise Art. 3 II GG.[107] Oder die Argumentationsfiguren, die wie der objektive Dritte Objektivität bereits im Namen tragen, werden kritisch auf ihren tatsächlichen Standpunkt hinterfragt.[108]

3. Rechtswissenschaft

Ein Objektivitätsanspruch wird schließlich bei der Rechtswissenschaft verortet.[109] Er werde zuvorderst von der Rechtsdogmatik[110] vertreten.[111] Die Rechtsdogmatik trete mit dem Selbstverständnis auf, unpolitisch und ideologiebefreit Normen auszulegen.[112] Insofern besteht eine Parallele zu dem der Justiz attestierten Objektivitätsanspruch. Darüber hinaus setze die Rechtsdogmatik ihre teilnehmende Perspektive[113] derweil absolut, behaupte also, nur sie selbst sei (objektive) Rechtswissenschaft.[114] Objektivität betreffe daher auch das wissenschaftliche Selbstverständnis.[115] Der hier identifizierte Objektivitätsanspruch lässt sich auf der einen Seite erneut mit den Begriffspaaren wertfrei/wertend und methodenehrlich/-unehrlich sowie auf der anderen Seite mit dem Paar wissenschaftlich/unwissenschaftlich[116]

---

zwischen Recht und Geschlecht – Eine Einführung in feministische Ansätze in der Rechtswissenschaft, in: Kreuzer (Hrsg.), Frauen im Recht – Entwicklung und Perspektiven, 2001, S. 9, 14 ff.

90 Statt vieler *Baer* (Fn. 89), S. 9, 15 f. m.w.N.

91 Ebd., S. 15.

92 *Baer,* KritV 1994, 154, 162: „Recht wirkt auf Realität, es formt sie, es spiegelt sie, es macht sie mit aus, *auch in seiner Abwesenheit*" (Kursivierung durch d. Verf.). Vgl. auch *dies.* (Fn. 47), S. 149, 156.

93 Die LGS hinterfragen oft schon das Konzept der Privatsphäre als staatsferner Raum an sich, etwa *Lembke* (Fn. 16), S. 242, 250: „in der Rechtswirklichkeit barer Unsinn".

94 Vgl. ebd., S. 249 f.; *dies.,* JURA 2005, 236, 237. Ebenso *Künzel* (Fn. 8), § 2 Rn. 42-45.

95 *Baer* (Fn. 28), S. 161. *Baer* nennt dies dort ‚Neutralität'; hier wird es unter das Konzept der Objektivität gefasst, s. schon Fn. 76, 82.

96 *Kocher,* JöR 2019, 403, 405. Offen bleibt, was sich hinter „der Sache" verbirgt. *Kocher* selbst sieht jedenfalls die „Natur der Sache" als „naturrechtliche[…] Leerformel[…]" an, ebd., 418.

97 In diesem Sinne grenzt *Kocher,* JöR 2019, 403, 405 ‚Unabhängigkeit' und ‚Objektivität' voneinander ab.

98 Sie ist geregelt in Art. 97 GG und den jeweiligen Prozessordnungen, unter anderem in den §§ 41 ff. ZPO, 22 ff. StPO, 54 VwGO. Ein Versuch, Objektivität über Befangenheitsregelungen herzuleiten, findet sich zwar bei *Nelles* (Fn. 71), S. 81, 95 (Erläuterung bei Fn. 71). Dieser ist m.E. aber *de lege ferenda* zu verstehen, denn er möchte Befangenheit über die Gruppenangehörigkeit und -betroffenheit definieren. Wenigstens die punktuelle Regelung in § 20 I 3 (L)VwVfG(e) folgt dem nicht, auch dazu bereits ebd.

99 *Lembke* (Fn. 16), S. 242, 246.

100 Für den ‚objektiven Dritten' im Zivilrecht, aber verallgemeinerbar *Kocher,* JöR 2019, 403, 409.

101 *Limbach* (Fn. 5), S. 169, 174-177.

102 *Kocher,* JöR 2019, 403, 407.

103 Ebd.

104 *Gerhard-Teuscher,* Die Frau als Rechtsperson – Über die Voreingenommenheit der Jurisprudenz als dogmatische Wissenschaft, in: Hausen/Nowotny (Hrsg.), Wie männlich ist die Wissenschaft?, 1986, S. 108, 114. Zustimmend *Baer,* KritV 1994, 154, 162, dortige Fn. 48.

105 *Limbach* (Fn. 5), S. 87, 94; *Lembke* (Fn. 16), S. 242, 246.

106 *Gerhard-Teuscher* (Fn. 104), S. 108, 115-122.

107 Ebd., S. 108, 120.

108 Im Ansatz bei *Kocher,* JöR 2019, 403, 420-426.

109 *Limbach* (Fn. 5), S. 87, 96.

110 Mit *Sacksofsky,* Rechtswissenschaft: Geschlechterforschung im Recht – Ambivalenzen zwischen Herrschafts- und Emanzipationsinstrument, in: Kortendiek/Riegraf/Sabisch (Hrsg.), Handbuch interdisziplinäre Geschlechterforschung, Wiesbaden 2019, S. 631, 633 f. meint ‚Rechtsdogmatik' hier den Teil der Rechtswissenschaft, der aus einer Teilnehmerperspektive normative Aussagen über das Recht trifft, also entscheidungsorientiert arbeitet und dabei das geltende Recht als Prämisse setzt. Zumindest ähnlich auch der sog. teilnehmende Beobachter bei *Bumke*, Einführung in das Forschungsgespräch über die richterliche Rechtsarbeit, in: Bumke (Hrsg.), Richterrecht zwischen Gesetzesrecht und Rechtsgestaltung, 2012, S. 1, 19.

111 *Autor/innenkollektiv* (Fn. 9), § 1 Rn. 17; *Gerhard-Teuscher* (Fn. 104), S. 108 (114); *Sacksofsky* (Fn. 110), S. 631, 633.

112 *Autor/innenkollektiv* (Fn. 9), § 1 Rn. 17.

113 S. Fn. 110.

114 *Gerhard-Teuscher* (Fn. 104), S. 108, 114; *Sacksofsky* (Fn. 110), S. 631, 634.

115 *Autor/innenkollektiv* (Fn. 9), § 1 Rn. 19.

116 Dieses Begriffspaar ist insofern von den anderen verschieden, als dass die LGS deskriptiv nicht zwangsläufig das zweite Attribut verwenden

kennzeichnen.

Bei der Frage nach dem politischen Gehalt der Gesetzesauslegung gehen die LGS, erneut parallel zur Kritik an der Justiz, davon aus, dass es einen solchen Gehalt gibt, und dass er traditionell männlich ist.[117] Zudem vertreten sie ein weites Verständnis von Rechtswissenschaft. Diese erschöpfe sich nicht in der Dogmatik.[118] Es sei unter anderem auch feministische Rechtspolitik umfasst.[119]

II. Herangehensweisen an Objektivität

Legt man die drei Problemkreise nebeneinander, so fallen zwei unterschiedliche Herangehensweisen der LGS an Objektivität auf. Objektivität kann entweder als Anforderung beibehalten oder schon vorgelagert als kein sinnvolles Konzept verworfen werden.[120] Während der Gesetzgeber tendenziell an seinem Allgemeinheitsanspruch gemessen wird, steht der Anspruch einer wertfreien Entscheidungsfindung in Justiz und Rechtswissenschaft eher grundlegend in der Kritik. Dabei scheint Objektivität jeweils unterschiedlichen theoretischen Ursprungs zu sein: Sie wird einmal als demokratische Forderung erhoben und einmal als erkenntnistheoretisches Problem behandelt. Deutlich wird das an den unterschiedlichen Begriffspaaren, mit denen die Objektivitätskritik am Gesetzgeber (allgemein/partikular) sowie an Justiz und Rechtswissenschaft (wertfrei/wertend, methodenehrlich/-unehrlich, für letztere wissenschaftlich/unwissenschaftlich) beschrieben wurde.

1. Objektivität als demokratische Forderung

Die erste Herangehensweise geht davon aus, dass der rechtliche Diskurs objektiv sein kann. Sie nimmt außerdem an, dass er objektiv sein sollte.[121] Jedoch bestreitet sie, dass er bereits objektiv ist.[122] Nur in diesem letzten Punkt besteht ein Unterschied zu der von den LGS als herrschend eingeordneten Auffassung, wonach Recht objektiv sein kann, sein sollte und es bereits ist. Diese Auffassung wird also an ihrem eigenen Maßstab, Objektivität, gemessen. Der Vorwurf an sie leitet sich daraus ab, dass sie ihr eigenes Versprechen nicht einzuhalten vermöge. *Jutta Limbach* formuliertein Bezug auf das von ihr synonym verwendete Konzept Neutralität protagonistisch[123] :

„Man mag eine Rechtskritik parteilich nennen, die unermüdlich denunziert, daß formal geschlechtsunspezifische Vorschriften und Richtersprüche Frauen benachteiligen, wenn deren gesellschaftliche Lage nicht reflektiert wird. Aber im Grunde schafft jenes einseitige Bemühen, verzerrt wahrgenommene Sachverhalte mit empirischem Blickwinkel zurechtzurücken, erst ein ausbilanziertes Bild der gesellschaftlichen Situation und stellt damit Neutralität erst her.“[124]

Fordern die LGS eine solche Erweiterung des Rechts um den weiblichen Blick, so ist das vor allem ein demokratisches Anliegen.[125] Zeigen lässt sich das exemplarisch an *Baers* Ausführungen zum Gesetzgeber. Sie schreibt, wer „an rechtsetzenden […] Diskursen nicht oder nicht ausreichend als Sprechende oder Gehörte teilnimmt, kann durch Recht das eigene Er-Leben nicht durch Legalität legitimieren“.[126] Darauf sei aber die „demokratische Hoffnung“ gerichtet.[127] Ziel sei ein „demokratischer Zustand der gleichberechtigten Wahrnehmungen“.[128] Einem ähnlichen Muster folgt die Kritik an den Modellen eines Gesellschaftsvertrags, welcher keineswegs ein Vertrag zwischen „Freien und Gleichen“, sondern einer zwischen Männern sei.[129] Das Anliegen ist demnach erneut, dem Anspruch des herrschenden Modells (Freie und Gleiche schließen einen Vertrag) die so wahrgenommene Realität gegenüberzustellen (Männer schließen einen Vertrag).

Dieses Kritikmuster passt auf den Gesetzgeber und die Justiz als staatliche Gewalten. Denn nach Art. 20 II 1 GG geht alle Staatsgewalt vom Volke aus, also nicht bloß von den Männern. Und auch der Gesellschaftsvertrag als theoretische Begründung dessen sieht vor, dass das gesamte Volk das staatliche Gewaltmonopol konstituiert.[130] Wird jene Gewalt ausgeübt, soll es sich darin wiederfinden.[131] Mit dieser Herangehensweise an Objektivität lässt sich darüber hinaus – wenigstens teilweise – die Kritik an der Rechtsdogmatik erklären. Sie übt als Teil der Rechtswissenschaft zwar selbst keine staatliche Gewalt aus. Doch steht sie vor allem deshalb in der Kritik der LGS, weil sie in Deutschland einen erheblichen Einfluss auf die Entscheidungspraxis der Gerichte ausübe.[132] Die Kritik an ihr ist so betrachtet akzessorisch zu der an der Justiz.

Dieser Herangehensweise an Objektivität geht es also um eine umfassende demokratische Repräsentation. Jene wird als derzeit nicht erfüllt angesehen, weil das Recht tatsächlich männlich und heterosexuell sei.[133] Das Ideal sei Allgemeinheit, der jetzige Zustand Partikularität.[134]

---

würden. Sie bestreiten nicht unbedingt den Wissenschaftscharakter der Rechtsdogmatik, lehnen aber ihre Gleichsetzung mit der Rechtswissenschaft ab.

[117] *Autor/innenkollektiv* (Fn. 9), § 1 Rn. 17.

[118] Ebd., § 1 Rn. 19; *Sacksofsky* (Fn. 110), S. 631, 634.

[119] *Sacksofsky* (Fn. 110), S. 631, 634.

[120] Die Idee einer solchen Unterteilung stammt von *Olsen,* KJ 1990, 303, 310 ff. *Olsen* bezieht sich allerdings auf den anglo-amerikanischen Diskurs und unterscheidet drei Positionen. Die bei ihr zuerst genannte Position ähnelt in ihrem Umgang mit Objektivität der hier zuerst genannten (C. II. 1.).

[121] Ebd.

[122] Vgl. ebd.

[123] S. recht knapp auch *Lembke,* JURA 2005, 236, 241 mit der Unterüberschrift „Auf dem Weg zu mehr Objektivität“. Sie fordert, die Rechtswissenschaft müsse sich von dem „männlichen Subjekt“ lösen, wolle sie „objektiver, neutraler und universeller“ werden.

[124] *Limbach* (Fn. 5), S. 169, 177.

[125] Vgl. *Baer* (Fn. 28), S. 162; *dies.,* KritV 1994, 154, 158. Auf diesen Aspekt stützt auch *Volkmann,* Rechtsphilosophie, 2018, § 1 Rn. 301, seine Einordnung der feministischen Rechtstheorie, welche laut ihm das „liberale Versprechen auf solche Gruppen übertragen sehen will, die davon bisher direkt oder indirekt ausgenommen waren“.

[126] *Baer* (Fn. 28), S. 162.

[127] Ebd.

[128] Ebd.

[129] *Lembke,* JURA 2005, 236, 239 f.; *Schmidt,* Grundannahmen des Rechts in der feministischen Kritik, in: Foljanty/Lembke (Hrsg.), Feministische Rechtswissenschaft: ein Studienbuch^2, 2012, § 3 Rn. 4. Vgl. auch in Bezug auf die *Rawls*'sche Konzeption *Baer* (Fn. 28), S. 163.

[130] Vgl. statt vieler *Lembke,* JURA 2005, 236, 240 m.w.N.

[131] Die Justiz ist jeweils einfachgesetzlich dazu verpflichtet, ihre Urteile (im Fall des BVerfG auch Beschlüsse) „im Namen des Volkes“ zu verkünden.

[132] *Autor/innenkollektiv* (Fn. 9), § 1 Rn. 17.

[133] *Schmidt* (Fn. 129), § 3 Rn. 4.

[134] Vgl. *Baer,* KritV 1994, 154, 159.

2. Objektivität als erkenntnistheoretisches Problem

Die zweite Herangehensweise teilt schon die Annahme nicht, Recht könne objektiv sein. Die Frage, ob es objektiv sein sollte, stellt sich für diese Auffassung nicht. Objektiv ist das Recht für sie denklogisch nicht. Ihr Vorwurf ist grundlegender: Nicht der richtige Maßstab wird unzureichend eingehalten, sondern es wird von vornherein der falsche Maßstab gewählt.

Dieser Zugang lässt sich häufig bei den Problemkreisen Justiz und Rechtswissenschaft beobachten. Dort kritisieren die LGS weniger die Auslegungsergebnisse als vielmehr die von ihnen so wahrgenommene Behauptung, diese Ergebnisse seien objektiv richtig. Sie hegen also Zweifel daran, dass Auslegung und Entscheidung einem objektiv korrekten Ergebnis zugänglich sind. Ihnen gehe es nicht darum, die „politischen und ideologischen Anteile" zu „eliminieren", sondern sie bei ihrer eigenen Herangehensweise transparent zu machen.[135] Beim Gesetzgeber ist teilweise ebenfalls eine Tendenz zu beobachten, Objektivität als Konzept zu verwerfen. *Baer* geht nämlich zugleich davon aus, Objektivität sei „als ideologisch und eigentlich männlich" entlarvt worden.[136] Recht könne zumindest „in einem traditionellen Sinne" nicht „neutral und objektiv sein".[137]

Wenn Objektivität insofern mit methodischen Idealen wie Wertfreiheit assoziiert wird, hat sie einen anderen theoretischen Ursprung. Jedenfalls leiten einige Autorinnen diese Überlegungen aus der generellen Debatte um Objektivität in Wissenschafts- und Erkenntnistheorie ab.[138] Die Kritik an Objektivität im Recht stehe in der Tradition feministischer Wissenschaftskritik.[139]

Dieser Begründungsstrang kann anhand des Konzepts der sog. Positionalität verdeutlicht werden. Positionalität (*positionality*) wurde 1990 von *Katharine T. Bartlett* entwickelt, einer US-amerikanischen Vertreterin der LGS.[140] Sie begreift Positionalität als vierten Weg neben drei anderen Wissenstheorien: dem rationalen Empirismus, den feministischen Standpunkttheorien und dem Postmodernismus.[141] Diese drei Theorien hätten jeweils Nachteile. Sie hielten unreflektiert an Objektivität als Ideal fest (Empirismus),[142] setzten fälschlicherweise ein einheitliches Subjekt voraus (Standpunkttheorien),[143] oder verwürfen unbrauchbar die Möglichkeit von Wissen überhaupt (Postmodernismus)[144]. Positionalität gelinge die Balance dazwischen, Objektivität einerseits zu hinterfragen,[145] andererseits aber die Möglichkeit von Wahrheit und Erkenntnis beizubehalten.[146] Sie betone die Position des Wissenden, seinen notwendig beschränkten Horizont.[147] *Bartlett* stützt sich hierfür auf das Konzept der *situated knowledges*.[148] Diese *situated knowledges* waren zuvor von der US-amerikanischen Feministin *Donna Haraway* entwickelt worden, allerdings für die Erkenntnistheorie im Allgemeinen.[149] Eine Prämisse, die *Bartlett* lediglich setzt,[150] ist, dass die Wissenstheorien, insbesondere die *situated knowledges*, auf den rechtlichen Diskurs übertragbar sind.

Positionalität wurde vor Kurzem von den LGS im deutschsprachigen Raum aufgegriffen.[151] *Eva Kocher* hat beispielsweise vorgeschlagen, sie als Anleitung für die Rechtspraxis zu formulieren.[152] Das hat sich als voraussetzungsreich erwiesen.[153] Denn Positionalität entstammt der Debatte um Wissenstheorien. Jene erforschen, inwiefern Erkenntnis aus der Beobachterperspektive möglich ist.[154] Die Rechtspraxis hingegen versucht weniger, zu erkennen. Sie muss aus der Teilnehmerperspektive entscheiden.[155]

---

[135] Für die Rechtswissenschaft *Autor/innenkollektiv* (Fn. 9), § 1 Rn. 17.

[136] *Baer,* KritV 1994, 154, 157.

[137] *Baer* (Fn. 28), S. 160.

[138] *Kocher,* JöR 2019, 403, 420 ff. m.w.N.; *Mangold,* Repräsentation von Frauen und gesellschaftlich marginalisierten Gruppen als demokratietheoretisches Problem, in: Eckertz-Höfer/Schuler-Harms (Hrsg.), Gleichberechtigung und Demokratie – Gleichberechtigung in der Demokratie: (Rechts-)Wissenschaftliche Annäherungen, 2019, S. 109, 119. In weiten Teilen auch *Greif/Schobesberger* (Fn. 42), S. 115-117.

[139] *Greif/Schobesberger* (Fn. 42), S. 115: „'Objektivität' dient zur Beschreibung einer Form der Erkenntnisgewinnung, die von der forschenden Perspektive unabhängig ist. Sie geht von der Prämisse aus, dass der objektive Beobachter bei der Untersuchung der Wirklichkeit von seiner eigenen Befindlichkeit völlig getrennt sei. Dieser Auffassung setzt die feministische Wissenschaftskritik entgegen, dass Erkenntnis ohne Standpunkt nicht möglich ist. Auch so gewonnene objektive Erkenntnisse geben nur vor, standpunktlos zu sein, während sie tatsächlich männlich sind."

[140] *Bartlett,* Harv. L. Rev. 1990, 829, 880 ff. Fortgeführt bei *dies.,* Ala. L. Rev. 2014, 375, 388-393.

[141] *Bartlett,* Harv. L. Rev. 1990, 829, 867 f.; *dies.,* Ala. L. Rev. 2014, 375, 377-383.

[142] *Bartlett,* Harv. L. Rev. 1990, 829, 872.

[143] Ebd., 873 ff.; *dies.,* Ala. L. Rev. 2014, 375, 382.

[144] *Bartlett,* Harv. L. Rev. 1990, 829, 879; *dies.,* Ala. L. Rev. 2014, 375, 383.

