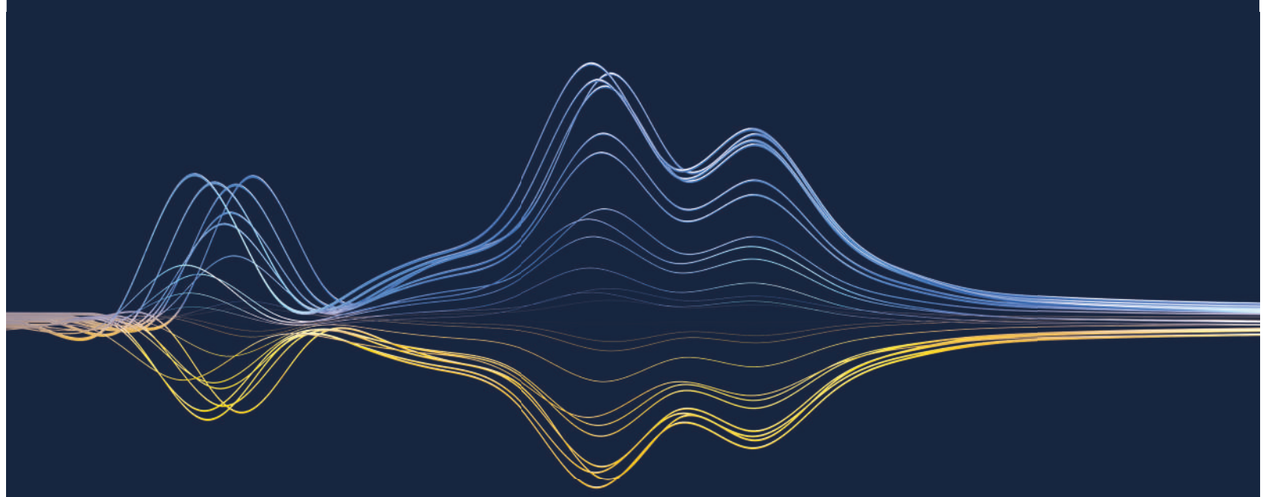
Share our Vision
Shape your Future



Let's reach new heights and achieve more together.

Bewerben Sie sich bei DLA Piper für eine Wissenschaftliche Mitarbeit, das Referendariat oder als Associate (m/w/d)!

Frankfurt · Hamburg · Köln · München
250+ Anwältinnen und Anwälte in Deutschland
dlapipercareers.de

DLA PIPER

dlapiper.com

DLA Piper is a global law firm operating through various separate and distinct entities. Further details of these entities can be found at dlapiper.com. Lawyer Advertising. Copyright @ 2021 DLA Piper. All rights reserved.

ISSN 1864-371X

Bucerius Law Journal

Mai 2022
Heft 1/2022
Seiten 1–93

Veranstaltungsbericht	Marie Theres Thomas	Vortragsreihe "AI-Lectures at Bucerius" - ("AI-LaB")	1
Aufsätze	Oscar Laitzsch	Möglichkeit der gerichtlichen Gesetzesbidnung	6
Internationales Prvatrecht	Ruth Sander	Die interenationale Verbundszuständigkeit	16
Gesellschaftsrecht	Oscar Serra de Oliveira	Anspruchsverfolgung durch den Aufsichtsrat	26
	Kosima Krause	Möglichkeiten und Grenzen des Vorstadnds bei der Gewinnung von Ankeraktionären	35
Arbeitsrecht	Greta Sparzynski	Zulässigkeit von Streiks gegen Standortentscheidungen	45
	Nicklas Homuth	Die Anwendbarkeit von § 167 ZPO auf arbeits- und tarifvertragliche sowie gesetzliche Ausschlussfristen	55
	Henri Rehage	Rechtsfragen rund um die Entgeltfortzahlung in der Pandemie	64
Datenschutzrecht	Tarmio Frei	Minderjährigenschutz unter der DSGVO	74
Steuerrecht	Sophie Zervoulakos de la Forge	Die Option zur Körperschaftsteuer für Personengesellschaften als Schritt zu einer rechtsformneutralen Besteuerung?	84

in cooperation with DLA PIPER

Bucerius Law Journal · Mai 2022 · Heft 1/2022 · Seiten 1–93
www.law-journal.de

BLJ

Redaktion der Ausgabe 1/2022

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

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: Mesut Akbaba, Benedikt Bartylla, Johanna Becker, Simon Bösken (Schatzmeister), Emanuel Buhl, Paul Bülow, Annika Diemke (Ressortleiterin Öffentliches Recht), Benedikt Folttmann, Hannah Güntner, Fabian Hagemeister (Vorsitzender), Sarah Heidner (Stellvertretende Vorsitzende), Julia Heß, Philipp Kehl, Julius Ohletz, Cora Pfeiffer, Christoph Rathert (Ressortleiter Zivilrecht), Maximilian Roth, Christoph Ruholl, Svenja Schwartz (Ressortleiterin Strafrecht), Isabelle Stein, Maximilian Tränkner (Webmaster&IT), Lars Walter, Niklas Wilde, Ivo Wanwitz (Social Media)

Heft 01/2022
Seiten 1-93
17. Jahrgang
März 2022

Marie Theres Thomas*

Vortragsreihe „AI-Lectures at Bucerius" – („AI-LaB")

Im Namen des Bucerius Alumni e.V. hat Philipp Etzkorn (Alumni der Law School im Jahrgang 2012) die Vortragsreihe „AI-Lectures at Bucerius" („AI-LaB") ins Leben gerufen. Diese verfolgt das Ziel, sowohl ein Verständnis für die Technologien hinter dem Schlagwort der Künstlichen Intelligenz (KI)[1] *zu vermitteln als auch ein Bewusstsein dafür zu schaffen, wie vielfältig die Einflüsse intelligenter Systeme auf das Recht sind: Nicht nur die offensichtlich eng verbundenen Rechtsgebiete, wie etwa das IT- und Datenschutzrecht, sind betroffen. Vielmehr kann sich nahezu kein Rechtsgebiet dem Einfluss intelligenter Systeme entziehen. Dieser Bericht umfasst die ersten drei Vorträge der insgesamt siebenteiligen Reihe.*

A. Einleitung

Um einem möglichst breiten Interessentenkreis die Teilnahme an den Vorträgen zu ermöglichen und insbesondere die Alumni außerhalb Hamburgs nicht auszuschließen, wurde bei der Organisation auf ein hybrides Veranstaltungsformat gesetzt. Klarer Vorteil der Präsenzteilnahme war die Möglichkeit, im Anschluss an den jeweiligen Vortrag bei Brezeln und Wein den fachlichen Diskurs zu vertiefen und Kontakte zu knüpfen. Dies war dadurch besonders reizvoll, dass die Teilnahme nicht auf Alumni oder Angehörige der Bucerius Law School begrenzt, sondern öffentlich war. Die drei Vorträge hatten insgesamt über 150 Teilnehmerinnen und Teilnehmer worunter einige Professoren, Herausgeber von Standardwerken und Praktikergrößen waren.

B. Vorträge

I. Schwache KI – Starke Implikationen? Technische Grundlagen für den rechtlichen Umgang mit KI

Den ersten Vortrag der Reihe mit dem Titel „Schwache KI – starke Implikationen? Technische Grundlagen für den rechtlichen Umgang mit KI" am 07.10.2021 hielt der promovierte Computerlinguist *Dr. Aljoscha Burchardt*. *Burchardt* ist Principal Researcher, Research Fellow und stellvertretender Standortsprecher des Deutschen Forschungszentrums für Künstliche Intelligenz (DFKI GmbH) in Berlin. Zudem war er als Sachverständiger Mitglied der Enquete-Kommission „Künstliche Intelligenz" des Deutschen Bundestages.

Sein Vortrag diente dem Zweck, die technischen Grundlagen für die folgenden sechs juristischen Vorträge zu legen. Entsprechend leitete *Etzkorn* den Abend mit den Worten „Selbst ein noch so guter Jurist kann nur das zutreffend beurteilen, was er auch tatsächlich versteht." ein und übergab damit das Wort an *Burchardt*.

Laut *Burchardt* beschäftigt sich die juristische Forschung und Regulierung von KI primär mit einer noch fiktiven KI. Dieser würden weitaus mehr Fähigkeiten zugeschrieben, als dies nach dem aktuellen Entwicklungsstand möglich sei. Prägnant auf den Punkt brachte er dies durch die Aussage: „Die starke KI gibt es [noch] nicht – eine für Juristen sehr enttäuschende Feststellung."

Wichtig sei vielmehr, die Risiken, aber insbesondere auch die Chancen des Einsatzes der im Status Quo verfügbaren KI in den Vordergrund zu rücken und sich auch im juristischen Diskurs mit diesen auseinanderzusetzen. Entscheidend sei daher die technische Frage: „Wie macht man Maschinen schlau?"

1. Unterscheidung zwischen implizitem und explizitem Wissen

Sowohl bei dem Erfassen, der Repräsentation als auch bei der Ausgabe von Wissen durch intelligente Systeme hält *Burchardt* die Unterscheidung zwischen explizitem und implizitem Wissen für zentral: Der Begriff des expliziten

---

* Die Autorin ist Studentin an der Bucerius Law School (Hamburg) und hat den BSc. IT-Systems Engineering am Hasso-Plattner-Institut (Potsdam) abgeschlossen.

1 Der Begriff der Künstlichen Intelligenz kann nicht eindeutig definiert werden und wird daher oftmals nur als Schlagwort verwendet. Seit seiner Entstehung basiert dieser auf der Idee, dass die natürliche Intelligenz durch Technik nachgeahmt wird, und eignet sich primär als Bezeichnung von Systemen, welche komplexere Aufgaben der Informationsverarbeitung ausführen können.

Wissens bezeichnet eindeutig kodiertes und deshalb mittels Zeichen eindeutig kommunizierbares Wissen, etwa einen Lexikoneintrag. Der Begriff des impliziten Wissens bezeichnet hingegen das sich beispielsweise aus Zusammenhängen, individuellen Erfahrungen oder gesellschaftlichen Konventionen ergebende Wissen, wie etwa die Fähigkeit, auf dem Fahrrad das Gleichgewicht zu halten. Der Fahrradfahrer kennt – aber eben nur implizit – eine komplexe physikalische Regel, welche etwa die aktuelle Geschwindigkeit, den Neigungswinkel und den Lenkeinschlag berücksichtigt. Uns Menschen ist alltäglich sowohl explizites als auch implizites Wissen zugänglich, welches wir individuell gewichten und auf dieser Basis Entscheidungen treffen.

Ein intelligentes System kann laut *Burchardt* daher nur geschaffen werden, wenn dieses ebenfalls sowohl auf explizites als auch implizites Wissen zugreifen und dieses sinnvoll verarbeiten könne.

Die Erfassung von explizit repräsentiertem Wissen in Form von Datensätzen und expliziten Verhaltensregeln in Form von Algorithmen[2] und deren Eingabe und Repräsentation in einem digitalen System ist bereits heute technisch gut umsetzbar. Das Erfassen, die Eingabe und die Repräsentation von implizitem Wissen und Verhaltensregeln stellt jedoch eine höhere Hürde dar, die nur bedingt mit probabilistisch agierenden künstlichen neuronalen Netzwerken überwunden werden kann.

Ein mit dem menschlichen Verständnis vergleichbares „Weltwissen" könne auch diesen intelligenten Systemen nicht vermittelt werden, stellt *Burchardt* fest: So kenne beispielsweise ein intelligentes Übersetzungssystem nur die Wahrscheinlichkeiten, dass ein Buchstabe auf einen anderen Buchstaben, Wort auf Wort, Satz auf Satz folgt. Mangels eines grundlegenden Weltverständnisses könne das System seine fertige Übersetzung jedoch keinem „Sanity Check" unterziehen, um deren Plausibilität zu überprüfen. Diese Beschränkung, in der sich sowohl die Chancen als auch Grenzen der Andersartigkeit intelligenter Systeme im Vergleich zum Menschen zeige, kommentiert *Burchardt* als so enttäuschend wie faszinierend.

2. Bias intelligenter Systeme

Als gleichermaßen systemisch bedingt beschreibt *Burchardt* auch die Existenz von Biases (Vorurteilen) in intelligenten Systemen als Folge der Komplexitätsreduktion. Biases steckten sowohl in den Datensätzen selbst als auch in der Datenverarbeitung: Einerseits könnten die Datensätze immer nur einen minimalen Ausschnitt der realen Welt abbilden, andererseits müsse das System im Praxiseinsatz bei der Erstellung eines systeminternen Modells der externen Realität zwangsläufig ab einem gewissen Punkt Generalisierungen treffen, um überhaupt zu einer Entscheidung zu gelangen.

Auf Generalisierung sei jedoch auch der Mensch angewiesen, welcher anhand von Faustregeln und einer generalisierenden Differenzierung von „Gut und Böse" handle. So spannend wie notwendig ist laut *Burchardt* daher die Frage, wo ein intelligentes System eine Generalisierung – und damit auch Diskriminierung – treffen dürfe und wo nicht. Problematisch sei, dass diese oftmals andere Gruppen treffen würde als bisher gewohnt: So könne ein System beispielsweise alle Menschen aus Zehlendorf diskriminieren, deren Namen mit einem „R" beginne. Die von dieser neuartigen willkürlichen Diskriminierung Betroffenen wären sich jedoch zunächst weder ihrer Diskriminierung bewusst, so *Burchardt*, noch hätten sie eine Lobby, die ihr gemeinsames Interesse gegen die Benachteiligung verteidige.

3. Erklärbarkeit intelligenter Systeme

Eine weitere, von Juristen oft bemängelte, jedoch systemimmanente Eigenschaft ist die aktuell nur lückenhafte Erklärbarkeit von komplexen intelligenten Systemen. Während die beschränkte Erklärbarkeit Juristen gerade in Haftungsfragen Probleme bereitet, sieht *Burchardt* in dem Anspruch der Nachvollziehbarkeit auch eine starke Beschränkung des Potenzials intelligenter Systeme. Denn dieses liege gerade in der Originalität und Andersartigkeit des Entscheidungsfindungsprozesses. Hier sei ein gesellschaftlicher Diskurs nötig, ob nicht auch statt einer vollständigen Erklärbarkeit des Systems der statistische Beleg der ordnungsgemäßen Funktionsweise ausreichend sein könne.

4. Forderungen an Wissenschaft, Politik und Gesellschaft

Zuletzt formuliert *Burchardt* die folgenden Forderungen an Wissenschaft, Politik und Gesellschaft:

Die Erforschung und Entwicklung von intelligenten Systemen könne nur in interdisziplinärer Zusammenarbeit gelingen. Daher müsse zunächst ein interdisziplinär akzeptiertes Vokabular entwickelt werden, um gemeinsam an der Identifizierung von Einsatzbereichen, Problematiken und der Entwicklung von KI arbeiten zu können.

Wichtig sei, dass jetzt gehandelt würde, bevor sich in einigen Jahren die heutigen Fachexperten im Ruhestand befänden und den Systemen nicht mehr das nötige Wissen sowie praktische Erfahrungswerte vermitteln könnten. Nur so könnten intelligente Systeme zukünftig nachhaltig und sinnvoll für und in der Gesellschaft eingesetzt werden.

Anstatt proaktiv zu strenge Regularien zu erlassen, solle in der Politik vielmehr die Frage gestellt werden, ab wann ausreichend Wissen über die Technologie und deren Folgen bekannt sei, sodass dann die passenden Regularien erlassen werden könnten.

In der anschließenden Diskussion wurde insbesondere darüber gesprochen, wie man sich als Laie die technischen Grundlagen rund um das Themenfeld KI vertieft erarbeiten könne. *Burchardts* Empfehlungen waren hier beispielsweise

[2] Explizite Verhaltensregeln geringer Komplexität können durch Algorithmen, also eindeutige Handlungsvorschriften zur Lösung eines Problems, welche aus endlich vielen, klar definierten Einzelschritten bestehen, erfasst und repräsentiert werden. Algorithmische Systeme sind klar beschreibbar und verhalten sich deterministisch.

das Online-Angebot „KI-Campus"[3] oder das Buch „Künstliche Intelligenz" von *Dr. Manuela Lenzen*. *Etzkorn* ergänzte überdies den kostenlosen Online-Kurs „The Elements of AI".[4]

II. Algorithmen in der Unternehmensleitung? Gesellschaftsrechtliche Maßstäbe für den Einsatz Künstlicher Intelligenz

Die erste Auseinandersetzung mit rechtlichen Fragestellungen des Einsatzes von KI erfolgte im Hinblick auf das Gesellschaftsrecht durch den Vortrag von *Prof. Dr. Florian Möslein* mit dem Titel „Algorithmen in der Unternehmensleitung? Gesellschaftsrechtliche Maßstäbe für den Einsatz Künstlicher Intelligenz" am 14.10.2021. *Möslein* ist Inhaber eine Professur für Bürgerliches Recht, Deutsches und Europäisches Wirtschaftsrecht an der Philipps-Universität Marburg. Er ist Gründungsdirektor des dortigen Instituts für das Recht der Digitalisierung (IRDi) sowie stellvertretender Leiter des hessischen Zentrums verantwortungsbewusste Digitalisierung (ZEVEDI). Zudem ist er geschäftsführender Herausgeber der Zeitschrift „Recht Digital" (RDi), die im Verlag C.H. Beck erscheint. Moderiert wurde der Abend vom Alumnus *Dr. Christian Bochmann* (Jg. 2003), der im Bucerius Alumni e.V. seit vielen Jahren einer der Leiter der Fachgruppe Unternehmens- und Gesellschaftsrecht ist.

1. Die drei paradigmatischen Haupttreiber der Digitalisierung

Unter dem Leitsatz „Anything that can be digitized will be digitized" identifizierte *Möslein* drei paradigmatische Haupttreiber der Digitalisierung: Digitale Plattformen (beispielsweise Uber und AirBnB), Distributed-Ledger-Technologien (etwa der Blockchain-basierte Bitcoin) sowie Künstliche Intelligenz und Machine Learning (beispielsweise DeepL und autonome Fahrzeuge).

Die Digitalisierung des Gesellschaftsrechts sei maßgeblich durch den Einfluss dieser Haupttreiber auf die Unternehmenswelt geprägt: Das größte Unternehmen eines Sektors sei aktuell meist eine Digitale Plattform. Aus dem Trend von „Corporate Governance" hin zur „Platform Governance" in einer Platform Economy folgten neue Problemstellungen, wie etwa im Kartell- und Wettbewerbsrecht. Auch für Blockchain-basierte Technologien sieht *Möslein* vielfältige Einsatzmöglichkeiten im Gesellschaftsrecht, beispielsweise durch die „Verbriefung" von Vermögenswerten in Tokens, oder durch die Entwicklung von sog. Decentralized Autonomous Organizations (DAOs) als eine potenzielle Alternative zu den herkömmlichen Rechtsformen des Gesellschaftsrechts.

2. Der Einsatz von KI in der Unternehmensleitung

Sodann ging *Möslein* auf den Einsatz von KI in der Unternehmensleitung ein. Die Beteiligung intelligenter Systeme an maßgeblichen Unternehmensentscheidungen habe zuletzt insbesondere durch das System VITAL – eine Kombination klassischer statistischer Verfahren und selbstlernender KI – Bekanntheit erlangt. VITAL wurde durch das Unternehmen Uniper erfolgreich bei der Vorhersage von Finanzkennzahlen eingesetzt. Durch die Mitentscheidung über Unternehmensinvestitionen sei die KI praktisch „Teil" des Vorstands geworden. Zwar hätte diese kein echtes Stimmrecht gehabt, jedoch einen Beobachterstatus.

Die Überlegenheit von KI gegenüber einem Menschen bei daten- und berechnungsintensiven Prognosen führe jedoch zu neuen Herausforderungen für das Gesellschaftsrecht:

Zunächst diskutierte *Möslein*, ob rechtlich eine Ernennung der KI zur Geschäftsführerin möglich sei. Dies erfordere jedoch deren eigene Organfähigkeit. Die Geschäftsführung einer Personengesellschaft müsse nach dem Grundsatz der Selbstorganschaft aus dem Kreis der Gesellschafter stammen. Die für die Gesellschafterfähigkeit erforderliche (un-)beschränkte Rechtsfähigkeit einer KI sei jedoch umstritten. Die Leitung von Kapitalgesellschaften ist hingegen nur natürlichen, unbeschränkt geschäftsfähigen Personen möglich, vgl. § 6 II 1 GmbHG; § 76 III 1 AktG. Den damit einhergehenden Ausschluss juristischer Personen von der Leitung von Kapitalgesellschaften hält *Möslein* zwar für verfassungsrechtlich diskutabel, sofern einer KI ohnehin die Rechtsfähigkeit als solche fehle, komme es auf die Verfassungsmäßigkeit jedoch nicht an.

3. Die Delegation von Leitungsaufgaben an eine KI

Von höherer praktischer Relevanz ist laut *Möslein* die Delegation von Leitungsaufgaben an eine KI.

Die Delegation sei grundsätzlich zwar möglich, jedoch durch den Grundsatz der Selbstorganschaft bzw. durch die umfassende Leitungsverantwortung insofern begrenzt, als die KI noch beherrsch- und überwachbar sein müsse. Zudem sollten Letztentscheidungsbefugnis stets bei den Gesellschaftern bzw. dem Unternehmensleiter verbleiben.

Aufgrund der Überlegenheit von Algorithmen bei bestimmten Prognoseentscheidungen stelle sich auf Basis der Pflicht, auf Grundlage angemessener Information zu handeln (vgl. § 93 Abs. 1 S. 2 AktG (analog)), in Kapitalgesellschaften vielmehr die Frage, ob nicht gerade eine Pflicht zu KI-basierter Entscheidung bestehe. Jedenfalls für Personengesellschaften sei dies aufgrund der bei diesen grundsätzlich ausreichenden *diligentia quam in suis* (vgl. § 708 BGB) jedoch nicht gegeben.

Im Falle der Delegation folge darauf auch unmittelbar die Frage nach der Verantwortlichkeit für KI-basierte Entscheidungen. Der Geschäftsleiter haftet grundsätzlich nur für Eigenverschulden. Auch könne die KI nicht als Erfüllungs- oder Verrichtungsgehilfe nach § 278 BGB oder § 831 BGB beurteilt werden. Eine eigene Pflichtverletzung der Geschäftsleitung liege jedoch vor, sofern entweder die Delegation unzulässig oder durch fehlerhafte Auswahl, Einweisung oder Überwachung der KI unzureichend gewesen sei.

[3] https://ki-campus.org, zuletzt aufgerufen am 30.11.2021.
[4] https://www.elementsofai.de, zuletzt aufgerufen am 30.11.2021.

Insofern müssten die algorithmischen Organisationspflichten erfüllt werden, welche sich aus einer analogen Anwendung von § 80 Abs. 2 WpHG ergäben. Laut *Möslein* beinhalteten diese etwa die Sicherstellung von Systemstabilität und der Beherrschung des intelligenten Systems, sowie das Treffen von Missbrauchsvorkehrungen. Eine einzelne, aus der ex-post-Perspektive fehlerhafte Algorithmenentscheidung bewertet *Möslein* jedoch lediglich als Realisierung des unternehmerischen Risikos. Ein Überwachungsverschulden der Geschäftsleitung nimmt *Möslein* daher erst bei einem Fehler systemischer Natur an. Für die praktische Durchsetzung der algorithmischen Informationspflichten würden aktuell sowohl eine Dokumentations- oder Offenlegungspflicht, als auch die Entwicklung eines „Algorithmen-TÜV" diskutiert.

In der anschließenden Diskussion wurden insbesondere die grundsätzliche Möglichkeit der Beherrschbarkeit von KI sowie die Vereinbarkeit einer statischen, punktbezogenen Zertifizierung in Form eines TÜV mit der Dynamik eines selbstlernenden intelligenten Systems rege debattiert.

III. Haftungsrechtliche Risikoexposition am Beispiel KI: Status quo und Ausblick zukünftige Rechtslage

Der dritte Vortrag „Haftungsrechtliche Risikoexposition am Beispiel KI: Status quo und Ausblick zukünftige Rechtslage" am 25.11.2021 erfolgte vor dem Hintergrund des Haftungsrechts, des laut *Etzkorn* wohl auch für Laien zugänglichsten Rechtsproblems rund um die Entwicklung und den Einsatz von KI. Referent war an diesem Abend *Philipp Reusch*, Gründer der auf Haftungsrecht spezialisierten Kanzlei reuschlaw und Lehrbeauftragter für Produkthaftung und Produktsicherheit an der RWTH Aachen.

1. Produkt- und Produzentenhaftung

Einleitend stellte *Reusch* fest, dass mangels einer speziellen Regelung Haftungsfragen für Schäden durch KI-basierte Produkte nach den Regelungen beurteilt werden müssen, welche auch für analoge Produkte gelten.

Maßgebliche Rechtsquelle der Herstellerhaftung ist das Zivilrecht mit der deliktischen Produzentenhaftung auf Grundlage von § 823 Abs. 1 BGB sowie der harmonisierten Produkthaftung auf Grundlage des ProdHaftG. Die dafür entscheidenden Merkmale, wie etwa der Fehlerbegriff des ProdHaftG oder die Verkehrssicherungspflicht der Produzentenhaftung werden zusätzlich stark durch öffentlich-rechtliche Vorgaben, wie etwa Vorgaben zur Cybersecurity, zur Entwicklung intelligenter Systeme oder zum Datenschutz beeinflusst. Zudem würden laut *Reusch* oft Standards herangezogen, welche nicht speziell für die Haftung für KI-basierte Produkte entwickelt wurden.

Bei der Produzentenhaftung für Schäden durch intelligente Systeme seien die Rechtsgutsverletzung, die Verletzungshandlung – das Inverkehrbringen des fehlerhaften Produktes – sowie die Kausalität meist einfach festzustellen.

Problematisch für den Hersteller sei laut *Reusch* jedoch die Beweislastumkehr im Rahmen des Verschuldens. Diese verpflichte den Hersteller, darzulegen und zu beweisen, dass er die Verletzungshandlung der KI nicht zu vertreten habe. Dieser Beweis sei laut *Reusch* für den Hersteller meist nur schwer zu führen: Um nachzuweisen, dass ein Schaden nicht durch ein intelligentes System verursacht sei, müsse der Hersteller darlegen, dass sein System in der konkreten Situation, welche zu dem Schaden geführt hat, immer korrekt handeln würde. Dafür müsse das System alle Risiken dokumentiert minimieren. Je involvierender die Technologie, also je mehr menschliche und technische Einwirkung aus der Sphäre des Betreibers die KI erfordere, desto schwieriger sei der Nachweis der Systemsicherheit durch den Hersteller zu führen.

Die allgemeine Sorgfaltspflicht des Herstellers konkretisiert sich in vier Verkehrssicherungspflichten, die ihn verpflichten beim Inverkehrbringen eines Produkts alles Erforderliche und Zumutbare zu tun, um Schädigungen Dritter zu verhindern. Es handelt sich dabei um die Pflicht zur sorgfältigen Konstruktion, Fabrikation, Instruktion und – innerhalb der deliktischen Produzentenhaftung – zur Beobachtung des Produkts. Zeitlicher Bezugspunkt des Fehlerbegriffs ist das Inverkehrbringen des fehlerhaften Produktes.