[145] *Bartlett,* Harv. L. Rev. 1990, 829, 880 schreibt noch: „Like the postmodern position […] positionality rejects the […] objectivity of truth as situated and partial." Bei *dies.,* Ala. L. Rev. 2014, 375, 383 heißt es dann jedoch: „Positionality recognizes that it is not enough to be suspicious of objectivity; we must also be commited to trying to achieve it." Hier wird *Bartletts* jüngere Position zugrunde gelegt. Auch wenn diese jüngere Position Objektivität nicht mehr in Gänze abzulehnen scheint, sind ihre Zweifel daram offenbar noch immer gravierend genug, um Objektivität mit dem Konzept der Positionalität ablösen zu wollen.

[146] *Bartlett,* Harv. L. Rev. 1990, 829, 880 f. Etwas zurückhaltender *Bartlett,* Ala. L. Rev. 2014, 375, 393: „Positionality tries to have it both ways […]". Sie geht von einer Art Wahrheitsminimum aus und folgert daraus, dass Wahrheit nicht vollständig verworfen werden könne. Zu jenem Wahrheitsminimum gehören nach *Bartlett* die Gebote, die eigenen Kinder zu lieben und andere nicht aus Spaß umzubringen, sowie die Einsicht, die Demokratie sei besser als der Autoritarismus, *Bartlett,* Harv. L. Rev. 1990, 829, 883; *dies.,* Ala. L. Rev. 2014, 375, 394.

[147] *Bartlett,* Harv. L. Rev. 1990, 829, 881; *dies.,* Ala. L. Rev. 2014, 375, 393.

[148] *Bartlett,* Harv. L. Rev. 1990, 829, 880 ff.; *dies.,* Ala. L. Rev. 2014, 375, 390. So in Bezug auf *Bartletts* ersten Ansatz auch *Kocher,* JöR 2019, 403, 422.

[149] *Haraway,* Feminist Studies 1988, 575, 575 ff. *Haraway* begreift ihr Konzept der *situated knowledges* als einen dritten Weg zwischen „two poles of a tempting dichotomy on the question of objectivity", ebd., 576. Die *situated knowledges* sollen vermitteln zwischen einem radikalkonstruktivistischen Argument, welches jede Form des Wissens ablehnt, und Objektivität im traditionellen Sinne, ebd.

[150] *Bartlett,* Harv. L. Rev. 1990, 829, 867 schreibt, sie werde verschiedene feministische Ansätze zu der Frage untersuchen, was Richtigkeit im Recht bedeutet. Dann springt sie auf feministische Wissenstheorien im Allgemeinen und beschränkt sich darauf, ihnen einzelne rechtliche Fragen zuzuordnen, ebd., 868 ff. Der Anspruch auf Richtigkeit ist bei *ders.,* Ala. L. Rev. 2014, 375, 376 erneut der gemeinsame Nenner von Wissenstheorien und Recht: „The question of whether a decision or claim is objective can arise in law, morality, science, and any other area in which being ‚right' matters." Davon abgesehen wird die Prämisse der Übertragbarkeit auch hier nur gesetzt: „[D]ebates about the nature of truth and truth-seeking are not significantly different in the sciences than they are in law […]", ebd., 389.

[151] *Mangold* (Fn. 138), S. 109, 119; *Kocher,* JöR 2019, 403, 422.

[152] *Kocher,* JöR 2019, 403, 422.

[153] Benennung der Schwierigkeiten ebd.

[154] Ebd.

[155] Ebd.: „Wenn Positionalität allerdings im Feld der Rechtspraxis und damit

Diese Schwierigkeiten sind exemplarisch für den erkenntnistheoretischen Begründungsstrang von Objektivität. Wird mit der Einsicht der feministischen Wissenschaftskritik begonnen, dass Objektivität zumindest im hergebrachten Sinne kein sinnvolles Konzept sei, so ist zunächst zu fragen, inwiefern diese Einsicht das Recht betrifft. Es liegt terminologisch noch nahe, sie auf die Rechtswissenschaft anzuwenden. Doch bereits hier muss differenziert werden. Namentlich die Rechtsdogmatik, die insofern im Fokus der LGS steht, arbeitet aus der Teilnehmerperspektive.[156] Dasselbe gilt, wie gesehen, für die Justiz. Schwierig scheint es schließlich, mit dieser theoretischen Rückbindung die Kritik am Gesetzgeber zu fassen. Denn der Gesetzgebungsprozess ist ein anderer als der Auslegungs- und Entscheidungsprozess von Justiz und Rechtsdogmatik. Letzterer mag einem Erkenntnisprozess wenigstens sprachlich näher stehen.

Diese zweite Herangehensweise an Objektivität arbeitet also mit Konzepten aus der Wissenschaftstheorie. In der Kritik der LGS kommt sie vor allem bei Auslegung und Entscheidung zum Vorschein, wenn mit Objektivität der methodische Anspruch auf Richtigkeit und Eindeutigkeit gemeint ist. Doch schon dort erweist sich die theoretische Rückkopplung als anspruchsvoll.

3. Vermengung der zwei Maßstäbe

Die demokratietheoretische und die erkenntnistheoretische Herangehensweise werden in der Objektivitätskritik der LGS häufig vermengt. Es werden einzelne Elemente von beiden genannt, aber die Herangehensweisen nicht unterschieden.[157] Gelegentlich finden sich zwar Momente, wo die Herangehensweisen angesprochen werden[158] oder als solche erkennbar sind[159]. Diese Aussagen sind dann aber eher beiläufiger Natur.

Als Beispiel dienen kann eine weitere Untersuchung *Baers*.[160] Sie fragt dort zunächst, ob eine Regelung objektiv sei, wenn sie die „Wahrnehmungen unterdrückter Gruppen in einen Rechtsetzungsprozeß“ nicht einbeziehe.[161] Dann heißt es in unmittelbarem Zusammenhang damit, der „Objektivität des Richters, des Gesetzgebers, jeder rechtlichen Entscheidung“ habe die „feministische Wissenschaft die geschlechtsspezifischen Standpunkttheorien entgegengesetzt“.[162] So sei „Objektivitätskritik […] vorrangig Kritik einer sich auf Methode und insbesondere Erkenntnis auswirkenden Prämisse: Der objektive Beobachter […] untersucht in völliger Abspaltung von seiner eigenen Befindlichkeit – eben nicht subjektiv – die Wirklichkeit“.[163] „Feministische Wissenschaftskritik“ setze dagegen, „daß er das nicht könne“.[164] „Erkenntnis könne es ohne Standpunkt nicht geben.“[165] Später resümiert *Baer,* „der Begriff feministische Rechtswissenschaft“ beziehe sich „in erster Linie auf ein methodisches Postulat der erkenntnistheoretischen Situiertheit.“[166]

Während *Baer* also mit der Inklusivität der Rechtsetzung beginnt (demokratietheoretische Herangehensweise), begibt sie sich anschließend in die Wissenschaftstheorie (erkenntnistheoretische Herangehensweise). Sie fragt dort, ob es Erkenntnis vom Standpunkt eines objektiven Beobachters aus geben könne. Mit der „erkenntnistheoretischen Situiertheit“ verwendet sie ein Konzept, das eine sprachliche Nähe zu den *situated knowledges* aufweist.

Das Potenzial einer Verbindung der beiden Herangehensweisen mag unterschiedlich beurteilt werden. Das Urteil wird abhängig davon sein, ob und inwiefern man eine strukturelle Ähnlichkeit zwischen ihnen zu erkennen vermag. Ein gewichtiger Unterschied besteht jedenfalls darin, dass Objektivität für den ersten Zugang weiterhin ein sinnvolles Konzept darstellt und für den zweiten nicht. Der Beitrag soll sich an dieser Stelle darin erschöpfen, auf die beiden Herangehensweisen hinzuweisen und ihre Explikation anzuregen. So ließe sich das Konzept der Objektivität für die Zwecke der LGS konturieren.[167]

der Entscheidung wirksam werden soll, muss die Reflektion aus der Rolle der Beobachterin in die der Teilnehmerin überführt werden. Dann geht es nicht mehr in erster Linie um Fragen des Wissens und der Wahrheit, sondern um Normativität […]. Während der Ansatz der Positionalität davon ausgeht, unterschiedlich situierte Wissens- (und Wollens-)Bestände ließen sich nebeneinander setzen, impliziert jede Entscheidung eine Entscheidung für eine Position.“

[156] S. Fn. 110.

[157] So bei *Baer/Elsuni* (Fn. 15), S. 270, 272; *Greif/Schobesberger* (Fn. 42), S. 115-118; *Lembke,* JURA 2005, 236, 240 f.; *Schmidt* (Fn. 129), § 3 Rn. 9.

[158] *Baer* (Fn. 28), S. 161, dortige Fn. 15 schreibt, bei der Objektivität des Rechts gehe es „weniger um erkenntnistheoretische Objektivität“.

[159] So bei *Baer,* KritV 1994, 154, 156 f.

[160] Ebd., 154 ff.

[161] Ebd., 156.

[162] Ebd.

[163] Ebd., 157.

[164] Ebd.

[165] Ebd.

[166] Ebd., 164.

[167] Denn auch eine klare terminologische Auftrennung der zwei Herangehensweisen, etwa in ‚Objektivität‘ einerseits und ‚Neutralität‘ andererseits, existiert zurzeit nicht (daher auch die gemeinsame Diskussion unter ‚Objektivität‘ in diesem Beitrag, s. Fn. 76, 82). S. beispielsweise den Sprung in der Abgrenzung beider Ausdrücke zwischen ebd., 156-159 und *dies.* (Fn. 28), S. 161.

Moritz Hahn*

Telemedizin – Zulässigkeit und zivilrechtliche Haftungsrisiken

A. Einleitung

„Die von der IT-Lobby gepushte Telemedizin ist entzaubert worden", bemerkte *Wieland Dietrich*, Vorsitzender der Freien Ärzteschaft, im Mai 2020. Er kritisierte, dass Telemedizin „bei weitem nicht die gleiche Qualität" erreichen könne wie der klassische Arzt[1] -Patienten-Kontakt. Im Zuge der COVID-19-Pandemie sei klargeworden, dass eine Videosprechstunde nicht die persönliche Begegnung vor Ort ersetzen könne.[2]

Das überrascht: Telemedizin gilt für viele nach wie vor als der Hoffnungsträger neuer medizinischer Möglichkeiten. Bereits 2015 beschloss der Bundestag mit dem neuen „E-Health-Gesetz"[3] die Förderung der Teleradiologie und Videosprechstunde (vgl. § 291g I, IV SGB V a. F.). Telemedizin solle einen Beitrag leisten, die aus der demographischen Entwicklung und der Versorgungssituation in ländlichen Regionen resultierenden Herausforderungen zu bewältigen.[4] Als weitere positive Aspekte gelten die einfachere Hinzuziehung von Experten („Telekonsile") und geringere Kosten im Vergleich zur Präsenzbehandlung.[5] Kritiker befürchten hingegen, dass das zusätzliche Fehlerpotenzial, das insbesondere durch den Einsatz der Technik und die potenziell verringerte Wahrnehmung bedingt wird, ein Absinken des ärztlichen Standards auf Kosten des Patienten zur Folge haben würde.[6]

Realisieren sich solche Risiken, stellt sich die Frage, wer unter welchen Voraussetzungen dafür haftbar gemacht werden kann.

B. Telemedizin

I. Begriff

Der Begriff „Telemedizin" wird nicht einheitlich verwendet.[7] Dies hat auch die Bundesärztekammer (BÄK) erkannt und aus diesem Grund den Begriff auf dem 118. Ärztetag im Mai 2015 für sich eingeordnet:

„Telemedizin ist ein Sammelbegriff für verschiedenartige ärztliche Versorgungskonzepte, die als Gemeinsamkeit den prinzipiellen Ansatz aufweisen, dass medizinische Leistungen der Gesundheitsversorgung der Bevölkerung in den Bereichen Diagnostik, Therapie und Rehabilitation sowie bei der ärztlichen Entscheidungsberatung über räumliche Entfernungen (oder zeitlichen Versatz) hinweg erbracht werden. Hierbei werden Informations- und Kommunikationstechnologien eingesetzt."[8]

Ausgenommen aus dieser Definition sind Telematikanwendungen im Gesundheitswesen, die über den eigentlichen Arzt-Patienten-Kontakt hinausgehen, wie etwa die digitale Gesundheitsakte. „Telemedizin" im Sinne dieser Definition kann daher synonym mit dem Begriff der „Fernbehandlung"[9] verwendet werden,[10] was auch für die folgenden Ausführungen gilt.

II. Erscheinungsformen

Noch vielfältiger als die Definitionen ist das Spektrum an Möglichkeiten, das telemedizinische Anwendungen bereits heute bieten.

Am greifbarsten sind sicher Konzepte, die den klassischen Besuch beim Hausarzt über die Distanz, etwa per Telefon oder Video-Chat („Videosprechstunde"), ermöglichen.[11] Diese Behandlungsformate haben insbesondere im Zuge der COVID-19-Pandemie an Popularität gewonnen.[12] Sogar Portale, die ausschließlich schriftlichen, asynchronen Arzt-Patienten-Kontakt anbieten („Online-Sprechzimmer"[13]) können ein telemedizinisches Verfahren darstellen.

Bedeutung erlangen „digitale Arztbesuche" auch bei chronischen Krankheiten. Mit einem speziell dafür entwickelten Gerät („Supported Ambulance Medication") können etwa Parkinson-Patienten von zu Hause per Video therapiert werden. Da so das häusliche Umfeld berücksichtigt werden kann, ermögliche dies unter anderem eine verbesserte Medikamenteneinstellung.[14]

Einen Sonderfall stellt die spezialgesetzlich geregelte Teleradiologie dar (vgl. § 123 StrlSchV). Dabei wird durch

---

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

1 Aus Gründen der besseren Lesbarkeit wird bei Personenbezeichnungen die männliche Form verwendet. Sämtliche Personenbezeichnungen gelten gleichermaßen für alle Geschlechter.

2 www.apotheke-adhoc.de/nachrichten/detail/markt/von-der-it-lobby-gepushte-telemedizin-entzaubert/, abgerufen am: 22.9.2020.

3 Gesetz für sichere digitale Kommunikation und Anwendungen im Gesundheitswesen sowie zur Änderung weiterer Gesetze, idF. v. 21.12.2015, BGBl. I 2015, 2408.

4 BT-Drs. 18/5293, S. 1.

5 *Kalb*, GesR 2018, 481, 483.

6 Ebd.

7 Insbesondere in älteren Quellen wird Telemedizin oft als Sammelbegriff für Telematik im Gesundheitswesen verwendet. Weites Verständnis: *Gaidzik,* GesR 2003, 229; *Dierks*, in: Dierks/Feussner/Wienke (Hrsg.), Rechtsfragen der Telemedizin, 2001, S. 1, 3; *Pflüger*, VersR 1999, 1070. Enges Verständnis: *Ulsperger,* in: Wenzel (Hrsg.), Handbuch des Fachanwalts Medizinrecht[4], 2020, Kap. 19 Rn. 7; *Dochow,* Grundlagen und normativer Rahmen der Telematik im Gesundheitswesen, 2017, S. 93 f.; *Wendelstein*, Kollisionsrechtliche Probleme der Telemedizin, 2012, S. 1.

8 *118. Deutscher Ärztetag (DÄT)*, Beschlussprotokoll, S. 334.

9 Vgl. § 9 S. 1 HWG.

10 *Dochow* (Fn. 7), S. 133: „Telebehandlung".

11 Vgl. *Fischer*, in: FS Höland, 2015, S. 621.

12 *Balzter/Scherff*, Sprechstunde im Internet, FAZ 2020, abgerufen am: 21.8.2020, www.faz.net/aktuell/finanzen/telemedizin-in-corona-zeiten-kann-sie-den-arztbesuch-ersetzen-16741821.html.

13 www.meinarztdirekt.de, abgerufen am 24.8.2020.

14 www.ikk-gesundplus.de/gesundheit/erkrankungen_behandeln/videotherapie_fuer_parkinsonpatienten/, abgerufen am 22.9.2020; *Bergmann,* MedR 2016, 497, 499.

ärztliches (Hilfs-)Personal eine radiologische Untersuchung durchgeführt, ohne dass der Radiologe selbst vor Ort ist. Insbesondere kleinere Kliniken können so ihr Versorgungsangebot ausbauen.[15] Einen ähnlichen Ansatz weist die „Tele-Stroke-Unit" auf, die zur Schlaganfallbehandlung die Zuschaltung von Neuroradiologen und -chirurgen aus einem Experten-Netzwerk ermöglicht.[16]

Doch auch in anderen Bereichen der Intensivmedizin wird die telematische Hinzuziehung von Experten praktiziert. Studien konnten diesen Verfahren positive Effekte im Hinblick auf Mortalität und Verweildauer von Intensivpatienten im Krankenhaus attestieren.[17]

Einen weiteren wachsenden Anwendungsbereich bietet das Telemonitoring. Dabei werden die Vitalparameter (z. B. Blutdruckdaten) von Patienten in Echtzeit an ein medizinisches Servicecenter übertragen, das die Daten aufbereitet und im Bedarfsfall an einen Arzt übermittelt.[18] Praktische Anwendung findet dieses Verfahren bei Risikopatienten, etwa mit chronischer Herzinsuffizienz oder Schwangerschaftshypertonie.[19]

C. Zulässigkeit

I. Entwicklung der Rechtslage

Die berufsrechtliche Zulässigkeit von Telemedizin richtet sich nach der im jeweiligen Bundesland gültigen Berufsordnung der Landesärztekammer. Um die Einheitlichkeit der einzelnen Berufsordnungen zu fördern, wird von der BÄK die (Muster-)Berufsordnung für die in Deutschland tätigen Ärztinnen und Ärzte (MBO-Ä)[20] erlassen. Diese ist selbst nicht rechtserheblich, sondern entfaltet lediglich Empfehlungswirkung.[21]

Dort war in § 7 IV MBO-Ä a. F. bis zum Mai 2018 vorgesehen, dass Ärzte eine individuelle ärztliche Behandlung, nicht ausschließlich über Print- und Kommunikationsmedien durchführen durften. Auch bei telemedizinischen Verfahren war zu gewährleisten, dass eine Ärztin oder ein Arzt die Patientin oder den Patienten unmittelbar behandelt. Zweck der Regelung war der Patientenschutz.[22] Der Arzt sollte sich ein Bild durch die eigene Wahrnehmung machen können, ohne sich auf subjektive Schilderungen des Patienten oder Dritter verlassen zu müssen.[23] Die Regelung stand der Fernbehandlung unbekannter Patienten ohne physischen Erstkontakt im Wege.[24]

Mit Beschluss vom 121. Deutschen Ärztetag in Erfurt wurde schließlich im Mai 2018 § 7 IV MBO-Ä novelliert:[25]

„Ärztinnen und Ärzte beraten und behandeln Patientinnen und Patienten im persönlichen Kontakt. Sie können dabei Kommunikationsmedien unterstützend einsetzen. Eine ausschließliche Beratung oder Behandlung über Kommunikationsmedien ist im Einzelfall erlaubt, wenn dies ärztlich vertretbar ist und die erforderliche ärztliche Sorgfalt insbesondere durch die Art und Weise der Befunderhebung, Beratung, Behandlung sowie Dokumentation gewahrt wird und die Patientin oder der Patient auch über die Besonderheiten der ausschließlichen Beratung und Behandlung über Kommunikationsmedien aufgeklärt wird."

II. Voraussetzungen rechtmäßiger Fernbehandlung

Der § 7 IV MBO-Ä wurde nach und nach von beinahe allen Landesärztekammern wörtlich oder sinngemäß[26] in ihre Berufsordnungen (BO-Ä) übernommen. Einzig die Landesärztekammer Brandenburg hält noch an einem Verbot der ausschließlichen Fernbehandlung fest (§ 7 IV BO-Ä BB).

Die Sätze 1 und 2 des § 7 IV MBO-Ä stellen klar, dass die persönliche Behandlung von Patienten nach wie vor den „Goldstandard" darstellt. Telemedizinische Verfahren sollen eine Ergänzung zum herkömmlichen persönlichen Kontakt darstellen, diesen aber nicht ersetzen.[27] Satz 3 stellt die Voraussetzungen einer berufsrechtlich zulässigen Behandlung über Kommunikationsmedien auf. Der Begriff „Kommunikationsmedien" ist dabei weit und in Anlehnung an § 312c II BGB zu verstehen.[28]

1. Ärztliche Vertretbarkeit

Zentrale Voraussetzung des § 7 IV 3 MBO-Ä n. F. ist die ärztliche Vertretbarkeit. Es liegt in der Verantwortung des Arztes, zu entscheiden, ob es im konkreten Fall vertretbar ist, den Patienten über die Ferne zu behandeln. Die Entscheidung für oder gegen eine Fernbehandlung liegt somit in seiner Risikosphäre.

Insbesondere ist dabei zu beachten, dass die Wahrnehmung des Arztes – abhängig von der Art des Kommunikationsmittels – mitunter stark eingeschränkt sein kann.[29] Dies birgt das Risiko eines Informationsverlusts, der zu Fehldiagnosen und als Folge dessen Fehlbehandlungen führen kann.[30] Denkbar wäre beispielsweise, dass ein Arzt im Fall akuter Schlaganfallsymptome eine Fernbehandlung via Videochat zulässt, obwohl es ihm auf diese Weise nicht möglich ist, beispielsweise über eine Computertomographie, den

---

15 *Ulsperger* (Fn. 7), Kap. 19 Rn. 24-26.

16 www.aerzteblatt.de/archiv/60641/Schlaganfallversorgung-Mindestkriterien-fuer-Telemedizin, abgerufen am 21.9.2020.

17 *Marx et al.,* Anästh Intensivmed 2019, 191, 195 f.

18 *Ulsperger* (Fn. 7), Kap. 19 Rn. 13.

19 *Krüger-Brand,* DÄBl 2006, A-522.

20 (Muster-)Berufsordnung für die in Deutschland tätigen Ärztinnen und Ärzte – MBO-Ä 1997 – idF. der Beschlüsse des 121. Deutschen Ärztetages 2018 in Erfurt, geändert durch Beschluss des Vorstandes der Bundesärztekammer am 14.12.2018.

21 *Scholz*, in: Spickhoff (Hrsg.), Kommentar zum Medizinrecht[3], 2018, MBO-Ä Vorwort Rn. 1.

22 OLG München, BeckRS 2016, 12673, Rn. 48.

23 *Scholz,* in: Spickhoff (Fn. 21), MBO-Ä § 7 Rn. 14.

24 *BÄK*, Hinweise und Erläuterungen zu § 7 Abs. 4 MBO-Ä, Stand: 11.12.2015, S. 2; *Scholz,* in: Spickhoff (Fn. 21), MBO-Ä § 7 Rn. 18. **Anderer Ansicht** zufolge musste nicht zwangsläufig ein physischer Erstkontakt stattgefunden haben: So *Vorberg/Kanschik*, MedR 2016, 411, 412; *Dierks*, MedR 2016, 405, 408.

25 *121. DÄT*, Beschlussprotokoll, 2018, S. 288-290.

26 So beispielsweise § 7 IV der Berufsordnung der Landesärztekammer Schleswig-Holstein, der darauf abstellt, dass eine zulässige Fernbehandlung, ärztlich vertretbar und ein persönlicher Kontakt *nicht erforderlich* ist.

27 *121. DÄT*, Beschlussprotokoll, 2018, S. 289.

28 *121. DÄT*, Beschlussprotokoll, 2018, S. 289.

29 *BÄK*, Hinweise und Erläuterungen zu § 7 Abs. 4 MBO-Ä, Stand: 22.3.2019, S. 3.

30 *120. DÄT*, Beschlussprotokoll, 2017, S. 295.

Verdacht fundiert zu überprüfen.

Sollte sich erst nach begonnener Fernbehandlung herausstellen, dass der Patient an Symptomen leidet, die auf diese Weise nicht überprüft werden können, so ist die Behandlung zu unterbrechen und persönlich fortzusetzen.[31]

2. Einzelfallprüfung

Die Formulierung „im Einzelfall" legt nahe, dass eine Fernbehandlung nur in wenigen Ausnahmefällen zulässig sein soll. Portale, die darauf spezialisiert sind, Videosprechstunden in breiter Masse anzubieten, könnten bei unbefangener Lektüre des Wortlauts daher als unzulässig erscheinen. Die Bundesärztekammer stellt allerdings klar, dass durch die Formulierung nicht per se Modelle ausgeschlossen werden sollen, die auf eine Beratung ausschließlich über Kommunikationsmedien ausgerichtet sind, sondern durch das Tatbestandsmerkmal vielmehr die Pflicht des Arztes zur Prüfung des Einzelfalls zum Ausdruck kommt.[32] Solange also jede einzelne Behandlung auf ihre ärztliche Vertretbarkeit geprüft wird, ist diese auch zulässig.

3. Ärztliche Sorgfalt

Ferner ist die erforderliche ärztliche Sorgfalt insbesondere durch die Art und Weise der Befunderhebung, Beratung, Behandlung sowie Dokumentation zu wahren. Dies ist Ausdruck des § 630a II Hs. 1 BGB, wonach eine Behandlung nach den zum Zeitpunkt der Behandlung bestehenden, allgemein anerkannten fachlichen Standards zu erfolgen hat.[33] Das Tatbestandsmerkmal hat somit eher klarstellenden Charakter.[34]

4. Aufklärung

Außerdem muss der Arzt den Patienten über die Besonderheiten der ausschließlichen Beratung und Behandlung über Kommunikationsmedien aufklären. Auch dies entspricht einem allgemeinen Grundsatz, der in den §§ 8 MBO-Ä, 630e BGB kodifiziert ist. Das kann beispielsweise bedeuten, dass der Arzt darauf hinweisen muss, dass die Behandlung von der Qualität der Datenübertragung abhängig ist.[35] Teilweise wird auch der Hinweis empfohlen, dass nicht alle diagnostischen Methoden, wie beispielsweise das Abtasten des Bauchs, im Rahmen der Fernbehandlung zur Verfügung stehen. Auch wenn das jedem einleuchten dürfte, sei hierzu, um dem Risiko eines Arzthaftungsprozesses zu entgehen, zu raten.[36] Das bringt zum Ausdruck, dass – zumindest bis es höchstrichterliche Rechtsprechung in diesem Punkt gibt –[37] auch bei der Aufklärung höchste Sorgfalt geboten ist und weitreichend aufgeklärt werden sollte. Die inhaltlichen Anforderungen an die Aufklärung bleiben dabei eher unkonkret.

III. Rechtsfolgen der Überschreitung

Führt ein Arzt eine Fernbehandlung durch, ohne dass die in der jeweiligen Berufsordnung vorgeschriebenen Voraussetzungen dafür erfüllt sind, so wird häufig die ärztliche Sorgfalt (§ 630a II BGB) nicht gewahrt worden sein. Das hat zur Folge, dass der Verstoß sowohl berufsrechtlich (Verstoß gegen §§ 2, 7 IV 3 BO-Ä) als auch zivilrechtlich (Verstoß gegen § 630a II BGB) geahndet werden kann.[38] Zudem kommt eine Klage nach §§ 3, 3a i.V.m. § 8 I 1 UWG wegen Verstoßes gegen das Verbot unlauterer geschäftlicher Handlungen in Betracht.[39]

IV. Weitere Regelungen im Zusammenhang mit Fernbehandlungen

Im Nachgang der Änderung des § 7 IV MBO-Ä wurden mit der Aufhebung des Werbeverbots für Fernbehandlungen (vgl. § 9 S. 2 HWG n. F.) sowie des Verbotes der Abgabe verschreibungspflichtiger Medikamente ohne persönliche Anamnese (§ 48 I 2 AMG a. F.) wichtige Schritte zur Liberalisierung des Fernbehandlungsrechts gemacht.[40]

Zurückhaltung besteht allerdings weiterhin bei der Ausstellung von Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen. In einem Urteil vom 3.9.2019 hat das LG Hamburg für ein Portal, das AU-Bescheinigungen via WhatsApp ausstellte, nachdem der Patient seine Erkältungssymptome über ein Auswahlmenü übermittelt hatte, entschieden, dass die in § 25 HmbBO-Ä normierte ärztliche Sorgfalt bei der Ausstellung dieser Gesundheitszeugnisse nicht gewahrt sei.[41] In der Literatur wird dennoch angenommen, dass unter engen Voraussetzungen bereits jetzt die Ausstellung von AU-Bescheinigungen – auch über die pandemiebedingte befristete Lockerung der AU-RL hinaus –[42] zulässig sein soll.[43] Unklar ist, ob Gerichte diese Ansicht teilen würden, weshalb eine gesetzgeberische Klarstellung wünschenswert ist.

D. Zivilrechtliche Haftungsrisiken

Im Rahmen der zivilrechtlichen Haftung kommen als Anspruchsgegner nicht nur der Arzt, sondern auch der Hersteller bzw. Entwickler der dafür notwendigen Geräte oder Software in Betracht. Denn häufig wird die erforderliche Software nicht vom Behandelnden selbst entwickelt, sondern vielmehr von einem Dritten zu diesem Zweck bereitgestellt werden.[44]

---

31 *BÄK*, Hinweise und Erläuterungen zu § 7 Abs. 4 MBO-Ä, Stand: 22.3.2019, S. 3; *Braun*, MedR 2018, 563, 565.

32 *BÄK*, Hinweise und Erläuterungen zu § 7 Abs. 4 MBO-Ä, Stand: 22.3.2019, S. 3.

33 *Braun,* MedR 2018, 563, 565. Siehe dazu auch D. I. 2. a) aa).

34 Vgl. *BÄK*, Hinweise und Erläuterungen zu § 7 Abs. 4 MBO-Ä, Stand: 22.3.2019, S. 3.

35 *BÄK*, Hinweise und Erläuterungen zu § 7 Abs. 4 MBO-Ä, Stand: 22.3.2019, S. 4.

36 *Kuhn/Heinz*, GesR 2018, 691, 693.

37 Ebd.

38 *Stellpflug,* GesR 2019, 76, 77; *Braun*, MedR 2018, 563, 565.

39 Zu § 7 IV MBO-Ä a. F. SG München, Urt. v. 20.1.2014 – S 38 KA 805/13 ER, juris, Rn. 113; OLG Düsseldorf, Urt. v. 4.5.2013 – I-20 U 137/12, juris, Rn. 18. § 4 Nr. 11 UWG a. F. entspricht § 3a UWG n. F.; *Dierks*, MedR 2016, 405, 407.

40 Diese Schritte wurden auch in der Literatur gefordert. So beispielsweise *Braun*, MedR 2018, 563, 566; *Kuhn/Heinz*, GesR 2018, 691, 694; *Hahn,* MedR 2018, 384, 389; *Rehmann*, A&R 2017, 153, 156.

41 LG Hamburg, MMR 2020, 201, Rn. 10.

42 In der Fassung vom 20.3.2020 war nach § 4 I AU-RL bei Verdacht auf COVID-19 die Ausstellung einer AU-Bescheinigung nach telefonischer Anamnese zulässig.

43 *Schulte/Tisch,* NZA 2020, 761, 764 f.; *Hahn*, MedR 2020, 370, 373; *Braun*, GesR 2018, 409, 411 f.

44 Die Kassenärztliche Bundesvereinigung führt aus diesem Grund eine Liste zertifizierter Videodienstanbieter für Ärzte: www.kbv.de/media/sp/

I. Haftung des Herstellers

Bringt der Hersteller ein fehlerhaftes Produkt zur telemedizinischen Behandlung in den Verkehr, das einen Schaden herbeiführt, so kann er dafür haftbar gemacht werden. Anknüpfungspunkt bietet zunächst § 1 I 1 ProdhaftG,[45] der – vorbehaltlich der Entlastungstatbestände in § 1 II ProdhaftG – eine verschuldensunabhängige Haftung normiert. Voraussetzung dafür ist, dass ein Produkt nach § 2 ProdHaftG vorliegt. Da dies nach dem Wortlaut eine „bewegliche Sache" (§ 90 BGB) voraussetzt, wird in der Literatur überzeugend eine entsprechende Anwendung auf Softwareprodukte diskutiert.[46] Es stelle letztlich Willkür dar, ob die Software auf einem Datenträger verkörpert – und somit als bewegliche Sache – oder als Download angeboten wird.[47] Relevanz erlangt diese Frage etwa bei Dienstleistern, die Software für Videosprechstunden anbieten.

Zudem kann ein verschuldensabhängiger Anspruch aus Deliktsrecht nach den §§ 823 I, II BGB bestehen.[48] Es bedarf somit einer hohen Sorgfalt bei der Entwicklung, um das Risiko einer Haftung zu minimieren.

II. Haftung des Arztes

Auch der Arzt kann aus verschiedenen Gründen haften. Einerseits ist denkbar, dass der Arzt den Patienten nicht nach dem zum Zeitpunkt der Behandlung bestehenden allgemein anerkannten fachlichen Standards behandelt hat (§ 630a II BGB). Dabei kann es sich um rein menschliches Versagen – zum Beispiel eine unzureichende Befunderhebung – oder auch um technisches Versagen handeln, etwa weil falsche oder ungenaue Daten übertragen wurden. Andererseits kann der Arzt auch haften, weil er seinen Aufklärungspflichten (§§ 630d, 630e BGB) nicht (hinreichend) nachgekommen ist.

1. Grundlagen der Haftung

Die dem Arzt obliegenden vertraglichen und deliktischen Sorgfaltspflichten sind grundsätzlich identisch.[49] Somit kommen gleichzeitig Ansprüche aus Vertrag (§§ 630a ff. i.V.m. § 280 I BGB) und Delikt (§ 823 BGB) in Betracht. Beide Ansprüche stehen in Idealkonkurrenz zueinander.[50]

a) Vertragliche Haftung

Eine vertragliche Haftung nach § 280 I BGB ergibt sich aus dem Schuldverhältnis des Behandlungsvertrags (§ 630a BGB). Dieser kommt zwischen dem Behandelnden und dem Patienten zustande.

Bei telemedizinischen Verfahren können darüber hinaus unkompliziert Dritte in das Behandlungsverhältnis einbezogen werden. Eine denkbare Konstellation wäre beispielsweise, dass ein behandelnder Präsenzarzt mittels Videochats einen Konsiliararzt hinzuzieht, um sich einen weiteren Rat einzuholen. Ob zusätzlich zu dem Vertrag zwischen dem Patienten und dem Präsenzarzt auch ein Behandlungsverhältnis zum Konsiliararzt begründet wird, ist vom Einzelfall abhängig.[51] Wenn der Patient die Behandlung durch den Konsiliararzt ausdrücklich wünscht und ihr zustimmt, liegt ein Vertragsverhältnis nahe.[52]

Anders dürfte der Fall jedenfalls dann zu beurteilen sein, wenn der Patient den Konsiliarius gar nicht kennt. In diesem Fall wird ein Vertretenmüssen des Konsiliararztes dem Präsenzbehandler nach § 278 S. 1 Var. 2 BGB zugerechnet.[53] Der Vertrag zwischen dem Konsiliar- und Präsenzarzt entfaltet dann auch keine Schutzwirkung zugunsten des Patienten, da diesem bereits über §§ 280 I, 278 S. 1 Var. 2 BGB ein inhaltsgleicher, vertraglicher Anspruch gegen den Präsenzbehandler zusteht. Es fehlt an der Schutzwürdigkeit.[54]

Häufig bedarf es einer Zurechnung über § 278 S. 1 BGB aber schon nicht.[55] Der Präsenzbehandler kann auch aus eigener Pflichtverletzung durch Unterlassen haften, wenn er pflichtwidrig auf die Arbeit des Konsiliarius vertraut. Da der Arzt aber grundsätzlich auf die fehlerfreie Mitwirkung des Kollegen vertrauen darf (Vertrauensgrundsatz), ist das nur dann der Fall, wenn der Konsiliarius einen offensichtlichen Behandlungsfehler macht.[56]

b) Deliktische Haftung

Mittels Deliktsrechts kommt auch ein direkter Anspruch gegen den Telekonsiliararzt nach § 823 BGB in Betracht. Voraussetzung ist, dass der Anspruchsgegner vorsätzlich oder fahrlässig Körper oder Gesundheit (Art. 2 II 1 GG) widerrechtlich verletzt hat. Eine Haftung des Präsenzbehandlers für den Konsiliarius gemäß § 831 BGB dürfte hingegen an der Weisungsgebundenheit[57] scheitern.[58]
Da vertragliche und deliktische Haftung im Ergebnis weitgehend gleichlaufen,[59] wird im Folgenden ausschließlich auf die vertraglichen Vorschriften, die die Rechtsprechung zu den §§ 823 ff. BGB kodifizieren,[60] Bezug genommen.

Liste_zertifizierte-Videodienstanbieter.pdf, abgerufen am 12.9.2020.

45 *Rehmann,* A&R 2017, 153, 156; *Ortner/Daubenbüchel,* NJW 2016, 2918, 2919; *Rübsamen*, MedR 2015, 485, 489.

46 Dazu beispielsweise *Förster*, in: BeckOK BGB[58], ProdHaftG § 2 Rn. 22-24; *Rebin*, in: BeckOGK, Stand: 1.3.2020, ProdHaftG § 2 Rn. 49; *Wagner*, in: Münchener Kommentar zum BGB (MüKoBGB)[8], 2020, ProdHaftG § 2 Rn. 21-27.

47 *Wagner*, in: MüKoBGB (Fn. 46), ProdHaftG § 2 Rn. 22.

48 Näher dazu *Rübsamen*, MedR 2015, 485, 489.

49 BGH, NJW 1989, 767, 768.

50 *Quaas,* in: Quaas/Zuck/Clemens (Hrsg.), Medizinrecht[4], 2018, § 14 Rn. 59.

51 *Fischer* (Fn. 11), S. 621, 625; *Dierks,* Rechtliche und praktische Probleme der Integration von Telemedizin in das Gesundheitswesen in Deutschland, 1999, S. 25.

52 Vgl. BGHZ 142, 126, 132-135; *Bergmann,* MedR 2016, 497, 500; *Ulsenheimer/Heinemann*, MedR 1999, 197, 199.

53 *Bergmann,* MedR 2016, 497, 500; *Katzenmeier*, in: Laufs/Katzenmeier/Lipp (Hrsg.), Arztrecht[7], 2015, Kap. XI Rn. 2; *Kern*, in: Dierks/Feussner/Wienke (Hrsg.), Rechtsfragen der Telemedizin, 2001, S. 55, 63; *Pflüger*, VersR 1999, 1070, 1074.

54 LG Amberg, BeckRS 2016, 21364; *Fischer* (Fn. 11), S. 621, 626.

55 Vgl. *Wendelstein* (Fn. 7), S. 98.

56 Beispielsweise BGH, NJW 1980, 649, 650; *Ulsenheimer/Heinemann*, MedR 1999, 197, 199.

57 Hierzu BGHZ, 45, 311, 313; 103, 298, 303.

58 *Wendelstein* (Fn. 7), S. 100; *Pflüger*, VersR 1999, 1070, 1074; *Ulsenheimer/Erlinger* in: Dierks/Feussner/Wienke (Hrsg.), Rechtsfragen der Telemedizin, 2001, S. 67, 78; OLG Stuttgart, BeckRS 2004, 4208: Der niedergelassene Arzt ist als Konsiliararzt bei stationärer Krankenhausaufnahme nur Erfüllungs-, nicht aber Verrichtungsgehilfe.

59 *Wendelstein* (Fn. 7), S. 102.

60 *Spickhoff,* in: Spickhoff (Fn. 21), BGB § 630a Rn. 3.