2. Der Begriff des Konstruktionsfehlers bei intelligenten Systemen

Insbesondere der Konstruktionsfehler sei von herausragender Relevanz für die Haftung für intelligente Systeme, so *Reusch*. Der Begriff des Konstruktionsfehlers bezeichnet einen sicherheitsrelevanten Mangel in dem vom Hersteller konzipierten Bauplan des Produktes. Ein solcher Mangel beträfe regelmäßig die gesamte Serie. Der Bauplan müsse so gestaltet sein, dass die erkannten Gefahren in den Grenzen des technisch Möglichen und wirtschaftlich zumutbaren konstruktiv ausgeschaltet würden. Weise die vom Hersteller konzipierte KI-Software einen Fehler auf, handele es sich per definitionem um einen Konstruktionsfehler.

Laut *Reusch* sei für die Bestimmung des „technisch Möglichen" nicht der brancheninterne Standard, sondern der aktuelle Stand von Wissenschaft und Technik maßgeblich. Dieser müsse jedoch auch praktisch durch die Industrie umsetzbar sein.

Für die Beurteilung von intelligenten Systemen sei ferner die Rechtsprechung des BGH im sogenannten Airbag-Urteil[5] richtungsweisend. Im zugrundeliegenden Fall war der Seitenairbag eines Autos durch fehlerhafte Sensorik ausgelöst worden, welcher den Autofahrer verletzt hatte. Nach dem BGH müsse die durch den Einbau von sicherheitserhöhender Technik (wie etwa einem Seitenairbag) gewonnene Sicherheit die in dieser Sicherheitserhöhung gegebenenfalls liegende Gefahrerhöhung (wie etwa die Möglichkeit der Fehlauslösung des Airbags) in einer Risiko-Nutzen-Rechnung überwiegen. Durch den Einsatz von KI werde zwar zwangsläufig die Fehlerhaftigkeit menschlicher Entscheidungen durch die geringere Fehlerhaftigkeit KI-basierter Entscheidungen ersetzt und dadurch ein Sicherheitsgewinn erzielt. Dieser müsse jedoch die

[5] BGHZ 181, 253.

systembedingten spezifischen Gefahren der KI überwiegen.

Als Beispiel für eine KI, deren Entscheidungen grundsätzlich einen Sicherheitsgewinn gegenüber menschlichen Entscheidungen darstellen, die jedoch gleichzeitig auch eine neue Gefahrenlage schafft, die bei menschlichem Entscheidungsverhalten gar nicht erst auftreten kann, nannte *Reusch* ein KI-basiertes selbstfahrendes Auto.

So verursachte ein von Uber im Jahr 2018 zu Testzwecken eingesetztes KI-basiertes selbstfahrendes Auto einen Unfall, bei welchem eine Fußgängerin überfahren wurde.[6] Im konkreten Fall hatte das intelligente System zwar erkannt, dass es sich einem Objekt – vorliegend einer Fußgängerin – mit hoher Geschwindigkeit näherte, dieses Objekt jedoch nicht sinnvoll identifizieren können. Aus dem Identifikationsproblem schloss das System jedoch nicht, dass dieses Objekt – unabhängig von dessen Identität – jedenfalls nicht überfahren werden dürfe. Während es weiterhin das Objekt zu identifizieren versuchte, fuhr das autonome Fahrzeug daher ungehindert auf das Objekt zu, bis es dieses letztlich überfuhr. Diese Logik des ungehinderten Weiterfahrens trotz Erkennung eines Objektes aufgrund eines Identifikationsproblems sei laut *Reusch* ein Programmier- oder Lernfehler der KI, welcher die Gefährlichkeit eines durchschnittlichen menschlichen Entscheiders in der konkreten Situation bei weitem übersteige.

Bei intelligenten selbstlernenden Systemen sei der Stand von Wissenschaft und Technik jedoch höchst dynamisch. Die sichere Gestaltung eines intelligenten Systems könne daher nicht ab einem bestimmten Zeitpunkt mit einem Design-freeze enden, sondern müsse sich parallel zum aktuellen Stand von Wissenschaft und Technik stetig weiterentwickeln, sodass der Hersteller jederzeit eine positive Kosten-Nutzen-Rechnung vorweisen könne.

Aufgrund der hohen Entwicklungsgeschwindigkeit werden jedoch zwangsläufig ab einem gewissen Punkt intelligente Produkte im Feld eingesetzt, welche nach dem dann aktuellen Stand von Wissenschaft und Technik nicht mehr als sicher gelten. Nach höchstrichterlicher Rechtsprechung kann der Hersteller die eigene Haftung durch eine Warnung des Betreibers abwenden, sofern die Gewährleistung für ein Produkt abgelaufen sei. Das Ausreichen einer solchen Warnung für die Sicherstellung der Systemsicherheit bezweifelt *Reusch* jedoch stark: Damit eine solche Warnung funktioniere, müsse der Nutzer diese erhalten, diese nachvollziehen und den Inhalt der Warnung teilen. Der Nutzer sei jedoch weder Garant, noch Erfüllungsgehilfe des Herstellers, noch in irgendeiner anderen Weise verpflichtet, die Warnung des Herstellers zu berücksichtigen.

Reusch schlägt daher vor, eine Verpflichtung der Hersteller einzuführen, KI-basierte Produkte von Anfang an so zu produzieren, dass diese zwangsweise durch den Hersteller durch ein sog. forced-Update aktualisierbar sind.

Zusätzliches Mittel und eine laut *Reusch* „stark unterschätzte Stellschraube" zur Begrenzung der Herstellerhaftung sei der Verwendungszweck eines Produktes. Dieser würde durch den Hersteller bestimmt und umfasse sowohl den durch den Hersteller intendierten Gebrauch als auch den möglicherweise fälschlichen, aber durch den Hersteller vorhersehbaren Gebrauch. Innerhalb dieses individuellen Use-Cases haftet der Hersteller für alle Schäden, welche durch mangelhafte Sicherheitsvorkehrungen des Produktes entstehen.

Fraglich ist jedoch laut *Reusch*, ob sich der Hersteller auch die durch eine selbstlernende KI gewonnene Evolution zurechnen lassen müsse. Die konkrete Evolution sei für einen Hersteller nicht antizipierbar. Einerseits hält *Reusch* es für denkbar, den Hersteller zur Sicherstellung eines „Supersets" an Regeln zu verpflichten, welches auch bei der (Weiter-)Entwicklung der KI keinesfalls verletzt werden dürfen. Andererseits erscheint es *Reusch* ebenso plausibel, die Herstellerhaftung durch den Verwendungszweck eines KI-basierten Produktes zu begrenzen. Sofern der Betreiber die vom Hersteller im Verwendungszweck bestimmten Konditionen, wie etwa die Diversität der Datensätze oder sonstige technischen Rahmenbedingungen der KI, nicht gewährleisten könne, solle die Herstellerhaftung ausgeschlossen sein.

Erneut entwickelte sich im Anschluss an den Vortrag eine angeregte Diskussion rund um die angesprochenen Praxisbeispiele und aufgeworfenen Rechtsfragen.

C. Ausblick

Die Vortragsreihe „AI-Lectures at Bucerius" ist damit jedoch noch nicht abgeschlossen. Zum Zeitpunkt der Veröffentlichung wird bereits der Vortrag von *Michael Kalbfus* zum Thema „Schöne neue Arbeitswelt? KI in der Arbeitsrechtspraxis" am 09.12.2021 stattgefunden haben.

Weiter geht es am 11.01.2022 mit einem Vortrag von *Dr. Erik Weiss* mit dem Titel „Medicina ex machina – Zu den (straf-)rechtlichen Implikationen des Einsatzes von KI im Gesundheitssektor".

Am 03.02.2022 werden dann die Alumni *Dr. David Bomhard* sowie *Philipp Etzkorn* zu „Europa reguliert KI – 10 provokante Thesen" sprechen.

Die Reihe am 24.02.2022 abschließen und abrunden wird *Prof. Dr. Linda Kuschel* mit ihrem Vortrag „AI Author: Systeme künstlicher Intelligenz im Immaterialgüterrecht".

Die Teilnahme an sämtlichen Veranstaltungen ist kostenlos sowohl vor Ort an der Bucerius Law School als auch online über Zoom möglich. Alle Informationen finden sich unter: buceri.us/AI-LaB.

---

[6] *Somerville/Shepardson*, Uber driver was streaming Hulu show just before self-driving car crash- police Report, https://www.reuters.com/article/uber-selfdriving-crash-idUSL1N1TO05R, zuletzt aufgerufen am 28.11.2021.

Oscar Laitzsch*

Möglichkeit der gerichtlichen Gesetzesbindung

A. Einleitung

Die Rolle der Rechtsprechung kann mit zwei Extrempositionen beschrieben werden. Nach Montesquieu soll die Richterin bloß der Mund des Gesetzes sein: „la bouche, qui prononce les paroles de la loi“[1]. Im Kontrast dazu steht die typisch pragmatische Sichtweise der Angelsachsen: “Whoever hath an absolute authority to interpret any written or spoken laws, it is he who is truly the lawgiver, to all intents and purposes, and not the person who first wrote or spoke them.”[2] Es ist also so: Die Richterin soll bloß wiedergeben, was bereits im Gesetz geschrieben steht und gleichzeitig steht im Gesetz geschrieben, was die Richterin sagt, dass dort geschrieben steht. Damit drängt sich die Frage auf, wie die Rechtsprechung an das Gesetz gebunden sein kann, wenn sie dessen Bedeutung doch erst bestimmt.

Vor diesem Hintergrund entbrennt in regelmäßigen Abständen eine Debatte in den Zeitschriften, die Gefahr läuft, weniger Licht als Hitze zu produzieren.[3] Der scharfe Ton dieser Debatte kann wohl damit erklärt werden, dass Methodenfragen immer auch Verfassungsfragen[4] sind, dass also die Gesetzesbindung (Art. 20 Abs. 3, 97 Abs. 1 GG) einen gewaltenteilenden und demokratischen Gehalt hat und dass die Verwirklichung dieser Prinzipien mit den Methoden richterlicher Rechtsarbeit steht und fällt.[5]

Anstatt sich dem Thema jedoch von der verfassungsrechtlichen Seite zu nähern, soll hier zunächst eine andere Prämisse in den Blick genommen werden – die Offenheit und Unbestimmtheit von Sprache und Text. Auf diese Weise sollen einfache Antworten ausgeschlossen werden, um sich dem Problem der Gesetzesbindung sodann mit dem nötigen Respekt nähern zu können.

B. Unbestimmtheit und Offenheit von Gesetzestexten

I. Sprache

Vorliegend möchte ich trotz erhobener Einwände die Idee zugrundlegen, dass die Bedeutung eines Wortes in seiner Verwendung zu sehen ist. Dies vermeidet einen naiven semantischen Realismus, ohne in sprachphilosophische Untiefen abzugleiten. Zum anderen wird gerade diese Bedeutungsdefinition in der Rechtstheorie immer wieder bemüht.[6] Es ergeben sich bei Zugrundelegung dieser Bedeutungsdefinition in Bezug auf die Gesetzesbindung mindestens zwei Probleme:

1. Vagheit

Wenn Unsicherheit darüber besteht, ob ein Begriff einen bestimmten Sachverhalt erfasst, oder nicht, liegt die Antwort nicht in einer genaueren Betrachtung der Sprache selbst. Unsicherheiten über die Bedeutung eines Begriffs lassen sich also nicht sprachintern auflösen.[7] Um es an einem Beispiel zu demonstrieren: Die Frage, ob der nach Einäscherung zurückbleibende Goldzahn unter den Begriff der „Asche eines verstorbenen Menschen“ i.S.d. § 168 Abs. 1, 1. Alt. StGB zu subsumieren und so seine Wegnahme eine Störung der Totenruhe ist, ist keine ausschließlich linguistische Frage.[8] Denn die semantischen Verwendungsregeln für den Begriff „Asche“ sind hier Ausgangspunkt der Unklarheit und können deshalb nicht zugleich der Schlüssel zur Beseitigung dieser Unklarheit sein. Letztlich bleibt nur die schöpferische Entscheidung darüber, wie der Begriff der „Asche“ in diesem Kontext zu verwenden ist. Obwohl weite Teile der Sprache eindeutigen Verwendungsregeln unterliegen,[9] gibt es für jeden Begriff Situationen, in denen seine Verwendung und damit seine Bedeutung unklar ist. Das ist die Vagheit von Begriffen, die nicht völlig auszuräumen ist – auch dann nicht, wenn man Begriffe kombiniert, um sie gegenseitig zu schärfen. Der Grund hierfür liegt in der „deskriptive[n] Unerschöpflichkeit der Einzeldinge“[10]. Man kann die Realität mit Sprache nicht bis ins letzte Detail beschreiben, weil die Realität zu viele Eigenschaften aufweist.

2. Porosität

Zur Vagheit hinzu tritt ein als „Porosität“ beschriebenes Sprachphänomen: Wenn wir Neues entdecken oder unvorhergesehene Erfahrungen machen, hinsichtlich derer sich ein sprachlicher Gebrauch noch nicht etablieren konnte, so führt dies zur Unklarheit über die Bedeutung bestimmter Begriffe.[11] Beispielsweise hatte der Bundesgerichtshof zu der Zeit als Software noch eine relativ neuartige Erscheinung war, die Frage zu entscheiden, ob diese dem Begriff der „Sache“ in § 90 BGB unterfällt.[12] Die Beantwortung dieser Frage war nicht bloß eine Explikation vorgefundener semantischer Verwendungsregeln für die Begriffe „Sache“

---

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

1 Montesquieu, l’esprit, Buch XI, Kapitel 6, 22; Sauer, Methodenlehre, 202.

2 Thayer, Harv. L. Rev. 1893, 152; Ähnlich äußert sich Carl Schmitt, Gesetz und Urteil, 32: „Ein über dem Richter schwebender ‚Wille‘ ist immer erst das Ergebnis der Interpretation, die sich daher nun nicht ihrerseits aus ihrem Resultat legitimieren kann“.

3 Eine besonders heftige Eruption dieses Streits war 2006 zu verzeichnen: Rüthers, JZ 2006, 53 ff.; Rüthers, NJW 2005, 2759 ff.; Hirsch, ZRP 2006, 161; Möllers, FAZ 2006, 8; Papsthart, FAZ 2006, 8.

4 Methodenfragen wurden von Beginn an als Verfassungsfragen gesehen: Savigny, System des heutigen Römischen Rechts, 213 f.; Rüthers, Rechtstheorie 40.

5 Rüthers/Fischer/Birk, Rechtstheorie, 8. Aufl., Rn. 704 ff.; Sauer, Methodenlehre, 208 m.w.N.

6 Wittgenstein, Untersuchungen, 43; Koch, Methode, 40; Roellecke, FS Müller, 323 ff.; Kuntz, AcP 2015, 387 ff.; Für eine sprachphilosophisch ausdifferenzierte Sicht: Klatt, Making the law explicit.

7 Koch, ARSP 1975, 34.

8 BGH 5 StR 71/15.

9 Hart, Concept of Law, 135.

10 Poscher, Cambridge Companion to Hermeneutics, 341; Keil, Unerschöpflichkeit der Einzeldinge.

11 Koch, ARSP 1975, 34.

12 BGH, VIII ZR 314/86 in Abwandelung des Beispiels von Koch, ARSP 1975, 34.

und „Software". Vielmehr enthält das Urteil des Bundesgerichtshofes eine neue semantische Verwendungsregel für diese Begriffe. Dies zeigt, dass ein zunächst hinlänglich bestimmter Begriff mit der Herausbildung neuer Phänomene „porös" werden und dass die Beseitigung dieser Porosität erfordert, dass neue sprachliche Verwendungsregeln im sozialen Miteinander organisch herausgebildet oder (freilich bloß rechtsintern) mit dem Urteil eines Gerichts autoritativ festgesetzt werden.

II. Regelungsintention

Hinzu kommt, dass nicht jeder erdenkliche Sachverhalt im Voraus tatsächlich bedacht werden kann. So kommt es regelmäßig vor, dass der Gesetzgeber sich eine später von Gerichten zu entscheidende Frage nie stellen konnte.[13] Der Gesetzgeber wird sich beispielsweise bei Erlass des § 823 Abs. 1 BGB keine Gedanken darüber gemacht haben, ob der aus dem Einsturz einer Ufermauer resultierenden Einschluss eines Schiffes als Eigentumsverletzung gegenüber dem Instandhaltungspflichtigen der Ufermauer liquidierbar sein soll.[14] Genauso war die Aufnahme von Werken mit Magnettonbändern im privaten Bereich im Zeitpunkt der Verabschiedung des LitUrhG im Jahre 1901 „außerhalb des Vorstellungskreises des Gesetzgebers".[15] Er konnte hinsichtlich solcher Handlungen keine konkrete Regelungsintention gehabt haben. Und selbst wenn der Gesetzgeber die Zukunft vorherzusehen im Stande wäre, ließen es seine quantitativ begrenzten Problemlösungskapazitäten nicht zu, für alle Fälle präzise Vorgaben zu normieren.[16] Eine Möglichkeit, diesem Problem zu begegnen, besteht im Rückgriff auf Generalklauseln und unbestimmte Rechtsbegriffe, deren Konturierung Wissenschaft und Rechtsprechung überantwortet werden kann.[17]

III. Zwischenergebnis

Die sprachliche Offenheit von Gesetzestexten bedingt ein *Erkenntnisdefizit* (siehe „B.I"). In der Unbestimmtheit der Regelungsintention hingegen kommt ein Mangel an Determinierungskraft des Gesetzes in seiner ideellen (nicht bloß textlichen) Form zum Ausdruck. Dies soll hier als *Regelungsdefizit* (siehe „B.II") beschrieben sein.[18] Vor dem Hintergrund, dass Regelungs- und Erkenntnisdefizit jeweils nicht vermeidbar sind,[19] sondern untrennbar mit der Verwendung von Sprache einhergehen, stellt sich die Frage nach der Einlösbarkeit des Gesetzesbindungspostulats (wie es in Art. 20 Abs. 3, 97 Abs. 1 GG normiert ist).

[13] Larenz, FS Huber, 295; Hart, Concept of Law, 129.

[14] BGHZ 55, 153; Beispiel von Laudenklos, Kritische Justiz 1997, 149; Mit dem Beispiel soll nicht einem Vorzug der subjektiven Auslegung das Wort geredet werden. *Mutatis mutandis* ist eine Unbestimmtheit der Regelungsintention auch bei objektiver Betrachtungsweise möglich, wenn der Zweck einer Vorschrift auch im Gesamtzusammenhang Fragen aufwirft.

[15] BHGZ, 17, 266, 275.

[16] Roellecke/Starck, VVDStRL 1975, 17.

[17] Larenz, FS Huber, 292; Payandeh, Judikative Rechtserzeugung, 29.

[18] Das Begriffspaar „Regelungs-" und „Erkenntnisdefizit" ist übernommen von: Neumann, Wahrheit, 19; Inhaltlich dieselbe Differenzierung treffend: Hart, Concept of Law, 129.

[19] Ein Appel für bessere Gesetzestexte beispielsweise bei Rüthers, JZ 2003, 996.

In der Rechtstheorie und den Rechtswissenschaften sind unterschiedliche Positionen auszumachen, die jeweils ein praktisches Verständnis richterlicher Rechtsarbeit ausweisen. Es soll eine Kritik der Leistungsfähigkeit zweier solcher Positionen in Bezug auf das Gesetzesbindungspostulat erfolgen.

C. Juristischer Determinismus

I. Grundposition: Unterscheidung von Rechtsetzung und Rechtsanwendung[20]

Klassischerweise wird in den Rechtswissenschaften die Recht*setzung* von der *-Anwendung* unterschieden.[21] Erstere ist dem Gesetzgeber vorbehalten, letztere gebührt der Rechtsprechung. Die Rechtsanwendung selbst wird unterteilt in *Auslegung* und *Rechtsfortbildung*. Bei der Auslegung ist der Richter unmittelbar durch das Gesetz legitimiert.[22] Die Rechtsfortbildung hingegen tritt auf den Plan, wenn eine Entscheidung nicht eindeutig aus dem Gesetzestext zu entnehmen ist. Eine abnehmende Bindung an den Gesetzestext aufgrund seiner Unbestimmtheit wird stets von den Prinzipien der Rechtsordnung kompensiert, sodass die Richterin nie zur Dezision im eigentlichen Sinne – also zur Entscheidung anhand außerrechtlicher Kriterien – ermächtigt ist. Vielmehr verlagert sich die Rechtsanwendung in Ermangelung textlicher Klarheit auf eine andere Stufe: Rechtsanwendung hat dann „als Gegenstand ihrer Erkenntnis nicht nur das geschriebene, sondern auch das ungeschriebene Recht."[23] Die Rechtsordnung regelt hiernach jeden erdenklichen Einzelfall und weist keine Lücken im Sinne eines Regelungsdefizits auf, sondern nur im Sinne einer gesetzestextlichen Unklarheit. Die Position kann als Vollständigkeitsthese beschrieben werden[24] und erklärt, warum die Rechtsfortbildung nicht als Rechtsetzung, sondern als „Fortsetzung der Auslegung" verstanden wird:[25] Eine Entscheidung ergibt sich stets aus der Rechtsordnung, außerrechtliche Maßstäbe haben keinen Platz.

Insoweit wird die klassische Sichtweise den Anforderungen der Gewaltengliederung gerecht: Der Gesetzgeber setzt das Recht, die Rechtsprechung wendet es passiv an.

II. Verständnis der richterlichen Rechtsarbeit: Methodenlehre

Die klassische Sichtweise muss also eine Antwort darauf geben, wie das Erkenntnisdefizit zu lösen ist – wie also die Richterin eine objektiv gegebene Rechtslage zuverlässig erkennen kann. Hier soll die Methodenlehre die Richterin an das Gesetz binden,[26] was erfordert, dass die diese gleichsam

[20] Darstellung der klassischen Sichtweise basiert auf: Bumke, Rechtserzeugung.

[21] Bumke, Rechtserzeugung, 35 ff.

[22] Jestaedt, Rechtsetzung, 65; Bumke, Rechtserzeugung, 36.

[23] Christensen/Kudlich, Paradoxie, 4.

[24] Bumke, Rechtsdogmatik, 111, Fn. 356: Das ist von der These Kelsens zu unterscheiden, nach der die Rechtsordnung keine Lücken aufweist, weil Ansprüche, die sich nicht aus dem Gesetz herleiten lassen, auch nicht bestehen; Kelsen, Reine Rechtslehre, 251 ff.

[25] Larenz/Canaris, Methodenlehre, 187, zitiert von: Bumke, Rechtserzeugung, 35 ff.

[26] Hassemer, Bindung des Richters an das Gesetz, 262; Zu der klassischen Sicht, dass die Methodenlehre der Rechtserkenntnis dient und damit die richterliche Entscheidung demokratisch legitimiert Krebs, juristische Methode im Verwaltungsrecht, 218.

eines stets gleichlaufenden Transmissionsriemens die Entnahme einer präzisen Einzelfallentscheidung aus dem Gesetz ermöglicht. Die Frage ist, ob die Auslegungsmethoden (also die grammatische, systematische, teleologische und historische Auslegung) in ihrem Zusammenspiel solch präzise und verlässliche Vorgaben machen, dass der Anspruch einer Volldeterminierung der Rechtsprechung einzulösen ist.

Um zu überprüfen, ob die Methodenlehre diesem Anspruch genügt, ist man nicht etwa gehalten, die Leistungsfähigkeit jeder einzelnen Auslegungsmethode nachzuprüfen. Vielmehr ist zu fragen, ob beim methodischen Vorgehen Einigkeit über Ziel, Zahl und Rangfolge der Auslegungsmethoden besteht. Denn ist dies nicht der Fall, kann die einzelne Auslegungsmethode noch so leistungsfähig sein – mit dem Verweis auf eine andere Auslegungsmethode ließe sich das Ergebnis relativieren, da die Auslegungsmethoden in schwierigen Fällen zu unterschiedlichen Ergebnissen führen (andernfalls würde es sich nicht um schwierige Fälle handeln).[27] Es bestünde die Gefahr, dass die Wahl der Auslegungsmethode strategisch erfolgt, um das jeweils gewünschte Ergebnis zu „begründen".[28]

Jedenfalls dem ersten Eindruck nach, ist dem Anspruch der Volldeterminierung der Richterin durch die Auslegungsmethoden mit Skepsis zu begegnen. So dürfte es nicht kontrovers sein, dass der Wortlaut bei „der Entscheidung der Frage, ob eine ‚Bande' im Sinne des Tatbestands des Bandendiebstahls (§ 244 Abs. 1 Nr. 2 StGB) aus zwei Personen bestehen kann, gewichtiger [ist,] als bei der Frage, ob jedenfalls die Beteiligung dreier Personen ausreicht."[29] Genauso hängt das Gewicht eines systematischen Arguments davon ab, welche Wertungswidersprüche *in concreto* drohen.[30] Das Gewicht von Wortlautargument und systematischem Argument scheint damit dem ersten Eindruck nach vom konkreten Einzelfall abzuhängen. Wenn es keine „Meta-Methodik" gibt, die verbindlich regelt, was der Maßstab für das Gewicht der Auslegungsmethoden relativ zueinander ist, herrscht Beliebigkeit, womit auch die Gesetzesbindung in weite Ferne rückt.

Wenn wir uns zunächst auf das Problem einer verbindlichen Rangfolge der Auslegungsmethoden konzentrieren, könnte eine Möglichkeit darin bestehen, die Rangfolge der Auslegungsmethoden an einem Leitprinzip auszurichten. Nachfolgend sollen zwei Ansätze einer verbindlichen Rangfolgebildung untersucht werden. Neben dem Herleitungsversuch aus der Verfassung (siehe „C.II.2") beziehungsweise auf staatstheoretischer Grundlage in Form der Gewaltenteilung (siehe „C.II.1"), gibt es auch begründungstheoretische Herleitungsversuche, die meines Erachtens aber an den gleichen Problemen scheitern. Die hier dargestellten Argumente sollen deswegen stellvertretend auch für – beziehungsweise gegen – die anderen Begründungsansätze gelten.[31]

[27] MacCormick, Ratio Juris 1993, 26 f.
[28] Hassemer, ZRP 2007, 216.
[29] Neumann, Wahrheit, 34.
[30] Neumann, Wahrheit, 34 (*kursiv* im Original).
[31] Hier könnte man beispielsweise den begründungstheoretischen Ansatz von Koch/Rüßmann (Juristische Begründungslehre), anführen. Kritik bei: Brink, richterliche Entscheidungsbegründung, 240.

1. Gewaltenteilung: Strikt Subjektive Auslegung

Nach *Rüthers* ist „[d]er Richter der (denkende) gehorsame Diener des demokratisch erlassenen Gesetzes, nicht sein Herr."[32] Deshalb sei stets dem Willen des Gesetzgebers Vorrang einzuräumen und so Auslegungskonflikte allgemeinverbindlich zu bewältigen.[33]

Es drängt sich jedoch die Frage auf, woher man den Willen des Gesetzgebers nehmen soll, wenn nicht aus dem Text?[34] Wird auf die Gesetzgebungsmaterialien verwiesen, stellt sich die Frage, woher man wiederrum deren Zweck nehmen soll, um den sie verkörpernden Text zu interpretieren.[35] Wie man es dreht und wendet, man kommt an einen Punkt, an dem man nur eines hat: Text.[36] Spätestens hier stellt sich die Frage nach einer Meta-Methodik erneut, aber diesmal ohne die Möglichkeit, mit einer Privilegierung der Materialien gleichsam hinter den Text zu treten. Hinzu kommt das Problem, dass der Wille des Gesetzgebers eine Fiktion ist. Ein Verband wie ein Parlament kann keinen einheitlichen Willen fassen, wie im Condorcet-Paradoxon zum Ausdruck kommt: Die Präferenzen einer Gruppe sind nicht transitiv, lassen sich mithin nicht zu einem einzigen Willen zusammenfassen.[37] *Wank* resümiert meines Erachtens daher zutreffend, dass „angesichts des tatsächlichen Entstehungsvorgangs [...] eine psychologisierende Diskussion über den Willen des Gesetzgebers unergiebig"[38] ist.[39] Damit soll in keiner Weise in der Debatte, ob Ziel der Auslegung der subjektive Willen des Gesetzgebers oder objektive Wille des Gesetzes sein soll, Stellung bezogen werden,[40] sondern nur gezeigt sein, dass eine verlässliche Methodenlehre nicht mit dem Verweis auf den Willen des Gesetzgebers zu haben ist.

Auch *Rüthers* ist sich des Umstandes bewusst, dass eine subjektive Auslegung das Problem der Rechtsanwendung nicht in allen Fällen zu lösen vermag und optiert dann ausweichend für eine objektive Auslegung. Dies soll jedoch getreu dem Prinzip der Methodenehrlichkeit als Rechtsfortbildung deklariert werden und das Bestehen einer Lücke im Gesetz voraussetzen. Hier allerdings besteht ein logischer Zirkel. Denn, ob eine Lücke im Gesetz vorhanden ist, die zur Rechtsfortbildung ermächtigt, ist in schwierigen Fällen eine diffizile Auslegungs- und Wertungsfrage.[41] Der Modus der Auslegung soll also vom Auslegungsergebnis abhängen.

[32] Rüthers/Fischer/Birk, Rechtstheorie, 7. Aufl., Rn. 708, in Anlehnung an Heck, AcP 1914, 13 ff.
[33] Rüthers/Fischer/Birk, Rechtstheorie, 7. Aufl., Rn. 725 ff.
[34] Kübbeler, Argumentation, 30 ff.
[35] Und soweit einem Gesetz überhaupt eine Begründung angefügt ist, sollte man bedenken, dass diese in der Regel in den Ministerien formuliert wurde und nicht „kurzerhand jenen Personen untergeschoben werden [kann], die den Gesetzesbeschluss fassen", so: Zippelius, Methodenlehre, 19, zitiert von: Kübbeler, Argumentation, 28; Dagegen: Koch/Rüßmann, Juristische Begründungslehre, 212.
[36] Kübbeler, Argumentation, 24-26.
[37] Kübbeler, Argumentation, 43 f.
[38] Wank, Rechtsfortbildung, 63; Kübbeler, Argumentation, 30 f.
[39] ... was nichts daran ändert, dass jegliches Verstehen den Willen eines Akteurs gedanklich voraussetzt, Poscher, Cambridge Companion to Hermeneutics, 327 f. Auch die objektive Auslegung kommt insofern nicht an einem (wenn auch metaphorischen) Willen des Gesetzes vorbei.
[40] Buchwald, Begründung, 28; Es darf bestritten werden, ob dieser Streit ein sinnvoller ist. Differenzierend: Wischmeyer, Zwecke im Recht.
[41] Kriele dementiert aus diesem und anderen Gründen, dass es einen kategorialen Unterschied zwischen Auslegung und Rechtsfortbildung gibt: Kriele, Rechtsgewinnung, 221.

2. Verfassung: Strukturierende Rechtslehre

Die strukturierende Rechtslehre leitet aus der „Verfassungs- und Rechtsgebundenheit staatlicher Funktionsausübung“[42] im Falle frontalen Widerspruchs zwischen verschiedenen Deutungsvarianten einen Vorrang von grammatischen und systematischen Auslegungselementen ab.[43] Dies wird mit der Gewaltenteilung und der Volkssouveränität begründet.[44] Jedoch ist es in schwierigen Fällen gerade die Unklarheit des Normtextes, die überhaupt eine Auslegung erforderlich macht.[45] So wird deutlich, dass der Verweis auf den Wortsinn die Richterin nicht zu disziplinieren vermag. Wie eingangs demonstriert worden ist (siehe „B.I.1“), ist einem unklaren Wortsinn nur in Rückgriff auf andere Auslegungselemente beizukommen, nicht aber indem man sich den Wortsinn etwa noch intensiver zu Gemüte führt.

Ein schwerwiegenderes Problem stellt sich aber auf konzeptioneller Ebene: Denn die Rückbindung methodischer Vorgaben an die Verfassung führt auch hier in einen logischen Zirkel: Um verbindliche Methodenvorgaben aus der Verfassung abzuleiten, müsste zunächst mit den erst zu ermittelnden Methoden das Verfassungsgesetz ausgelegt werden.[46] *Christensen* und *Kudlich* führen an, dass die verfassungsrechtliche Rückbindung der Methodik nicht in einen logischen Zirkel führe, weil man

> zunächst von einem methodisch nicht gesicherten Vorverständnis der Verfassungsnormen ausgehen [könne]. Erst nach der Formulierung einer von diesen Voraussetzungen ausgehenden Methodik ist es möglich, die Auffassung der methodenbezogenen Norm selbst zu überprüfen und gegebenenfalls zu korrigieren. In diesem Vorgehen liegt kein logischer, sondern höchstens ein hermeneutischer Zirkel.[47]

Mich überzeugt das nicht. Dass der Vorgang subjektiven Verstehens im Wege eines hermeneutischen Zirkels und dem mitgebrachten Vorverständnis zu erklären ist, mag sein. Hierauf aber die Maßstäbe richterlicher Rechtsarbeit stützen zu wollen, erscheint mir prekär, da das hermeneutische Vorgehen selbst Maßstäbe vermissen lässt. Konkret: Wenn vom Vorverständnis ausgehend eine „Auffassung der methodenbezogenen Normen“ der Verfassung gewonnen ist, nach welchem Maßstab soll anschließend entschieden werden, ob diese Auffassung „zu korrigieren“ ist? Den logischen Zirkelschluss mit einem hermeneutischen Zirkel zu ersetzen ist hierauf keine adäquate Antwort. Bezeichnend ist insofern, dass *Jestaedt* auf Grundlage seiner verfassungstheoretischen Rechtserkenntnistheorie zu einem Primat der subjektiv-historischen Auslegung kommt – also mit einer anderen Auslegungshypothese „in den hermeneutischen Zirkel eingestiegen“ zu sein scheint und auch im Wege nachfolgender Korrekturen nicht zum gleichen Ergebnis kommt wie die strukturierende Rechtslehre.[48]

[42] Müller, Juristische Methodik, 251.
[43] Müller, Juristische Methodik, 251.
[44] Laudenklos, Kritische Justiz 1997, 149.
[45] Laudenklos, Kritische Justiz 1997, 149.
[46] Pawlowski, Methodenlehre, Rn. 7.
[47] Christensen/Kudlich, Vom vertikalen zum horizontalen Verständnis, 20.
[48] Jestaedt, Grundrechtsentfaltung, 340; Wischmeyer, Zwecke im Recht, 349 Fn. 125.

III. Einordnung und Kritik

So lässt sich beobachten, dass Begründungsversuche für eine leitprinzipienbasierte Rangfolge einem logischen Zirkel zum Opfer fallen: (1) *Rüthers* möchte Vorrangregeln etablieren, derer Befolgung im Einzelfall selbst eine zumindest vorläufige Auslegung erfordert, nämlich in Beantwortung der Frage, ob eine Lücke im Gesetz besteht. Hiervon soll nämlich abhängen, wie auszulegen ist (subjektiv oder objektiv als Rechtsfortbildung). (2) Genauso ergeht es der strukturierenden Rechtslehre, die Auslegungskonflikte in Rekurs auf die Verfassung lösen möchte – was bereits eine Auslegung der Verfassung voraussetzt.

Hier begegnet uns die nicht auf die Rechtstheorie begrenzte Letztbegründungsproblematik, die auch als „Münchhausen-Trilemma“ bezeichnet wird. Dieses Trilemma besagt, dass jeder Versuch letzter Begründung unmöglich ist und stattdessen in eine von drei Möglichkeiten mündet: (1) einen Zirkelschluss, (2) einen infiniten Regress, oder (3) zum Begründungsabbruch und damit einem Dogma führt.[49]

In anderen Begriffen, aber letztlich dieselbe Problematik erfassend, hat *Esser* Kritik an der klassischen Methodenlehre geübt. Das den Begründungsabbruch markierende Dogma im Rahmen des Münchhausen-Trilemmas begegnet uns bei *Esser* als hermeneutisches Vorverständnis. Die Einsicht der Hermeneutik, dass das Verstehen eines Textes nur möglich ist, wenn man mit einem Vorverständnis an den Text herantritt,[50] wurde von *Esser* in die Rechtswissenschaften getragen und als Kritik an der klassischen Methodenlehre in Stellung gebracht.[51] Die Methodenlehre diene lediglich der argumentatorischen Einkleidung von Ergebnissen, die tatsächlich dem individuellen Vorverständnis des Interpreten geschuldet sind.[52] So resümiert *Esser* nach einer Analyse von Entscheidungen des BGH, dass

> in der Tat höchst willkürlich oder scheinbar willkürlich, nämlich vom Ergebnis bestimmt, historische oder grammatische, systematische oder zweckreflektierende Interpretationsmerkmale selektiv benutzt werden.[53]

Dies deckt sich mit obigem Befund, dass etwas Unbegründetes vorausgesetzt wird, auf dessen Basis dann eine Ableitung erfolgt.

Damit bröckelt das legitimatorische Fundament der klassischen Sichtweise, welches auf einer klaren Scheidung von Rechtsetzung und -anwendung fußt. Denn diese Unterscheidung existiert zwar in einer idealen Begriffswelt, kann aber in der Praxis nicht eingelöst werden.[54] Vielmehr eignet der Rechtsanwendung ein produktives Element, sodass eine strikte Unterteilung in Rechtsetzung und Rechtsanwendung als Anspruch an oder gar realistische Beschreibung der richterlichen Rechtsarbeit nicht haltbar ist. Aber die Enttäu-

[49] Das Konzept geht wohl zurück auf Albert, Traktat über kritische Vernunft.
[50] Schroth, Hermeneutik, 272 mit Verweis auf: Gadamer, Wahrheit und Methode, 250 ff.
[51] Esser, Vorverständnis.
[52] Esser, Vorverständnis.
[53] Esser, Vorverständnis, 123.
[54] Bumke, Rechtserzeugung, 37.

schung hat auch etwas Gutes, denn, wie es *Esser* formuliert:

> die vermeintliche Wertfreiheit des juristischen Denkens ist notwendig ideologieanfälliger als die Freiheit des Richters zur Wertung, die Wertungsfreiheit, die das Ergebnis rechtfertigen oder doch plausibel machen muss.[55]

D. Rechtserzeugung im Wege juristischer Argumentation

I. Grundposition: Rechtserzeugung

Statt auf einer begrifflich sauberen, aber praktisch nicht einlösbaren Unterscheidung von Rechtsetzung und Rechtsanwendung zu beharren, könnte man die Idee zugrunde legen, dass jeder Rechtsarbeit immer auch ein Moment der Rechtserzeugung innewohnt.[56] Wir haben eingangs festgestellt, dass der Unbestimmtheit eines Textes nur beizukommen ist, indem wir eine neue sprachliche Verwendungsregel schaffen (man könnte auch sagen: „erzeugen") (siehe B.I). Diese Einsicht verträgt sich gut mit der These *Kelsens*, dass

> das Ergebnis einer Rechtsinterpretation nur die Feststellung des Rahmens sein [kann], den das zu interpretierende Recht darstellt, und damit die Erkenntnis mehrerer Möglichkeiten, die innerhalb dieses Rahmens gegeben sind.[57]

Das Auswählen einer dieser Möglichkeiten ist dann ein Akt der Rechtserzeugung, der darüber hinaus nicht kategorial vom Akt der Rechtsetzung durch den Gesetzgeber zu unterscheiden ist. Denn auch der Gesetzgeber ist gehalten, innerhalb des von der Verfassung abgesteckten Rahmens Recht zu erzeugen, obgleich dieser verfassungsrechtliche Rahmen natürlich sehr viel weiter ist als der Rahmen, in dem sich ein das Gesetz konkretisierender Richter bewegt.

Es gibt also ein Kontinuum der Rechtserzeugung durch Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung mit abnehmender, aber stets vorhandener Entscheidungsfreiheit.

II. Verständnis der richterlichen Rechtsarbeit: Diskurstheorie

Vor dem Hintergrund der unumgänglich rechtserzeugenden Tätigkeit der Rechtsprechung stellt sich die Frage, was das Postulat der Gesetzesbindung von der richterlichen Rechtsarbeit fordert. Welche Ansprüche gehen von der Gesetzesbindung aus? Wie ist die richterliche Rechtserzeugung zu rationalisieren oder dem Gesetz zuzurechnen?

Nachfolgend soll eine von vielen möglichen Antworten rekonstruiert und kritisiert werden: Die der Theorie der juristischen Argumentation. *Alexys* Konzeption richterlicher Rechtsarbeit bietet sich deshalb an, weil sie sowohl die Existenz von Regelungs- und Erkenntnisdefizit nicht in Abrede stellt als auch das oben benannte Münchhausen-Trilemma erkennt und zu lösen sich anschickt. In anderen Worten: Die Theorie der juristischen Argumentation setzt den bisherigen Gedankengang der Darstellung voraus und erhebt trotz der festgestellten theoretischen Schwierigkeiten den Anspruch, das Gesetzesbindungspostulat einzulösen.

1. Grundlage

Dem angesprochenen Regelungs- und Erkenntnisdefizit will die Argumentationstheorie beikommen, indem nicht vorauszusetzendes Recht bloß erkannt werden soll, sondern eine „institutionalisierte Prozedur der Rechtserzeugung"[58] in Anschlag gebracht wird. Die Rechtserzeugung ist hier Produkt eines Diskurses, wobei der juristische Diskurs „ein Sonderfall des allgemein praktischen Diskurses"[59] sei (Sonderfallthese). Das bedeutet, dass es bei beiden Diskursen um die Richtigkeit normativer Aussagen geht,[60] weswegen dezidiert juristische Argumente mit allgemein praktischen Argumenten zu verbinden sind (Integrationsthese).[61]

In der Gesellschaft findet auf erster und unterster Stufe der Rechtserzeugung ein allgemeiner praktischer Diskurs statt. Wenn aus dem allgemeinen praktischen Diskurs keine abschließende und allgemein befolgte Handlungsnorm hervorgeht, eine solche aber prinzipiell von den Diskursteilnehmern als sinnvoll erachtet wird, „entscheidet der Gesetzgeber auf der zweiten Stufe im Gesetzgebungsverfahren"[62]. Wegen dem Regelungs- und Erkenntnisdefizit besteht bei der Einzelfallanwendung der geschaffenen Gesetze das nunmehr bekannte Problem, dass keine Interpretation mithilfe der Methodenlehre als einzig richtige ausgewiesen werden kann.

Dieses Problem zu lösen, kommt der dritten und vierten Stufe zu. Die vom Gesetz unbeantworteten Fragen sollen auf der dritten Stufe im praktischen *juristischen* Diskurs beantwortet werden, also innerhalb der Rechtswissenschaften und dort vornehmlich von der Rechtsdogmatik. Dieser juristische Diskurs unterscheidet sich von der ersten Stufe, dem allgemeinen praktischen Diskurs, nur durch die spezifisch rechtlichen Einschränkungen. *Alexy* schreibt: „Diese Prozedur ist wie die erste nicht in einem strengen Sinne

---

55 Esser, Vorverständnis, 116; Kriele ist inhaltlich derselben Auffassung: „Keine Interpretation ohne Wertung", Rechtsgewinnung, 96.

56 Die folgende Darstellung basiert auf: Bumke, Rechtserzeugung, 35 ff.; Jestaedt baut auch auf eine Rechtserzeugungskonzeption in: Rechtsetzung, 62 f.; Theoretische Grundlage bei Kelsen, Reine Rechtslehre, 236 ff.; Harts Rechtsbegriff läuft ebenfalls auf eine rechtserzeugende Rechtsprechung hinaus, Concept of Law. 124 ff.; Auch Esser hat die Perspektive der Rechtserzeugung gesehen: „...ein weniger hierarchisches Verständnis des Rechtsfindungsprozesses, nach welchem die Norm durch legislative und entscheidende Gewalt gemeinsam entsteht", Esser, Vorverständnis, 113. Im Angloamerikanischen Rechtsraum bereitet die Abgrenzung von Rechtsetzung und -Anwendung ebenfalls konzeptionelle Probleme: Klatt, Making the law explicit, 10 ff.

57 Kelsen, Reine Rechtslehre, 349; Allerdings bleibt auch Kelsen eine Antwort schuldig, wie der Rahmen, in dem sich die rechtsanwendende Rechtserzeugung zu halten hat, verlässlich erkannt werden kann. Laut Dreier ist „die Vorstellung eines Interpretationsrahmens, der noch zulässige von nicht mehr zulässigen Interpretationsvorschlägen trennt, im Grunde ebensowenig haltbar wie das Theorem von der einzig richtigen Auslegung", Dreier, Rechtslehre Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen, 149, Fn. 344. Kelsens Schweigen hierzu hat ihn dem Vorwurf des „methodologischen Nihilismus" ausgesetzt, siehe: Adomeit, Rechtstheorie, 77; Dagegen: Vesting, Aporien.

58 Alexy, Grundrechte, 500.

59 Alexy, Argumentation, 32.

60 Alexy, Argumentation, 33.

61 Alexy, Argumentation, 38.

62 Bäcker, Begründen, 204.

institutionalisiert, sie steht aber anders als diese unter der Bindung an Gesetz, Präjudiz und Dogmatik“[63]. Es soll auf dieser Stufe also nicht gefragt werden „was die schlechthin vernünftigste Lösung ist, sondern was die im Rechtssystem vernünftigste Lösung ist“[64]. Alexy erkennt an, dass reale Diskurse nicht entscheidungsdefinit sind, also mehrere (relativ) richtige, aber sich widersprechende Antworten Ergebnis des realen juristischen Diskurses sein können.[65] Damit das Recht aber seine Aufgabe der sozialen Konfliktbewältigen lösen kann, muss im Streitfall die „Festlegung auf genau ein Ergebnis“[66] zu verwirklichen sein.

Die notwendige Entscheidung zwischen den auf dritter Stufe erarbeiteten möglichen (relativ richtigen) Lösungen kommt auf der vierten Stufe den Gerichten zu.[67] „Diese Entscheidung ist notwendig eine außerdiskursive und insofern irrationale Festlegung.“[68] Allerdings erfolgt die Festlegung innerhalb der Ergebnispalette des auf dritter Stufe geführten juristischen Diskurses, sodass die Entscheidung zwar eine Dezision ist, aber eine relativ auf den juristischen Diskurs vernünftige, was für *Alexy* letztendlich relevant ist. Eine so ausgewiesene Entscheidung ist nach der juristischen Argumentationstheorie trotz ihres unbestreitbar irrationalen Anteils eine (relativ) richtige und damit rationale Entscheidung.

2. Gesetzesbindung

Die Gesetzesbindung soll verwirklicht werden, indem sie innerhalb des Diskurses der dritten und vierten Stufe als Maßstab vorausgesetzt wird, sodass eine Rechtsauffassung, um zu überzeugen, mit Sicht auf die Gesetzesbindung vernünftig *begründbar* sein muss.[69] Mehr noch, im Diskurs soll Argumenten, die die Gesetzesbindung zum Ausdruck bringen, prima facie ein größeres Gewicht zukommen.[70] Wann ein Gesetzesbindungsargument im Einzelfall mal hinter einem anderen Argument zurücktreten soll, könne allerdings nicht abstrakt bestimmt werden, sondern ist ein mit den „Mitteln der allgemeinen praktischen Argumentation zu lösendes Problem“[71]. Die Gesetzesbindungsproblematik wird damit vom abstrakt-theoretischen Bereich in einen diskursiven Prozess verschoben.[72] Hier soll die Dynamik des Diskurses zur Realisierung bestmöglicher Begründetheit führen.[73]

III. Einordnung und Kritik

1. Wahrheitsbegriff

Hiermit wird im Vergleich zu klassischen Sichtweise von einer *Korrespondenztheorie* der Wahrheit auf eine *Konsenstheorie* umgeschwenkt.[74] Während die klassische Sichtweise mit ihrer Unterteilung von Rechtsetzung und Rechtsanwendung auf bereits vorausgehendes Recht abstellt und eine Rechtsauffassung wahr ist, wenn sie mit dem ontologisch vorausgesetzten Recht *korrespondiert* – sich mit diesem deckt – wirft die Argumentationstheorie das Recht und seine Erkenntnis in eins und begreift die richtige Rechtsauffassung als das Produkt eines (idealen) Diskurses. Damit werden auch das Regelungs- und Erkenntnisdefizit als im diskursiven Prozess zu lösende Probleme verschmolzen.

2. Fehlen eines materiellen Maßstabs für die Gesetzesbindung

Neumann kritisiert meines Erachtens zu Recht, dass die Argumentationstheorie *Alexys* nichts zur Erhellung des materiellen Richtigkeitsmaßstabes von Argumenten beiträgt. Im Diskurs ist die entscheidende Aufgabe, „gute Argumente von schlechten, gewichtige von weniger gewichtigen zu unterscheiden“[75]. Während Konsensverfahren vorstellbar sind – wie beispielsweise demokratische Abstimmungen –, bei denen die (Abstimmungs-)Ergebnisse qua des sie produzierenden Verfahrens richtig sind, trifft dies bei der Begründetheit von Rechtsauffassungen gerade nicht zu.[76] Bei der Frage nach der richtigen Rechtsauffassung geht es um theoretische und praktische Erkenntnisse, die nicht zur Disposition einer Mehrheitsmeinung gestellt sind, sondern an die „Berücksichtigung der relevanten Sachgesichtspunkte“ gebunden sind.[77] *Weinberger* geht gar soweit einen konsenstheoretischen Ansatz als „Nonsens des Abstimmens über ‚Wahrheiten‘“[78] zu bezeichnen.

Die Verbesserung der Kommunikationsbedingungen kann in der Praxis zwar dazu führen, dass eine Argumentation auf einem höheren Niveau stattfindet und so bessere Begründungen hervorgehen. Die Verfahrensbedingungen sind aber selbst nicht Maßstab der Güte der im Verfahren vorgetragenen Argumente. Nach wie vor sind wir also auf der Suche nach einem materiellen Kriterium der Begründetheit und damit einer Antwort auf die Frage, welche Anforderungen das Gesetzesbindungspostulat stellt, nicht nähergekommen.[79]

An dieser Stelle gibt es zwei Möglichkeiten, die sich je nach dem Verständnis der „Begründetheit“ unterscheiden. Wird „Begründetheit“ in einem „empirisch-soziologischen Sinne“ verstanden, findet eine Relativierung des materiellen Richtigkeitsmaßstabes auf den faktischen Diskurs statt.[80] Dann ist richtig, was immer „Rechtswissenschaft und Rechtspraxis“ für richtig befinden.[81] Das dürfte einen weiten Raum auch für sich widersprechende Aussagen als zumindest „vertretbar“ lassen.[82] Lädt man den Begriff der „Begründetheit“ dagegen inhaltlich auf, erfüllt eine Aussage dieses Kriterium nur, wenn sie „sich durch vollständige Berücksichtigung aller relevanten Argumente und deren

[63] Alexy, Grundrechte, 500.
[64] Bäcker, Begründen, 204.
[65] Bäcker, Begründen, 201.
[66] Alexy, Grundrechte, S. 500.
[67] Bäcker, Begründen, 204.
[68] Bäcker, Begründen, 202.
[69] Alexy, Argumentation, 38.
[70] Alexy, Argumentation, 305.
[71] Alexy, Argumentation, 305.
[72] Alexy, Argumentation, 304-305.
[73] Kübbeler, Argumentation, 60.
[74] Neumann, Wahrheit, 24.
[75] Neumann, Wahrheit, 28; Gril, Erkenntnis, 85 ff.
[76] Neumann, Wahrheit, 28.
[77] Neumann, Wahrheit, 28; Gril, Erkenntnis, 85 ff.
[78] Weinberger, Grundlagenprobleme 266 zitiert bei: Brink, richterliche Entscheidungsbegründung, 250.
[79] Neumann, Wahrheit, 28; Gril, Erkenntnis, 85 ff.
[80] Neumann, Wahrheit, 37.
[81] Neumann, Wahrheit, 37.
[82] Neumann, Wahrheit, 37.

zutreffende Gewichtung auszeichnet".[83] Im ersteren Fall findet also eine Relativierung statt, während in letzterem Fall zur der Auffassung zurückgekehrt wird, dass es die einzig richtige Rechtsauffassung gibt und diese bloß erkannt werden muss.[84] Denn eine vollständige Begründung kann als eine solche nur angesehen werden, wenn sie erklärt, warum sie als einzige dastehen kann.[85] Man steht somit vor der Alternative einer Relativierung auf die Praxis oder eines nicht einlösbaren Wahrheitsanspruchs.

3. Letztbegründungsproblematik

Der inhaltlich aufgeladene Begriff der Begründetheit hilft praktisch nicht weiter. Es müsste immer weiter begründet werden: Wenn zum Beispiel behauptet wird „A hat schlecht gehandelt", kann dies mit „A hat gelogen" begründet werden.[86] Dies setzt jedoch die Regel „Lügen ist schlecht" voraus. Dies wiederrum könnte mit „Lügen verursacht vermeidbares Leiden" zu begründen sein, was wiederrum selbst die Regel „was vermeidbares Leiden verursacht, ist schlecht" voraussetzt, und so weiter. Wir sind hier also wieder mit dem bereits vertrauten „Münchhausen-Trilemma" konfrontiert.[87] *Alexy* schlägt folgenden Ausweg vor: Statt Gewissheit soll es um die Rationalität der Begründung gehen.[88] Das Problem der fehlenden Letztbegründung könne vermieden werden, wenn

> die Forderung nach immer weiterer Begründung einer jeden Aussage durch eine andere Aussage durch eine Reihe von Anforderungen an die Begründungstätigkeit ersetzt wird. Diese Anforderungen lassen sich als Regeln rationalen Diskutierens formulieren.[89]

Alexy liefert hier ein „universalpragmatisches" Argument[90] für das Abrücken von einer Letztbegründung und will damit einen Kompromiss zwischen Relativität und überspanntem Wahrheitsanspruch eingehen.[91] Das Argument hat vergröbert gesprochen die Form: Wenn wir uns Sprache bedienen wollen, müssen wir X akzeptieren. X sind hier die von *Alexy* vorgeschlagenen Diskursregeln,[92] die auch die Letztbegründungsproblematik lösen sollen. Die Darstellung der einzelnen Regeln ginge hier zu weit. Die Regel, die im juristischen Diskurs die Gesetzesbindung sicherstellen soll, haben wir aber schon betrachtet (siehe „D.II.2").