2. Behandlungsfehler

Die Haftung nach Vertrags- und Deliktsrecht greift, wenn dem Arzt schuldhaft (vgl. § 276 I 1 BGB) ein Behandlungsfehler unterläuft. Unter einem Behandlungsfehler wird das nach dem Stand der Medizin unsachgemäße Verhalten des Arztes verstanden.[61] Es wird verglichen, ob die geleistete Behandlung der geschuldeten entspricht (Ist-/Soll-Betrachtung).[62] Somit liegt ein Behandlungsfehler in der Regel dann vor, wenn die allgemein anerkannten fachlichen Standards nicht eingehalten wurden (§ 630a II BGB).

a) Maßstab der Sorgfaltspflicht

aa) Ärztlicher Standard

Der von § 630a II BGB geforderte „fachliche Standard" wird vom Gesetz nicht genauer definiert. Laut Gesetzesbegründung soll dieser die Konkretisierung der allgemeinen Sorgfaltspflicht des § 276 II BGB darstellen. Für Ärzte sei im Regelfall auf den „jeweiligen Stand naturwissenschaftlicher Erkenntnis und ärztlicher Erfahrung abzustellen, der zur Erreichung des Behandlungsziels erforderlich ist und sich in der Erprobung bewährt hat."[63] Es kommt somit nicht darauf an, wozu der individuelle Arzt fähig ist, sondern vielmehr darauf, was ein durchschnittlich qualifizierter Arzt leisten kann.[64]

Dabei kann es sich um in der Praxis bereits befolgte – und dem wissenschaftlichen Stand entsprechende – Behandlungsmuster handeln.[65] Diese können in Leitlinien ärztlicher Fachgremien oder Verbände kodifiziert sein. Allerdings hat der BGH in einem Urteil vom 15.4.2014 festgestellt, dass solche Leitlinien „nicht unbesehen mit dem medizinischen Standard gleichgesetzt" werden dürfen. Es müsse beachtet werden, dass diese veralten können oder gerade zum Zweck einer Standardverbesserung erlassen wurden. Nichtsdestotrotz können sie „im Einzelfall den medizinischen Standard zum Zeitpunkt ihres Erlasses zutreffend beschreiben" und somit als Indiz dienen.[66]

Immer wenn kein Standard besteht, muss auf die Einhaltung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt in der konkreten Behandlungssituation nach den Behandlungsmöglichkeiten geblickt werden, wobei die bestmögliche Schonung der körperlichen Integrität des Patienten zu beachten ist.[67]

bb) Standard in der Telemedizin

Die Bundesärztekammer betont stetig, dass der persönliche Arzt-Patienten-Kontakt den „Goldstandard" ärztlichen Handelns darstelle (vgl. § 7 IV 1, 2 MBO-Ä). Digitale Formate sollten die ärztliche Tätigkeit unterstützen, nicht aber den persönlichen Kontakt ersetzen.[68] Es liegt also nahe, dass im Falle von vermeidbaren Risiken, die auf die Fernbehandlung als solche zurückzuführen sind, ein schuldhaft verursachter Behandlungsfehler vorliegt, für den der Arzt einzustehen hat.[69]

Für Fernbehandlungsleistungen hat sich bislang kein spezifischer Standard herausgebildet, sodass es in der Regel auf die Einhaltung der verkehrserforderlichen Sorgfalt im Einzelfall ankommt.[70] Auch existieren, anders als in der Teleradiologie (vgl. § 123 StrlSchV), keine Normen, die über § 7 IV MBO-Ä hinaus, die Anforderungen an eine rechtmäßige Fernbehandlung konkretisieren.

Das führt zu erheblichen Haftungsrisiken für den behandelnden Arzt. Da für die meisten Bereiche keine Leitlinien existieren, die einen Hinweis auf den ärztlichen Standard geben können, ist auch schwer abzusehen, welche konkreten Sorgfaltsanforderungen zu wahren sind.

Ein Beispiel für einen etablierten Standard liefert die Seeschifffahrt.[71] Dort ist es etwa üblich, dass ein halbautomatischer Defibrillator mit EKG-Übertragungsmöglichkeit zum funkärztlichen Notdienst an Bord installiert wird.[72] Anders als in den meisten anderen Bereichen der Telemedizin konnte sich hier durch die Notwendigkeit funkärztlicher Beratung über die Zeit ein Standard etablieren.[73]

Ähnliche Leitlinien, die auch Vorgaben im Hinblick auf Datenschutz, Gerätesicherheit und IT sowie praktische Verhaltensmuster beinhalten,[74] sind auch für andere Bereiche der Telemedizin wünschenswert.[75] Erschwerend kommt hinzu, dass ein Standard, der gerade den „Stand ärztlicher Erfahrung" abbildet, ohne solche Erfahrung kaum zu entwickeln ist. Aus diesem Grund scheint der Vorschlag von *Gaßner* und *Strömer* begrüßenswert, auf den Erfahrungsschatz aus der Seeschifffahrt zurückzugreifen.[76]

Zwar wären solche Leitlinien nicht zwangsläufig rechtlich bindend,[77] doch würden sie Rechtsprechung und Ärzten eine gewisse Orientierung bieten. Insbesondere erscheinen Leitlinien auch im Hinblick auf Qualitätssicherung und Patientenschutz notwendig.[78]
Bei der Diskussion um den Standard in der Telemedizin darf zudem nicht außer Acht gelassen werden, dass die Telemedizin sich mit Fortschreiten der Entwicklung selbst zum neuen Standard entwickeln könnte. Das Unterlassen einer Fernbehandlung würde dann eine Haftung begründen.[79] Das wäre nach dem BGH dann der Fall, wenn Telemedizin risikoärmer wäre oder bessere Heilungschancen verspräche und in

---

61 *Katzenmeier* (Fn. 53), Kap. X Rn. 4.
62 *Katzenmeier* (Fn. 53), Kap. X Rn. 5.
63 BT-Drs. 17/10488, S. 19.
64 *Katzenmeier* (Fn. 53), Kap. X Rn. 8.
65 BT-Drs. 17/10488, S. 19.
66 BGH, VersR 2014, 879, 881.
67 *Katzenmeier* (Fn. 53), Kap. X Rn. 9; BT-Drs. 17/10488, S. 19.
68 *121. DÄT*, Beschlussprotokoll, 2018, S. 289; *120. DÄT*, Beschlussprotokoll, 2017, S. 295.
69 *Stellpflug*, GesR 2019, 76, 77.
70 *Katzenmeier*, NJW 2019, 1769, 1771; *Bergmann*, MedR 2016, 497, 501.
71 Dazu *Gaßner/Strömer*, VersR 2015, 1219.
72 *Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur*, Sechste Bekanntmachung des Standes der medizinischen Anforderungen in der Seeschifffahrt (Stand der medizinischen Erkenntnisse) vom 18.2.2020 BAnz AT 2.6.2020 B8, S. 26.
73 *Gaßner/Strömer*, VersR 2015, 1219 f.
74 *Bergmann,* MedR 2016, 497, 500.
75 So auch *Hahn,* MedR 2018, 384, 388; *Gaßner/Strömer*, VersR 2015, 1219, 1220 f.
76 *Gaßner/Strömer*, VersR 2015, 1219, 1221.
77 D. II. 2. a) aa).
78 *Katzenmeier* (Fn. 53), Kap. X Rn. 11.
79 *Kuhn*, GesR 2016, 748, 751; *Rübsamen*, MedR 2015, 485, 490; *Link*, Telemedizinische Anwendungen in Deutschland und Frankreich, 2007, S. 189 f.; vgl. *Steffen*, in: FS Stoll, 2001, S. 71, 73 f.

der Wissenschaft im Wesentlichen unumstritten wäre.[80] Mit Blick auf die derzeitige COVID-19-Pandemie ist folgendes Szenario denkbar: Wenn beim Besuch in einer ärztlichen Praxis das Infektionsrisiko für einen Patienten wesentlich erhöht ist, könnten bereits erprobte und anerkannte telemedizinische Verfahren insbesondere für „Risikogruppen" die risikoärmere Methode, den Standard, darstellen.

cc) Abweichung vom Standard durch Vereinbarung

Um das Haftungsrisiko zu minimieren, wäre es für den Arzt denkbar, eine vertragliche Vereinbarung über den Standard zu treffen.[81] Denn § 630a II Hs. 2 BGB ordnet auf Grundlage der Dispositionsfreiheit[82] der Parteien die Geltung des anerkannten fachlichen Standards nur an, „soweit nicht etwas anderes vereinbart ist". Dadurch stellt sich die Frage, ob eine Behandlung, die im konkreten Fall nicht den Standards einer persönlichen Behandlung („Goldstandard") entspricht, über eine vereinbarte Standardabweichung legitimiert werden kann.

Man könnte annehmen, dass der Patient – nach vorangegangener Aufklärung über die Risiken – durch seine Einwilligung in die telemedizinische Behandlung bereits konkludent mit dem Arzt eine Abweichung vom Standard nach § 630a II Hs. 2 BGB vereinbart.[83] Dabei ist zu beachten, dass ein strenger Maßstab an eine solche Vereinbarung anzulegen ist. Im Gegensatz zur wirksamen Einwilligung in die Behandlung, für die es ausreicht, dass der Patient ein Maß an Verstandesreife erreicht hat, dass er die „Bedeutung und Tragweite des Eingriffs und seiner Gestattung zu ermessen vermag",[84] müssen für eine Vereinbarung iSd. § 630a II Hs. 2 BGB zwei übereinstimmende Willenserklärungen (vgl. §§ 104 ff. BGB) vorliegen.[85] An einer Willenserklärung kann es dann scheitern, wenn sich der Patient der Konsequenz eines verringerten Standards nicht bewusst ist.[86]

Liegt eine wirksame Vereinbarung vor, so muss diese im Streitfall einer Prüfung durch die Rechtsprechung standhalten. Haftungsausschlüsse seien unter anderem dann unwirksam (§§ 138 I, 242 BGB), wenn der Patient in einer Notlage zustimmt[87] oder der Behandelnde eine Monopolstellung ausnutzt.[88] Würde der einzige Arzt in einer ländlichen Region, um selbst Kosten zu sparen, seine Patienten dazu drängen, eine Fernbehandlung zu ergreifen, so läge die Unwirksamkeit der Vereinbarung nahe.

Jedenfalls bei Behandlungsformaten, die sich im Rahmen eines standardisierten Ablaufs an eine große Zahl von Patienten richten (beispielsweise Plattformen[89], die „digitale Arztbesuche" anbieten), dürfte eine wirksame Vereinbarung bereits am AGB-Recht scheitern. Denn eine formularmäßige Vereinbarung wird regelmäßig als Allgemeine Geschäftsbedingung (§ 305 I BGB) zu qualifizieren sein, die entweder nach § 305c I BGB schon gar nicht Vertragsbestandteil wird[90] oder nach § 309 Nr. 7 lit. a BGB unwirksam ist.[91]

Zusammenfassend entsteht der Eindruck, dass auch im Rahmen von telemedizinischen Verfahren der medizinische Standard innerhalb enger Grenzen disponibel ist. Insbesondere da die Wirksamkeit formularmäßiger Vereinbarungen an § 309 Nr. 7 lit. a BGB scheitert, ist ein solches Vorgehen nur in Einzelfällen – nämlich dann, wenn eine Fernbehandlung außerhalb des Standards vom Patienten ausdrücklich gewünscht wird – zulässig. Um das Ausufern von Fernbehandlungen unterhalb des Standards zu verhindern, sollten dahingehende Individualabreden einer strengen Prüfung unterzogen werden.

b) Unterlassen gebotener Befunderhebung

Ein besonderes Risiko im Rahmen der Fernbehandlung liegt darin, dass die Wahrnehmung des Arztes potenziell verkürzt ist.[92] Ein besonderes Augenmerk muss daher auf den Befunderhebungsfehler gelegt werden.[93] Ein solcher liegt vor, wenn der Arzt die Erhebung medizinisch gebotener Befunde unterlässt.[94] Dabei sind Umfang und Intensität der Verpflichtung zu diagnostischen Maßnahmen davon abhängig, wie schwer die Erkrankung ist.[95] In Abgrenzung dazu handelt es sich um einen Diagnoseirrtum (auch „Diagnosefehler"), wenn der Arzt erhobene oder sonst vorliegende Befunde falsch interpretiert und daher nicht die gebotenen Maßnahmen ergreift.[96] Erhebt der Arzt nicht alle Befunde und stellt daraufhin eine falsche Diagnose, ist auch dies – nach der Rechtsprechung des BGH – als Befunderhebungs- und nicht als Diagnosefehler einzustufen.[97] Übernimmt der Arzt nun eine Fernbehandlung, bei der er aufgrund seiner verkürzten Wahrnehmung nicht alle erforderlichen Befunde erheben kann, so könnte ihm ein Befunderhebungsfehler vorgeworfen werden.[98]

Das führt dazu, dass die – in Fortführung der BGH-Rechtsprechung –[99] in § 630h V 2 BGB normierte Beweisfigur greift: Es wird vermutet, dass der Behandlungsfehler für eine Verletzung des Patienten ursächlich war, „wenn der Behandelnde es unterlassen hat, einen medizinischen Befund rechtzeitig zu erheben, soweit der Befund mit hinreichender Wahrscheinlichkeit ein Ergebnis erbracht hätte, das Anlass zu weiteren Maßnahmen gegeben hätte, und wenn das Unterlassen solcher Maßnahmen grob fehlerhaft gewesen wäre".

---

80 Vgl. BGH, NJW 1992, 754, 755.
81 *Spindler*, in: BeckOGK (Fn. 46), BGB § 823 Rn. 1004.
82 BT-Drs. 17/10488, S. 20.
83 *Stellpflug*, GesR 2019, 76, 79.
84 BGHZ 29, 33, 36.
85 *Lafontaine*, in: juris Praxiskommentar BGB (jurisPK-BGB)[9], BGB § 630a Rn. 509.
86 *Katzenmeier,* NJW 2019, 1769, 1771.
87 OLG Saarbrücken, NJW 1999, 871, 872.
88 OLG Stuttgart, NJW 1979, 2355, 2356. Wobei die Regelung nach heutigem Recht bereits nach § 309 Nr. 7 lit. a BGB unwirksam sein dürfte.
89 So beispielsweise www.teleclinic.com, abgerufen am 15.9.2020.
90 *Lafontaine,* in: jurisPK-BGB (Fn. 85), BGB § 630a Rn. 526.
91 *Stellpflug*, GesR 2019, 76, 80; *Katzenmeier*, NJW 2019, 1769, 1772.
92 So etwa OLG München, GRUR-RR 2020, 461, Rn. 48.
93 *Katzenmeier*, NJW 2019, 1769, 1772.
94 BGH, NJW 2016, 1447, 1448.
95 *Wagner*, in: MüKoBGB (Fn. 46), BGB § 630h Rn. 99.
96 BGH, NJW 2016, 1447, 1448.
97 Ebd.
98 *Katzenmeier*, NJW 2019, 1769, 1772; wohl **a.A.** *Link* (Fn. 79), S. 194 f.: Der Behandlungsfehler liege nicht in der fehlerhaften Befunderhebung, sondern ausschließlich in der Übernahme der Fernbehandlung.
99 BT-Drs. 17/10488; BGH, NJW 1996, 1589, 1590. Siehe dazu auch *Spickhoff,* in: Spickhoff (Fn. 21), BGB § 630h Rn. 1.

Der Nachweis, dass der Befunderhebungsfehler kausal für die Verletzung wurde, muss nun nicht mehr vom Patienten erbracht werden. Vielmehr genügt es, dass dieser einen Befunderhebungsfehler verbunden mit einem dadurch verursachten hypothetischen groben Behandlungsfehler (§ 630h V 2 a. E. BGB), darlegt.[100] Dieser Nachweis wird dem Arzt häufig nicht gelingen, sodass diese Beweislastumkehr eine erhebliche Haftungsverschärfung bedeutet.[101]

Wann immer also der Verdacht besteht, dass über eine telemedizinische Verfahrensweise nicht alle Befunde erhoben werden können, ist – auch aus zivilrechtlicher Sicht – dringend zu raten, die Behandlung zu unterbrechen und persönlich fortzusetzen.

c) Technisches Versagen

Bei technischen Mängeln erlangt die Beweisfigur des § 630 I BGB Relevanz:

„Ein Fehler des Behandelnden wird vermutet, wenn sich ein allgemeines Behandlungsrisiko verwirklicht hat, das für den Behandelnden voll beherrschbar war und zur Verletzung des Lebens, des Körpers oder der Gesundheit des Patienten geführt hat."

Der Hintergrund der Norm liegt darin, dass dem Patienten Organisations- und Gefahrenbereiche des Behandlers regelmäßig verborgen bleiben.[102] Bei der Verwirklichung von Risiken, die nicht vorrangig aus den Eigenheiten des menschlichen Organismus stammen, sondern durch sachgerechte Organisation und Koordinierung des Behandlungsgeschehens objektiv voll beherrscht werden können, soll die Beweislast hinsichtlich eines Behandlungsfehlers zugunsten des Patienten umgekehrt werden.[103] Die Rechtsprechung bejahte dies beispielsweise für Fehler bei der Gerätesicherheit[104] und im Hygienebereich[105]. Wären bei der Fernbehandlung also technische Mängel bei Anwendung der ärztlichen Sorgfalt erkennbar gewesen, greift die Fehlervermutung.[106] Dabei kann es sich beispielsweise um Übertragungsmängel handeln, etwa wenn dem Telepathologen ein unzureichendes Bild übermittelt wird.[107] Falls Personal bei der Bedienung der Geräte involviert ist, muss auch für eine ausreichende Schulung und gegebenenfalls Kontrolle und Überwachung gesorgt werden. Man denke an ein Telenotarztsystem[108], bei dem ein Rettungsassistent vor Ort die Datenübertragung an den Telenotarzt ermöglicht.[109]

[100] *Spickhoff,* in: Spickhoff (Fn. 21), BGB § 630h Rn. 16.
[101] *Katzenmeier,* NJW 2019, 1769, 1773; *Katzenmeier* (Fn. 53), Kap. XI Rn. 116.
[102] BT-Drs. 17/10488, S. 28; *Glanzmann,* in: Bergmann/Pauge/Steinmeyer (Hrsg.), Gesamtes Medizinrecht[3], 2018, BGB § 630h Rn. 4; *Spickhoff,* in: Spickhoff (Fn. 21), BGB § 630h Rn. 5.
[103] BGHZ 171, 358, 361.
[104] So beispielsweise BGH, VersR 2007, 1416, Rn. 5.
[105] So beispielsweise, BGHZ 171, 358, 360 f. Siehe im Überblick zur Kasuistik der Rechtsprechung *Glanzmann*, in: Bergmann/Pauge/Steinmeyer (Fn. 102), BGB § 630h Rn. 9-11.
[106] *Stellpflug*, GesR 2019, 76, 79; *Katzenmeier*, NJW 1769, 1774; *Ulsenheimer/Erlinger* (Fn. 58), S. 67, 76.
[107] Zu diesem Beispiel *Bergmann*, MedR 2016, 497, 502.
[108] Zur Funktionsweise *Ulsperger* (Fn. 7), Rn. 15-19.
[109] *Bergmann*, MedR 2016, 497, 502. Zum Einsatz der Telemedizin im Rettungsdienst *Katzenmeier/Schrag-Slavu*, Rechtsfragen des Einsatzes der Telemedizin im Rettungsdienst, 2010.

Sicherlich steht es dem Behandler offen, den Gegenbeweis zu führen, dass sämtliche Geräte ordnungsgemäß gewartet wurden und eine Schulung des Personals erfolgt ist.[110] Hierfür ist eine umfassende Dokumentation zu empfehlen.

3. Aufklärungspflichtverletzung

Vor Durchführung einer medizinischen Maßnahme ist der Behandelnde verpflichtet, die Einwilligung des Patienten einzuholen (§ 630d I 1 BGB). Diese kann der Patient jedoch nur erteilen, wenn er zuvor über sämtliche für die Einwilligung wesentliche Umstände aufgeklärt worden ist.[111] Daher wurde mit § 630e BGB auch eine zivilrechtliche Vorschrift[112] geschaffen, die die Aufklärungspflichten des Arztes normiert und bei einem Verstoß eine Haftung begründet. Sie dient dem Schutz des Selbstbestimmungsrechts (Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG) des Patienten.[113] Der Arzt muss die ordnungsgemäße Aufklärung nachweisen (§ 630h II 1 BGB), weshalb eine Dokumentation in der Patientenakte ratsam ist.[114]

a) Materielle Anforderungen

Für die Fernbehandlung speziell folgt aus § 630e BGB, dass der Arzt beispielsweise darüber aufklären muss, dass technische Systemstörungen oder Softwaremängel zu diagnostischen oder therapeutischen Fehlentscheidungen führen können („Risiken der Maßnahme", § 630e I 2 BGB).[115] Insbesondere dann, wenn die telemedizinische Behandlung nicht dem Standard entspricht, bedarf es des Hinweises, dass unbekannte Risiken nicht auszuschließen sind.[116] Auch muss der Patient über die Behandlung im persönlichen Kontakt als Alternative unterrichtet werden (§ 630e I 3 BGB).[117] Die nach § 630e BGB erforderliche Aufklärung reicht dabei über das von § 7 IV 3 MBO-Ä[118] geforderte Maß hinaus.[119]

b) Formelle Anforderungen

Nach § 630e II 1 Nr. 1 Hs. 1 BGB hat die Aufklärung mündlich zu erfolgen. Da „Mündlichkeit" im Gesetz nicht legaldefiniert wird, stellt sich die Frage, ob auch eine „fernmündliche" Aufklärung ausreichend ist.

Systematisch ließe sich hierfür anführen, dass § 147 I 2 BGB die mittels Fernsprechers übertragene Willenserklärung mit einer Willenserklärung unter Anwesenden gleichsetzt[120] und auch im Rahmen von § 130 I BGB zwischen telefonischer und persönlicher Willenserklärung kein Unterschied gemacht wird.[121] Auch die Wertung des § 7 IV 3 MBO-Ä n. F.

[110] *Katzenmeier*, NJW 1769, 1774; *Katzenmeier* (Fn. 53), Kap. XI Rn. 125.
[111] *Spickhoff,* in: Spickhoff (Fn. 21), BGB § 630e Rn. 1.
[112] Zu den berufsrechtlichen Regelungen §§ 7 I 3, 8 MBO-Ä bereits unter C. II. 4.
[113] *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig (Begr.), Grundgesetz-Kommentar[90], 2020, GG Art. 2 I Rn. 204.
[114] *Kuhn/Heinz*, GesR 2018, 691, 693.
[115] *Katzenmeier*, NJW 2019, 1769, 1773 f.; *Pflüger*, VersR 1999, 1070, 1073.
[116] BGH, GUP 2020, 75, 77; BGHZ 168, 103, 109; *Fischer* (Fn. 11), S. 621, 631.
[117] *Katzenmeier,* NJW 2019, 1769, 1773; *Kern* (Fn. 53), S. 55, 63.
[118] C. II. 4.
[119] *K. Schmidt,* in: jurisPK-BGB (Fn. 85), BGB § 630e Rn. 29.
[120] *Hahn*, MedR 2020, 16, 17.
[121] DVG-RefE v. 10.7.2019, S. 80; *Einsele*, in: MüKoBGB (Fn. 46), BGB § 130 Rn. 28.

wäre nur schwer mit einer Pflicht zur persönlichen Aufklärung vereinbar. Es entspräche nicht dem Prinzip einer einheitlichen Rechtsordnung, wenn der nach Berufsrecht entbehrliche persönliche Erstkontakt zivilrechtlich – zumindest faktisch – vorausgesetzt würde.

Die Gesetzesbegründung nimmt auf ein BGH-Urteil vom 15.6.2010 Bezug.[122] Danach dürfe der Patient „in einfach gelagerten Fällen" grundsätzlich auch in einem telefonischen Gespräch aufgeklärt werden.[123] Im Umkehrschluss folgt daraus, dass nach dem Willen des Gesetzgebers grundsätzlich ein persönlicher Kontakt vorausgesetzt wird.

Im Hinblick auf die Fernbehandlung muss nun zwischen der berufsrechtlichen Zulässigkeit und der Erforderlichkeit einer mündlichen Aufklärung differenziert werden. Nicht immer, wenn eine Fernbehandlung „ärztlich vertretbar" (§ 7 IV 3 MBO-Ä) ist, wird es sich auch um einen „einfach gelagerten Fall" im Hinblick auf die Aufklärung handeln. Denkbar ist beispielsweise, dass es sich um einen medizinisch risikoreichen Eingriff handelt (persönliche Aufklärung erforderlich), dessen Gefahren jedoch nicht durch das telemedizinische Verfahren erhöht werden (Fernbehandlung ärztlich vertretbar).[124] Das Prognoserisiko hierbei trägt der Arzt.[125]

In einem Referentenentwurf zum Digitale-Versorgung-Gesetz (DVG) vom 15.5.2019 findet sich eine Ergänzung des § 630e I BGB, ähnlich wie sie auch schon in der Literatur gefordert wurde:[126] „Im Rahmen einer telemedizinischen Behandlung kann die Aufklärung nach Satz 1 auch unter Einsatz der für die Behandlung verwendeten Fernkommunikationsmittel erfolgen."[127] Dies wird teleologisch damit begründet, dass im Rahmen der Videosprechstunde – andere Formen der Fernbehandlung werden nicht erwähnt – eine „dem unmittelbaren Arzt-Patienten-Kontakt vergleichbare Gesprächssituation" gegeben sei.[128]

Es überrascht, dass diese Änderung im Referentenentwurf vom 10.7.2019 mit der Begründung, es könne „bereits nach geltendem Recht" eine Aufklärung über sprach- und gegebenenfalls bildbasierte Fernkommunikationsmittel erfolgen,[129] wieder gestrichen wurde; entsprach die Beschränkung auf „einfach gelagerte Fälle" doch der herrschenden Ansicht.[130] Diese Friktion in der gesetzgeberischen Linie ist nur schwer aufzulösen[131] und sorgt für Rechtsunsicherheit.

Vor diesem Hintergrund scheint eine Gesetzesänderung erforderlich zu sein. Die fernmündliche Aufklärung, wie im Referentenentwurf vom 15.5.2019 vorgesehen, für alle zulässigen telemedizinischen Verfahren zu öffnen, erscheint allerdings zu weit. Denn nicht jedes Kommunikationsmittel schafft eine dem unmittelbaren Arzt-Patienten-Kontakt vergleichbare Gesprächssituation. Auch sollten bei schwereren Eingriffen erhöhte Anforderungen an das Kommunikationsmittel gestellt werden. Dies hat gegebenenfalls ein Auseinanderfallen von zulässiger Fernbehandlung und zulässiger Fernaufklärung zur Folge, was vor dem Hintergrund des Patientenschutzes allerdings hingenommen werden muss.

E. Fazit

Durch die Novellierung des § 7 IV MBO-Ä und der damit im Zusammenhang stehenden § 9 HWG und § 48 I AMG wurde das Fernbehandlungsrecht weitgehend liberalisiert.

Unklarheit besteht vor allem im Hinblick auf den ärztlichen Standard. Hier sind die Fachgesellschaften dazu angehalten, den medizinischen Standard durch Leitlinien auszufüllen. Im Übrigen bleibt abzuwarten, wie die Rechtsprechung weitere Fernbehandlungsfälle entscheiden wird, sodass sich ein Standard entwickeln kann. Ein Arzt sollte aus berufs- wie zivilrechtlichen Gründen genau prüfen, ob eine Fernbehandlung im konkreten Fall vertretbar ist. Ebenso ist bei der Wartung ärztlicher Geräte, der Patientenaufklärung und Dokumentation Sorgfalt geboten.

Der Rückstand, der dem Gesetzgeber gegenüber den technischen Möglichkeiten vor einiger Zeit noch vorgeworfen wurde,[132] ist weitgehend aufgeholt. Nachholbedarf besteht insbesondere noch im Rahmen der fernmündlichen Aufklärung, deren Zulässigkeit nach wie vor ungeklärt ist. Eine klarstellende Regelung, die bei der Ausstellung von AU-Bescheinigungen den neuen technischen Möglichkeiten Rechnung trägt, wäre ebenso zu begrüßen.

Auch in Zukunft sollten sich Gesetzgeber, Rechtsprechung und Fachgesellschaften nicht gegenüber den Chancen neuartiger Fernbehandlungskonzepte verschließen. Wachsende technische Möglichkeiten werden neue Behandlungsmethoden Realität werden lassen. Vor diesem Hintergrund erscheint es nicht unwahrscheinlich, dass die Telemedizin zum festen Bestandteil medizinischer Versorgung und in einigen Bereichen sogar zum neuen Standard wird.

Unser Haftungssystem sorgt bereits jetzt für eine weitgehend angemessene Risikoverteilung. Jedenfalls bei juristischer Betrachtung erscheint daher die Telemedizin alles andere als „entzaubert".

---

[122] BT-Drs. 17/10488, S. 24.
[123] BGH, RDG 2010, 243, 244.
[124] *Hahn*, MedR 2020, 16, 18.
[125] *Katzenmeier*, NJW 1769, 1773.
[126] *Stellpflug*, GesR 2019, 76, 80 f.
[127] DVG-RefE v. 15.5.2019, S. 31.
[128] Ebd.
[129] DVG-RefE v. 10.7.2019, S. 80.
[130] BGH, RDG 2010, 243, 244; *Katzenmeier*, in: BeckOK BGB (Fn. 46), BGB § 630e Rn. 32; *Rehborn/Gescher,* in: Erman (Begr.)/Grunewald/Maier-Reimer/Westermann (Hrsg.), Kommentar BGB[16], 2020, BGB § 630e Rn. 26; *K. Schmidt*, in: jurisPK-BGB (Fn. 85), BGB § 630e Rn. 29; *Wagner*, in: MüKoBGB (Fn. 46), BGB § 630e Rn. 52; *Wever,* in: Bergmann/Pauge/Steinmeyer (Fn. 102), BGB § 630e Rn. 38; wohl **a.A.** *Walter*, in BeckOGK (Fn. 46), BGB § 630e Rn. 27: Eine telefonische Aufklärung sei „ohne Weiteres" zulässig.
[131] Dazu eingehend *Hahn*, MedR 2020, 16, 22.
[132] So *Bergmann,* MedR 2016, 497, 502.

Valentin Volhard*

Die steuerliche Behandlung von ausgefallenen Gesellschafterdarlehen

Historie und Bewertung des § 17 Abs. 2a EStG.

A. Einleitung

Für Anteilseigener sind Gesellschafterdarlehen eine beliebte Art, „ihrer" Gesellschaft zusätzliches Kapital zur Verfügung zu stellen.[1] Im Vergleich zu weiteren Einlagen sind Gesellschafterdarlehen schnell, unkompliziert und kommen ohne Publizitätserfordernisse aus.[2] Zudem können Finanzmittel aus Gesellschafterdarlehen leicht abgezogen werden, sobald und soweit die Mittel nicht mehr benötigt werden.[3] Rechtlich sind Gesellschafterdarlehen nicht zu beanstanden – dem Gesellschafter steht es frei, auf welchem Weg er „seine" Gesellschaft über das Stammkapital hinaus finanziert („Grundsatz der Finanzierungsfreiheit").[4]

Gesellschafterdarlehen können jedoch ausfallen, etwa wenn die Gesellschaft als Darlehensschuldner insolvenzbedingt aufgelöst wird.[5] In der aktuellen Rechtslage wird der daraus resultierende Verlust entweder im Rahmen von § 17 EStG oder § 20 EStG geltend gemacht. Dreh- und Angelpunkt für die Zuordnung ist dabei § 17 Abs. 2a EStG der durch das JStG 2019[6] eingeführt wurde.[7] Flankiert wird die Vorschrift durch eine Verlustverrechnungsbeschränkung in § 20 Abs. 6 S. 6 EStG für ganz oder teilweise uneinbringliche Kapitalforderungen.[8]

Ziel des Aufsatzes ist, die aktuelle Rechtslage darzustellen und zu bewerten. Der Aufsatz ist dreigeteilt: Um zu verstehen, warum der Verlust aus ausgefallenen Gesellschafterdarlehen teils über § 17 EStG, teils über § 20 EStG steuerlich realisiert wird, wird zunächst ein Blick auf die Rechtsentwicklung geworfen (B.). Anschließend wird die aktuelle Rechtslage dargestellt (C.), bevor zuletzt die aktuelle Rechtslage im Hinblick auf die legistische Qualität und Verfassungsmäßigkeit der neuen Regelungen kritisch gewürdigt wird (D.).

B. Rechtsentwicklung

Der heutigen Rechtslage hinsichtlich der steuerlichen Behandlung von Gesellschafterdarlehen sind zwei weitere vorhergegangen: Während der Eigenkapitalersatzrechtsprechung (I.) konnten ausgefallene Gesellschafterdarlehen nur als nachträgliche Anschaffungskosten im Rahmen von § 17 EStG geltend gemacht werden. Dieser Ansatz wurde schließlich vom BFH mit Urteil vom 11.07.2017 aufgegeben (II.). Anschließend wurden ausgefallene Gesellschafterdarlehen primär als Verlust über § 20 Abs. 2 EStG, in Ausnahmefällen als nachträgliche Anschaffungskosten im Rahmen von § 17 EStG geltend gemacht. Diese Rechtslage endete mit Einführung des § 17 Abs. 2a EStG, durch den die Rechtslage der Eigenkapitalersatzrechtsprechung weitestgehend wiederhergestellt wurde.[9]

I. Eigenkapitalersatzrechtsprechung (1980er – 11.07.2017)

Die Eigenkapitalersatzrechtsprechung des BFH entwickelte sich aus einem insolvenzrechtlichen Problem.[10]

1. Insolvenzrechtliche Ausgangslage

Im Insolvenzrecht wird Eigen- und Fremdkapital unterschiedlich behandelt: Eigenkapital unterliegt der gläubigerschützenden Ausschüttungssperre des § 30 GmbHG; zudem begründet Eigenkapital im Insolvenzfall keine Insolvenzforderung.[11] Eigenkapital wird daher gemäß § 199 S. 2 InsO erst zurückgezahlt, wenn alle Insolvenzgläubiger befriedigt sind. Dies passiert selten, weshalb im Insolvenzfall das Eigenkapital meist vollständig verloren geht.[12] Im Gegensatz dazu unterliegt Fremdkapital keiner Ausschüttungssperre und macht im Insolvenzfall den Fremdkapitalgeber zum Insolvenzgläubiger – der Fremdkapitalgläubiger wird daher zumindest in Höhe der Insolvenzquote befriedigt.[13]

Für einen Gesellschafter scheint es daher vorteilhaft zu sein, „seine" Gesellschaft (über die Stammeinlage hinaus) mit Fremdkapital zu finanzieren, da er im Insolvenzfall zumindest in Höhe der Insolvenzquote befriedigt wird.[14] Jedoch wäre eine solche Gleichbehandlung gegenüber anderen Gläubigern unbillig: Im Vergleich zu fremden Gläubigern hat ein Gesellschafter erhebliche Einfluss- und Informationsvorteile.[15] Auch würde das „unternehmerische" Risiko stärker auf die übrigen Gläubiger der Gesellschaft verlagert werden.[16]

Aus Gründen des Gläubigerschutzes gab es daher das Institut des Eigenkapitalersatzes, welches in §§ 32a, 32b

---

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

1 *Crezelius*, in: FS Raupach, 2006, S. 328; *Gast*, Die steuerliche Berücksichtigung von Darlehensverlusten des Gesellschafters einer Kapitalgesellschaft, 2013, S. 1.

2 *Lutter/Hommelhoff* in: Lutter / Hommelhoff / Bayer (Begr.), Kommentar zum GmbHG, 16. Auflage, §§ 32a/b, Rn. 1.

3 *Gast* (Fn. 1), S. 1.

4 *K. Schmidt* in: Scholz (Begr.), Kommentar zum GmbHG, 10. Auflage, §§ 32a/b, Rn. 4; *Gast* (Fn. 1), S. 5.

5 Stv. *Cziupka* in: Scholz (Begr.), Kommentar zum GmbHG, 12. Auflage, § 60, Rn. 9.

6 Gesetz vom 12.12.2019, BGBl. I 2019, 2451.

7 Vgl. *Levedag*, GmbHR 2020, 111, 117.

8 Gesetz vom 21.12.2019, BGBl. I 2019, 2875.

9 BT-Drs. 19/13436, S. 111; *Förster/Cölln/Lentz*, DB 2020, 353, 355; *Ott*, StuB 2020, 214, 215; *Trossen*, GmbH-StB 2019, 307, 309 f.

10 Vgl. *Gast* (Fn. 1), S. 5 ff.

11 *K. Schmidt* in: Scholz, GmbHG (Fn. 4), §§ 32a/b, Rn. 2.

12 *Ders.* in: Scholz, GmbHG (Fn. 4), §§ 32a/b, Rn. 2.

13 *Ders.* in: Scholz, GmbHG (Fn. 4), §§ 32a/b, Rn. 2.

14 *Gast* (Fn. 1), S. 6.

15 *K. Schmidt* in: Scholz, GmbHG (Fn. 4), §§ 32a/b, Rn. 4.

16 *Gast* (Fn. 1), S. 6 m.w.N.

GmbHG a.F.[17] kodifiziert war:[18] Fremdkapital mit der wirtschaftlichen Funktion von Eigenkapital (daher „Eigenkapitalersatz“) wurde materiell mit Eigenkapitalrisiko ausgestattet.[19] Gesellschafterdarlehen waren dabei gemäß § 32a Abs. 1 GmbHG a.F. eigenkapitalersetzend, wenn das Darlehen der Gesellschaft in einem Zeitpunkt gewährt wurde „in dem ihr die Gesellschafter als ordentliche Kaufleute Eigenkapital zugeführt hätten (Krise der Gesellschaft)“.[20]

Forderungen aus Eigenkapitalersatz wurden im Insolvenzfall gegenüber Fremdkapitalforderungen nachrangig befriedigt und waren der Ausschüttungssperre des § 30 GmbHG unterworfen. Im Ergebnis führte das Eigenkapitalersatzrecht regelmäßig dazu, dass eine eigenkapitalersetzende Forderung im Fall der Insolvenz vollständig ausfiel.[21]

2. Steuerliches Problem

Auf steuerlicher Ebene hatte das Eigenkapitalersatzrecht zunächst keine Auswirkung.[22] Vor Inkrafttreten des UntStRefG[23] waren Wertveränderungen des Vermögensstamms von privaten Kapitalanlagen grundsätzlich nicht steuerbar.[24] Als Überschusseinkunftsart waren lediglich die laufenden Gewinne von der Besteuerung umfasst (sog. Quellentheorie).[25]

§ 17 EStG stellt eine Ausnahme von dieser quellentheoretischen Ausgestaltung dar: Ist der Gesellschafter mit mindestens 1 % am Kapital einer Kapitalgesellschaft beteiligt, werden Gewinne und Verluste aus der Veräußerung des Anteils gemäß § 17 Abs. 1 S. 1 EStG den Einkünften aus Gewerbebetrieb zugerechnet.[26] Wertveränderungen des Vermögensstamms sind demnach von der Steuer umfasst.[27]

Wurde die Kapitalgesellschaft insolvenzbedingt aufgelöst, konnte der Gesellschafter daher die verlorene Beteiligung steuerlich geltend machen.[28] Ausgefallene Gesellschafterdarlehen waren hingegen steuerlich unbeachtliche Forderungsverluste.[29] Es bestand daher ein Missverhältnis: Obwohl Gesellschafterdarlehen materiell mit einem vergleichbarem Ausfallrisiko wie Eigenkapital behaftet waren, konnten Ausfälle von Gesellschafterdarlehen steuerlich nicht geltend gemacht werden.[30] Die Finanzierungsfreiheit für Gesellschafter wurde damit steuerlich eingeschränkt.[31]

Auch wurde die Nichtberücksichtigung des Ausfalls als Verstoß gegen das objektive Nettoprinzip angesehen.[32]

3. Lösung des BFH

Ab Mitte der 1980er Jahre entwickelte der BFH daher eine normspezifische, weite Auslegung des Anschaffungskostenbegriffs in § 17 EStG: Ausgefallene Gesellschafterdarlehen stellten nachträgliche Anschaffungskosten für den Gesellschaftsanteil dar, wenn das Darlehen gesellschaftlich veranlasst war.[33] Wurde der Anteil veräußert, konnte der Ausfall des Darlehens über § 17 Abs. 2 S. 1 EStG steuerlich realisiert werden.