Problematisch ist, dass das Münchhausen-Trilemma jedenfalls bei der Begründung der Diskursregeln wieder auftritt. Denn auch die „Anforderungen an die Prozedur der Begründungstätigkeit, also die Regeln des rationalen Diskutierens", sind ihrerseits begründungsbedürftig.[93] Damit kann auch *Alexy* dem infiniten Regress nicht entkommen.[94] Es schwindet hiermit die Aussicht, dass sich die Anforderungen des Gesetzesbindungspostulats, die der besprochenen Problematik „Huckepack sitzen", theoretisch auf einen festen Untergrund stellen lassen.

E. Juristischer Dezisionismus

Sind wir damit auf ein dezisionistisches Verständnis richterlicher Rechtsarbeit zurückgeworfen? Ein solches wurde in verschiedenen Formen von Denkschulen diesseits und jenseits des Atlantiks vertreten.[95] So der bekannte Satz von *O.W. Holmes*, einem Anhänger des *american legal realism*: „The prophecies of what the courts will do in fact, and nothing more pretentious, are what I mean by the law."[96] Hiernach wäre die Gesetzesbindung richterlicher Rechtsarbeit eine bloße Chimäre und sollte als Projekt aufgegeben werden. Stattdessen wird die „Kluft" zwischen Urteil und materieller Rechtslage aufgelöst: „Kann man nicht sicherstellen, dass die in Rechtskraft erwachsende Entscheidung dem materiellen Recht folgt, so muss eben das materielle Recht dieser Entscheidung folgen."[97] Regelungs- und Erkenntnisdefizit werden hier also in eins geworfen und im Akt der richterlichen Entscheidung aufgelöst: Das Recht als solches gibt es dann nicht, sondern es liegt immer nur in der richterlichen Dezision. Davon abgesehen, dass diese Auffassung ihre ganz eigenen konzeptionellen Schwierigkeiten aufwirft – was etwa ist Entscheidungsmaßstab der einzelnen Richterin? Muss sie ihre eigene Entscheidung antizipieren?[98] –, ist sie in Bezug auf das Gesetzesbindungspostulat gänzlich unbefriedigend.

F. Gesellschaftliche Praxis und Gesetzesbindung

Nun da wir von der Theorie enttäuscht sind, können wir uns versuchen, in die Praxis zu flüchten. Ein naheliegender Fluchtpunkt wäre die Unterscheidung von einfachen und schwierigen Fällen: die oben beschriebenen theoretischen Probleme könnten als vereinzelte, nur in schwierigen Fällen virulent werdende, Spitzfindigkeiten hingestellt werden.

Und tatsächlich – der juristische Diskurs unterliegt einer stetigen Verengung, die der richterlichen Rechtsarbeit durchaus ein enges Korsett ist. Trotz des Umstandes, dass die klassische Methodenlehre nicht die Entnahme einer einzigen Entscheidung aus dem Gesetz vorschreiben kann (siehe „C.III"), verengen die klassischen Auslegungsmethoden doch den Rahmen möglicher Entscheidungen und binden diese an den Gesetzestext an. Bestimmte Auslegungsergebnisse scheiden so unzweifelhaft aus. Beispielsweise ist die Exekution eines Straftäters mit keiner juristischen Argumentation mit Art. 102 GG (Verbot der Todesstrafe) in Einklang zu bringen.[99]

---

83 Neumann, Wahrheit, 37.
84 Neumann, Wahrheit, 37.
85 Bei einer solchen Begründung gäbe es auch keinen Unterschied mehr zwischen Entscheidungs*findung* und Entscheidungs*begründung* (oder Herstellung und Darstellung), denn eine vollständige Begründung muss erklären, warum jede andere Entscheidung nicht zutreffend wäre.
86 Folgendes Beispiel ist von Alexy, Argumentation, 222 f.
87 So auch Alexy selbst:Alexy, Argumentation, 223.
88 Alexy, Argumentation, 223 f.
89 Alexy, Argumentation, 223.
90 Alexy, Argumentation, 231 ff.
91 So auch Klatt, Der Staat 2015, 473.
92 Die Regeln des praktischen Diskurses finden sich bei Alexy, Argumentation, 233-254.
93 Bäcker, Begründen, 176, mit Verweis auf: Gril, Erkenntnis, 136.
94 So auch Kaufmann, rechtswissenschaftliche Erkenntnis, 9, zitiert bei: Brink, richterliche Entscheidungsbegründung, 251.
95 Kelly, Western Legal Thought 365 ff.
96 Holmes, Harv. L. Rev. 1897, 457.
97 Neumann, Wahrheit, S. 44.
98 Hart, Concept of Law, 137; Zurückweisung von *legal realism* auf S. 142 ff.
99 Mahlmann, Rechtsphilosophie, 392.

Hinzu kommt das den juristischen Diskurs abermals verengende Richterrecht,[100] das zwar nicht über eine formelle Präjudizienwirkung die Richterin bindet (dies widerspräche dem Grundsatz der richterlichen Unabhängigkeit nach Art. 97 Abs. 1 GG[101]), aber über prozessuale Ausgestaltungen seine Befolgung nahelegt.[102] Es besteht jedenfalls eine Berücksichtigungspflicht von Präjudizien, sodass die Richterin, die hiervon abweichen will, eine besondere Begründungslast trifft.[103] Außerdem kann die Berufung auf Präjudizien arbeitsentlastend wirken, worin ein natürlicher Anreiz für ihre Befolgung zu sehen ist.[104]

Weiter hinzu kommt die Dogmatik, die mit der Fixierung von bestimmten Entscheidungsweisen und der damit einhergehenden Verengung des diskursiven Raumes zur Einhegung richterlicher Entscheidungsfreiheit beiträgt.[105] Einige Stimmen gehen gar so weit die Dogmatik im Sinne einer Diskursgemeinschaft mit *Dworkins* fiktivem Richter Herkules zu vergleichen:[106] Was der einzelne Teilnehmer der Rechtsordnung nicht zu leisten im Stande ist, sei als Produkt einer Schwarmintelligenz nicht so unrealistisch.

Prozessual abgesichert werden der Verweis auf Methodenlehre, Präjudiz und Dogmatik durch das Kollegialprinzip und den Instanzenzug.[107] Das Kollegialprinzip mildert den Einfluss „außerrechtlicher Faktoren auf die Entscheidungsfindung“, indem sich die Mitglieder eines Spruchkörpers gegenseitig auf Einhaltung juristischer Argumentationsstandards kontrollieren.[108] Es äußert sich anonym eine Richterin oder ein Richter des Bundesverfassungsgerichts etwa so:

> Der Eindruck, der manchmal erweckt wird: Wir machen das, wie wir gerade Lust haben – ist insofern nicht berechtigt. Das könnte man nicht vertreten. Es gibt auch keine augenzwinkernde ‘Kollegialität’, dafür sind die Richter nicht verschworen genug, um zu sagen: Das machen wir jetzt mal so! Das hat eine starke rechtsmethodische Kontrolle. (Interview Nr. 28)[109]

Diese Kontrolle auf „ausschließliche Rechtsbezüglichkeit“ und Präjudizienbeachtung von Entscheidungen setzt sich im Instanzenzug fort, indem die Rechtsmittelgerichte angefochtene Entscheidungen auf ihre „Richtigkeit“ überprüfen und dabei ihre eigene Rechtsprechung zugrundlegen.[110]

Vor diesem Hintergrund, so könnte man argumentieren, ist das oben beschriebene Problem – die Gesetzesbindung der richterlichen Rechtsarbeit theoretisch zu fundieren –, ein Problem, dass sich auf schwierige Fälle beschränkt. Und selbst dort herrscht allenfalls ein schwacher Dezisionismus, weil sich die Entscheidung immer noch innerhalb eines diskursiv abgesteckten Rahmens halten muss.[111] Dabei wäre ferner zu beachten, dass die Obersten Gerichte und die Rechtswissenschaft selten den klaren, sondern tatsächlich den „pathologischen“ Fällen besondere Aufmerksamkeit schenken – das Problem also in der Praxis von geringerer Relevanz ist, als die vorangegangenen Ausführungen dies vermuten ließen:[112] Schwierige Fälle sind “the daily diet of the law school”[113], wie *Hart* reflektierte. Die Rechtspraxis hingegen besteht zur überwältigenden Mehrheit aus einfachen Fällen. Betrachtet man die Rolle des Rechts in unserer Gesellschaft, so kann man gar nicht zu einem anderen Schluss kommen, als dass die Verhaltenssteuerung durch Gesetzestexte in der ganz überwiegenden Mehrheit der Fälle reibungslos funktioniert. Abermals *Hart*:

> If it were not possible to communicate general standards of conduct, which multitudes of individuals could understand, without further direction, as requiring from them certain conduct when occasion arose, nothing that we now recognize as law could exist.[114]

All das übersieht jedoch, dass kein Fall qua des einschlägigen Gesetzestextes ein einfacher Fall ist. Man stelle sich als Gedankenexperiment vor, ein neuer Planet würde besiedelt und die dort lebenden übernehmen das Grundgesetz und unsere anderen Gesetze, wie beispielsweise das BGB, erhielten aber keinen Zugang zu Präjudizien oder juristischen Kommentaren. Auf jenem Planeten würde es anfangs wohl keinen einzigen „einfachen“ Fall geben. Fälle werden erst in einer das Recht ausdifferenzierenden Praxis zu einfachen Fällen:[115] Die Rechtswissenschaft fixiert, spezifiziert und ordnet das Verhältnis von Gesetzen zueinander und legt so implizit Regeln über die Anwendung dieser Gesetze fest. Wenn Gerichte diese dogmatische Arbeit rezipieren und in eigenen Entscheidungen reproduzieren, wird Recht erzeugt. Dieser Prozess ist es, der aus vormals schwierigen Fällen einfache macht.[116]

I. Richterrecht

Die Existenz einfacher Fälle stellt sich somit gerade als Produkt richterlicher Rechtsarbeit dar, basiert also auf Rechtserzeugung abseits des Gesetzgebers. Da der Vorgang der Rechtserzeugung seinerseits „nicht vollumfänglich von geschriebenen Rechtsnormen“ determiniert ist, kann er nicht über die Gesetzesbindung vollständig legitimiert werden.[117] Das enge Korsett, das der richterlichen Rechtsarbeit angelegt ist, hat sich diese zu guten Teilen also selbst geschneidert. Es besteht zwar auch aus dem Stoff der Gesetzestexte,

[100] „Präjudizien“ und „Richterrecht“ werden nachfolgend synonym verwandt.
[101] Schönberger, VVDStRL 2012, 317; BVerfGE 87, 273, 278.
[102] Hinzu kommen Gesichtspunkte des Vertrauensschutzes (zum Beispiel: BGHZ 85, 64, 68), Vorlagepflichten (bspw. § 132 Abs. 2 GVG) und haftungsrechtliche Folgen für Rechtsanwälte und Verwaltung bei Außerachtlassung höchstrichterlicher Rechtsprechung: Schönberger, VVDStRL 2012, 318; Bumke, Rechtserzeugung, 39; Alexy, Argumentation, 335 m.w.N.
[103] Alexy, Argumentation, 336; Payandeh, Rechtserzeugung, 259 ff.; Kriele, Rechtsgewinnung, 243.
[104] Schönberger, VVDStRL 2012, 319.
[105] Alexy, Argumentation, 326; Hassemer, Bindung des Richters an das Gesetz; Roellecke/Starck, VVDStRL 1975, 64; Sauer, Methodenlehre, 204 m.w.N.
[106] Dworkin, Law’s Empire, 240-254; Herbst, JZ, 898; Schulz, Wahrheit im Recht, 358.
[107] Voßkuhle/Sydow, JZ 2002.
[108] Payandeh, Rechtserzeugung, 240 mit Verweis auf Kranenpohl, Hinter dem Schleier, 162 ff.
[109] Kranenpohl, Hinter dem Schleier, 332.
[110] Payandeh, Rechtserzeugung, 239.
[111] Langenbucher, ARSP, 405.
[112] Brink, richterliche Entscheidungsbegründung, 90.
[113] Hart, Harv. L. Rev. 1958, 615.
[114] Hart, Concept of Law, 124.
[115] Bumke, Forschungsgespräch, 2 Fn. 7.
[116] Rüthers, Rechtsdogmatik, 27 ff.
[117] Payandeh, Judikative Rechtserzeugung, 243.

erhält seine Form aber maßgeblich durch Richterrecht und Rechtsdogmatik. Die soeben dargestellte Einhegung der einzeln betrachteten richterlichen Entscheidung ist also erkauft um den Preis der Frage nach der Legitimität des Richterrechts. Das stellt uns vor einen doppelten Befund: (1) Die Frage der Gesetzesbindung lässt sich nicht mit Verweis auf die überwiegende Zahl einfacher Fälle relativieren. (2) Auf der Flucht in die Praxis wird man spätestens bei der Frage der Legitimität des Richterrechts von der Theorie wieder eingeholt.

Die Frage nach der Legitimität und den Grenzen des Richterrechts ist, soweit sie sich von der Frage nach der Gesetzesbindung unterscheidet, jedenfalls nicht einfacher zu beantworten und zudem ebenfalls von Vorverständnissen regiert (siehe „C.III“).[118] Die Letztbegründungsproblematik würde uns also auch hier bald einholen.

II. Institutionelle Betrachtung

Ein letzter Fluchtversuch in die Praxis soll mit einer institutionellen Betrachtung gewagt werden. Trotz des Umstandes, dass das Richterrecht nicht vollständig vom Gesetz determiniert ist, entzieht es sich nicht demokratischer Kontrolle. Denn der Gesetzgeber hat mit dem Erlass eines Gesetzes nicht nur das erste Wort, sondern kann auch ein letztes, berichtigendes Wort einlegen, wenn er mit einer Rechtsprechungslinie nicht zufrieden sein sollte.[119] Dies gilt übrigens nicht nur gegenüber der Rechtsprechung, sondern trifft auch auf dogmatische „Fehlentwicklungen“ zu. Wie *Kirchmann* es formuliert: „...drei berichtigende Worte des Gesetzgebers, und ganze Bibliotheken werden zu Makulatur.“[120] Der Gesetzgeber ist nämlich anders als die Rechtsprechung nach Art. 20 Abs. 3 GG nur an die Verfassung, nicht aber an einfaches Recht gebunden.[121] Dieses steht gerade zu seiner Disposition. Die mangelnde demokratische Legitimation des Richterrechts wird so zu guten Teilen durch die „stillschweigende Akzeptanz des Gesetzgebers“ kompensiert.[122] Aufgrund umfassenden Richterrechts das Bild eines „oligarchischen Richterstaat[s]“[123] zu zeichnen übersieht daher meiner Meinung, dass es sich eher um einen „Dialog zwischen Legislative und Judikative“ handelt, bei dem die Legislative immer das letzte Wort hat.[124] Darüber hinaus kann die Rechtsprechung nie von sich aus aktiv werden, sondern trifft „Entscheidungen nur anlässlich und im Rahmen konkreter Streitigkeiten“.[125] Die Rechtsprechung darf also überhaupt nur sprechen wenn sie gefragt worden ist und hat dann zu verstummen, wenn der Gesetzgeber das Wort erhebt.[126] Damit ist die von richterlicher Rechtserzeugung ausgehende Gestaltungsmacht im weiteren Institutionengefüge stark eingehegt.

Darüber hinaus ließe sich sogar argumentieren, dass Richterrecht die Steuerungsmacht und -Präzision des Gesetzgebers sogar erhöht. Denn das Richterrecht erfüllt für den Gesetzgeber eine Informationswirkung.[127] Aufgrund des oben erwähnten Regelungsdefizits (siehe „B.II“) wird es vielfach Situationen geben, in denen der Gesetzgeber gar keine genaue Vorstellung davon hatte, wie sein Gesetz wirken soll. Indem ihm durch Präjudizien für diese Situationen systematisch vor Augen geführt wird, wie es in der Praxis tatsächlich wirkt, kann er besser beurteilen, ob weiterer Regelungsbedarf besteht.[128] Das Parlament wird damit in die Lage versetzt, bis zum letzten Akt des Gesetzesvollzugs Kontrolle über seine Normativitätsproduktion auszuüben.[129] Damit stärkt das Richterrecht die Steuerungsmöglichkeiten des Gesetzgebers eher, als dass es sie schwächt.

Mit dieser institutionellen Betrachtung können die oben dargelegt Schwierigkeiten, einen theoretisch fundierten Maßstab für die Gesetzesbindung zu entwickeln, nicht vom Tisch gewischt werden. Aber es kann so meiner Meinung doch plausibel gemacht werden, dass die Rechtsprechung trotz ihrer Fähigkeit, die Bedeutung von Gesetzen zu bestimmen, nicht die zuvörderste und schon gar nicht die alleinige Macht im Staat ist, wie das etwa die Formulierung vom „oligarchischen Richterstaat“ suggeriert.

G. Fazit

Die Bindung an das Gesetz besteht aus einer eigenartigen Mischung methodischer, diskursiver, prozessualer und psychologischer Faktoren.

Würde sich die Justiz verschwören, wäre sie sicherlich eine kaum zu kontrollierende Macht im Staat und könnte eigene Vorstellungen von Gut und Richtig durchsetzen. Insofern besteht Gesetzesbindung zweifelsohne auch im Respekt vor dem Gesetzgeber als demokratischem Leitorgan. Dieser Respekt drückt sich in der Gesetzesbindung als allgegenwärtiger normativer Anspruch an die richterliche Rechtsarbeit aus. Hinzu kommt die Pflicht, die eigene Entscheidung juristisch, das heißt in Rückgriff auf die Methodenlehre zu begründen. Die Befolgung dieser Pflicht wird abgesichert durch Kolleginnen, und höhere Instanzen, die es zu überzeugen gilt. Hinzu treten Präjudizien, die den Raum zunächst akzeptabler juristischer Begründungen für neue schwierige Fällen zunehmend verengen. Dies wiederrum wird begleitet von einer institutionellen Wissenschaft, die mit Richtigkeitsanspruch die Arbeit der Rechtsprechung an

[118] Das Richterrecht lässt sich ebenfalls als Methodenfrage begreifen. So kann im Einzelfall gefragt werden, ob „den anerkannten Methoden der Gesetzesauslegung“ gefolgt wurde, BVerfGE 87, 273, 280; Schönberger, VVDStRL 2012, 326; Ein anderer Maßstab wäre die „kompetenzrechtliche Abgrenzung zwischen der ersten und der dritten Gewalt, mithin [...] eine originär verfassungsrechtliche Frage“, BVerfGE 122, 248, 285 – Rügeverkümmerung (abweichende Meinung). In der Literatur wird dem Richterrecht teilweise eine sehr enge Grenze gezogen, indem der Gesetzesvorbehalt für anwendbar erachtet wird, Hillgruber, JZ 1996, 123 ff., so auch Hermes, VVDStRL 2002, 136 ff.; Rechtsfortbildung wäre dann nur sehr begrenzt möglich. Auf der anderen Seite gibt es in der Literatur viele Stimmen, die das Richterrecht in seiner praktizierten Form für rechtmäßig halten.

[119] Payandeh, Rechtserzeugung, 246 ff.

[120] Kirchmann, Werthlosigkeit, S. 23.

[121] Payandeh, Rechtserzeugung, 246.

[122] Payandeh, Rechtserzeugung, 246 m.w.N.

[123] Rüthers, JZ 2006, 56.

[124] Payandeh, Judikative Rechtserzeugung, 247; Barak, The judge, 136 ff.; BVerfGE 132, 99, 130 f.

[125] Payandeh, Judikative Rechtserzeugung, 213.

[126] Das bedeutet nicht, dass der Gesetzgeber Vorgaben zur richtigen Interpretation seiner Gesetze machen dürfte. Aber er kann neue Gesetze erlassen.

[127] Payandeh, Rechtserzeugung, 245 m.w.N.

[128] Payandeh, Rechtserzeugung, 245.

[129] Payandeh, Rechtserzeugung, 246 angelehnt an: Herzog, Möglichkeiten und Grenzen des Demokratieprinzips, 489.

eigenen Ordnungsvorstellungen misst und kritisiert.[130] Das soweit beschriebene Gefüge ist seinerseits eingebettet in eine kritische Öffentlichkeit und den Dialog mit dem Gesetzgeber, der mit Gesetzen unliebsamen Rechtsprechungslinien (wie auch unerwünschten dogmatischen Lehrgebäuden) den Boden entziehen kann.

[130] Stelkens, Idee der einzig richtigen Entscheidung.

Ruth Sander*

Die internationale Verbundszuständigkeit

A. Einleitung

Ehen, die grenzüberschreitende Bezüge aufweisen, stellen längst keine Ausnahme mehr dar. Allein in Deutschland waren es 2020 rund 40.000[1] – Tendenz steigend.[2] Da diese Ehen ebenso wenig wie nationale gegen ihr Scheitern gefeit sind, nimmt auch die Anzahl der internationalen Scheidungen zu.[3] Scheitert eine Ehe, so ist Konsequenz nicht allein die Ehescheidung an sich, vielmehr stellen sich eine ganze Reihe von Fragen, die einer rechtlichen, gar gerichtlichen Klärung bedürfen – etwa zum nachehelichen Unterhalt, zu güterrechtlichen Ansprüchen oder zur elterlichen Sorge.

Das deutsche Eherecht sieht vor, dass über diese wesentlichen Folgefragen im sogenannten Scheidungsverbund gem. § 137 FamFG gemeinsam verhandelt und entschieden wird. Hierzu stellt die Norm eine einheitliche Zuständigkeit des angerufenen Gerichts der Scheidungssache für alle Folgesachen her. Dieses Regelungsmodell erfüllt vorrangig eine Warn- und Schutzfunktion: Es warnt, weil den Ehegatten durch die Konzentration der Scheidungsfolgen im Verbund die weitreichenden Auswirkungen einer Ehescheidung – persönlicher, wirtschaftlicher und rechtlicher Art – vor Augen geführt werden. Es schützt, weil der Ehegatte, der an der Ehe festhalten will, bzw. der sozial schwächere davor bewahrt wird, dass es zur Scheidung kommt, ohne dass zugleich die wesentlichen Folgefragen geklärt sind.[4]

Ein europarechtliches Pendant zu diesem Modell existiert nicht. Im Gegenteil: Verfahrensgegenstände, die Teil des Scheidungsverbunds sein können, fallen in den Anwendungsbereich verschiedener Rechtsquellen. Resultat ist ein unübersichtliches und daher vielfach kritisiertes[5] „Normendickicht". Steht dieses dem Ideal eines effizienten und für die Betroffenen möglichst unkomplizierten Scheidungsverfahrens entgegen? Besteht Bedarf, das Regelungswerk zu komprimieren? Wäre dies *de lege ferenda* überhaupt möglich oder sprechen überzeugende Gründe von vornherein gegen eine allgemeine Regelung? Diesen Fragen widmet sich der folgende Aufsatz.

B. Überblick über die europäischen Zuständigkeitsregelungen

I. Ehescheidung – Brüssel IIa-VO

Die internationale Zuständigkeit in Ehesachen[6], darunter die Ehescheidung, ist für die EU-Mitgliedstaaten durch die Brüssel IIa-VO einheitlich geregelt. Die Verordnung bezieht sich allein auf die Ehescheidung, d.h. auf das Statusverfahren als solches.[7] Folgesachen sind hingegen nicht erfasst.

Welches Gericht für die Ehescheidung international zuständig ist, bestimmt sich vorrangig nach Art. 3 Brüssel IIa-VO, der einen abschließenden Katalog[8] von sieben alternativen Anknüpfungsmomenten bereithält. Der Antragsteller hat also ein Wahlrecht, falls mehrere Zuständigkeiten gegeben sind.[9]

Die ersten sechs Regelungen (Art. 3 I lit. a) knüpfen allesamt in unterschiedlicher Weise an den gewöhnlichen Aufenthalt der Eheleute an: In Betracht kommen der gewöhnliche Aufenthalt beider Ehegatten in einem Mitgliedstaat (1. Str.) oder der letzte gewöhnliche Aufenthalt, sofern dieser von einem Ehegatten dort noch aufrechterhalten wird (2. Str.). Der klassische Beklagtengerichtsstand ist nach dem 3. Str. eröffnet. Bei gemeinsamer Antragsstellung ist auch am gewöhnlichen Aufenthalt eines Ehegatten die Zuständigkeit gegeben (4. Str.). Schließlich kann der Antragssteller an seinem mindestens einjährigen gewöhnlichen Aufenthalt die Scheidung einreichen (Str. 5). Die Frist verkürzt sich auf sechs Monate, sofern er die Staatsangehörigkeit dieses Mitgliedstaates besitzt bzw. dort sein *domicile* hat (6. Str.).

Schließlich sieht Art. 3 I lit. b eine Zuständigkeit der Gerichte des Mitgliedstaates vor, dessen Staatsangehörigkeit *beide* Ehegatten besitzen.

II. Unterhaltsrechtliche Folgesachen – EuUntVO

Auf Unterhaltspflichten findet die EuUntVO Anwendung. Die Zuständigkeit bestimmt sich vorrangig nach Art. 3 EuUntVO, der dem Kläger vier gleichrangige, konkurrierende Gerichtsstände eröffnet: zwei Aufenthalts- und zwei Annexgerichtsstände.[10]

1. Aufenthaltsgerichtsstände, Art. 3 I lit. a, b

Zuständig sind sowohl das Gericht des Ortes, an dem der Beklagte seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, als auch das Gericht am gewöhnlichen Aufenthalt des Berechtigten. Letzterer Gerichtsstand dient dem Schutz des als strukturell unterlegen angesehenen Unterhaltsberechtigten, er trägt dem

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

1 Statistischen Bundesamt, Eheschließungen zwischen Deutschen und Ausländern, unter: https://www.destatis.de/DE/Themen/Gesellschaft-Umwelt/Bevoelkerung/Eheschliessungen-Ehescheidungen-Lebenspartnerschaften/Tabellen/eheschliessungen-deutsch-auslaender.html [zul. abgerufen am 20.1.2022].

2 Rauscher/*Rauscher,* EuZPR/EuIPR, Einl. Brüssel IIa-VO, Rn. 2.

3 Vgl. *Gottwald*, FS Spellenberg (2006), 55, 56.

4 Vgl. Musielak/Borth/*Borth/Grandel*, FamFG § 137, Rn. 1.

5 Vgl. Rauscher/*Rauscher*, EuZPR/EuIPR, Einl. Brüssel IIa-VO, Rn. 7.

6 Die Ausführungen müssen sich auf die für heterosexuelle Ehen geltenden Normen beschränken.

7 Vgl. Erwgr. (8).

8 Vgl. Borrás Bericht, Rn. 29.

9 Vgl. MüKoFamFG/*Gottwald*, Brüssel IIa-VO Art. 3, Rn. 2.

10 MüKoFamFG/*Lipp*, EuUntVO Art. 3, Rn. 1.

Aspekt der Sachnähe Rechnung[11] und führt regelmäßig zu einem Gleichlauf von *ius* und *forum.*[12] Diese drei Gründe rechtfertigen es, dass der Gerichtsstand unabhängig davon begründet ist, ob der Unterhaltsberechtigte klagt oder verklagt wird.[13]

2. Annexzuständigkeit, Art. 3 I lit. c

Da Unterhaltsentscheidungen häufig erst als Neben- oder Folgeentscheidungen im Rahmen von Statusverfahren getroffen werden[14], sieht Art. 3 I lit. c EuUntVO eine Annexzuständigkeit vor: Begründet ist die Zuständigkeit desjenigen Gerichts, das für das Verfahren in Bezug auf den Personenstand zuständig ist, also insbesondere die in Art. 1 I lit. a Brüssel IIa-VO genannten Ehesachen.

Allerdings ist gem. Art. 3 I lit. c EuUntVO die Zuständigkeit in der Ehesache nur dann taugliche Basis für die Annexzuständigkeit, wenn diese nicht lediglich auf der Staatsangehörigkeit einer der Parteien beruht.[15] Bei Anwendung des Art. 3 Brüssel IIa-VO ist eine Zuständigkeitskonzentration damit nicht ausgeschlossen, da dieser keinen Gerichtsstand *allein* aufgrund der Staatsangehörigkeit eines Ehegatten vorsieht. Relevant wird die Ausschlusswirkung also erst dann, wenn die Scheidungszuständigkeit auf einer nationalen Restzuständigkeit gem. Art. 7 Brüssel IIa-VO beruht. Der dann im deutschen Recht maßgebliche § 98 I Nr. 1 FamFG gründet die Zuständigkeit allein auf die deutsche Staatsangehörigkeit eines Ehegatten, sodass eine Annexzuständigkeit für die Unterhaltssache gem. Art. 3 I lit. c EuUntVO ausgeschlossen wäre.

3. Gerichtsstandsvereinbarungen, Art. 4

Art. 4 EuUntVO eröffnet eine begrenzte Prorogationsmöglichkeit, in deren Zentrum die typischen Anknüpfungspunkte des gewöhnlichen Aufenthalts (lit. a) und der Staatsangehörigkeit einer oder beider Parteien (lit. b) stehen. Prorogiert werden kann zudem das bereits in der Ehesache zuständige Gericht oder die Gerichte desjenigen Staates, in dem die Ehegatten ihren letzten gewöhnlichen Aufenthalt für mindestens ein Jahr hatten (lit.c).

III. Güterrechtliche Folgesachen – EuGüVO

Auf güterrechtliche Folgesachen, darunter auch Streitigkeiten über die Nutzungsbefugnis der Ehewohnung und Haushaltsgegenstände[16] (vgl. § 137 II Nr. 3 FamFG), findet die EuGüVO Anwendung.

Da güterrechtliche Auseinandersetzungen typischerweise ebenfalls erst mit Scheitern der Ehe auftreten, ist auch hier der Gedanke der Verfahrenskonzentration prägend: Ist bereits ein mit der Güterrechtssache in Verbindung stehendes Scheidungsverfahren anhängig, so liegt die internationale Zuständigkeit für die Güterrechtssache gem. Art. 5 I EuGüVO ausschließlich in dem Staat, in dem dieses Verfahren bereits gem. Art. 3 ff. Brüssel IIa-VO betrieben wird. Anders als in der EuUntVO obliegt es hier allerdings den Mitgliedstaaten, eine tatsächliche Konzentration durch entsprechende Regelungen der örtlichen und sachlichen Zuständigkeit zu schaffen.[17]

Art. 5 I EuGüVO folgt einem hierarchischen Zuständigkeitssystem: Die akzessorische Zuständigkeit ist eine ausschließliche[18], die Vorrang genießt. Zudem ist sie derogationsfest.[19] Abs. 2 setzt für die Zuständigkeit eine zusätzliche Vereinbarung der Ehegatten voraus, wenn sich die internationale Zuständigkeit auf Art. 3 I lit. a 5. und 6. Str. Brüssel IIa-VO gründet. Allerdings können die Ehegatten auch hier nicht frei über die Zuständigkeit disponieren; es bedarf nur ihrer – teils formgebundenen, vgl. Art. 5 III EuGüVO – Bekräftigung.[20]

Nur wenn keine Annexzuständigkeit nach Art. 5 EuGüVO gegeben ist, kommt eine Gerichtsstandsvereinbarung nach Art. 7 EuGüVO in Betracht. Subsidiär ist der hierarchisch ausgestaltete objektive Gerichtsstand des Art. 6 EuGüVO eröffnet.

IV. Sonstige Folgesachen

Für kindschaftsrechtliche Folgesachen bestehen zwar gleich mehrere internationale Rechtsquellen – die Brüssel IIa-VO, das MSA und das KSÜ. Sie haben sich aber in den meisten Rechtsordnungen vom Paarbeziehungsregime der Eltern gelöst und sind nicht zwingend Teil des Scheidungsverbunds.[21]

Einige wenige Folgesachen – etwa Teile des Versorgungsausgleichs (§ 137 II 1 Nr. 1 FamFG) – werden nicht von den europäischen Verordnungen erfasst, vgl. Art. 1 II lit. f EuGüVO, und verbleiben damit für das autonome Verfahrensrecht der Mitgliedstaaten.

V. Zwischenbilanz

Der Überblick zeigt, dass es dem Gesetzgeber ein Anliegen ist, Ehe- und Folgesachen vor den Gerichten eines einzigen Mitgliedstaats zu konzentrieren und somit die in vielen europäischen Rechtsordnungen bekannte Verbundszuständigkeit auch auf unionsrechtlicher Ebene zu verwirklichen.[22]

Rechtsaktübergreifend liegen dem Konzept folgende Überlegungen zu Grunde: Es soll der zunehmenden Mobilität von Paaren während ihres Ehelebens Rechnung tragen, die ein schützenswertes Interesse an einer gebündelten Verhandlung haben.[23] Doppelte Gerichtsstände verursachen schließlich zusätzliche Kosten und führen zur Verschärfung der im Scheidungsfall ohnehin bestehenden emotionalen

[11] Vgl. MüKoFamFG/*Lipp*, EuUntVO Art. 3, Rn. 17.
[12] Vgl. *Hausmann*, IntEuFamR, C, Rn. 106.
[13] Vgl. MüKoFamFG/*Lipp*, EuUntVO Art. 3, Rn. 17.
[14] Vgl. *Hausmann*, IntEuFamR, C, Rn. 112.
[15] Vgl. Geimer/Schütze, Int. Rechtsverkehr/*Reuß*, EuUntVO Art. 3, Rn. 31.
[16] Vgl. MüKoBGB/*Looschelders*, EuGüVO Art. 1, Rn. 18.
[17] NK-BGB/*Mankowski*, EuGüVO Art. 5, Rn. 3.
[18] Vgl. MüKoFamFG/*Mayer*, EuGüVO Art. 5, Rn. 4; *Simotta*, FS Geimer (2017), 672, 694.
[19] Vgl. *Launhardt*, Europäisierung der internationalen Zuständigkeit, S. 131 f.
[20] Vgl. HK-ZPO/*Kemper,* EuGüVO Art. 5, Rn. 4.
[21] Vgl. *Dutta* in: Budzikiewicz, 73, 76.
[22] Vgl. NK-BGB/*Mankowski*, EuGüVO Art. 5, Rn. 1.
[23] Vgl. Erwgr. (32) EuGüVO.

Belastungen.[24] Insofern kann nicht allein die Verfahrenskonzentration das Ziel sein, sondern auch die Zuständigkeit eines Gerichts, welches möglichst im Interesse beider Ehegatten liegt.[25] Zudem bezweckt das Konzept eine Stärkung der Rechtssicherheit[26] und eine geordnete Rechtspflege, denn einander widersprechende Entscheidungen werden vermieden. Schließlich dient es der Prozessökonomie und Kosteneffizienz.[27]

Das umfassende „Gericht der Ehe in der Auflösung"[28] wird wohl überwiegend schon durch die Verwendung identischer Anknüpfungsmomente zustande kommen, jedenfalls aber durch die in jedem Rechtsakt vorgesehenen Annexzuständigkeiten. Zu beachten ist, dass ein tatsächlicher Scheidungsverbund dennoch nicht besteht: Es bleibt i.d.R. dem nationalen Prozessrecht der Mitgliedstaaten überlassen, durch entsprechende Bestimmungen zur sachlichen und örtlichen Zuständigkeit eine tatsächlich gebündelte Verhandlung vor ein und demselben Gericht zu gewährleisten.

C. Billigkeit und Effizienz des geltenden Zuständigkeitssystems?

Ausgehend von der Prämisse, dass ein Verbundverfahren grundsätzlich das Ideal darstellt, ist zu untersuchen, ob der dazu konzipierte Regelungsmechanismus des europäischen Gesetzgebers, mehrere Verordnungen durch Annexzuständigkeiten zu verbinden, diesem und den dahinterstehenden Wertungen gerecht wird. Dazu sind drei potenzielle Schwachstellen des Zuständigkeitssystems in den Blick zu nehmen.

I. Zu weitreichende Wahlmöglichkeiten des Art. 3 I Brüssel IIa-VO

Bei Betrachtung der Verordnungen fällt zunächst auf, dass Art. 3 I Brüssel IIa-VO eine besonders großzügige Wahlmöglichkeit an Gerichtsständen eröffnet. Dieser Umstand verdient deshalb Beachtung, weil der Zuständigkeit in der Ehesache eine entscheidende Bedeutung zukommt:

Zum einen bildet Art. 3 I Brüssel IIa-VO den zuständigkeitsrechtlichen Ausgangspunkt eines jeden europäischen Ehescheidungsverfahrens, sodass sich die einmal begründete Zuständigkeit im Regelfall auf den gesamten Scheidungskomplex auswirkt. Zwar löst die Rechtshängigkeit der anhängig gemachten Scheidung nicht zugleich eine Rechtshängigkeitssperre etwa für güterrechtliche Scheidungsfolgen aus, solange diese ihrerseits noch nicht anhängig gemacht wurden.[29] Gleichwohl müssen sich wegen der vorrangigen Annexzuständigkeit (Art. 5 I EuGüVO) die Gerichte in jedem anderen Mitgliedstaat im Hinblick auf die güterrechtlichen Scheidungsfolgen für unzuständig erklären.

Zum anderen wählt der Antragsteller mit Anrufung des Gerichts u.U. nicht allein die Zuständigkeit, sondern nimmt mittelbar auch Einfluss auf das anwendbare Sachrecht und damit auf den Ausgang des Verfahrens. Daher bestehen erhebliche Anreize für die Ehegatten, die Scheidung zuerst einzureichen, um sich die verfahrens- und materiellrechtlichen Vorteile eines besonders günstigen Forums zu sichern. Diese Gefahr des „Wettlaufs zu den Gerichten"[30] beruht freilich auf der Uneinheitlichkeit des Kollisionsrechts und ist auch insoweit zu relativieren, als mit Einführung der Rom III-VO eine einheitliche Vorschrift für das auf Ehestreitigkeiten anwendbare Recht vorgesehen ist. Allerdings gilt die Verordnung bis dato nur in 17 Mitgliedstaaten.[31] Solange die hinkende Rechtsvereinheitlichung[32] besteht, ist die unterschiedliche Beurteilung des Antragsbegehrens unvermeidlich, weil die verschiedenen Kollisionsregeln mitunter verschiedene Sachrechte zur Anwendung berufen.[33] Dieses *law shopping*[34] ließe sich selbst bei einer Vereinheitlichung des Kollisionsrechts nicht gänzlich vermeiden, denn es blieben die Unterschiede in der Auslegung und Anwendung eines vom inländischen abweichenden ausländischen Sachrechts. Gerade im Familienrecht bestehen hier erhebliche Divergenzen.[35]

Der weiten Wahlmöglichkeit des Antragstellers stehen umgekehrt kaum Steuerungsmöglichkeiten des Antragsgegners gegenüber.[36] Für ihn ist der Gerichtsstand und damit auch das anwendbare Recht u.U. nur schwer vorhersehbar. Auch mag er zu der gewählten Rechtsordnung nur einen losen Bezug haben.[37] Letztlich steht das Ziel, durch die Kumulation von Zuständigkeiten für jeden erdenklichen Fall ein sachnahes Forum bereitzustellen[38], nicht immer im Einklang mit den schutzwürdigen Interessen des Antragsgegners.

II. Effizienter Umgang mit parallelen Anträgen?

Der vom Gesetzgeber geschaffene Anreiz, die Scheidung möglichst zuerst einzureichen, führt dazu, dass mitunter mehrere Verfahren gleichzeitig oder kurz nacheinander in unterschiedlichen Mitgliedstaaten anhängig gemacht werden.

a) Anhängigmachung mehrerer Verfahren

So ist denkbar, dass ein Ehegatte, der sich bereits von seinem Partner getrennt hat, einen Anspruch auf vorzeitigen Zugewinnausgleich gem. den §§ 1385, 1386 BGB isoliert gerichtlich geltend macht. Die Zuständigkeit für diesen güterrechtlichen Anspruch richtet sich dann nach Art. 6 EuGüVO. Möchte der andere Ehegatte eine Verhandlung vor dem gewählten Forum vermeiden, ist er angesichts der weiten Wahlmöglichkeiten womöglich nicht gehindert, anschließend ein Gericht eines anderen Mitgliedstaates in der Ehesache nach Art. 3 Brüssel IIa-VO anzurufen. Mangels Identität des Verfahrensgegenstandes steht die Rechtshängigkeitssperre des Art. 19 I Brüssel IIa-VO nicht entgegen.

---

[24] Vgl. *Mankowski* in: Dutta/Weber, 11, 17 Rn. 7.
[25] Vgl. *Looschelders*, FS Kropholler (2008), 329, 335.
[26] Vgl. *Mankowski* in: Dutta/Weber, 11, 17 Rn. 7.
[27] Vgl. BeckOGK/*Wurmnest,* EuUntVO Art. 3, Rn. 48.
[28] *Mankowski* in: Dutta/Weber, 11, 17, Rn. 7.
[29] Vgl. *Antomo*, in: Pfeiffer/Wittmann/Escher, 14, 20.
[30] Vgl. KOM (2014) 225 endg., S. 5 f.
[31] Vgl. JurisPK-BGB/*Ludwig*, Rom III Einl., Rn. 5 f.
[32] *Kohler*, FamRZ 2008, 1673, 1673.
[33] Vgl. Geimer/*Geimer*, IZVR, Teil 4, Rn. 1099.
[34] Vgl. Rauscher/*Rauscher*, EuZPR/EuIPR, Art. 3 Brüssel IIa-VO, Rn. 15.
[35] Vgl. *Schack*, IZVR § 8, Rn. 245.
[36] Vgl. Geimer/*Geimer*, IZVR, Teil 4, Rn. 1108.
[37] Vgl. *Antomo* in: Pfeiffer/Wittmann/Escher, 14, 20 f.
[38] Vgl. Borrás Bericht, Rn. 27.

b) Mögliche Vorgehensweisen

In diesem Fall sind zwei Vorgehensweisen denkbar. Die beiden Verfahren könnten entweder parallel durchgeführt werden – die Güterrechtssache in dem einen Staat, die Ehesache in dem anderen. Dafür spricht das Prinzip der *perpetuatio fori* (vgl. § 261 III Nr. 2 ZPO), das auch im IZVR weithin unangefochtene Geltung beansprucht[39]. Gestützt werden kann diese Lösung darauf, dass die EuGüVO gerade keine dem § 263 FamFG i.V.m. § 281 ZPO vergleichbare Regelung bereithält, die eine zwingende Verfahrenskonzentration dadurch bewirkt, dass sie ein Abgabeverfahren zugunsten des nachträglich in der Ehesache angerufenen Gerichts vorsieht.[40]

Die h.M.[41] befürwortet hingegen, dass die Verfahren nachträglich gem. Art. 5 I EuGüVO gebündelt werden. Dies ist möglich, weil die Norm mit dem Verbindungserfordernis sehr geringe Anforderungen an die Annexzuständigkeit der Güterrechtssache aufstellt. Ein Antrag auf vorzeitige güterrechtliche Regelung kann also als güterrechtlicher Antrag „in Verbindung mit" der Ehesache i.S.d. Art. 5 I EuGüVO qualifiziert werden.[42]

Die nachträgliche Begründung der Annexzuständigkeit nach Art. 5 I EuGüVO führt zur Durchbrechung des Grundsatzes der *perpetuatio fori*; dem später in der Ehesache angerufenen Gericht wird also der Vorrang eingeräumt. Damit entfällt die Zuständigkeit für die Güterrechtssache am Auffanggerichtsstand des Art. 6 EuGüVO *ex nunc*[43] . Folglich hat sich das angerufene Gericht gem. Art. 15 EuGüVO für unzuständig zu erklären, um im Hinblick auf die Gütersache die Rechtshängigkeitssperre des Art. 17 EuGüVO aufzuheben.[44] Freilich kann der Antragsteller die *perpetuatio fori* einseitig nur in den Fällen des Art. 5 I EuGüVO durchbrechen; Art. 5 II EuGüVO setzt den übereinstimmenden Willen der Parteien voraus.

Dieses Ergebnis wird auf den Wortlaut des Art. 5 EuGüVO gestützt, der schlicht die Anrufung des Gerichts in einer Ehesache voraussetzt und gerade nicht danach differenziert, zu welchem Zeitpunkt dies geschieht.[45] Auch zeige in systematischer Hinsicht etwa der Art. 3 lit. c EuUntVO, dass der Gesetzgeber an anderer Stelle höhere Anforderungen an die Zuständigkeitskonzentration stelle[46], indem er voraussetze, dass „in der Nebensache" zum Scheidungsverfahren „über eine Unterhaltssache zu entscheiden ist". Insofern zeige die Konzeption des Art. 5 I EuGüVO, dass dieser generellen Vorrang genieße.[47] Der Gesetzgeber messe dem Konzentrationsgedanken eine höhere Bedeutung zu als der Stabilität der bereits in Anspruch genommenen Zuständigkeit.

[39] So MüKoFamFG/*Mayer*, EuGüVO Art. 5, Rn. 8; *Schack*, IZVR § 8, Rn. 451.
[40] Vgl. Keidel/*Giers*, FamFG § 263, Rn. 1.
[41] Siehe *Dutta* in: Budzikiewicz, 72, 90; *Mankowski* in: Dutta/Weber, 11, 14 f; MüKoBGB/*Looschelders*, EuGüVO Vor Art. 4, Rn. 27.
[42] So *Dutta*, FamRZ 2019, 1390, 1392.
[43] Vgl. MüKoBGB/*Looschelders*, EuGüVO Art. 5, Rn. 12.
[44] Vgl. *Dutta*, FamRZ 2016, 1973, 1979.
[45] Vgl. nur MüKoBGB/*Looschelders*, EuGüVO Art. 4, Rn. 11.
[46] Vgl. *Dutta*, FamRZ 2019, 1390, 1392; *Dutta* in: Budzikiewicz, 73, 90.
[47] *Mankowski* in: Dutta/Weber, 12, 13, Rn. 2.

c) Kritische Bewertung

Problematisch an der von der h.M. befürworteten Lösung ist, dass die spätere Anrufung des für die Scheidung zuständigen Gerichts nach der Brüssel IIa-VO bis zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung[48] in der Güterrechtssache relevant werden kann. Ein Ehegatte, der angesichts des bisherigen Prozessverlaufs ein für sich ungünstiges Ergebnis in der Güterrechtsstreitigkeit befürchtet, kann also dem bisherigen Verfahrensgang durch die Eröffnung des Scheidungsverfahrens im Ausland die zuständigkeitsrechtliche Basis entziehen.[49] Zwar gilt dies ebenso in Bezug auf die Regelung des § 263 FamFG i.V.m. § 281 ZPO. Allerdings sind die Bedenken im IZVR ungleich gewichtiger: Anders als im Bereich der örtlichen Zuständigkeit sind die bisherigen Prozessergebnisse vor einem neuen Forum im Ausland, welches ein anderes Prozessrecht anwendet und vor dem meist eine andere Sprache gesprochen wird, i.d.R. nicht mehr verwendbar.[50] Dass nun auf diese Weise Arbeit, Kosten und Zeit verloren gehen, ist zum einen unter prozessökonomischen Gesichtspunkten kritisch zu bewerten. Zum anderen stellt dies ein unbilliges Ergebnis für den Antragsteller dar, der das Verfahren bei noch nicht anhängiger Ehesache außerhalb des potenziellen Scheidungsgerichtsstands eingeleitet hat.

Kaum weniger problematisch wäre aber die andere Lösung: Zwei parallele Verfahren, vor allem wenn sie in unterschiedlichen Mitgliedstaaten geführt werden, bedeuten ebenfalls hohe Verfahrenskosten, u.U. eine längere Verfahrensdauer und sie begünstigen das Risiko, dass in den beiden Verfahren gegensätzliche Bewertungen getroffen werden.[51]

Letztlich offenbart die Konstellation ein Dilemma: Der Gesetzgeber ist gezwungen, abzuwägen zwischen dem Rechtsschutzinteresse des Antragsstellers, welches sich aus der einmal begründeten Zuständigkeit ergibt, und der rechtspolitisch wünschenswerten Verfahrenskonzentration. Interessengerecht wäre wohl, ausnahmsweise den Verbundsgedanken aufzugeben und es den Parteien freizustellen, die Annexzuständigkeit nachträglich herzustellen.[52] Ob ein solches Einvernehmen in diesen Fällen realistisch ist, bleibt aber fraglich.

III. Qualifikations- und Abgrenzungsschwierigkeiten

Hat ein Ehegatte das Scheidungsverfahren anhängig gemacht, muss das Gericht zunächst prüfen, ob es für das Erkenntnisverfahren international zuständig ist. Die zutreffende Beantwortung dieser Frage ist zentral, werden doch mitgliedstaatliche Entscheidungen unabhängig von der Beachtung der Zuständigkeitsregeln in anderen Mitgliedstaaten anerkannt und vollstreckt.[53] Erforderlich ist zunächst die richtige Einordnung des Streitgegenstandes. Dies ist regelmäßig unproblematisch, wenn die Scheidung

[48] Vgl. BGH 1.3.2011, NJW 2011, 2515, 2516.
[49] Vgl. *Magnus* in: Pfeiffer/Lobach/Rapp, 193, 200.
[50] Ebd.
[51] Vgl. *Wendland*, IPRax 2019, 1, 2.
[52] Vgl. *Magnus* in: Pfeiffer/Lobach/Rapp, 193, 201.
[53] Bzw. bei Scheidungen Eintragung im Personenstandsregister; MüKoFamFG/*Mayer*, EuGüVO Art. 15, Rn. 1.

und ihre Folgesachen vor ein und demselben Gericht anhängig gemacht werden. Da dies aber nach geltendem Recht nicht immer zwingend ist, können sich hier schwierige Qualifikations- und Abgrenzungsfragen stellen.[54]

1. Nicht eindeutig einzuordnende Rechtsinstitute

Die Familienrechtsordnungen einiger Mitgliedstaaten sehen z.T. scheidungsfolgenrechtliche Institute im Graubereich zwischen Güterrecht, Unterhaltsrecht und Versorgungsausgleich vor[55], die sich zunächst nicht eindeutig dem Anwendungsbereich einer Verordnung zuordnen lassen. Gleichwohl verpflichtet die Systematik des Zuständigkeitsrechts dazu, eine entsprechende Trennlinie zu ziehen, soweit für die Materien nicht dieselbe Zuständigkeit gegeben ist.[56]

Nicht unproblematisch ist z.B. der Umgang mit dem französischen Scheidungsfolgenrecht. Hiernach kann der eine Ehegatte dem anderen zur Zahlung eines Ausgleichsanspruchs, einer sog. *prestation compensatoire* gem. den Art. 270 ff. Code civil, verpflichtet sein. Zwecks endgültiger Regelung der finanziellen Verhältnisse[57] kann die Leistung im Wege eines Pauschalbetrags erbracht werden, dessen Höhe im richterlichen Ermessen liegt.[58] Denkbar ist aber ebenso, dass der Ehegatte die Leistung durch Zuteilung von Eigentum erbringt.[59]

2. Unproblematische Abgrenzung durch funktionale Qualifikation?

Ob die *prestation compensatoire* unterhalts- oder güterrechtlich zu qualifizieren ist, hängt von der Interpretation der beiden Systembegriffe „Unterhaltspflicht“ i.S.d. EuUntVO und „ehelicher Güterstand“ i.S.d. EuGüVO ab. Grundlage ist ein europarechtlich autonomen Begriffsverständnis[60], wobei – so der EuGH[61] – nach dem Zweck des Anspruchs zu fragen, also eine funktionale Abgrenzung[62] vorzunehmen ist. Soll der Anspruch vornehmlich den Lebensbedarf eines Ehegatten sichern und sich an dessen Bedürftigkeit und der Leistungsfähigkeit des Verpflichteten orientieren, ist eine unterhaltsrechtliche Qualifikation geboten. Erschöpft er sich hingegen in der Aufteilung der Gütergemeinschaft nach dem Scheitern der Ehe, ist er güterrechtlich zu qualifizieren.

Diese Vorgehensweise stößt mitunter an ihre Grenzen. Denn die *prestation compensatoire* verfolgt einerseits das Ziel, die durch die Zerrüttung der Ehe entstandenen ungleichen Lebensverhältnisse so weit wie möglich auszugleichen (vgl. Art. 270 II Cc). Andererseits orientiert sich die Höhe des Anspruchs an den Bedürfnissen des Berechtigten und den Mitteln des Verpflichteten.[63] Damit ist der Anspruch also doppelfunktionaler[64] Natur. Lässt er sich in einzelne Teile zerlegen, die jeweils einem bestimmten Zweck zugeordnet werden können, finden die EuGüVO bzw. die EuUntVO jeweils auf diese abgrenzbaren Teile Anwendung.[65] Ist eine Unterteilung nicht möglich, wird man kaum umhinkommen, die Qualifikationsentscheidung mittels einer Schwerpunktbetrachtung zu treffen.[66]

Der EuGH hat die *prestation compensatoire* zwar als unterhaltsrechtlich eingeordnet.[67] Dennoch zeigt sich, dass die Abgrenzung von Ausgleichsansprüchen eine Frage genauer funktionaler Qualifikation bleibt[68] und sich nur schwer verallgemeinerbare, vom Einzelfall losgelöste Entscheidungshilfen für die richtige Einordnung formulieren lassen.[69] In der Praxis werden daher ggf. Sachverständigengutachten zur Ermittlung der Rechtslage erforderlich sein. Das ist kostspielig, zeitaufwendig und wird der im Scheidungsverfahren gebotenen straffen Verfahrensführung kaum gerecht.