Ab 1997 stellte der BFH zur Ermittlung der gesellschaftlichen Veranlassung dabei streng auf das zivilrechtliche Institut des Eigenkapitalersatzrechts ab: Nur ein eigenkapitalersetzendes Darlehen gemäß § 32a Abs. 1 GmbHG war gesellschaftlich veranlasst und konnte nachträgliche Anschaffungskosten darstellen.[34]

II. Rechtsprechungsänderung am 11.07.2017

1. Gesetzesänderungen 2008

Das zivilrechtliche Institut des Eigenkapitalersatzrechts wurde durch das MoMiG[35] mit Wirkung zum 01.11.2008 aufgegeben.[36] Seitdem sind alle Gesellschafterdarlehen (vorbehaltlich des Kleinbeteiligungsprivilegs, § 39 Abs. 5 InsO) im Insolvenzverfahren nachrangig.[37] Darüber hinaus sind Gesellschafterdarlehen jedoch nicht mehr gesellschaftlich verstrickt.[38]

Zudem wurde der Vermögensstamm von privaten Kapitalforderungen durch das UntStRefG 2008 steuerlich verstrickt:[39] Veräußerungsgewinne (und -verluste) für Kapitalforderungen, die nach dem 31.12.2008 erworben wurden, sind daher grundsätzlich nach § 20 Abs. 2 EStG steuerbar.[40]

2. Steuerliche Auswirkungen

Aufgrund der Gesetzesänderungen 2008 wurde die Aufgabe der Eigenkapitalersatzrechtsprechung diskutiert:[41] Zum einen war der Eigenkapitalersatzrechtsprechung „der Boden entzogen“ worden,[42] da es das Eigenkapitalersatzrecht nicht

---

17 In der vor dem 01.11.2008 geltenden Fassung.

18 Zuvor basierte das Eigenkapitalersatzrecht auf gefestigten Rechtsprechungsregeln, vgl. *Heidinger* in: Michalski (Hrsg.), Kommentar zum GmbHG, §§ 32a/b, Rn. 13 ff.

19 Siehe nur *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 4. Auflage, 2002, S. 530 ff; *Gast* (Fn. 1), S. 7.

20 Siehe nur *Ulmer* in: Hachenburg (Begr.) / Ulmer (Hrsg.), Kommentar zum GmbHG, 8. Auflage, §§ 32a/b, Rn. 42 ff.

21 *Gast* (Fn. 1), S. 9.

22 *Ders.* (Fn. 1), S. 13.

23 Unternehmenssteuerreformgesetz vom 14.08.2007, BGBl. I 2007, 1912.

24 Stv. *Ratschow* in: Blümich (Begr.), Kommentar zum EStG, 150. Ergänzungslieferung 11/2019, § 20, Rn. 350; *Maciejewski*, GmbHR 2012, 1335, 1336 m.w.N.

25 Stv. *Hey* in: Tipke (Begr.) / Lang (Hrsg.), Steuerrecht, 23. Auflage, § 8, Rn. 182.

26 Stv. *Vogt* in: Blümich, EStG (Fn. 24), § 17, Rn. 2.

27 *Vogt* in: Blümich, EStG (Fn. 24), § 17, Rn. 2.

28 *Gast* (Fn. 1), S. 13; *Maciejewski*, GmbHR 2012, 1335, 1337.

29 Siehe nur *Kahlert*, NWB 2020, 903, 904; *Gast* (Fn. 1), S. 13.

30 Vgl. *Gast* (Fn. 1), S. 15.

31 Vgl. *ders.* (Fn. 1), S. 13f.

32 *Gast* (Fn. 1), S. 47 m.w.N; *Pyszka*, DStR 1998, 1160, 1161.

33 Vgl. nur. BFHE 165, 31 = BStBl II 1992, 234, Rn. 35 (juris) m.w.N. aus der Rspr; BFHE 139, 257 = BStBl II 1984, 29, Rn. 25 (juris); *Gast* (Fn. 1), S. 1, 51 ff.

34 Vgl. nur BFHE 189, 390 = BStBl II 1999, 724, Rn. 18 ff. (juris) m.w.N. aus der Rspr; *Gschwendtner*, NJW 1999, 2165, 2165 f.

35 Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen vom 22.10.2008, BGBl. I 2008, 2026; vgl. dazu auch *Huber/Habersack*, BB 2006, 1, 1 ff.

36 *Förster*, DB 2018, 336, 336; vgl. auch *Gehrlein*, BB 2008, 846, 848 f.

37 *Kleindiek* in: Kayser / Thole (Hrsg.), Kommentar zur InsO, 10. Auflage, § 39, Rn. 22; *Gast* (Fn. 1), S. 113f.

38 *Jachmann-Michel*, BB 2020, 727, 732; vgl. *K. Schmidt/Herchen* in: K. Schmidt (Hrsg.), Kommentar zur InsO, 19. Auflage, § 39, Rn. 27.

39 Stv. *Schlotter* in: Littmann (Begr.) / Bitz / Pust (Hrsg.), Kommentar zum EStG, 143. Ergänzungslieferung 06/2020, § 20, Rn. 1200.

40 Vgl. § 52 Abs. 28 S. 16 EStG.

41 Eine gute Übersicht zum Meinungstand bietet *Bayer*, DStR 2009, 2397, 2399 f; siehe auch *Moritz*, DStR 2014, 1636, 1639 f; gegen eine unbeseheneFortführung *Weber-Grellet*, NWB 2008, 3829, 3835 f; differenziert *Wiese/Möller*, GmbHR 2010, 462, 465 f.

42 So *Heuermann*, DB 2009, 2173, 2175.

mehr gab. Zudem war der Vermögensstamm von Gesellschafterdarlehen steuerlich verstrickt.[43] Allerdings war noch unklar, ob und wie insolvenzbedingte Forderungsausfälle bei den Einkünften aus Kapitalvermögen zu berücksichtigen sind.[44]

Es dauerte noch knapp neun Jahre, bis der BFH mit Urteil vom 11.07.2017 die Eigenkapitalersatzrechtsprechung aufgab.[45] Der Senat kehrte zum Begriff der Anschaffungskosten i.S.d. § 255 Abs. 1 HGB zurück: Nachträgliche Anschaffungskosten i.S.d. § 17 Abs. 2 S. 1 i.V.m. § 255 Abs. 1 S. 1 HGB lagen nur vor, wenn die Aufwendung des Gesellschafters handelsrechtlich eine offene oder verdeckte Einlage darstellte.[46] Der BFH gewährte jedoch Vertrauensschutz für Darlehen, die bis zum 27.09.2017[47] gewährt worden und eigenkapitalersetzend waren.[48] Die Rechtsprechungsänderung wurde von der Finanzverwaltung schließlich akzeptiert.[49]

Auch wurde ab 2017 der Anwendungsbereich von § 20 Abs. 2 EStG durch den BFH erheblich erweitert: Sowohl Forderungsausfälle[50] als auch Forderungsverzichte[51] wurden als „Veräußerung" i.S.d. § 20 Abs. 2 EStG anerkannt.[52] Daraus entstehende Verluste sind demnach steuerbar.[53]

Der Weg schien frei, Gesellschafterdarlehen steuerlich künftig wie „normale" Darlehen zu behandeln und Ausfälle primär über § 20 Abs. 2 EStG steuerlich zu realisieren.[54] Diese Rechtslage endete jedoch am 01.08.2019 – ab diesem Zeitpunkt war der neu eingefügte § 17 Abs. 2a EStG zwingend anzuwenden,[55] der die Rechtslage zu Zeiten der Eigenkapitalersatzrechtsprechung weitestgehend wiederherstellte.[56]

III. Zusammenfassung der Rechtsentwicklung

Während der Eigenkapitalersatzrechtsprechung wurden eigenkapitalersetzende Gesellschafterdarlehen steuerlich „wie Eigenkapital" als nachträgliche Anschaffungskosten behandelt, weil sie insolvenzrechtlich mit einem vergleichbaren Risiko wie Eigenkapital ausgestattet waren. Dies war insofern notwendig, da anderenfalls der Ausfall von Gesellschafterdarlehen steuerlich nicht berücksichtigt hätte werden können.

2017 gab der BFH diese Rechtsprechung auf. Das Eigenkapitalersatzrecht war abgeschafft worden, damit fehlte der zivilrechtliche Anknüpfungspunkt. Durch die zeitgleiche Erweiterung des Veräußerungsbegriffs i.S.d. § 20 Abs. 2 EStG konnten zudem ausgefallene Gesellschafterdarlehen als Verlust außerhalb von § 17 EStG geltend gemacht werden.

Der Gesetzgeber hat 2019 jedoch durch § 17 Abs. 2a EStG die Rechtslage zu Zeiten der Eigenkapitalersatzrechtsprechung weitestgehend wiederhergestellt.

C. Aktuelle Rechtslage

Heute realisiert das EStG ausgefallene Gesellschafterdarlehen auf zwei verschiedene Arten.[57] Zum einen kann ein ausgefallenes Gesellschafterdarlehen als nachträgliche Anschaffungskosten des Gesellschaftsanteils gemäß § 17 Abs. 2a EStG steuerlich berücksichtigt werden. Wird der Anteil der Kapitalgesellschaft schließlich veräußert (oder aufgelöst, vgl. § 17 Abs. 4 S. 1 EStG), realisiert sich der Verlust gemäß § 17 Abs. 2 S. 1 EStG über einen geringeren Veräußerungsgewinn. Alternativ wird das Gesellschafterdarlehen wie ein „normales" Darlehen behandelt: Der Ausfall führt dann gemäß § 20 Abs. 2 S. 1 Nr. 7, S. 2, Abs. 4 EStG zu einem Verlust aus Kapitalvermögen.[58]

Einkünfte aus § 20 Abs. 2 EStG sind dabei gemäß § 20 Abs. 8 S. 1 Var. 2 EStG gegenüber Einkünften § 17 EStG subsidiär. Stellt ein Darlehensausfall nachträgliche Anschaffungskosten i.S.d. § 17 Abs. 2a EStG dar, kann der Darlehensausfall insoweit nicht über § 20 Abs. 2 EStG geltend gemacht werden. Der Steuerpflichtige hat kein Wahlrecht.[59]

I. Zuordnung des Darlehensausfalls

1. Darlehensausfall als nachträgliche Anschaffungskosten, § 17 Abs. 2a EStG

Darlehensverluste werden in Rahmen von § 17 EStG realisiert, wenn der Gesellschafter gemäß § 17 Abs. 1 S. 1 EStG mit mindestens 1 % an der darlehensnehmenden Gesellschaft beteiligt ist und nachträgliche Anschaffungskosten i.S.d. § 17 Abs. 2a S. 3 Nr. 2 EStG vorliegen.[60]

a) Gesellschaftliche Veranlassung

Erste Voraussetzung für nachträgliche Anschaffungskosten i.S.d. § 17 Abs. 2a S. 3 Nr. 2 EStG ist, dass das die Gewährung oder das Stehenlassen des Darlehens in der Krise gesellschaftlich veranlasst ist. Die „gesellschaftliche Veranlassung" wird in § 17 Abs. 2a EStG nicht definiert, §17 Abs. 2a S. 4 EStG enthält jedoch ein Regelbeispiel: Eine gesellschaftliche Veranlassung liegt demnach regelmäßig vor, wenn ein fremder Dritter das Darlehen bei gleichen Umständen nicht gewährt oder zurückgefordert hätte.[61] Beim Stehenlassen des Darlehens in der Krise wird die gesellschaftliche Veranlassung laut Gesetzesbegründung

43 *Bayer*, DStR 2009, 2397, 2402; *Gast* (Fn. 1), S. 137f. m.w.N.
44 Stv. *Maciejewski*, GmbHR 2012, 1335, 1340 m.w.N.
45 BFHE 258, 427 = BStBl II 2019, 208, Rn. 32 f. (juris).
46 BFHE 258, 427 = BStBl II 2019, 208, Rn. 38 (juris).
47 Tag der Veröffentlichung des Urteils.
48 BFHE 258, 427 = BStBl II 2019, 208, Rn. 40 ff. (juris).
49 BMF v. 05.04.2019, BStBl I 2019, 257; vgl. auch *Meurer*, BB 2019, 1074, 1074.
50 BFHE 265, 354, Rn. 44 (juris); zu Knock-out-Zertifikaten BFHE 263, 169 = BStBl II 2019, 507, Rn. 17 f. (juris); BFHE 259, 535, Rn. 15 ff. (juris); vgl. auch *Jachmann-Michel*, BB 2019, 2779, 2782.
51 BFHE 265, 531, Rn. 21 (juris).
52 Siehe dazu sogleich C.I.2.a.
53 Stv. *Ratschow*, GmbHR 2020, 569, 569.
54 *Jachmann-Michel*, BB 2020, 727, 730; *Desens*, DStR 2019, 1071, 1074.
55 Vgl. § 52 Abs. 25a Satz 1 EStG.
56 BT-Drs. 19/13436, S. 111; *Ott*, StuB 2020, 214, 215; *Trossen*, GmbH-StB 2019, 307, 309 f.
57 Stv. *Krumm*, FR 2020, 197, 207.
58 St. Rspr. seit BFHE 259, 535
59 *Graw*, DB 2020, 690, 696.
60 *Levedag*, GmbHR 2020, 111, 117; *Kahlert*, NWB 2020, 903, 915.
61 *Ratschow*, GmbHR 2020, 569, 572.

bejaht, wenn es absehbar war, dass die Rückzahlung gefährdet ist.[62]

Der Zeitpunkt der Krise ist sowohl für die Gewährung als auch für das Stehenlassen des Darlehens relevant. Der Zeitpunkt der Krise ist daher wieder von Bedeutung - im alten Eigenkapitalersatzrecht wurde gem. § 32a Abs. 1 GmbHG a.F. ebenfalls auf die Krise abgestellt, das Merkmal wurde jedoch nicht in den neuen § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO übernommen.[63] Der BFH definierte die Krise während der Eigenkapitalersatzrechtsprechung als den Zeitpunkt, in der „die Konkursreife zwar noch nicht eingetreten ist, die Rückzahlung des Darlehens aber angesichts der finanziellen Situation der Gesellschaft in dem Maße gefährdet ist, dass ein ordentlicher Kaufmann das Risiko einer Kreditgewährung zu denselben Bedingungen wie der Gesellschafter nicht mehr eingegangen wäre".[64] Der Zeitpunkt der Krise wird dabei ausschließlich anhand von Indizien ermittelt – dies hat sich in der Vergangenheit als äußert schwierig erwiesen.[65]

b) Darlehensverlust

Zweite Tatbestandsvoraussetzung des § 17 Abs. 2a S. 3 Nr. 2 EStG ist der Darlehensverlust. Das Gesetz enthält zwar keine Definition – in der Gesetzesbegründung wird allerdings in einem Nebensatz der „krisenbedingte Ausfall" eines Darlehens erwähnt.[66] Sicherlich vom „Darlehensverlust" umfasst ist daher der Ausfall eines Darlehens, wenn die darlehensnehmende Gesellschaft insolvenzbedingt nicht mehr existiert – durch den Wegfall des Schuldners erlischt die Forderung.[67]

c) Fallgruppen

Zu Zeiten der Eigenkapitalersatzrechtsprechung hatten sich vier Fallgruppen von Darlehen herausgebildet (Krisen-, krisenbestimmtes-, Finanzplan- und stehengelassenes Darlehen).[68] Die Literatur geht überwiegend davon aus, dass auch diese Fallgruppen von § 17 Abs. 2a S. 3 Nr. 2 EStG umfasst sind.[69] Endgültig geklärt ist die Frage jedoch nicht.[70] Es bleibt zu hoffen, dass der Gesetzgeber diese Unsicherheit bei Gelegenheit beseitigt.

2. Darlehensausfall als Veräußerungsverlust, § 20 Abs. 2 EStG

Alternativ zu § 17 Abs. 2a EStG wird der Verlust aus dem Ausfall eines Gesellschafterdarlehen nach § 20 Abs. 2 S. 1 Nr. 7, S. 2, Abs. 4 EStG steuerlich geltend gemacht.[71] Gesellschafterdarlehen sind „sonstige Kapitalforderungen" nach § 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG.[72] Es ergeben sich insoweit keine Unterschiede zu „normalen" Darlehen.[73]

a) Veräußerung i.S.d. § 20 Abs. 2 EStG

aa) Ursprüngliche Auslegung

Auf den ersten Blick sind Forderungsausfälle nicht von § 20 Abs. 2 EStG umfasst: Die Realisation setzt laut Gesetz eine Veräußerung, also den Wechsel der wirtschaftlichen Zurechnung gegen Entgelt voraus.[74] Fällt jedoch eine Forderung insolvenzbedingt aus, liegt nach dieser Definition keine Veräußerung vor – die wirtschaftliche Zurechnung der Forderung wechselt nicht, die Forderung erlischt lediglich.[75] Ebenfalls liegt bei einem Ausfall auch keine Rückzahlung als fiktive Veräußerung i.S.d. § 20 Abs. 2 S. 3 EStG vor, da eine Rückzahlung zumindest die teilweise Rückübertragung des überlassenen Kapitals voraussetzt.[76] Mangels Veräußerung wären ausgefallenen Darlehen nach dieser Auslegung daher steuerlich unbeachtlich.[77]

bb) Erweiterung des Veräußerungsbegriffs

Durch mehrere Urteile des BFH ab 2017 wurde der Veräußerungsbegriff i.S.d. § 20 Abs. 2 S. 2 EStG erheblich erweitert: Seitdem steht der vollständige Ausfall einer Rückzahlung i.S.d. § 20 Abs. 2 S. 2 Var. 2 EStG gleich.[78]

Der BFH argumentierte dabei unter anderem mit dem Folgerichtigkeitsgebot.[79] Der Gesetzgeber wollte durch die Abgeltungssteuer die Wertveränderung von Kapitalanlagen vollständige erfassen.[80] Eine Rückzahlung über dem Nennwert führt zu einem steuerbaren Gewinn (§ 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 7, Satz 2, Abs. 4 EStG), eine Rückzahlung unter Nennwert muss daher zu einem steuerbaren Verlust führen.[81] Für den vollständigen Ausfall einer Rückzahlung kann nichts anderes gelten.[82] Ein steuerbarer Verlust liegt daher auch vor, wenn endgültig feststeht, dass keine Rückzahlung mehr erfolgt.[83]

Mittlerweile wurde die Erweiterung in § 20 Abs. 6 S. 6 EStG gesetzlich anerkannt. Spätestens seitdem gibt es keine Zweifel mehr, dass der vollständige Ausfall einer Forderung, etwa durch Insolvenz, vom Veräußerungsbegriff des § 20 Abs. 2 S. 2 EStG umfasst ist.[84]

---

62 BT-Drs. 19/13436, S. 111.
63 Dazu nur *Graw*, jM 2020, 163, 167; *Ratschow*, GmbHR 2020, 569, 575.
64 Stv. BFHE 187, 480 = BStBl. II 1999, 348, S. 21 (juris).
65 So *Graw*, jM 2020, 163, 167; *Rund/Junkers*, GmbHR 2020, 355, 358; *Zapf*, FR 2019, 804, 811; zur Bestimmung der Krise siehe nur *Schmidt* in: Mrozek / Kennerknecht (Begr.) / Hey / Klein / Wendt (Hrsg.), Kommentar zum EStG, 298. Ergänzungslieferung 06/2020, § 17, Rn. 201a.
66 BR-Drs. 356/19, S. 122; *Ratschow*, GmbHR 2020, 569, 570.
67 Stv. *Krumm*, FR 2020, 197, 201; *Förster/Cölln/Lentz*, DB 2020, 353, 355 f.
68 Eine gute Übersicht zu den Fallgruppen bietet BMF v. 21.10.2010, BStBl I 2010, 832.
69 *Jachmann-Michel*, BB 2020, 727, 733; *Förster/Cölln/Lentz*, DB 2020, 353, 355 f; *Krumm*, FR 2020, 197, 202; *Zapf*, FR 2019, 804, 811; *Fuhrmann*, KÖSDI 2019, 21434, 21440 f; vorsichtig hingegen *Trossen*, GmbH-StB 2019, 307, 309.
70 *Trossen*, GmbH-StB 2019, 307, 309.
71 St. Rspr. seit BFHE 259, 535
72 Stv. *Buge* in: H/H/R, EStG (Fn. 64), § 20, Rn. 295.
73 Siehe nur *Buge* in: H/H/R, EStG (Fn. 64), § 20, Rn. 295.
74 Stv. *Ratschow* in: Blümich, EStG (Fn. 24), § 20, Rn. 351.
75 So auch *Jochum* in: Söhn (Begr.) / Kirchhof / Mellinghoff / Kube (Hrsg.), Kommentar zum EStG, 306. Ergänzungslieferung 06/2020, § 20, D/9 18.
76 *Jochum* in: K/S/M, EStG (Fn. 74), § 20, D/9 6 m.w.N.
77 Vgl. *Brombach-Krüger*, UbG 2018, 178, 178 f.
78 BFHE 265, 354, Rn. 44 (juris); zu Knock-out-Zertifikaten BFHE 263, 169 = BStBl II 2019, 507, Rn. 17 f. (juris); BFHE 259, 535, Rn. 15 ff. (juris); vgl. auch *Jachmann-Michel*, BB 2019, 2779, 2782.
79 BFHE 259, 535, Rn. 16 (juris).
80 BT-Drs. 16/4841, S. 54f; so auch *Jochum* in: K/S/M, EStG (Fn. 74), § 20, A 5.
81 BFHE 259, 535, Rn. 16 (juris).
82 *Jachmann-Michel*, BB 2018, 2329, 2329.
83 BFHE 259, 535, Rn. 19 (juris).
84 Stv. *Ratschow* in: Blümich, EStG (Fn. 24), § 20, 353d.

b) Einkünfteerzielungsabsicht

Subjektive Voraussetzung für alle steuerbaren Einkünfte ist gemäß § 2 Abs. 1 S. 1 EStG die Einkünfteerzielungsabsicht.[85] Um Verluste aus dem Ausfall eines Gesellschafterdarlehens steuerlich geltend zu machen, muss das Darlehen mit Einkünfteerzielungsabsicht gewährt worden sein.[86]

Gesellschafterdarlehen werden jedoch auch unverzinslich gewährt.[87] Jedoch soll mit einem solchen Gesellschafterdarlehen auch unmittelbar keine Einkünfte erzielt werden - vielmehr werden unverzinsliche Gesellschafterdarlehen gewährt, um mittelbar Einkünfte aus der Beteiligung an der Gesellschaft zu erzielen.[88] Fraglich ist daher, ob die Beteiligung an der Gesellschaft bei der Einkünfteerzielungsabsicht mitberücksichtigt werden soll.