D. Grund für das Fehlen einer allgemeinen Regelung

Insgesamt zeigt sich, dass das Zuständigkeitsrecht die Ziele, die es mit einer Verfahrenskonzentration erklärtermaßen verfolgt, nicht immer uneingeschränkt erreichen kann. Da dies vorrangig darauf zurückführen ist, dass eine weite Auswahl an alternativen Zuständigkeiten eröffnet ist, erscheint eine allgemeine Regelung begrüßenswert, die eine einzige Zuständigkeit für Ehe- und Folgesachen vorsieht. Zwingende Voraussetzung für eine solche wäre allerdings, dass die bestehenden Normen derart kohärent ausgestaltet sind, dass sie sich problemlos „bündeln“ ließen. Existieren hingegen Divergenzen, so bestünde das Risiko, dass die den Unterschieden zugrunde liegenden gesetzgeberischen Wertungen unterminiert werden.

Im Folgenden sind die Zuständigkeitsregelungen auf ihre Einheitlichkeit hin zu untersuchen. Im Falle von Unterschieden ist zu beurteilen, ob diese durch Spezifika der verschiedenen Regelungsmaterien zu rechtfertigen sind. Wenngleich die Gemengelage primär das Produkt unterschiedlicher Entstehungszeitpunkte der einzelnen Rechtsakte ist[70], lassen sich u.U. dennoch legitime Gründe für den *status quo* finden.

I. Divergierende Ausgestaltung der Annexzuständigkeiten

Während die maßgeblichen Normen im nationalen Recht (§ 98 III und § 102 Nr. 3 FamFG) die Zuständigkeit für Ehesachen bedingungslos auf die Folgesachen erstrecken, zeigt ein Vergleich der Verordnungen, dass der Unionsgesetzgeber einen solchen Automatismus nicht überall zulässt.

---

54 Vgl. MüKoBGB/*Looschelders*, EuGüVO Art. 1, Rn. 46.
55 Vgl. *Dutta* in: Budzikiewicz, 73, 92.
56 *Martiny*, ZfPW 2010, 1, 10.
57 Vgl. *Döbereiner*, ZEuP 2007, 521, 526.
58 Vgl. Art. 270 II al. 2, 3 Cc: « Cette prestation a un caractère forfaitaire. […] dont le montant est fixé par le juge. »
59 Vgl. Art. 274 Cc: « attribution de biens en propriété […]».
60 Vgl. Palandt/*Thorn*, EuGüVO Art. 1, Rn. 3.
61 Siehe EuGH 27.2.1997, Rs. C-220/95, Slg. 1997 I-01147 – *Van den Boogaard*; EuGH 6.3.1980, Rs. 130/79, Slg. 1980-00731 – *de Caval II*.
62 Vgl. BeckOK BGB/*Wiedemann*, EuGüVO Art. 1, Rn. 28.
63 Vgl. Art. 271 CC; MüKoBGB/*Looschelders*, EuGüVO Art. 1, Rn. 47.
64 Vgl. Rauscher/*Andrae*, EuZPR/EuIPR, Art. 1 EuUntVO, Rn. 72.
65 EuGH 27.2.1997, Rs. C-220/95, Slg. 1997 I-01147, Rn. 22 a.E. – *Van den Boogaard*; *Hausmann*, IntEuFamR, C, Rn. 50.
66 So NK-BGB/*Magnus*, EuGüVO Art. 1, Rn. 34; *Andrae*, IntFamR § 4, Rn. 24.
67 Vgl. EuGH 6.3.1980, Rs. 130/79, Slg. 1980-00731 – *de Caval II*.
68 *Heiderhoff*, IPRax 2018, 1, 2.
69 MüKoFamFG/*Mayer*, EuGüVO Art. 1, Rn. 17.
70 *Maultzsch* in: v. Hein/Rühl, 153, 159.

1. Bestätigung durch Gerichtsstandsvereinbarung

Teilweise handelt es sich um gewillkürte Gerichtsstände[71], die eine flankierende Gerichtsstandsvereinbarung der Beteiligten voraussetzen. So fordert Art. 5 II EuGüVO im Falle der Klägergerichtsstände (Art. 3 I lit. a 5. und 6. Str. Brüssel IIa-VO) und der Restzuständigkeiten gem. Art. 7 Brüssel IIa-VO eine Zustimmung des Antragsgegners. Dass der Gesetzgeber mit diesem ungewöhnlichen *opt-in*-Modell[72] die Begründung der Annexzuständigkeit an vergleichsweise hohe Voraussetzungen knüpft, zeugt wohl davon, dass er gegen die dort genannten Zuständigkeiten der Brüssel IIa-VO gewisse Vorbehalte hegt. In Bezug auf die Klägergerichtsstände manifestiert sich dies schon in dem Ausdruck „spezielle Zuständigkeitsregeln"[73]. Tatsächlich handelt es sich hierbei um sehr weitreichende Gerichtsstände, die den Antragsteller begünstigen[74] und eine Abkehr von dem im IZVR verbreiteten Grundsatz des *actor sequitur rei* darstellen. Soweit also das Scheidungsgericht innere Legitimationsprobleme hat, muss die güterrechtliche Gerichtsstandsvereinbarung als zusätzliches Kriterium dieses Defizit ausgleichen.[75]

Freilich vernachlässigt eine solche Wertung, dass der kontradiktorische Charakter eines Zivilverfahrens auf ein Ehescheidungsverfahren nach heutigem Verständnis nur sehr bedingt übertragbar ist; Eheverfahren liegt vielmehr ein verursachungs- und rollenneutrales Verständnis zugrunde.[76] Daher ist auch die Abweichung vom Grundsatz des *forum rei* nicht per se als problematisch anzusehen. Vielmehr stellen die Klägergerichtsstände einen ausgleichenden Gegenpol zum Antragsgegnergerichtsstand (Art. 3 I lit. a 3. Str. Brüssel IIa-VO) dar.

Dass Kritik an diesen Gerichtsständen mithin nicht restlos überzeugt, spricht dennoch nicht gegen das zusätzliche Erfordernis einer Gerichtsstandsvereinbarung. Die weitreichenden Konsequenzen, die sich aus der Anhängigmachung der Ehesache ergeben, können auf diese Weise zum Schutz des Antragsgegners sinnvoll eingedämmt werden. Dieser legitimiert durch seine Zustimmung, dass auch die güterrechtlichen Folgesachen in jenen Staat gezogen werden, in dem der Antragsteller seinen „Erstschlag"[77] durchgeführt hat. Will der Antragsgegner keine gebündelte Verhandlung, so kann er dies verhindern, indem er keine auf diesen Mitgliedstaat lautende Gerichtsstandsvereinbarung schließt.[78] Dass damit das sinnvolle *forum connexitatis*[79] ein Stück weit seiner Wirksamkeit beraubt wird, muss dabei in Kauf genommen werden – jedenfalls, solange das großzügige Alternativverhältnis der Zuständigkeiten in Art. 3 Brüssel IIa-VO keine Änderung erfährt.

Gleiches gilt für das besondere Erfordernis einer Vereinbarung in Bezug auf jene Fälle, in denen die Zuständigkeit auf einer Restzuständigkeit nach Art. 7 Brüssel IIa-VO beruht (vgl. Art. 5 II lit. d): Hier besteht die Möglichkeit, dass das von Art. 7 Brüssel IIa-VO berufene nationale Recht zusätzliche exorbitante Gerichtsstände schafft,[80] (vgl. § 98 I Nr.1 FamFG). Vor diesen Gerichtsständen wird der Antragsgegner auf diese Weise geschützt.

2. Zusätzlicher Anknüpfungspunkt

Außerdem macht der Gesetzgeber einige Annexzuständigkeiten von einem zusätzlichen Anknüpfungskriterium abhängig: So ist etwa nach Art. 3 lit. c EuUntVO die Zuständigkeit in der Ehesache nur dann taugliche Basis für eine unterhaltsrechtliche Annexzuständigkeit, wenn diese sich nicht einzig auf die Staatsangehörigkeit einer der Parteien gründet.[81]

Erklärt werden kann dies damit, dass der Gesetzgeber auf diese Weise eine besondere Nähe des Gerichts der Ehesache zum Verfahrensgegenstand der Unterhaltssache garantiert. Bei einer Zuständigkeit, die allein auf die Staatsangehörigkeit *eines* Ehegatten gründet, bestünde oftmals keinerlei faktische Bindung zu dem betreffenden Staat. Zudem würde auf diese Weise ein reines *forum auctoris* begründet.[82] Zwar besteht ein solches in Art. 3 I lit. a 5. und 6. Str. Brüssel IIa-VO auch, ist dort aber an das qualifizierende Element der bestimmten Aufenthaltsdauer geknüpft. Diese Überlegungen werden nun durch den Staatsangehörigkeitsvorbehalt des Art. 3 lit. c EuUntVO auf die mit der Ehe in Verbindung stehenden Unterhaltssachen übertragen. Schließlich wird durch Art. 3 lit. c EuUntVO nicht in jedem Fall die Brüssel IIa-VO berufen, sondern u.U. auch nationales Recht.

II. Unterschiedlich weitreichende Prorogationsmöglichkeiten

Unterschiedlich ausgestaltet sind schließlich die in den einzelnen Verordnungen vorgesehenen Prorogationsmöglichkeiten: Die Brüssel IIa-VO schließt eine Prorogationsmöglichkeit für die Ehesache kategorisch aus. Während die EuGüVO die Möglichkeit einer Gerichtsstandsvereinbarung für Güterrechtssachen i.V.m. einer Ehesache nicht vorsieht, ist eine solche in der EuUntVO gem. Art. 4 gegeben – unabhängig davon, ob über diese in einer Nebensache in einem bereits anhängigen Eheverfahren zu entscheiden ist.

Dem Art. 4 EuUntVO liegt der Gedanke der Parteiautonomie zu Grunde. Telos der Prorogationsmöglichkeit ist es, größere Rechtssicherheit, Vorhersehbarkeit und Eigenständigkeit der Parteien zu fördern[83]. Gerichtsstandsvereinbarungen schaffen schon im Vorfeld eines Rechtsstreits Klarheit darüber, welche Gerichte eines Staates zuständig sind. Zudem können die Parteien durch eine kombinierte Wahl von Gerichtsstand und anwendbarem Recht für einen Gleichlauf von Zuständigkeit und Unterhaltsstatut sorgen.[84] Dass die Rechtswahl auf jene Gerichtsstände beschränkt bleibt, zu denen eine gewisse sachliche Beziehung besteht, soll das

[71] *Dutta* in: Budzikiewicz, 73, 85.
[72] *Wendland*, IPRax 2019, 1, 5.
[73] Vgl. Erwgr. (34).
[74] Vgl. *Mankowski* in: Dutta/Weber, 12, 18, Rn. 8.
[75] *Mankowski* in Dutta/Weber, 12, 18, Rn. 8.
[76] Vgl. Rauscher/*Rauscher*, EuZPR/EuIPR, Art. 3 Brüssel IIa-VO, Rn. 40.
[77] *Mankowski* in: Dutta/Weber, 12, 18, Rn. 8.
[78] Vgl. *Simotta*, in: FS Geimer (2017), 672, 678.
[79] *Mankowski* in: Dutta/Weber, 12, 18 f., Rn. 9.
[80] Vgl. Staudinger/*Spellenberg*, Brüssel IIa-VO Art. 6, Rn. 3.
[81] Vgl. *Dutta* in: Budzikiewicz, 73, 82.
[82] Vgl. Borrás Bericht, Rn. 33.
[83] Vgl. Erwgr. (19).
[84] Vgl. MüKoFamFG/*Lipp*, EuUntVO Art. 4, Rn. 4.

forum shopping auf ein Minimum reduzieren[85] und eine Benachteiligung des Unterhaltsberechtigten verhindern, der zur Deckung seines Lebensbedarfs auf den Unterhalt angewiesen ist.[86]

In der EuGüVO hingegen wiegt der Konzentrationsgedanke schwerer als die Möglichkeit einer Prorogation: Das güterrechtliche Verfahren ist i.d.R. zwingend an das bereits anhängige Scheidungsverfahren gekoppelt. Dass die Brüssel IIa-VO für dieses wiederum keine Prorogationsmöglichkeit eröffnet, ist kaum überzeugend zu begründen: Bereits der umfassende Katalog alternativer Zuständigkeiten in der Verordnung zeugt wohl von der Einsicht, dass auch ein ausgeklügeltes System ausschließlicher Kompetenzregeln, die für jeden Fall ein einziges passendes Forum bereitstellen, auch im Rahmen eines internationalen Ansatzes kaum realisierbar ist.[87] So ist es nicht verwunderlich, dass in anderen europäischen Verordnungen Gerichtsstandsvereinbarungen seit jeher vorgesehen sind. Innerhalb des IZVR und IPR – selbst im Familienrecht – herrscht inzwischen eine allgemeine Tendenz hin zu einer stärkeren Berücksichtigung des Parteiwillens.[88] Die Brüssel IIa-VO, die dem gemeinsamen Parteiwillen der Ehegatten einzig in Art. 3 I lit. a 4. Str. Beachtung schenkt, hinkt in der Entwicklung damit auffallend hinterher. Dabei scheint es gerade angezeigt, der Parteiautonomie der Ehegatten mehr Raum einzuräumen, wenn deren einvernehmlicher Scheidungswille gegeben ist. Im Übrigen kann nur auf diese Weise der auf kollisionsrechtlicher Ebene inzwischen zugelassenen Wahlmöglichkeit (vgl. Art. 5 Rom III-VO) vollständig zur Geltung verholfen werden.

III. Zwischenergebnis

Insgesamt zeigt der Vergleich, dass die Regelungen nicht unerhebliche Unterschiede aufweisen. Der Gesetzgeber schiebt einem automatischen Verbund von Ehe- und Folgesachen in den ganz überwiegenden Fällen verschiedenartig ausgestaltete Riegel vor, denen teilweise überzeugende Erwägungen zugrunde liegen. Festhalten lässt sich damit zweierlei: Zum einen ist es nicht ohne weiteres denkbar, eine allgemeine Regelung für Ehe- und Folgesachen zu schaffen. Zum anderen ist die Zuständigkeitskonzentration nicht uneingeschränkt erstrebenswert, nämlich dann nicht, wenn schützenswerte Interessen entgegenstehen.

E. Lösungsansatz: Möglichkeit einer Gerichtsstandsvereinbarung

Etwaige Reformen des geltenden Rechts müssten sinnvollerweise zunächst darauf abzielen, die bestehenden Regelungen kohärenter auszugestalten und „kritikwürdige Binnendiskrepanzen“[89] zu beseitigen. Einer der in Betracht kommenden Ansatzpunkte ist die Einführung einer Prorogationsmöglichkeit für Ehesachen, welche die Parteien parallel zum anwendbaren Recht ausüben können. Auf diese Weise würden die oben genannten Problematiken des Zuständigkeitsrechts zumindest partiell entschärft: Gerichtsstandsvereinbarungen schaffen Konzentration und vermeiden somit, dass schwierige Qualifikationsfragen gelöst werden müssen. Die Gefahr des *forum shoppings* wird reduziert, da eine Gerichtsstandsvereinbarung die ausschließliche Zuständigkeit eines Gerichts bewirkt. Insofern ist auch das Risiko ineffizienter Verfahrensführung durch spätere Anhängigmachung einer Ehesache eingedämmt.

I. Gegenstand und Reichweite der Vereinbarung

Parteien, die sich aufgrund der internationalen Einbettung ihrer Ehe für eine parteiautonome Regelung entscheiden, streben typischerweise umfassendere Lösungen an, die sich auch auf verschiedene Teilmaterien erstrecken sollen.[90] Insofern ist eine Vereinbarung anzudenken, die sowohl die Ehesache als auch die mit ihr verbundenen Folgesachen umfassen darf.

Freilich sind bei Konzipierung einer Regelung zu einer derart weitreichenden Gerichtsstandsvereinbarung sämtliche zuständigkeitsrechtliche Wertungen der Brüssel IIa-VO, der EuGüVO und der EuUntVO zu berücksichtigen und damit auch ihre jeweiligen kollisionsrechtlichen Pendants, d.h. die Rom III-VO und das HUP. Die ihnen zugrundeliegenden Wertungen dürfen nicht auf dem Umweg der Prorogationsmöglichkeit unterlaufen werden.

II. Interessenlage

Die konkreten Anforderungen, die an eine solche Gerichtsstandsvereinbarung im Falle des Ehescheidungsprozesses zu stellen sind, hängen zunächst von den Interessen der beteiligten Parteien ab.

Die originären Parteiinteressen abstrakt zu konkretisieren, ist im Ehescheidungsrecht nicht ganz unproblematisch: Während eine Schwächesituation etwa im Verbraucherrecht *ex ante* leicht zu bestimmen ist, weil hier die verallgemeinerungsfähige Annahme besteht, dass der Verbraucher die strukturell unterlegene Partei und daher besonders schutzwürdig ist[91], wäre eine solch typisierende Betrachtung im Eherecht verfehlt. Eine ausgleichsbedürftige Unterlegenheit ist hier angesichts der oftmals ambivalenten Parteirollen per se nicht auszumachen[92] ; sie ergibt sich vielmehr situativ, etwa durch wirtschaftliche Abhängigkeit oder die Betreuung der Kinder. Dieser einzelfallabhängigen Unterlegenheit ist entsprechend mit einzelfallbezogenen Schutzinstrumenten zu begegnen, um zu gewährleisten, dass die Prorogation nicht Ausdruck einer auf ungleichen Verhandlungspositionen basierenden einseitigen Dominanz eines Ehepartners ist.[93]

Auch wenn der Zivilprozess primär Parteiinteressen verpflichtet ist, ist zu beachten, dass eine Prorogation die Souveränitätsinteressen eines Staates berührt.[94] Dieser hat u.a. ein legitimes Interesse daran, unnötige Belastungen seines Gerichtssystems zu verhindern. Ebenso kann ihm

[85] Vgl. BeckOGK/*Wurmnest,* EuUntVO Art. 4, Rn. 3.
[86] Ebd.
[87] *Hau*, FamRZ 2000, 1333, 1339.
[88] Vgl. *Magnus*, IPRax 2013, 393, 398.
[89] *Maultzsch* in: v. Hein/Rühl, 153, 179.
[90] Vgl. *Maultzsch* in: v. Hein/Rühl, 153, 159.
[91] Vgl. *Hoffmann/Thorn*, IPR § 3, Rn. 235.
[92] Vgl. Rauscher/*Rauscher*, EuZPR/EuIPR, Art. 3 Brüssel IIa-VO, Rn. 16.
[93] BGH 11.2.2004, NJW 2004, 930, 932.
[94] *Maultzsch* in: v. Hein/Rühl, 153, 154; vgl. *Schack*, IZVR § 8, Rn. 236.

aber bei familienrechtlichen Streitigkeiten seiner Bürger an der eigenen Zuständigkeit gelegen sein.[95]

III. Konkrete Ausgestaltung

1. Eingeschränkter Vereinbarungszeitraum?

Zu konkretisieren ist zunächst der Zeitraum, innerhalb dessen die Ehegatten eine Gerichtsstandsvereinbarung schließen können sollten. Größtmöglicher Schutz des im Einzelfall unterlegenen Ehepartners würde gewährleistet, wenn die Vereinbarung allein nach Entstehen der Streitigkeit möglich wäre. Dies hat zwar den Vorzug, dass zu diesem späten Zeitpunkt auch die schutzbedürftige Partei hinreichend sensibilisiert ist und die Tragweite ihres Handelns überblicken kann, überzeugt aber letztlich nicht, weil eine strukturelle Unterlegenheit hier gerade nicht besteht (s.o.). Vor allem würde die Regelung so eines Großteils ihres praktischen Anwendungsbereichs beraubt: Denn von den schon bestehenden Möglichkeiten, etwa das auf die Scheidung anwendbare Recht zu wählen, wird üblicherweise im Rahmen von Eheverträgen und Scheidungsfolgenvereinbarungen Gebrauch gemacht[96], d.h. bei, kurz nach oder schon im Vorfeld der Eheschließung. Daher erscheint es sinnvoll, den Zeitraum zugunsten des Planungsinteresses der Ehegatten großzügig auszugestalten. Dies entspricht auch den bereits bestehenden Regelungen: In Art. 7 EuGüVO und Art. 4 EuUntVO ist der Zeitpunkt nicht ausdrücklich geregelt. Dem Schweigen der Vorschriften lässt sich aber entnehmen, dass die Vereinbarung jederzeit getroffen werden kann.[97] Auch in der Rom III-VO ist eine Rechtswahl jederzeit möglich, spätestens jedoch zum Zeitpunkt der Anrufung des Gerichts muss sie vorliegen (vgl. Art. 5 II).

2. Gebundene Wahlmöglichkeit?

Fraglich ist außerdem, welche Wahlmöglichkeiten den Ehegatten offenstehen sollten. Ein Vergleich mit anderen Verordnungen zeigt, dass die Reichweite der Parteiautonomie, sofern sie im Familienrecht gewährt wird, von vornherein wesentlich eingeschränkter ist als etwa im Schuldrecht. Insgesamt lässt sich den Verordnungen entnehmen, dass eine begrenzte Wahlmöglichkeit verhindern soll, dass die Vereinbarung zu zuständigkeitsfremden Zwecken missbraucht und die schwächere Partei übervorteilt wird.[98] Auch wird die Gefahr des *forum shoppings* eingedämmt. Ferner sollen nur Gerichtsstände in Betracht kommen, zu denen mindestens eine Partei eine engere Beziehung hat. So wird die insbesondere für unterhaltsrechtliche Folgesachen bedeutsame Sachnähe gewährleistet. Nicht zuletzt hat der Staat ein Interesse daran, dass die Parteien die Wahl nicht beliebig zugunsten der Gerichte jenes Mitgliedstaates treffen können, der im Durchschnitt die kürzeste Verfahrensdauer aufweist und dessen Gerichte dann über Gebühr beansprucht würden.[99]

Insofern ist eine eingeschränkte Wahlmöglichkeit vorzuziehen. Dabei ist der Nachteil in Kauf zu nehmen, dass sich die den objektiven Anknüpfungsprinzipien ggf. innewohnenden Schwächen auf Ebene der Parteiautonomie fortsetzen.[100]

a) Wählbare Gerichtsstände

Es liegt nahe, die wählbaren Gerichtsstände an die Anknüpfungsmomente der Rom III-VO anzupassen, um nach Möglichkeit einen Gleichlauf von *ius* und *forum* zu erzielen. Dies hat schon den prozessökonomischen Vorteil, dass das Verfahren beschleunigt wird und kostengünstiger abläuft, denn die Ermittlung und Anwendung ausländischen Rechts ist aufwendig.[101]

Die Rom III-VO fordert einen Bezug der Ehegatten zum gewählten Recht und erlaubt dementsprechend folgende Wahlmöglichkeiten: das Recht des Staates, in dem die Ehegatten ihren gewöhnlichen oder ihren letzten gewöhnlichen Aufenthalt zur Zeit der Rechtswahl hatten (lit. a, b), das Recht der Staatsangehörigkeit eines der Ehegatten (lit. c) und die *lex fori* (lit. d). Letztere erweitert die Anzahl wählbarer Rechtsordnungen angesichts des weit ausgestalteten Zuständigkeitssystems der Brüssel IIa-VO erheblich.[102] Die Kritik, die Norm gefährde daher den internationalen Entscheidungseinklang[103], hätte sich en passant immerhin im Fall einer wirksamen Prorogation erledigt. Denn diese lässt nach der hier vorgeschlagenen Lösung weniger Gerichtsstände zu als Art. 3 Brüssel IIa-VO.

Im Übrigen werden durch eine Wahl der genannten Gerichtsstände auch nicht die von Art. 4 EuUntVO und Art. 7 EuGüVO festgelegten Begrenzungen der Prorogationsmöglichkeiten unterlaufen: Diese Wahlmöglichkeiten sind entweder deckungsgleich (vgl. etwa Art. 5 I lit. c Rom III-VO, Art. 4 I lit. b EuUntVO und Art. 7 I i.V.m. Art. 22 I lit. b EuGüVO) oder sogar weiter ausgestaltet.

Es liegt regelmäßig im Interesse der Parteien, ein konkretes Gericht zu prorogieren. Wird lediglich die internationale Zuständigkeit vereinbart, so bleibt es dem jeweiligen nationalen Verfahrensrecht des Staates überlassen, passende Tatbestände für die örtliche Zuständigkeit aufzustellen.

b) Maßgeblicher Zeitpunkt für das Vorliegen der Anknüpfungsmomente

Ferner ist zu bestimmen, zu welchem Zeitpunkt die wählbaren Anknüpfungsmomente vorliegen müssen. Im Bereich des Familienrechts bemerkenswert ist, dass auf internationalprivatrechtlicher Ebene nach der Rom III-VO[104] der Zeitpunkt der Rechtswahl maßgeblich ist, während es auf zivilverfahrensrechtlicher Ebene[105] genügt, wenn diese Verbindung erst zum Zeitpunkt der Anrufung des Gerichts besteht.

---

95 Vgl. *Schack*, IZVR § 8, Rn. 238.
96 Vgl. *Andrae*, IntFamR § 10, Rn. 57; MüKoFamFG/*Mayer*, EuGüVO Art. 7, Rn. 2.
97 Vgl. MüKoBGB/*Looschelders*, EuGüVO Art. 7, Rn. 15.
98 Vgl. MüKoFamFG/*Lipp*, EuUntVO Art. 4, Rn. 23.
99 Vgl. *Sonnentag* in: Pfeiffer/Wittmann/Escher, 9, 23.
100 Vgl. *Kroll-Ludwigs*, NZFam 2016, 1061, 1063.
101 Vgl. *Brosch*, Rechtswahl und Gerichtsstandsvereinbarung, S. 11.
102 Palandt/*Thorn*, Rom III Art. 5, Rn. 5.
103 Vgl. *Hausmann*, IntEuFamR, A, Rn. 380; *Sahner*, Materialisierung der Rechtswahl, S. 206.
104 Vgl. Art. 5.
105 Vgl. Art. 4 EuUntVO.

Alternativ auf beide Zeitpunkte abzustellen – Abschluss der Gerichtsstandsvereinbarung und Anrufung des Gerichts –, dient entscheidend dem Vertrauensschutz, der Planungssicherheit und der Prozessökonomie[106]: So können die Parteien einerseits darauf vertrauen, dass eine bei Abschluss der Gerichtsstandsvereinbarung bestehende Zuständigkeit Bestand hat, auch wenn sich die Umstände später ändern und die Verknüpfung wieder entfällt.[107] Freilich wird das Argument der Sachnähe, das zur Begründung der beschränkten Wahlmöglichkeit bemüht wurde (s.o.), für diese Fälle untergraben. Denn diese Sachnähe besteht nicht mehr, wenn etwa an den gewöhnlichen Aufenthalt der Ehegatten in einem Mitgliedstaat angeknüpft wird, ebendieser aber bei Anrufung des Gerichts nicht mehr besteht.

Wird andererseits auch auf den Zeitpunkt der Anrufung des Gerichts abgestellt, führt die Vereinbarung auch dann zu dem beabsichtigten Ergebnis, wenn die Verknüpfung zum Zeitpunkt des Abschlusses noch nicht bestand und erst durch die Veränderung der tatsächlichen Umstände hergestellt wird.[108] Allerdings sollten die Parteien in ihrer Vereinbarung bereits einen bestimmten Mitgliedstaat oder ein Gericht benennen müssen. Die bloße Festlegung eines der von den Normen bereitgestellten Anknüpfungsmomente, z.B. der gemeinsame gewöhnliche Aufenthalt, sollte also nicht genügen. In einem solchen Fall stünde das Gericht erst bei Anrufung desselbigen fest, was der im Rahmen von Rechtswahlvereinbarungen diskutierten, aber überwiegend abgelehnten *floating choice of law*[109] nahekäme. Zwar ist die dadurch eröffnete Manipulationsgefahr sehr gering: Angesichts der ohnehin eingeschränkten Wahlmöglichkeiten wird ein Ehepartner kaum die Möglichkeit haben, einen Gerichtsstand gegen den Willen des anderen zu begründen.[110] Auch ginge die Einschränkung zulasten der Flexibilität. Sie erscheint aber dennoch geboten, da andernfalls dem Erfordernis einer Vereinbarung in voller Sachkenntnis (dazu sogleich) kaum je Genüge getan würde. Der beklagte Mangel an Flexibilität ist recht unkompliziert dadurch zu kompensieren, dass es den Parteien freisteht, ihre Vereinbarung zu modifizieren oder erneut zu schließen, sollte sie ihren Planungen oder tatsächlichen Lebensverhältnissen nicht mehr gerecht werden.

3. Formerfordernisse

Da eine Prorogation gewisse Risiken birgt, sind formale Anforderungen von Bedeutung. Ein Blick in die europäischen Verordnungen zeigt jedoch, dass die unionsrechtlichen Anforderungen an Form und Information niedrig, in Bezug auf Beratung nicht vorhanden sind[111] : Für die Möglichkeit der Rechts- oder Gerichtsstandsvereinbarung ist bislang nur ein Schriftformerfordernis vorgesehen, wobei selbst eine elektronische Übermittlung genügt, sofern sie eine dauerhafte Aufzeichnung der Vereinbarung ermöglicht.[112] Den Mitgliedstaaten steht es zum Teil frei, hiervon abweichend strengere Regelungen aufzustellen[113]. Der deutsche Gesetzgeber hat von dieser Möglichkeit z.B. im Falle der Rechtswahl nach der Rom III-VO Gebrauch gemacht: Eine solche setzt nach Art. 46e I EGBGB eine notarielle Beurkundung voraus. Allerdings steht Deutschland damit eher allein dar.[114] Ein vergleichbar strenges Formerfordernis müsste für die Gerichtsstandsvereinbarung somit zwingend vorgeschrieben werden und dürfte nicht gänzlich der Regelungskompetenz der Mitgliedstaaten unterliegt.[115]

Die europäischen Rechtsakte machen außerdem zwar deutlich, dass das Informationsparadigma den Schlüssel für den Schwächerenschutz im Familienrecht darstellt. So betonen die Erwägungsgründe 17 und 18 der Rom III-VO, dass es für eine Rechtswahl in voller Sachkenntnis wichtig sei, zuvor auf sachdienliche und qualitativ hochwertige Informationen zurückgreifen zu können. Der Zugang zu solchen sei daher zu gewährleisten. Gleichwohl hat diese Aussage eher appellativen Charakter[116]. Insbesondere ist der bloße Zugang zu Informationen nicht gleichzusetzen mit einer informierten Selbstbestimmung[117]. Hier wären restriktivere Regelungen, etwa eine verpflichtende dokumentierte und unabhängige Rechtsberatung, notwendig.[118]

4. Einführung einer Missbrauchskontrolle?

Schließlich ist angesichts der Reichweite der Zuständigkeitsvereinbarung die Einführung einer Missbrauchskontrolle zu erwägen. Regelungen im IZVR, die als Vorbild dienen könnten, sind rar. Immerhin sieht Art. 8 V HUP eine Missbrauchskontrolle für die von den Parteien getroffene Rechtswahl vor: Das gewählte Recht ist nicht anzuwenden, wenn dies für die Parteien „offensichtlich unbillige oder unangemessene Folgen hätte“. Dies gilt nach der besonderen Sachnorm[119] des S. 2 nur dann nicht, wenn die Parteien umfassend unterrichtet und sich der Folge ihrer Wahl vollständig bewusst sind. Wollte man diese Kontrolle auf Gerichtsstandsvereinbarungen im Ehescheidungsrecht ausdehnen, dürfte nicht auf individuelle nationale Billigkeitsmaßstäbe zurückgegriffen werden, da das Unionsrecht hier Vorrang vor dem autonomen mitgliedstaatlichen Recht beansprucht.[120] Die konkreten Maßstäbe einer stattdessen gebotenen autonom-unionsrechtlichen Missbrauchskontrolle[121] wären vom EuGH angesichts der rudimentären Regelungen zur materiellen Wirksamkeit von Vereinbarungen erst noch zu definieren.[122]

Von vornherein gegen eine solche Kontrolle spricht indes, dass sie der Rechtssicherheit und der Parteiautonomie abträglich wäre.[123] Auch wenn dies allein kaum den Verzicht auf ein solches Schutzinstrumentarium rechtfertigen kann,

[106] Vgl. *Abendroth*, Parteiautonome Zuständigkeitsbegründung, S. 314 f.
[107] Vgl. HK-ZPO/*Dörner*, Art. 4 EuUntVO, Rn. 3.
[108] Ebd.
[109] Vgl. Palandt/*Thorn*, Rom III Art. 5, Rn. 5.
[110] A.A. *Sonnentag* in: Pfeiffer/Wittmann/Escher, 9, 22.
[111] *Rösler*, RabelsZ 78 (2014), 155, 179.
[112] Vgl. z.B. Art. 7 I Rom III-VO, Art. 4 EuUntVO, Art. 7 II EuGüVO.
[113] Z.B. gem. Art. 7 II-IV Rom III-VO.
[114] Vgl. *Hilbig-Lugani* in: Pfeiffer/Wittmann/Escher, 55, 69.
[115] So auch *Sonnentag* in: Pfeiffer/Wittmann/Escher, 9, 24.
[116] Vgl. *Rösler*, RabelsZ 78 (2014), 155, 179.
[117] BeckOK BGB/*Heiderhoff*, HUP Art. 8, Rn. 19.
[118] So auch *Becker*, NJW 2011, 1543, 1544 f; *Kohler/Pintens*, FamRZ 2011, 1433, 1434.
[119] Palandt/*Thorn*, HUP Art. 8, Rn. 33; *Bonomi*-Report, Rn. 150: „Ausweichklausel“.
[120] Vgl. Geimer/Schütze, Int. Rechtsverkehr/*Reuß*, EuUntVO Art. 4, Rn. 34.
[121] *Maultzsch* in: v. Hein/Rühl, 153, 178.
[122] Geimer/Schütze, Int. Rechtsverkehr/*Reuß*, EuUntVO Art. 4, Rn. 34.
[123] So *Maultzsch* in: v. Hein/Rühl, 153, 178 f.

so gewährleisten doch die strengen Formerfordernisse, hohe Anforderungen an die bereitgestellten Informationen und die beschränkte Wahlmöglichkeit, die eine institutionalisierte Missbrauchskontrolle[124] darstellt, bereits ein hinreichendes Schutzniveau. Dieses ist notwendig, denn die Ehegatten treffen die Vereinbarung ggf. bereits zu Beginn der Ehe, wenn die Scheidung also noch weit entfernt und das Problembewusstsein entsprechend gering ist.[125] Gleichwohl ist ein angemessener Ausgleich zwischen Schwächerenschutz und Parteiautonomie anzustreben, denn zu strenge Anforderungen bergen das Risiko, dass die Prorogationsmöglichkeit nicht mehr praxistauglich ist.

IV. Abschließende Bemerkung

Eine Prorogationsmöglichkeit für Ehesachen würde zumindest eine Lücke im Zuständigkeitssystem schließen und zu einer kohärenteren Ausgestaltung der Verordnungen führen. Freilich bleiben die dargestellten Problematiken uneingeschränkt bestehen, sofern die Ehegatten von der Möglichkeit keinen Gebrauch machen. Insofern ist eine Ausgestaltung des Zuständigkeitssystems am Vorbild der *Kegel´schen* Leiter zu erwägen[126]. Auch genügt eine isolierte Ausbesserung des Zuständigkeitsrechts nicht, steht dieses doch in untrennbarem Zusammenhang mit dem anwendbaren Recht.[127] Ziel wäre also eine umfassendere Vereinheitlichung des internationalen Scheidungsrechts als es bislang im Wege der verstärkten Zusammenarbeit erreicht werden konnte.[128] Die Hürden hierfür sind zwar hoch: Nicht nur gilt im Familienrecht das Einstimmigkeitserfordernis (Art. 81 III AEUV). Auch handelt es sich um eine Regelungsmaterie, die nach wie vor in besonderem Maße durch das kulturelle und politische Selbstverständnis der jeweiligen Mitgliedstaaten geprägt ist. Die weltanschaulichen Unterschiede sind groß – eine Konsensfindung schwierig. Gleichwohl zeigen zunehmende Annäherungen der Familienrechtsordnungen, dass das Potenzial für mehr Vereinheitlichung besteht.

---

[124] *Abendroth*, Parteiautonome Zuständigkeitsbegründung, S. 309.
[125] Vgl. NK-BGB/*Lugani*, Rom III Art. 5, Rn. 31.
[126] So *Antomo*, in: Pfeiffer/Wittmann/Escher, 14, 20 f.
[127] Vgl. *Gottwald*, FS Spellenberg (2006), 55, 58.
[128] *Basedow* in: v. Hein/Rühl, 4, 10.

Oscar Serra de Oliveira*

Anspruchsverfolgung durch den Aufsichtsrat

A. Einleitung

Der Aufsichtsrat hat gemäß § 111 Abs. 1 AktG die Geschäftsführung zu überwachen. Dabei trifft ihn nach der Entscheidung des BGH im Fall ARAG-Garmenbeck[1] auch die Pflicht, Ansprüche der Gesellschaft gegen Vorstandsmitglieder zu prüfen und über deren Verfolgung zu entscheiden.[2] Im ersten Schritt müsse der Aufsichtsrat dabei prüfen, ob und inwieweit tatsächlich Ansprüche gegen den Aufsichtsrat bestehen. Daran anschließend sei auf zweiter Stufe zu prüfen, ob ausnahmsweise von der Verfolgung bestehender Ansprüche abgesehen werden könne.[3] Der Aufsichtsrat kann dabei zu dem Ergebnis kommen, dass er Ansprüche gegen den Vorstand nicht verfolgen will.[4] Einen wirksamen Vergleich oder Verzicht über die Ansprüche kann der Aufsichtsrat jedoch erst nach 3 Jahren und nur mit Zustimmung der Hauptversammlung abschließen (vgl. § 93 Abs. 4 S. 3 AktG).[5] In der folgenden Arbeit sollen deshalb die Möglichkeiten und Grenzen herausgearbeitet werden, in deren Rahmen der Aufsichtsrat von einer Verfolgung von Ansprüchen gegen die Gesellschaft absehen kann.

Folglich wird zunächst erörtert, inwieweit dem Aufsichtsrat bei seiner Entscheidung ein Ermessens- oder Beurteilungsspielraum zukommt (B.). Danach wird untersucht, unter welchen konkreten Gesichtspunkten der Aufsichtsrat von einer Verfolgung von Ansprüchen absehen kann (C.). Die Arbeit endet mit einem Fazit (D.).

B. Ermessenspielraum und gerichtliche Kontrolldichte

Nach der Entscheidung des BGH im Fall ARAG-Garmenbeck kann der Aufsichtsrat ausnahmsweise von der Verfolgung von bestehenden Schadensersatzansprüchen gegen den Vorstand absehen. Die Entscheidung sei ausschließlich am Unternehmenswohl auszurichten, welches grundsätzlich die Wiederherstellung des geschädigten Gesellschaftsvermögens verlange. Ein Absehen von der Verfolgung komme nur infrage, wenn gewichtige Interessen und Belange der Gesellschaft die für eine Rechtsverfolgung sprechenden Gesichtspunkte überwiegen oder ihnen zumindest annähernd gleichwertig seien.[6] Als mögliche Belange genannt werden negative Auswirkungen auf die Geschäftstätigkeit und das Ansehen der Gesellschaft in der Öffentlichkeit, die Behinderung der Vorstandsarbeit und eine Beeinträchtigung des Betriebsklimas. Gesichtspunkte außerhalb des Unternehmenswohls – gemeint sind solche in der Person des Vorstands – könnten nur in Ausnahmefällen berücksichtigt werden.[7] Dabei komme dem Aufsichtsrat bei dieser Entscheidung, die Teil dessen nachträglichen Überwachungstätigkeit sei, kein unternehmerischer Ermessensspielraum zu, da dieser dem Aufsichtsrat nur bei Erfüllung unternehmerischer Aufgaben im Sinne einer präventiven Kontrolle zustehe.[8] Lediglich in engen Grenzen sei dem Aufsichtsrat ein Entscheidungsermessen in der Frage zuzubilligen, ob er trotz Erfolgsaussicht einer Haftungsklage aus übergeordneten Gründen des Unternehmenswohls ausnahmsweise von der Durchsetzung eines Schadensersatzanspruchs absehen wolle.[9]

Fraglich ist, inwieweit diese im ARAG-Urteil aufgestellten Grundsätze heute noch Geltung beanspruchen.

I. Meinungsstand

Die wohl herrschende Meinung hat sich von den Ausführungen des BGH weit entfernt. Dabei ist die Diskussion geprägt von einer Vielzahl an Autoren, die sich gegenseitig widersprechen, faktisch aber zu ähnlichen Ergebnissen gelangen.[10] Letztlich lassen sich drei rechtliche Meinungen identifizieren.

1. Anwendung der Business Judgement Rule mit weitem Ermessensspielraum

Am weitesten vom ARAG-Urteil entfernt ist die Einordnung der Verfolgungsentscheidung als unternehmerische Entscheidung im Sinne der Business Judgement Rule (vgl. § 93 Abs. 1 S. 2 AktG).[11] Die Anwendung der Busi-

---

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

1 BGH, Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1997, 1926.

2 Statt Aller: *Habersack*, in: Goette/Habersack/Kalss (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Aktiengesetz(MüKo), Bd. II, §§ 76-117 AktG, 5. Aufl. 2019, § 111 Rn. 34.

3 BGH, NJW 1997, 1926 (1927 f.)

4 Zu möglichen Gründen vgl.: *Schnorbus/Ganzer*, Wertpapiermitteilungen (WM) 2015, 1832 (1841).

5 Vgl. *Fleischer*, in Hennsler (GesamtHrsg)/Spindler/Stilz (Hrsg.), Beck-Online Großkommentar zum Aktiengesetz(BeckOGK), Stand: 01.02.2021, § 93 Rn. 342.

6 BGH, NJW 1997, 1926 (1928).

7 BGH, NJW 1997, 1926 (1928).

8 BGH, NJW 1997, 1926 (1928); Der BGH übernimmt dies von *Raiser*, NJW 1996, 552 (554).

9 BGH, NJW 1997, 1926 (1928).

10 Vgl. dazu *Koch*, Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht (NZG) 2014, 934 (936).

11 Dafür *Paefgen,* Die Aktiengesellschaft (AG) 2008, 761 (762 ff.); *ders.*, AG 2014, 554 (572); *Zimmermann*, Der Betrieb (DB) 2008, 687 (689); *Hasselbach/Seibel*, AG 2008, 770 (773); *Goette*, in: Liber amicorum für Martin Winter (GS Winter), 152 (160 f.); *ders.*, Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht (ZHR) 176 (2012), 588 (595); *ders.,* in: Festschrift für Michael Hoffmann-Becking zum 70. Geburtstag (FS Hoffmann-Becking), 377 (393 f.); *Kocher*, Corporate Compliance Zeitschrift (CCZ) 2009, 215 (219); *Mertens*, in: Festschrift für Karsten Schmidt zum 70. Geburtstag (FS Schmidt), 1183 (1193 f.); *Reichert*, in: Festschrift für Peter Hommelhoff zu 70. Geburtstag (FS Hommelhoff), 907 (922 ff.); *ders.*, ZHR 177 (2013), 756 (768); *ders*., Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (ZIP) 2016, 1189 (1195); *Eichner/Höller*, AG 2011, 885 (893); *Bieder*, NZG 2015, 1178 (1182 ff.); *Fehrenbach*, AG 2015, 761 (764 ff.); Schnorbus/Ganzer, WM 2015, 1832 (1842 f.); *Lutter/Krieger/Verse*, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, 7 Aufl. 2020, Rn. 461; *Krieger*, in: Krieger/Schneider (Hrsg.), Handbuch Managerhaftung, 3. Aufl. 2017, Rn. 3.48; *Spindler*, AG 2013, 889 (898); *Mertens/Cahn*, in: Zöllner/Noack (Hrsg.), Kölner Kommentar zum Aktiengesetz(KölnKomm), Bd. II/1, §§ 76-94, 3. Aufl. 2010, § 93, Rn. 20; *Hopt/Roth*, in: Aktiengesetz Großkommentar(GK-AktG), Bd. V, §§ 95-116, 5. Aufl. 2018, § 111 Rn. 339; *Hoffmann-Becking*, in: Hoffmann-Becking (Hrsg.), Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts(MüHdb-

ness Judgement Rule würde die gerichtliche Kontrolle der Verfolgungsentscheidung nach Maßgabe von §§ 116 S. 1, 93 Abs. 1 S. 2 AktG einschränken, sodass dem Aufsichtsrat bei seiner Entscheidung ein weites Ermessen zugutekommen würde.

Diesbezüglich haben sich vor allem *Paefgen* und später der am ARAG-Urteil selbst beteiligte BGH-Richter *Goette* hervorgetan.

a) Der Ansatz von Paefgen

So stellt *Paefgen* die dem ARAG-Urteil zugrunde liegende Unterscheidung von unternehmerischer Präventivkontrolle, bei der dem Aufsichtsrat ein Ermessen zustehe, und der rechtsgebundenen gerichtlich voll überprüfbaren nachträglichen Kontrolle durch den Aufsichtsrat in Frage.[12] Die vom BGH genannten Gesichtspunkte des Gesellschaftsinteresses als Beurteilungskriterien hätten selbst offensichtlich unternehmerische Qualität.[13] Bei diesen Erwägungen sei gerade das „Beurteilungsvermögen des Aufsichtsrates als ein mit dem Sachverhalt intim vertrautes, unternehmerisch denkendes und handelndes Gesellschaftsorgan"[14] gefragt. Dies ergebe sich zum einen aus der Zukunftsbezogenheit der Entscheidung, zum anderen aus der rechtlichen Unbestimmtheit des Gesellschaftsinteresses.[15] Der BGH hingegen betrachte das unternehmerische Ermessen und das Gesellschaftsinteresse fälschlicherweise als Gegensätze, obwohl im Bereich des unternehmerischen Handelns das Gesellschaftsinteresse gerade durch den Aufsichtsrat konkretisiert werde. Denn die Verpflichtung des Aufsichtsrates auf das Gesellschaftsinteresse sei gerade die Grundlage des unternehmerischen Ermessensspielraums.[16] Eine klare Unterscheidung der Pflichten des Aufsichtsrates in vergangenheitsbezogene, gebundene Kontrolle und vorausschauende unternehmerische Tätigkeit entspreche zudem nicht der Realität der Aufsichtsratstätigkeit, was sich schon an der Prüfung und Feststellung des Jahresabschlusses nach §§ 171, 172 AktG zeige, welche sich zwar auf die Vergangenheit beziehe, in Form bilanzpolitischer Ermessensentscheidungen aber durchaus einen unternehmerischen Charakter habe, auf den die Business Judgement Rule anwendbar sei.[17] Dementsprechend sei auch die Verfolgungsentscheidung durch den Aufsichtsrat eine unternehmerische Entscheidung im Sinne der Business Judgement Rule (§§ 116 S. 1, 93 Abs. 1 S. 2 AktG). Dem Aufsichtsrat komme daher ein weiter Ermessensspielraum zugute.[18]

b) Der Ansatz von Goette

Zu demselben Ergebnis mit entgegengesetzter Argumentation kommt *Goette*. Die Einordnung als unternehmerische Entscheidung soll sich schon aus der ARAG-Entscheidung selbst ergeben.[19] Der BGH habe seine scheinbar klaren Aussagen, die vor allem als Reaktion auf die Vorgehensweise des Berufungsgerichts getroffen wurden, immer wieder selbst relativiert.[20] Die Ausführungen des Senats müsse man als Arbeitsanweisungen für das Berufungsgericht verstehen, die lediglich Hinweischarakter hätten, sodass man die teilweise überpointierten Aussagen nicht ohne Einschränkung verstehen dürfe.[21] Zu der Frage, warum die Verfolgungsentscheidung eine unternehmerische sein soll, gleicht *Goettes* Argumentation der von *Paefgen*. Dem Aufsichtsrat komme die Aufgabe zu, das Unternehmenswohl zu definieren, Vor- und Nachteile zu analysieren und letztlich eine Abwägung zu treffen. Dies sei als unternehmerisches Handeln zu klassifizieren, sodass für den Aufsichtsrat bei dieser komplexen Entscheidung, sofern diese lege artis getroffen wurde, die haftungsbefreienden Regeln der Business Judgement Rule gelten.[22]

2. Ermessens- oder Beurteilungsspielraum ohne Business Judgement Rule

Neben der Einordnung der Verfolgungsentscheidung als *Business Judgement* vertreten viele Autoren die – zumindest näher am ARAG-Urteil liegende – Auffassung, dass zwar die Business Judgement Rule nicht anwendbar, die gerichtliche Kontrolle aber trotzdem (mehr oder weniger) eingeschränkt sei.[23] Dem Aufsichtsrat wird also ein gewisser Ermessens- oder Beurteilungsspielraum, in dessen Bereich die Entscheidung des Aufsichtsrates gerichtlich nicht überprüfbar ist, zugestanden.

So entnimmt *Casper* dem durch das UMAG[24] eingeführten § 148 Abs. 1 S. 2 Nr. 4 AktG die gesetzliche Wertung, dass Ansprüche gegen den Vorstand grundsätzlich zu verfolgen seien.[25] Damit ließe sich aber die Anwendung

IV), Bd. IV, 5. Aufl. 2020, § 29 Rn. 42; dies andeutend auch: *Hemeling*, ZHR 178 (2014), 221 (224); für unternehmerische Entscheidung und entsprechendes Ermessen auch schon: *Dreher*, ZHR 158 (1994), 614 (637 ff.).

12 *Paefgen*, AG 2008, 761 (762 f.).

13 *Paefgen*, AG 2008, 761 (763); *ders.*, AG 2014, 554 (571); zustimmend *Kocher*, CCZ 2009, 215 (220); ebenso *Reichert*, ZHR 177 (2013), 756 (768); *ders.*, ZIP 2016, 1189 (1195).

14 *Peafgen*, AG 2008, 761 (763); Ähnlich *Reichert,* in: FS Hommelhoff (Fn.11), 907 (923).

15 *Peafgen*, AG 2008, 761 (763).

16 *Paefgen*, AG 2014, 554 (572); *ders.,* AG 2008, 761 (764); schon *ders.*, Unternehmerische Entscheidungen und Rechtsbindung der Organe in der AG, 2002, S. 146 ff.

17 *Paefgen*, AG 2008, 761 (763) Fn. 22 m.w.N.; mit ähnlicher Kritik an der Gegensätzlichkeit von nachträglicher Überwachung und unternehmerischem Handeln: *Mertens*, in: FS Schmidt (Fn. 11), 1183 (1192 f.); *Cahn*, WM 2013, 1293 (1296).

18 *Paefgen*, AG 2008, 761 (762 ff.).

19 *Goette*, in: GS Winter (Fn. 11), 152 (159 ff.); *ders.*, ZHR 176 (2012), 588 (594 f.); in diese Richtung auch Krieger/Schneider-*Krieger*, Rn. 3.48; *Fehrenbach*, AG 2015, 761 (764 f.); *Hasselbach*, NZG 2016, 890 (891); zustimmend auch *Haarmann/Weiß*, Betriebsberater (BB) 2014, 2115 (2124) Fn. 117; MüHdb-IV-*Hoffmann-Becking*, § 29 Rn. 42.

20 *Goette*, in: GS Winter (Fn. 11), 152 (155 f.).

21 *Goette*, ZHR 176 (2012), 588 (592 f.); dahingehend schon: *Mertens*, in: FS Schmidt (Fn. 11), 1183 (1194 f.).

22 *Goette*, ZHR 176 (2012), 588 (615); *ders.*, in: FS Hoffmann-Becking (Fn. 11), 377 (393 f.).

23 *Casper*, ZHR 176 (2012), 617 (635 f.); MüKo-*Habersack*, § 111 Rn. 44; *ders.*, NZG 2016, 321 (322 f.); BeckOGK-*Spindler*, § 116 Rn. 63; *Dendl*, Die Disposition über Organhaftungsansprüche in der Aktiengesellschaft und im Aktienkonzern, 2018, S. 77 ff.; *Breuer/Fraune*, in: Heidel (Hrsg.), Nomos Kommentar zum Aktiengesetz(NK), Bd. II, §§ 76-117 AktG, 3. Aufl. 2008, § 111, Rn. 14; wohl auch *Binder/Kraayvanger*, BB 2015, 1219 (1222); *Bachmann,* Reform der Organhaftung?, in: Verhandlungen des 70. Deutschen Juristentages, 2014, Teil E, E 80 f.; *Israel,* in: Bürgers/Körber (Hrsg.), Aktiengesetz, Kommentar, 4. Aufl. 2017, § 116 Rn. 16; ähnlich, aber vorsichtiger auch schon: *Götz*, NJW 1997, 3275 (3277); *Kindler*, ZHR 162 (1998), 101 (113 f.); gegen die Anwendung der BJR ohne Äußerung zu sonstigen Ermessensspielräumen auch: *Bayer*, NJW 2014, 2546 (2549); *ders./Scholz*, NZG 2014, 926 (929).

24 Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts.