Aufgrund des engen Veranlassungszusammenhangs spricht sich die Literatur für eine solche Gesamtbetrachtung aus.[89] Auch bei unverzinslichen Gesellschafterdarlehen muss daher die Einkünfteerzielungsabsicht regelmäßig bejaht werden.[90] Keine Einkünfteerzielungsabsicht liegt jedoch bei unverzinslichen Gesellschafterdarlehen vor, wenn bei Gewährung des Darlehens schon feststeht, dass die Gesellschaft das Darlehen nicht zurückzahlen wird; auch bei einer Gesamtbetrachtung wird man dann eine Einkünfteerzielungsabsicht in Bezug auf das Darlehen verneinen müssen.[91]

c) Zwischenergebnis

Fällt ein Gesellschafterdarlehen aus, kann der Verlust regelmäßig über § 20 Abs. 2 EStG geltend gemacht werden. Ein Verlust liegt dabei vor, wenn endgültig feststeht, dass keine Rückzahlung mehr erfolgt. Damit der Verlust steuerlich beachtlich ist, muss hinsichtlich des Darlehens Einkünfteerzielungsabsicht vorliegen. Dafür ist auf eine Gesamtbetrachtung mit der Beteiligung an der Kapitalgesellschaft abzustellen.

3. Konkurrenz

Einkünfte aus § 20 Abs. 2 EStG sind gemäß § 20 Abs. 8 S. 1 Var. 2 EStG gegenüber Einkünften § 17 EStG subsidiär. § 20 Abs. 2 EStG ist daher gesperrt, soweit ein Darlehensausfall nachträgliche Anschaffungskosten für die Anteile einer Kapitalgesellschaft i.S.d. § 17 Abs. 2a EStG darstellt.

§ 20 Abs. 2 EStG ist daher anwendbar, wenn die Voraussetzungen für nachträglichen Anschaffungskosten nach § 17 Abs. 2a EStG nicht erfüllt sind, etwa wenn der Darlehensgeber zu weniger als 1 % an der darlehensnehmenden Gesellschaft beteiligt ist.[92] Ebenso ist § 20 Abs. 2 EStG anwendbar, wenn der Darlehensgeber zwar wesentlich an der Gesellschaft beteiligt ist, aber mangels gesellschaftlicher Veranlassung keine nachträglichen Anschaffungskosten i.S.d. § 17 Abs. 2a EStG vorliegen, etwa wenn das Darlehen vor einer Krise oder zu fremdüblichen Bedingungen gewährt wird.[93]

II. Rechtsfolgen

1. Darlehensausfall als nachträgliche Anschaffungskosten, § 17 Abs. 2a EStG

Sind die Voraussetzungen für die Anwendung von § 17 Abs. 2a EStG erfüllt, wird der Darlehensverlust bei Veräußerung der Anteile der Kapitalgesellschaft realisiert: Gemäß § 17 Abs. 2 S. 1 EStG beträgt der Veräußerungsgewinn den Betrag, um den der Veräußerungspreis die Anschaffungskosten übersteigt.

Aus dem Gesetz geht nicht explizit hervor, in welcher Höhe nachträgliche Anschaffungskosten im Fall eines Darlehensverlustes anfallen.[94] Wegen der weitgehenden Parallelität zur alten Eigenkapitalersatzrechtsprechung gehen große Teile der Literatur davon aus, die Bewertung gemäß der alten Fallgruppen des BMF vorzunehmen,[95] zumal nicht ersichtlich ist, dass der Gesetzgeber ein neues Bewertungsregime einführen wollte.[96]

Der Ausfall eines Krisendarlehens, eines krisenbestimmten Darlehens, sowie eines Finanzplandarlehens führt daher zu nachträglichen Anschaffungskosten in Höhe des Darlehensnennwertes.[97] Nur beim stehengelassenen Darlehen wird auf den Teilwert des Darlehens zum Zeitpunkt der Krise abgestellt, dieser beträgt jedoch regelmäßig 0 €.[98] Die Differenz zum Nennwert unterfällt in dem Fall § 20 Abs. 2 EStG, da die Subsidiarität von § 20 Abs. 8 S. 1 EStG nur Wirkung entfaltet, „soweit" nachträglichen Anschaffungskosten i.S.d. § 17 Abs. 2a EStG vorliegen.[99]

Zum Zeitpunkt der Veräußerung des Anteils an der Kapitalgesellschaft realisieren sich ausgefallene Gesellschafterdarlehen als nachträgliche Anschaffungskosten i.S.d. § 17 Abs. 2a S. 3 Nr. 2 EStG. Aufgrund des Teileinkünfteverfahrens werden Verluste wie Gewinne jedoch

---

85 Stv. *Handzik* in: Littman/Bitz/Putz, EStG (Fn. 39), § 2, Rn. 68.

86 Instruktiv *Cölln*, FR 2020, 248, 249; *Jachmann-Michel*, UbG 2018, 172, 177; *Kahlert*, DStR 2018, 229, 231.

87 Vgl. *Krumm*, FR 2020, 197, 206.

88 Parallel zur Gewährung einer Bürgschaft *Jachmann-Michel*, BB 2018, 2329, 2330 f.

89 *Jachmann-Michel*, BB 2020, 727, 734; *Krumm*, FR 2020, 197, 206; *Cölln*, FR 2020, 248, 252 f; *Förster/Cölln/Lentz*, DB 2020, 353, 358 m.w.N; **a.A.** wohl *Maciejewski*, GmbHR 2012, 1335, 1343.

90 *Krumm*, FR 2020, 197, 206; *Förster/Cölln/Lentz*, DB 2020, 353, 358 m.w.N; wohl auch *Kahlert*, DStR 2018, 229, 231.

91 *Cölln*, FR 2020, 248, 253 m.w.N; *Jachmann-Michel*, UbG 2018, 172, 177.

92 Siehe nur *Levedag*, GmbHR 2020, 111; *Ott*, StuB 2020, 214, 221; *Jachmann-Michel*, BB 2020, 727, 734.

93 *Krumm*, FR 2020, 197, 205; *Jachmann-Michel*, BB 2020, 727, 734, siehe dazu schon C.1.a).

94 *Kahlert*, NWB 2020, 903, 911; *Ratschow*, GmbHR 2020, 569, 571; *Ott*, StuB 2020, 214, 218; *Krumm*, FR 2020, 197, 202.

95 *Krumm*, FR 2020, 197, 202; *Ott*, DStZ 2020, 189, 193; *Förster/Cölln/Lentz*, DB 2020, 353, 355; *Fuhrmann*, NWB 2020, 150, 154; *Graw*, jM 2020, 163, 167; *Kubik/Münch*, BB 2020, 1003, 1006; **a.A**, weicht jedoch im Ergebnis nicht ab *Jachmann-Michel*, BB 2020, 727, 733 f; *Kahlert*, NWB 2020, 903, 911 f.

96 *Krumm*, FR 2020, 197, 202.

97 *Graw*, jM 2020, 163, 167; *Krumm*, FR 2020, 197, 202; *Fuhrmann*, NWB 2020, 150, 154; *Förster/Cölln/Lentz*, DB 2020, 353, 355; *Kubik/Münch*, BB 2020, 1003, 1006; i.E. auch *Jachmann-Michel*, BB 2020, 727, 733 f; vgl. zur alten Rechtslage nur BMF v. 21.10.2010, BStBl I 2010, 832.

98 *Graw*, jM 2020, 163, 167; *Krumm*, FR 2020, 197, 202; *Förster/Cölln/Lentz*, DB 2020, 353, 355; *Kubik/Münch*, BB 2020, 1003, 1006; unsicher hingegen *Fuhrmann*, NWB 2020, 150, 154; vgl. zur alten Rechtslage nur BMF v. 21.10.2010, BStBl I 2010, 832.

99 *Jachmann-Michel*, BB 2020, 727, 734 m.w.N.

gemäß § 3 Nr. 40 lit. a EStG i.V.m. § 3c Abs. 2 S. 1 EStG nur zu 60 % berücksichtigt.[100]

2. Darlehensausfall als Veräußerungsverlust, § 20 Abs. 2 EStG

Wird der Ausfall § 20 Abs. 2 EStG zugeordnet, führt der Darlehensausfall gemäß § 20 Abs. 2 S. 1 Nr. 7, S. 2, Abs. 4 S. 1 EStG zu einem (negativen) Gewinn aus Kapitalvermögen.

Positive wie negative Einkünfte unterliegen bei § 20 EStG dem Regime der Abgeltungssteuer. Konkret bedeutet dies einen linearen Steuersatz von 25 % sowie einige, teils erhebliche Beschränkungen. Zum einen können gemäß § 20 Abs. 6 S. 1 EStG Verluste aus Kapitalvermögen nicht mit Einkünften aus anderen Einkunftsarten verrechnet werden. Ausgefallene Darlehen unterfallen zudem der Beschränkung von § 20 Abs. 6 S. 6 EStG: Die Verlustverrechnung ist auf 20.000 € pro Jahr begrenzt, nicht verrechnete Verluste können in Folgejahren stückweise geltend gemacht werden. Ferner ist der Abzug von Werbungkosten (bspw. Finanzierungszinsen) gemäß § 20 Abs. 9 S. 1 EStG ausgeschlossen. Vielmehr ist der Sparer-Pauschbetrag von 801 € bei der Ermittlung der Einkünfte abzuziehen.

Allerdings sind bestimmte Einkünfte aus Kapitalvermögen von der Anwendung der Abgeltungssteuer gemäß § 32d Abs. 2 EStG ausgenommen. Bei Gesellschafter-Fremdfinanzierung kommt dabei § 32d Abs. 2 Nr. 1 S. 1 lit. b, S. 2 EStG in Betracht: Ist der darlehensgebende Gesellschafter zu mindestens 10 % an der darlehensnehmenden Gesellschaft beteiligt, findet die Abgeltungssteuer keine Anwendung. Die Einkünfte unterliegen dann zwingend dem individuellen Steuersatz i.S.d. § 32a Abs. 1 EStG, auch finden die Beschränkungen von § 20 Abs. 6 und Abs. 9 EStG keine Anwendung.

III. Zusammenfassung der aktuellen Rechtslage

Der Ausfall von Gesellschafterdarlehen wird teils als nachträgliche Anschaffungskosten im Rahmen von § 17 EStG, teils als Veräußerungsverlust i.S.d. § 20 Abs. 2 EStG geltend gemacht. Auf Rechtsfolgenseite unterscheidet sich die Verlustrealisation im Rahmen von § 17 Abs. 2 a EStG und § 20 Abs. 2 EStG teils erheblich – Gesellschafter sollten dies bei Gewährung oder Stehenlassen eines Darlehens vor Augen haben.

D. Kritische Würdigung

Im Folgenden wird die aktuelle Rechtslage kritisch gewürdigt. Dabei wird sie zunächst an legislativen Grundsätzen unterhalb der Schwelle der Verfassungswidrigkeit gemessen (I.).[101] Anschließend wird geprüft, ob § 20 Abs. 6 S. 6 EStG verfassungswidrig ist (II.). Zuletzt werden die Ergebnisse in einer Stellungnahme zusammengeführt (III.).

I. Legislative Grundsätze

Regelungen müssen gemäß Art. 20 Abs. 3 Var. 1 GG an der Verfassung gemessen werden. Allerdings sind verfassungsgemäße Regelungen nicht zwangsweise „gute“ Regelungen. Mithilfe von legislativen Grundsätzen lässt sich die „rechtliche Qualität“ einer Regelung unterhalb der Schwelle der Verfassungswidrigkeit ermitteln.[102] Der Begriff stammt aus der Gesetzgebungslehre und umfasst Kriterien wie die Praktikabilität, Kontinuität und Notwendigkeit einer Regelung.[103]

Die Kriterien sind nicht absolut zu verstehen; teils widersprechen sie sich, teils müssen sie auch gänzlich missachtet werden, um eine „richtige“ Lösung zu ermöglichen.[104] Es handelt sich lediglich um Grundsätze, die geeignet erscheinen, die „rechtliche Qualität“ von Regelungen zu überprüfen.[105] Die aktuelle Rechtslage wird daher im Folgenden in Hinblick auf die Praktikabilität (1.), Kontinuität (2.) und Notwendigkeit der Änderung (3.) analysiert.

1. Praktikabilität

Regelungen sind praktikabel, wenn sie für den Rechtsanwender leicht handzuhaben sind und keine Zweifelsfragen aufwerfen.[106] Unsicherheiten führen zu kostenintensiven Prozessen, die eine Belastung für Betroffene und Gerichte darstellen.[107]

In der aktuellen Rechtslage stellt § 17 Abs. 2a S. 3 Nr. 2 EStG auf die „Krise“ ab. Bei der Krise handelt es sich um einen Zeitpunkt, der sich in der Vergangenheit als äußert schwer bestimmbar erwiesen hat, da er nur anhand von Indizien und oft Jahre später ermittelt wird.[108] *Gast* führt sogar aus, dass dieses Tatbestandsmerkmal so untauglich war, dass es „maßgeblich zur Abschaffung des Eigenkapitalersatzrechts beigetragen“ habe.[109] Auch der Bundesrat äußerte während des Gesetzgebungsprozesses Bedenken, weitestgehend zu einer Rechtslage zurückzukehren, welche sich als „rechtsunsicher und kaum administrierbar“ erwiesen hat.[110] Es gibt keine Anzeichen, dass diese Probleme in der aktuellen Rechtslage nicht mehr bestehen werden.

Im Vergleich dazu war die Rechtslage zwischen 2017 und der Einführung von § 17 Abs. 2a EStG deutlich leichter handhabbar: Ausgefallene Gesellschafterdarlehen waren nur

[100] *Levedag*, GmbHR 2020, 111, 115; *Ott*, DStZ 2020, 189, 196; *Krumm*, FR 2020, 197, 199.

[101] *Müller* in: Grundsätze und Methoden der Gesetzgebung, S. 7, (https://ec.europa.eu/dgs/legal_service/seminars/ch_muller.pdf, zuletzt geöffnet am 02.06.2021); vgl. auch *Mader/Bernhard*, ZSR II 2004, 134.

[102] *Müller/Uhlmann*, Elemente einer Rechtssetzungslehre, 3. Auflage, 2013, S. 64.

[103] *Mader/Bernhard*, ZSR II 2004, 139 ff.

[104] *Müller/Uhlmann* (Fn. 101), S. 298.

[105] Vgl. *Mader/Bernhard*, ZSR II 2004, 138.

[106] *Müller/Uhlmann* (Fn. 101), Rn. 289 m.w.N; vgl. *Mader/Bernhard*, ZSR II 2004, 141 f.

[107] *Fliedner* in: Gute Gesetzgebung, S. 8, (https://library.fes.de/pdf-files/stabsabteilung/01147.pdf, zuletzt geöffnet am 02.06.2021); *Müller/Uhlmann* (Fn. 101),

[108] *Graw*, jM 2020, 163, 167; *Rund/Junkers*, GmbHR 2020, 355, 358; *Ratschow*, GmbHR 2020, 569, 569; *Kubik*, BB 2020, 1266, 1266; *Trossen*, GmbH-StB 2019, 307, 310; *Zapf*, FR 2019, 804, 811; zur Bestimmung der Krise siehe nur *Schmidt* in: H/H/R, EStG (Fn. 64), § 17, Rn. 201a.

[109] *Gast* (Fn. 1), S. 138.

[110] BR-Drs. 356/19, S. 30.

nachträgliche Anschaffungskosten nach § 17 EStG, wenn das zugeführte Darlehen nach handels- oder bilanzsteuerlichen Grundsätzen eine offene oder verdeckte Einlage darstellte.[111] Anstatt auf einen normspezifischen, schwer handhabbaren Anschaffungskostenbegriff abzustellen, konnte in der Rechtslage ab 2017 auf den „normalen" Anschaffungskostenbegriff nach § 255 Abs. 1 S. 1 HGB zurückgegriffen werden.[112]

Man kann der aktuellen Rechtslage höchstens zugutehalten, dass sie für Rechtsklarheit nach den Rechtsprechungsänderungen gesorgt hat, etwa indem der vollständige Ausfall von Kapitalanlagen durch § 20 Abs. 6 S. 6 EStG gesetzlich anerkannt wurde.[113]

Insgesamt hat sich jedoch die Praktikabilität der aktuellen Rechtslage aufgrund der Wiedereinführung der „Krise" als Tatbestandsmerkmal gegenüber der vorherigen Rechtslage deutlich verschlechtert.

2. Kontinuität

Ein weiteres Kriterium für die Qualität von Regelungen ist die Kontinuität: Abrupte Veränderung und Brüche mit alten Regelungen sind nach Möglichkeit zu vermeiden, Entwicklungstendenzen sollten eher weitergeführt als umgekehrt werden.[114] Dies erhöht die Vorhersehbarkeit für den Rechtsanwender; häufige Änderung können zudem die Akzeptanz des Rechtsanwenders bezüglich der Regelungen verringern.[115]

Die Neuregelung durch § 17 Abs. 2a EStG erfüllt dieses Kriterium nicht. Durch die Rechtsprechung wurde ab 2017 der Schwerpunkt für die Verlustrealisation stetig nach § 20 EStG hin verschoben.[116] Die Regelung des § 17 Abs. 2a EStG stellt eine Kehrtwende von dieser Rechtsentwicklung dar; Verluste aus ausgefallenen Gesellschafterdarlehen werden steuerlich nun primär über § 17 Abs. 2a EStG realisiert. Nicht umsonst wird § 17 Abs. 2a EStG vielfach als „Nichtanwendungsbestimmung" der BFH Rechtsprechung tituliert.[117]

Unter Kontinuitätsaspekten ist § 17 Abs. 2a EStG und damit die aktuelle Rechtslage daher zu kritisieren.

3. Notwendigkeit

„Wenn es nicht notwendig ist, ein Gesetz zu erlassen, dann ist es notwendig, kein Gesetz zu erlassen" - *Montesquieu* (1689 – 1755)

Dieser Grundsatz gilt auch in der modernen Gesetzgebungslehre und steht einer Überregulierung entgegen.[118] Nicht notwendige Regelungen können keine guten Regelungen sein, auch wenn sie verfassungskonform sind.[119] Es stellt sich daher die Frage, warum § 17 Abs. 2a EStG eingeführt wurde – welches Problem sollte durch den neuen Absatz in § 17 EStG behoben werden?

Um diese Frage zu beantworten, muss man sich die Rechtssprechungs- und Gesetzgebungsentwicklung ab 2017 in Erinnerung zu rufen: Maßgeblich für die Einführung von § 17 Abs. 2a EstG waren eine Reihe von BFH-Entscheidungen, die den Veräußerungstatbestand des §20 Abs. 2 EStG erheblich ausweiteten.[120] In der Literatur wurden die Urteile grundsätzlich positiv aufgenommen, da sie das System der Abgeltungssteuer folgerichtig umsetzten; Wertveränderungen des Vermögensstamms wurden nun vollständig erfasst.[121] Dem Gesetzgeber missfiel jedoch diese Entwicklung, da sie „nicht der Intention des Gesetzgebers entspreche".[122] Als Reaktion auf die Entscheidungen des BFH sollte daher § 20 Abs. 2 EStG um einen neuen Satz 3 ergänzt werden.[123] Darin sollte klargestellt werden, dass Verluste aus einem vollständigen Ausfall einer Kapitalforderung steuerlich unbeachtlich sind.[124] Auch ausgefallene Gesellschafterdarlehen hätten nicht mehr im Rahmen von § 20 Abs. 2 EStG geltend gemacht werden können.[125]

Allerdings konnten ausgefallene Gesellschafterdarlehen seit dem Urteil des BFH vom 11.07.2017 ebenfalls nicht als nachträgliche Anschaffungskosten im Rahmen von § 17 EStG steuerlich geltend gemacht werden.[126] Der Gesetzgeber wollte jedoch die Finanzierungsfreiheit der Gesellschafter steuerlich nicht beschränken.[127] Er nahm daher § 17 Abs. 2a EStG in den Gesetzesentwurf auf, damit ausgefallene Gesellschafterdarlehen weiterhin steuerlich geltend gemacht werden können.[128]

Allerdings war der geplante § 20 Abs. 2 S. 3 EStG wegen der verfassungsrechtlich bedenklichen Ungleichbehandlung von Gewinnen und Verlusten heftiger Kritik von sowohl der Literatur[129] also auch dem Bundesrat ausgesetzt.[130] Die geplante Änderung von § 20 Abs. 2 EStG wurde gestrichen.[131] Ohne den neuen § 20 Abs. 2 S. 3 EStG konnten jedoch ausgefallen Gesellschafterdarlehen weiterhin über § 20 Abs. 2 EStG steuerlich geltend gemacht werden. § 17 Abs. 2a EStG wurde trotzdem eingeführt – als Lösung zu einem nicht mehr vorhandenen Problem.[132]

---

[111] BFHE 258, 427 = BStBl II 2019, 208, Rn. 37 (juris); *Schallmoser*, jM 2018, 38, 39.
[112] *Gragert*, NWB 2018, 2842, 2844 f.
[113] *Fuhrmann*, NWB 2020, 150, 159.
[114] *Mader/Bernhard*, ZSR II 2004, 144; *Müller/Uhlmann* (Fn. 101), Rn. 189.
[115] *Mader/Bernhard*, ZSR II 2004, 144.
[116] Siehe dazu schon B.II.2.
[117] BR-Drs. 356/19, S. 30 ff; *Graw*, jM 2020, 163, 165; *Trossen*, GmbH-StB 2019, 307, 309; *Ott*, StuB 2020, 214, 215.
[118] *Karpen*, Gesetzgebungslehre, 2. Auflage, 2008, S. 39; *Choi*, Die Pflicht des Gesetzgebers zur Beseitigung von Gesetzesmängeln, 2002, S. 45f.
[119] *Mader/Bernhard*, ZSR II 2004, 139.
[120] Siehe dazu schon C.I.2.a).
[121] Siehe nur *Dahm/Hoffmann*, DStR 2019, 1239, 1246; *Stenert/Stelle*, UbG 2018, 181, 182; zuvor auch schon *Aigner*, DStR 2016, 345, 347 f; *Moritz*, DStR 2014, 1636, 1643 f; *Schmitt-Homann*, BB 2010, 351, 355 f; kritisch zuvor *Gast* (Fn. 1), S. 146 ff.
[122] BT-Drs. 19/13436, S. 112f.
[123] Ausdrücklich BT-Drs. 19/13436, S. 112; stv. *Jochum*, FR 2019, 602, 604 f.
[124] BT-Drs. 19/13436, S. 16.
[125] BT-Drs. 19/13436, S. 111.
[126] BFHE 258, 427 = BStBl II 2019, 208, Rn. 32 f. (juris) siehe dazu schon B.II.2.
[127] BT-Drs. 19/13436, S. 111.
[128] BT-Drs. 19/13436, S. 111.
[129] Siehe nur *Dahm/Hoffmann*, DStR 2020, 81, 82; *Jochum*, FR 2019, 602, 603 ff; *Jachmann-Michel/Grunow*, jM 2019, 471, 474 ff; *Desens*, DStR 2019, 1071, 1074.
[130] BR-Drs. 356/19, S. 30 ff.
[131] BT-Drs. 19/14873, S. 32.
[132] Siehe nur *Ratschow*, GmbHR 2020, 569, 570; *Förster/Cölln/Lentz*, DB

Darüber hinaus enthält die Gesetzesbegründung keine weiteren Aspekte, warum § 17 Abs. 2a EStG eingeführt wurde. Allerdings wurde statt dem geplanten § 20 Abs. 2 S. 3 EStG kurze Zeit später § 20 Abs. 6 S. 6 EStG als „Ersatz" eingeführt.[133] Verluste aus dem Ausfall einer Forderung werden darin als steuerbar anerkannt, jedoch ist die Verrechnung auf 10.000 € pro Jahr beschränkt. Ein Jahr später wurde die Verrechnungsbeschränkung durch das JStG 2020[134] ohne inhaltliche Begründung auf 20.000 € pro Jahr angehoben.[135]

Es ist daher wahrscheinlich, dass der Gesetzgeber den § 17 Abs. 2a EStG in Antizipation von § 20 Abs. 6 S. 6 EStG eingeführt hat, um Gesellschaftern die Möglichkeit zu bieten, ausgefallene Darlehen außerhalb dieser Verlustverrechnungsbeschränkung zu realisieren und damit die Finanzierungsfreiheit der Gesellschafter sicherzustellen. Ein anderer Grund für die Einführung ist nicht ersichtlich.[136]

4. Ergebnis

Unter legislativen Aspekten ist die aktuelle Rechtslage zur steuerlichen Behandlung von ausgefallenen Gesellschafterdarlehen unbefriedigend. § 17 Abs. 2a EStG wendete sich abrupt von der vorherigen Rechtslage ab und führt ein Tatbestandsmerkmal wieder ein, welches sich in der Vergangenheit als schwer handhabbar erwiesen hat.

Eine schwer handhabbare Regelung, die einen Bruch von Entwicklungstendenzen darstellt, ist zwar nicht grundsätzlich schlecht. Manchmal lassen sich unpraktikable Regelungen nicht vermeiden, um „richtige" Ergebnisse zu erzielen.[137] Der einzige ersichtliche Grund für die Existenz von § 17 Abs. 2a EStG ist jedoch die Einführung von § 20 Abs. 6 S. 6 EStG – eine Norm, gegen die es starke verfassungsrechtliche Bedenken gibt.

II. Verfassungsmäßigkeit von § 20 Abs. 6 S. 6 EStG

In der Literatur erfährt § 20 Abs. 6 S. 6 EStG heftige Kritik: Gewinne und Verluste werden ungleich behandelt, die Norm verstoße daher gegen das objektive Nettoprinzip.[138]

1. Inhalt des objektiven Nettoprinzips

Art. 3 Abs. 1 GG bindet den Steuergesetzgeber an den Grundsatz der gleichmäßigen Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit.[139] Im EStG hat sich dieses grundlegende Prinzip in § 2 Abs. 2 EStG einfachgesetzlich niedergeschlagen.[140] Steuerlich beachtlich ist das wirtschaftliche Ergebnis einer Erwerbstätigkeit, weshalb neben Bezügen auch Verluste und Aufwendungen steuerlich berücksichtigt werden müssen.[141]

Es ist zwar ungeklärt, ob das objektive Nettoprinzip Verfassungsrang hat.[142] Das BVerfG bewertet das Prinzip jedoch als gesetzgeberische Grundentscheidung, die nach dem gleichheitsrechtlichen Folgerichtigkeitsgebot umgesetzt werden muss.[143] Ausnahmen von der folgerichtigen Umsetzung bedürfen eines besonderen sachlichen Grundes – vom BVerfG werden etwa außerfiskalische Förderungs- und Lenkzwecke sowie Typisierungs- und Vereinfachungserfordernisse anerkannt.[144] Eine rein fiskalisch begründete Durchbrechung rechtfertigt hingegen keine Ausnahme von der gesetzgeberischen Grundentscheidung.[145]

2. Verstoß gegen das objektive Nettoprinzip

Mit Einführung der Abgeltungssteuer durch das UntStRefG 2008 wurde die traditionelle quellentheoretische Trennung von Vermögens- und Ertragsebene bei Einkünften aus Kapitalvermögen aufgegeben.[146] Für Forderungen, die nach dem 31.12.2008 gewährt wurden, ist auch der Vermögensstamm von privaten Kapitalforderungen steuerlich verstrickt.[147] Wird daher eine nach dem 31.12.2008 erworbene Kapitalforderung gewinnbringend veräußert, ist der Gewinn in vollem Umfang steuerbar.[148]

Fällt hingegen eine Kapitalforderung vollständig aus, beschränkt § 20 Abs. 6 S. 6 EStG die Verrechnung von Verlusten auf 20.000 € pro Jahr Die Beschränkung verhindert dabei faktisch, dass hohe Verluste vollständig realisiert werden – liegt etwa ein Verlust von 1 Mio. € vor, wird die Verlustverrechnung auf mindestens 50 Jahre gestreckt.[149]

Die steuerliche Belastung von Einnahmen entspricht daher nicht der Entlastung durch Verluste, mit der Folge, dass Steuerpflichtige bei gleicher wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit ungleich behandelt werden.[150] Insofern wurde das objektive Nettoprinzip als gesetzgeberische Grundentscheidung nicht

2020, 353, 355.

[133] *Burwitz*, NZG 2020, 214, 216; vgl. auch *Vogt* in: Blümich, EStG (Fn. 24), § 17, Rn. 584.

[134] Gesetz vom 12.12.2019, BGBl. I 2019, 2451.

[135] BT-Drs. 19/25160, S. 190.

[136] Vgl. *Förster/Cölln/Lentz*, DB 2020, 353, 356; *Jachmann-Michel*, BB 2020, 727, 729 f.

[137] *Müller/Uhlmann* (Fn. 101), Rn. 298.

[138] Siehe nur *Jachmann-Michel*, BB 2020, 727, 729 f; *Dahm/Hoffmann*, DStR 2020, 81, 83 ff; *Bron*, BB 2020, 535, 539 f; *Förster/Cölln/Lentz*, DB 2020, 353, 356; *Ott*, StuB 2020, 85, 89 f; *Fuhrmann*, NWB 2020, 150, 156; *Dinkelbach/Briesemeister*, DB 2020, 579, 582 ff; *Bartelt/Geberth*, DStR 2019, 47/VI; **a.A.** *Ratschow* in: Blümich, EStG (Fn. 24), § 20, Rn. 469b.

[139] BVerfG, BVerfGE 152, XX, Rn. 99 (juris); BVerfG, BVerfGE 105, 73 = BStBl II 2002, 618, Rn. 198 (juris) m.w.N. aus der Rspr; *Hey* in: Tipke/Lang (Fn. 25), § 8, Rn. 54.

[140] Stv. *Hey* in: Tipke/Lang (Fn. 25), § 8, Rn. 54.

[141] BVerfG, BVerfGE 105, 73 = BStBl II 2002, 618, Rn. 198 (juris) m.w.N. aus der Rspr; *Hennrichs*, in: FS Lang, 2011, S. 246.

[142] Zuletzt offen gelassen BVerfG, BVerfGE 122, 210, Rn. 63 (juris) m.w.N. aus der Rspr.

[143] *Hey* in: Tipke/Lang (Fn. 25), § 8, Rn. 55; *Schwarz*, in: FS Isensee, 2007, S. 958f.

[144] BVerfG, BVerfGE 122, 210, Rn. 58 (juris); *Hey* in: Tipke/Lang (Fn. 25), § 8, Rn. 55.

[145] BVerfG, BVerfGE 145, 106 = BStBl II 2017, 1082, Rn. 104 (juris); BVerfG, BVerfGE 116, 164, Rn. 70 (juris) m.w.N aus der Rspr; siehe auch *Hey* in: Tipke/Lang (Fn. 25), § 8, Rn. 55.

[146] Stv. *Jachmann-Michel/Grunow*, jM 2019, 471, 474 m.w.N.

[147] Vgl. BT-Drs. 16/4841, S. 54f; BFHE 259, 535, Rn. 10 (juris) m.w.N; *Frey/Tomaszowski*, BB 2019, 1377, 1377.

[148] Stv. *Ratschow* in: Blümich, EStG (Fn. 24), § 20, Rn. 350.

[149] Vgl. *Jachmann-Michel*, BB 2020, 727, 729.

[150] Stv. *Dahm/Hoffmann*, DStR 2020, 81, 82; *Bartelt/Geberth*, DB 2019, 2603, 2605.

folgerichtig umgesetzt.[151]

3. Rechtfertigung

Der Gesetzgeber rechtfertigt die Beschränkung durch JStG 2019 wie folgt: Es erscheine „sachgerecht", Verluste aus dem Ausfall einer Kapitalforderung bis zu einem bestimmten Betrag anzuerkennen - für Kleinanleger habe die Beschränkung auch keine Auswirkung, da Verluste bis 10.000 € sofort in vollem Umfang verrechnet werden können.[152] Für Anleger, die Verluste von mehr als 10.000 € haben, sei die Beschränkung gerechtfertigt, da diese Anleger durch den niedrigen Abgeltungssteuersatz von 25 % begünstigt sind.[153]

Überzeugen kann die Begründung nicht: Der Gesetzgeber rechtfertigt nicht, warum er *überhaupt* die Verlustverrechnung auf 10.000 € pro Jahr begrenzen will. Vielmehr liest sich die Gesetzesbegründung so, als würde der Gesetzgeber dem Steuerpflichtigen „einen Gefallen tun", indem er Verluste aus dem Ausfall einer Kapitalforderung steuerlich anerkennt. Es ist jedoch aufgrund des objektiven Nettoprinzips geboten, Verluste steuerlich anzuerkennen, wenn die spiegelbildlichen Erträge besteuert werden.[154]

Angreifbar ist auch die Aussage, dass Großanleger durch den Abgeltungssteuersatz „begünstigt" sind. Damit meint der Gesetzgeber wohl, dass der Abgeltungssteuersatz im Vergleich zu dem individuellen Steuersatz typischerweise geringer ist, wenn ein Anleger mehr als 10.000 € verliert. Allerdings ist der Vergleich zu der Besteuerung von den übrigen Einkünften in Hinblick auf das geschlossene System der Abgeltungssteuer „schon im Ansatz verfehlt".[155] Der pauschale Steuersatz von 25 % ist im System der Abgeltungssteuer gerechtfertigt und unter anderem durch die Quellensteuer und die steuerliche Vorbelastung auf Ebene der Kapitalgesellschaft bedingt.[156] Zudem würde sich die Folgefrage stellen, warum der gleiche Steuersatz für Kleinanleger auch ohne Verlustverrechnungsbeschränkung gerechtfertigt ist.[157]

Zwar hob der Gesetzgeber die Verrechnungsbeschränkung im JStG 2020 auf 20.000 € an. Dies ändert jedoch nichts an den verfassungsrechtlichen Problematiken, es verringert nur die Anzahl der Fälle.[158]

Insgesamt liefert der Gesetzgeber keinen Grund, warum er die Verlustverrechnung beschränkt. Er stellt lediglich darauf ab, dass Großanleger durch den Abgeltungssteuersatz begünstigt sind. Es liegt daher nahe, dass § 20 Abs. 6 S. 6 EStG fiskalisch motiviert ist, was nach gefestigter Rechtsprechung des BVerfG keine Ausnahme von der folgerichtigen Umsetzung des objektiven Nettoprinzips rechtfertigt.[159]

4. Ergebnis

§ 20 Abs. 6 S. 6 EStG verstößt ohne rechtfertigenden Grund gegen Art. 3 Abs. 1 GG, da es das objektive Nettoprinzips nicht folgerichtig umsetzt. Es bestehen daher erhebliche Zweifel an der Verfassungskonformität.[160]

III. Stellungnahme

Die aktuelle Rechtslage zur steuerlichen Geltendmachung von ausgefallenen Gesellschafterdarlehen ist misslungen. Mit § 17 Abs. 2a EStG wird das Tatbestandsmerkmal der „Krise" wieder eingeführt, das ich in der Vergangenheit als untauglich erwiesen hat. An der Verlustverrechnungsbeschränkung des § 20 Abs. 6 S. 6 EStG bestehen erhebliche Zweifel. Dadurch würde auch der einzig ersichtliche Grund für die Einführung von § 17 Abs. 2a EStG entfallen.

E. Fazit und Ausblick

Mit § 17 Abs. 2a EStG kehrt der Gesetzgeber in weiten Teilen zu der Rechtslage der Eigenkapitalersatzrechtsprechung zurück. Es bleibt abzuwarten, ob die Regelung des § 20 Abs. 6 S. 6 EStG dem BVerfG vorgelegt wird. Richtungsweisend könnte dabei die Vorlage des BFH an das BVerfG vom 04.06.2021 sein (Az. VIII R 11/18). In dieser geht der BFH davon aus, dass die Verlustbeschränkung nach § 20 Abs. 6 Satz 5 EStG (jetzt § 20 Abs. 6 Satz 4 EStG) verfassungswidrig ist.[161]

Insgesamt fällt es schwer, der aktuellen Rechtslage etwas Positives gegenüber der vorherigen Rechtslage abzugewinnen. De lege ferenda wäre § 17 Abs. 2a EStG und § 20 Abs. 6 S. 6 EStG zu streichen und damit zu der vorherigen Rechtslage zurückzukehren. Unabhängig davon sollte die systematische Rechtfertigung von § 17 EStG angesichts der eingeführten Substanzbesteuerung in § 20 Abs. 2 EStG sowie der Absenkung der Beteiligungsgrenze kritisch hinterfragt werden.[162]

---

[151] *Jachmann-Michel*, BB 2020, 727, 729; *Dahm/Hoffmann*, DStR 2020, 81, 83; *Fuhrmann*, NWB 2020, 150, 156; *Förster/Cölln/Lentz*, DB 2020, 353, 356; *Ott*, StuB 2020, 85, 89 f.

[152] BT-Drs. 19/15876, S. 61.

[153] BT-Drs. 19/15876, S. 61.

[154] *Dahm/Hoffmann*, DStR 2020, 81, 84; *Wiese/Göttel*, GmbHR 2018, 1169, 1172.

[155] So *Jachmann-Michel*, BB 2020, 727, 729.

[156] *Dinkelbach/Briesemeister*, DB 2020, 579, 584; *Jachmann-Michel*, BB 2020, 727, 729.

[157] *Dinkelbach/Briesemeister*, DB 2020, 579, 584; *Jachmann-Michel*, BB 2020, 727, 729.

[158] *Bleschick* in: Kirchhof / Seer (Hrsg.), Kommentar zum EStG, 20. Auflage, § 17, 177d m.w.N.

[159] BVerfG, BVerfGE 145, 106 = BStBl II 2017, 1082, Rn. 104 (juris); BVerfG, BVerfGE 116, 164, Rn. 70 (juris) m.w.N aus der Rspr; siehe auch *Hey* in: Tipke/Lang (Fn. 25), § 8, Rn. 55.

[160] So auch *Jachmann-Michel*, BB 2020, 727, 729; *Dahm/Hoffmann*, DStR 2020, 81, 83; *Fuhrmann*, NWB 2020, 150, 156; *Förster/Cölln/Lentz*, DB 2020, 353, 356; *Ott*, StuB 2020, 85, 89 f; **a.A.** *Ratschow* in: Blümich, EStG (Fn. 24), § 20, Rn. 469.

[161] BFH, BeckRS 2021, 1258, Rn. 33.

[162] *Gosch* in: Littman/Bitz/Putz, EStG (Fn. 39), § 17, Rn. 2; *Hey* in: Tipke/Lang (Fn. 25), § 8, Rn. 547; *Jachmann-Michel*, BB 2020, 727, 730 f; *Strohm*, jM 2019, 116.