25 *Casper*, ZHR 176 (2012), 617 (628 f.).

der Business Judgement Rule, bei welcher das Gericht den Abwägungsprozess gar nicht mehr überprüfen könne, nicht rechtfertigen.[26] Auf der anderen Seite bestünde jedoch die Gefahr von *hindsight bias* (Rückschaufehler), zumal es dem Gericht an unternehmerischem Sachverstand fehle.[27] Dementsprechend müsste dem Aufsichtsrat durchaus ein weites – gerichtlich nicht überprüfbares – Ermessen im Rahmen der Abwägung zustehen, welches aber erst dann eingreife, wenn tatsächlich Umstände vorgelegen haben, die eine Ausnahme rechtfertigen und der Aufsichtsrat diese Gründe auch seiner Entscheidung zugrunde gelegt und dokumentiert habe.[28]

Vergleichbar argumentiert *Habersack*. Überprüfen könne das Gericht lediglich die Feststellung der für die Abwägung maßgeblichen Belange,[29] während dem Aufsichtsrat bei der eigentlichen Abwägungsentscheidung ein Beurteilungs- und Ermessensspielraum als „Ausfluss anderweitig eingeräumten Ermessens" zukomme,[30] sodass das Gericht sich auf eine reine Plausibilitätskontrolle beschränken müsse.[31]

3. Kein Ermessens- oder Beurteilungsspielraum

Nach der Gegenansicht bestehen keine Ermessens- oder Beurteilungsspielräume. Die Entscheidung sei vielmehr umfassend gerichtlich überprüfbar.[32] Argumentativ unterlegt hat diese Ansicht vornehmlich *Koch.*

Die Anwendung der Business Judgement Rule auf die Verfolgungsentscheidung sei abzulehnen.[33] Der Gesetzgeber habe sich bei der Einführung des § 93 Abs. 1 S. 2 AktG durch das UMAG eng an der ARAG-Entscheidung orientiert. Auch den Begriff der unternehmerischen Entscheidung habe der Gesetzgeber daran ausgerichtet, sodass insoweit der Auslegung des BGH gesteigertes Gewicht zuzumessen sei. Dieser habe die Verfolgungsentscheidung als nachträgliche Überwachungstätigkeit und damit gerade nicht als unternehmerische Entscheidung eingeordnet.[34] Weiter sei auch die Funktion der Business Judgement Rule – die Verhinderung der Überprüfung einer unternehmerischen Entscheidung durch das dazu nicht fähige Gericht – für die Verfolgungsentscheidung nach der Wertung des Gesetzgebers nicht einschlägig. Dieser habe in Form des § 148 Abs. 1 S. 2 Nr. 4 AktG bei der Aktionärsklage dem Gericht die Aufgabe erteilt, die grundsätzliche Verfolgungspflicht und die Belange der Gesellschaft selbstständig gegeneinander abzuwägen. Der Gesetzgeber habe daher das Gericht für diese Entscheidung als hinreichend befähigt angesehen.[35] Weiter habe der Gesetzgeber mit der Änderung des Aktiengesetzes durch das UMAG das Ziel verfolgt, die gesellschaftsinterne Anspruchsverfolgung effektiver zu gestalten. Dies würde durch eine doppelte Anwendung der Business Judgement Rule – zunächst auf den Vorstand selbst und dann auf die Verfolgungsentscheidung des Aufsichtsrates – konterkariert.[36]

Auch sonstige Ermessensspielräume sind laut *Koch* nicht geboten.[37] Zwar sei es zutreffend, dass man den Aufsichtsrat für den Fall einer gewissenhaften Prüfung vor einer eigenen Haftung schützen müsse, dies dürfe aber nicht durch die Einschränkung gerichtlicher Kontrolle geschehen, die dann auch außerhalb von Haftungsprozessen reduziert wäre. Denn die Einräumung eines Ermessens bedeute nicht nur, dass man dem Aufsichtsrat keine Pflichtwidrigkeit vorwerfen und damit eine Haftung verhindern könne, sondern auch, dass die Bestandskraft von Entscheidungen nicht überprüft werden könne.[38] Zudem sei wiederum § 148 Abs. 1 S. 2 Nr. 4 AktG zu beachten. Im Rahmen des Zulassungsverfahrens der Aktionärsklage nach § 148 AktG habe der Aufsichtsrat demnach keine Einschätzungsprärogative. Dies deute darauf hin, dass dem Aufsichtsrat bei der Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen eine solche auch generell nicht zustehen solle.[39]

Das Ziel, den Aufsichtsrat bei fehlerhafter Beurteilung vor Schadensersatzansprüchen zu schützen, könne man durch die Ablehnung eines Verschuldens erreichen, sofern der Aufsichtsrat eine nach Ansicht des Gerichts noch vertretbare Entscheidung getroffen habe.[40]

II. Stellungnahme

Bei der Beantwortung der Frage nach dem Ermessen des Aufsichtsrates bei der Verfolgungsentscheidung und der damit korrespondierenden gerichtlichen Kontrolldichte ist neben dem ARAG-Urteil vor allem zu berücksichtigen, dass sich der Rechtsboden, auf dessen Grundlage die Argumentation stattfinden muss, seit jenem Urteil verändert hat. Durch das UMAG wurde zum einen die schon im ARAG-Urteil thematisierte Business Judgement Rule (§ 93 Abs. 1 S. 2 AktG) kodifiziert und zum anderen das Anspruchsverfolgungsrecht einer Aktionärsminderheit reformiert.[41]

---

[26] *Casper*, ZHR 176 (2012), 617 (635).
[27] *Casper*, ZHR 176 (2012), 617 (635 f.).
[28] *Casper*, ZHR 176 (2012), 617 (636).
[29] MüKo-*Habersack,* § 111 Rn. 44; *Habersack*, NZG 2016, 321 (323).
[30] MüKo-*Habersack,* § 111 Rn. 44.
[31] *Habersack*, NZG 2016, 321 (323).
[32] *Koch*, AG 2009, 93 (97); *ders.,* AG 2012, 429 (431); *ders.*, NZG 2014, 934 (941 f.); *ders*., in: Born/Ghassemi-Tabar/Gehle (Hrsg.), Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts(MüHdb-VII), Bd. VII, 6. Aufl. 2020, § 30 Rn. 44; *ders.*, in: Hüffer/Koch (Hrsg.), Aktiengesetz, Kommentar, § 111 Rn. 24; *Mayer*, NZG 2014, 1208 (1210); *Cobe/Kling*, NZG 2015, 48 (50), Fn. 40; *Holle*, ZHR 182 (2018), 569 (579 f.); *Schneider*, DB 2005, 707 (711); *Gaul*, AG 2015, 109 (112 f.); *Lutter*, in: FS Hoffmann-Becking (Fn. 11), 747 (753 f.), der aber im Haftungsprozess doch nur eine Vertretbarkeitskontrolle zulässt.
[33] *Koch*, AG 2009, 93 (97); *ders.*, NZG 2014, 934 (941 f.); MüHdb-VII-*ders.,* § 30 Rn. 44; Hüffer/Koch-*ders.,* § 111 Rn. 24; zustimmend *Cobe/Kling*, NZG 2015, 48 (50).
[34] *Koch*, AG 2009, 93 (95 f.).
[35] *Koch*, AG 2009, 93 (96); Ähnlich *ders*., NZG 2014, 934 (940): „Warum ein Gericht in der Situation der Aktionärsklage dazu in der Lage sein solle, die Entscheidung des Aufsichtsrats vollumfänglich zu überprüfen, diese Fähigkeit aber einbüßen soll, wenn dissentierende Aufsichtsratsmitglieder eine Feststellungsklage erheben, ist nicht nachvollziehbar."; zustimmend *Holle*, ZHR 182 (2018), 569 (580).
[36] *Koch*, AG 2009, 93 (97); MüHdb-VII-*ders.*, § 30 Rn. 44.
[37] *Koch*, AG 2009, 93 (97 ff.).
[38] *Koch*, NZG 2014, 934 (938); dies andeutend auch schon *ders.,* AG 2009, 93 (98).
[39] *Koch*, AG 2009, 93 (98 ff.).
[40] MüHdb-VII-*Koch*, § 30 Rn. 44; *ders.*, AG 2009, 93 (100 f.); für einen Ausschluss auf Verschuldensebene auch *Drygala*, in: Schmidt/Lutter (Hrsg.), Aktiengesetz, Kommentar, 4. Aufl. 2020, §116 Rn. 11.
[41] Vgl. *Koch*, Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht (ZGR) 2006, 769 ff.

1. Verfolgungsentscheidung als *Business Judgement*?

Zunächst ist deshalb zu klären, ob es sich bei der Entscheidung, etwaige Ansprüche nicht zu verfolgen, um eine unternehmerische Entscheidung handelt, was zur Anwendung der nunmehr kodifizierten und gemäß § 116 S. 1 AktG auch für den Aufsichtsrat geltenden Business Judgement Rule führen würde.

a) Keine unternehmerische Entscheidung nach ARAG/Garmenbeck

Nach *Goette*[42] soll sich die Einordnung als unternehmerische Entscheidung schon aus dem ARAG-Urteil selbst ergeben. Allerdings stellte der II. Zivilsenat zur Verfolgungsentscheidung eindeutig fest, dass dem Aufsichtsrat kein unternehmerischer Ermessensspielraum zustehe.[43] Auch *Goette* hatte sich im Jahre 2000 noch klar gegen ein Ermessen bei der Verfolgungsentscheidung ausgesprochen.[44] Hinzu kommt die ständige Rechtsprechung des BGH, die auch nach ARAG/Garmenbeck ein unternehmerisches Ermessen des Aufsichtsrates bei der Verfolgungsentscheidung ablehnt.[45] Wäre die Verfolgungsentscheidung aber nach dem Verständnis des BGH eine unternehmerische Entscheidung, dann müsste dieser dem Aufsichtsrat auch ein unternehmerisches Ermessen gewähren. Zuletzt hat sich zudem ein anderer Richter des damaligen zusammen mit zwei Richtern des aktuellen II. Zivilsenats unter Berufung auf das ARAG-Urteil gegen die Einordnung der Verfolgungsentscheidung als unternehmerische Entscheidung ausgesprochen.[46] *Goettes* Interpretation des Urteils erscheint darob nicht gerechtfertigt.

b) Unternehmerische Entscheidung im Sinne der Business Judgement Rule

Das ARAG-Urteil könnte jedoch wegen der Änderung des AktG durch das UMAG schlicht überholt sein. Dies wäre der Fall, wenn die Verfolgungsentscheidung entsprechend der Ansicht von *Paefgen*[47] als unternehmerische Entscheidung im Sinne der Business Judgement Rule einzustufen wäre.

Der Begriff der unternehmerischen Entscheidung ist recht substanzlos und im Gesetz nicht weiter bestimmt.[48] Nach der Gesetzesbegründung des UMAG sind unternehmerische Entscheidungen infolge ihrer Zukunftsbezogenheit durch Prognosen und nicht justiziable Einschätzungen geprägt.[49] Die vom BGH im ARAG-Urteil genannten Abwägungselemente – negative Auswirkungen auf die Geschäftstätigkeit, Reputationsverlust, Behinderung der Vorstandsarbeit, Einfluss auf das Betriebsklima – erfüllen diese Kriterien, sodass die Verfolgungsentscheidung dem Wortlaut der Gesetzesbegründung nach eine unternehmerische Entscheidung sein könnte.[50]

aa) Historie

Der BGH hat im ARAG-Urteilfestgestellt, dass die unternehmerische Handlungsfreiheit notwendiges Gegenstück der dem Vorstand obliegenden Führungsaufgabe sei. Der Aufsichtsrat könne ein unternehmerisches Ermessen deswegen nur dort in Anspruch nehmen, wo er im Sinne einer präventiven Kontrolle selbst unternehmerisch tätig wird und gerade nicht im Fall der Verfolgungsentscheidung, die Teil seiner nachträglichen Überwachungstätigkeit[51] sei.[52] In der Gesetzesbegründung zu § 93 Abs. 1 S. 2 AktG hat der Gesetzgeber bezüglich der Tatbestandsmerkmale der Business Judgement Rule wiederholt auf das ARAG-Urteil Bezug genommen.[53] Dies spricht dafür, dass der Gesetzgeber mit dem Begriff der unternehmerischen Entscheidung – im Gleichlauf mit dem ARAG-Urteil – nur Entscheidungen im Kontext der klassischen Führung des Unternehmens und eben nicht im Kontext der nachträglichen Überwachungstätigkeit erfassen wollte.[54] Dafür spricht weiter der in den Gesetzesmaterialien verwendete Begriff des Geschäftsleiterermessens.[55] Dementsprechend ist davon auszugehen, dass der Gesetzgeber die Entscheidung über die Verfolgung von Ansprüchen als Teil der nachträglichen Überwachungstätigkeit anders als *Paefgen* nicht als unternehmerische Entscheidung eingestuft hat.

bb) Systematik

Gegen die Einordnung als unternehmerische Entscheidung spricht zudem die Systematik des Gesetzes in Gestalt des – wie die Business Judgement Rule durch das UMAG eingeführten – § 148 AktG. Denn im Rahmen des Klagezulassungsverfahrens hat das Gericht gemäß § 148 Abs. 1 S. 2 Nr. 4 AktG eigenständig zu prüfen, ob der Geltendmachung des Ersatzanspruchs keine überwiegenden Gründe des Gesellschaftswohls entgegenstehen.[56] Die zu treffende Abwägung entspricht aber bis auf den leicht veränderten Maßstab – „überwiegende Gründe" statt „gewichtiger Gründe" – derjenigen, die der Aufsichtsrat bei seiner Verfolgungsentscheidung zu treffen hat.[57] Da unternehmerische Entscheidungen gerichtlich nur sehr eingeschränkt überprüfbar sein sollen, weil dem Gericht die entsprechende Kompetenz zur sachgerechten Überprüfung ohne Rückschaufehler fehlt,[58] kann es sich bei dieser Abwä-

[42] Siehe oben: B.I.1.b).
[43] BGH NJW 1997, 1926 (1928).
[44] *Goette*, in: Festschrift aus Anlass des fünfzigjährigen Bestehens von Bundesgerichtshof, Bundesanwaltschaft und Rechtsanwaltschaft beim Bundesgerichtshof (FS BGH), 123 (139).
[45] Siehe nur BGH, NZG 2018, 1301 Rz. 37.
[46] *Henze*/*Born*/*Drescher*, Höchstrichterliche Rechtsprechung, 6. Aufl. 2015, Rn. 1252.
[47] Siehe oben: B.I.1.a).
[48] Vgl. auch *Koch*, AG 2009, 93 (94).
[49] BT-Drucks. 15/5092, S. 11.
[50] *Paefgen*, AG 2008, 761 (763); *Haßler*, Ermittlungspflichten des Aufsichtsrats bei Anhaltspunkten für Sorgfaltspflichtverletzungen durch den Vorstand unter Berücksichtigung der ARAG/Garenbeck-Entscheidung, 2014, S. 144; soweit zustimmend selbst *Koch*, AG 2009, 93 (94 f.).
[51] Bezüglich der Zuordnung zur nachträglichen Überwachung besteht grundsätzlich Konsens, vgl. nur: MüKo-*Habersack*, § 111 Rn. 34; *Casper*, ZHR 176 (2012), 617 (630); Koch, AG 2009, 93; *Goette*, ZHR 176 (2012), 588 (596); *Paefgen*, AG 2008, 761 (763).
[52] BGH, NJW 1997, 1926 (1928).
[53] BT Drucks. 15/5092, S. 11.
[54] So auch *Koch*, AG 2009, 93 (95 f.).
[55] BT Drucks. 15/5092, S. 12; Vgl. *Dendl*, Organhaftung (Fn. 23), S. 71 Fn. 163.
[56] Allgemeine Auffassung, statt Aller: *Rieckers/Vetter*, in: Zöllner/Noack (Hrsg.), Kölner Kommentar zum Aktiengesetz (KölnKomm), Bd. III/2, §§ 142-178, 3. Aufl. 2013, § 148 Rn. 358; vgl. auch schon *Spindler*, NZG 2005, 865 (867).
[57] *Koch*, AG 2009, 93 (100); *Redeke*, ZIP 2008, 1549 (1552).
[58] *Koch*, AG 2009, 93 (96); *ders.,* NZG 2014, 934 (941); Hüffer/Koch-*ders.,*

gung nicht um eine unternehmerische Entscheidung handeln, denn der Gesetzgeber hat das Gericht ja anscheinend im Rahmen des Klagezulassungsverfahrens für befähigt gehalten, die Abwägung selbst vorzunehmen.[59] Dieser Eindruck wird noch dadurch verstärkt, dass der Gesetzgeber in der Gesetzesbegründung zu § 148 Abs. 1 S. 2 Nr. 4 AktG wiederum auf die Grundsätze der ARAG-Entscheidung Bezug genommen hat.[60]

Dementsprechend ist auch *Koch* zu widersprechen, wenn er meint, dem § 148 Abs. 1 S. 2 Nr. 4 AktG liege die Wertung zugrunde, dass der Gesetzgeber für die – dann doch unternehmerische? – Verfolgungsentscheidung ein *judicial second guessing* explizit gestattet habe und deswegen die Business Judgement Rule nicht anwendbar sei.[61] Denn aus § 148 Abs. 1 S. 2 Nr. 4 AktG ergibt sich vielmehr, dass die Verfolgungsentscheidung schon gar keine unternehmerische Entscheidung ist. Bei *Kochs* Ansatz ließe sich zudem aufgrund der Unterschiede zwischen Aktionärsklage und Aufsichtsratsentscheidung – die Aktionärsklage ist ein Minderheitenrecht, welches erst nach erfolgloser Aufforderung der AG zur Anspruchsdurchsetzung besteht – eine unterschiedliche gerichtliche Kontrolldichte gerade doch rechtfertigen.[62]

cc) Telos

Bedenkt man zuletzt das Ziel des Gesetzgebers, durch das UMAG die gesellschaftsinterne Anspruchsverfolgung zu effektuieren,[63] so erscheint es widersprüchlich, die Business Judgement Rule, die dem Aufsichtsrat einen weiten Ermessensspielraum geben würde, auf die Verfolgungsentscheidung anzuwenden. Denn es wird sich – in den Worten von *Lutter* – „irgendein Aspekt aus dem großen Kranz des Wohles der Gesellschaft immer finden",[64] mit dem sich ein Absehen von der Verfolgung rechtfertigen lassen würde. Das würde dem Ziel einer effektiveren Anspruchsverfolgung zuwiderlaufen.

dd) Zwischenfazit

Auch *Paefgens* Ansatz ist daher abzulehnen. Die Verfolgungsentscheidung ist keine unternehmerische Entscheidung im Sinne der Business Judgement Rule, diese mithin nicht anwendbar.

2. Anderweitiger Ermessens- oder Beurteilungsspielraum

Dem Aufsichtsrat könnte aber ein anderweitiger Ermessens- oder Beurteilungsspielraum zustehen. Fraglich ist, ob dies mit den Regelungen des UMAG vereinbar ist.

Im Klagezulassungsverfahren ist die Abwägung des grundsätzlichen Verfolgungsinteresses und des möglicherweise gegenläufigen Unternehmenswohls durch das Gericht vorzunehmen.[65] Damit hat der Aufsichtsrat jedenfalls im Rahmen der Aktionärsklage keinen Beurteilungs- oder Ermessensspielraum. Dies muss aber nicht generell gelten. Denn aus § 148 Abs. 1 S. 2 Nr. 4 AktG lässt sich zwar schließen, dass die Verfolgungsentscheidung keine unternehmerische Entscheidung ist,[66] dies schließt aber einen sonstigen Ermessensspielraum nicht grundsätzlich aus.[67] Ein solches anderweitiges Ermessen würde jedoch zu einem divergierenden Prüfungsmaßstab – volle gerichtliche Kontrolle im Klagezulassungsverfahren; eingeschränkte Kontrolle bei Feststellungsklage durch überstimmte Aufsichtsratsmitglieder und im Haftungsprozess – führen.

Als Begründung für diese Divergenz der Prüfungsdichte werden vor allem zwei Argumente angeführt: Das Klagezulassungsverfahren sei nur für schwere Pflichtverletzungen gedacht[68] und die erhöhte Prüfungsdichte rechtfertige sich aus dem speziellen Charakter der Aktionärsklage als Minderheitenrecht.[69] Diese Argumente überzeugen kaum. Würde man eine unterschiedliche Kontrolldichte mit der Erheblichkeit der Pflichtverletzung begründen, die im Vorverfahren der Aktionärsklage nach § 148 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 AktG geprüft wird, so müsste man konsequenterweise zu dem Ergebnis kommen, dass auch außerhalb der Aktionärsklage bei erheblichen Pflichtverletzungen dem Aufsichtsrat kein Ermessen zustehe und die Entscheidung gerichtlich voll überprüfbar sei.[70] Dies wäre theoretisch möglich, wäre aber vor dem Hintergrund, dass auch oberhalb der Erheblichkeitsschwelle eine Abwägung zu treffen ist, zumindest ungewöhnlich und wird auch, soweit ersichtlich, in der Literatur nicht vertreten.[71] Wenig überzeugend ist auch das zweite Argument. Zwar ergibt es durchaus Sinn, dass die Verfolgungsentscheidung einer Aktionärsminderheit im Gegensatz zur Entscheidung der Hauptversammlung (vgl. § 147 Abs. 1 AktG) und des Aufsichtsrates einer strengeren gerichtlichen Kontrolle unterliegen soll. Doch müsste dann ein etwaiger Beurteilungsspielraum des Aufsichtsrates auch hier respektiert werden, wenn der Gesetzgeber einen solchen vorgesehen hätte.[72] Die beiden Argumente vermögen daher den entstehenden divergierenden Prüfungsmaßstab nicht zu rechtfertigen.

Dabei ist der Hintergedanke einer eingeschränkten gerichtlichen Überprüfbarkeit durchaus verständlich. Es sei schwerlich nachvollziehbar, wenn der Aufsichtsrat für eine vertretbare, lege artis getroffene Nichtverfolgungsentscheidung selber gemäß §§ 116 S. 1, 93 Abs. 2, S. 1 AktG haften müsste.[73] Dabei wird jedoch die Tragweite übersehen, die die Einschränkung der gerichtlichen Kontrolldichte

§ 93 Rn. 9; *Reichert*, in: FS Hommelhoff (Fn. 11), 907 (923); *Paefgen*, AG 2008, 761 (763); *Fleischer*, ZIP 2004, 685 (686); *ders*., NZG 2008, 371 (372); *Bachmann*, ZHR 177 (2013), 1 (4).

59 So auch *Dendl*, Organhaftung (Fn. 23), S. 73 ff.; *Redeke*, ZIP 2008, 1549 (1557); a.A.: *Reichert*, ZHR 177 (2013), 756, (769 f.).

60 BT Drucks. 15/5092, S. 22.

61 *Koch*, AG 2009, 93 (96).

62 Vgl. *Bieder*, NZG 2015, 1178 (1183).

63 *Scholz*, Die existenzvernichtende Haftung von Vorstandsmitgliedern in der Aktiengesellschaft, 2014, S. 146; ähnlich *Koch*, AG 2009, 93 (97).

64 *Lutter*, in: FS Hoffmann-Becking (Fn. 11), 747 (752).

65 Siehe schon oben: Fn. 56.

66 Siehe oben: B.II.1.b).bb).

67 *Koch*, NZG 2014, 934 (939); *Dendl*, Organhaftung (Fn. 23), S. 75.

68 *Cahn*, WM 2013, 1293 (1297); *Goette*, ZHR 176 (2012), 588 (599); *Reichert*, ZHR 177 (2013), 756 (769 f.).

69 *Bieder*, NZG 2015, 1178 (1183); Wohl auch *Habersack*, NZG 2016, 321 (323).

70 *Koch*, AG 2009, 93 (99 f.).

71 Vgl. *Koch*, NZG 2014, 934 (940).

72 Ähnlich *Koch*, AG 2009, 93 (99).

73 *Dendl*, Organhaftung (Fn. 23), S.81 f.; Dies ist wohl auch die Sorge von *Casper*, ZHR 176 (2012), 617 (635 f.), wenn er von *hindsight bias* des

hätte. Denn neben Haftungsklagen gegen den Aufsichtsrat sind auch Feststellungsklagen überstimmter Aufsichtsratsmitglieder möglich, in welchen dann ebenso die – nach Überzeugung des Gerichts – falsche Entscheidung nicht revidierbar wäre,[74] obwohl hier die Frage der Haftung des Aufsichtsrates noch gar keine Rolle spielt. Vorzugswürdiger scheint es daher, die Schutzwürdigkeit des Aufsichtsrates auf der Ebene des Verschuldens – welches exklusiv im Haftungsprozess geprüft wird – zu berücksichtigen.[75]

Daher ist auch den Stimmen, die bei der Verfolgungsentscheidung – anders als im Klagezulassungsverfahren – für einen begrenzten Beurteilungs- oder Ermessensspielraum und eine entsprechende eingeschränkte gerichtliche Kontrolle plädieren, nicht zuzustimmen.

3. Zwischenfazit

Im Ergebnis ist damit mit *Koch* davon auszugehen, dass dem Aufsichtsrat bei der Verfolgungsentscheidung keine Ermessens- oder Beurteilungsspielräume zustehen und die Entscheidung gerichtlich voll kontrollierbar ist.

C. Die Verfolgungsentscheidung im Einzelnen – Grundlagen und Vorgehensweise

Im zweiten Schritt soll nun untersucht werden, unter welchen Gesichtspunkten der Aufsichtsrat von der Verfolgung von Ansprüchen absehen kann.

I. Maßstab: Grundsätzliche Pflicht zur Anspruchsverfolgung?

Der BGH geht davon aus, dass die Verfolgung von Ansprüchen die Regel und die Nichtverfolgung die Ausnahme sein müsse, da das Unternehmenswohl grundsätzlich die Wiederherstellung des geschädigten Gesellschaftsvermögens verlange. Der Aufsichtsrat sei daher grundsätzlich zur Verfolgung von Ansprüchen verpflichtet.[76] Fraglich ist, ob dies überzeugen kann.

1. Ausgangspunkt: Gesellschaftsinteresse

Ausgangspunkt jedweder Überlegungen ist die Verpflichtung des Aufsichtsrates, im Interesse der Gesellschaft zu handeln.[77] Dies entspricht auch der Auffassung des BGH.[78] Der Bezug zum Unternehmenswohl verlangt grundsätzlich eine Abwägung zwischen den für und gegen eine Verfolgung sprechenden Gesichtspunkten, bei der eine Vorgewichtung nicht stattfinden darf.[79] Ein Regel-Ausnahme-Verhältnis soll dazu laut einigen Stimmen nicht passen.[80]

2. Nähe zu § 93 Abs. 4 S. 3 AktG

Die Annahme eines Regel-Ausnahme-Verhältnisses könnte durch § 93 Abs. 4 S. 3 AktG Bestätigung finden, nach welchem ein Verzicht oder ein Vergleich über Ersatzansprüche erst nach drei Jahren und nur mit Zustimmung der Hauptversammlung möglich ist.

a) Keine Anwendung auf die Nichtverfolgung

Zunächst ist zwar allgemein anerkannt, dass § 93 Abs. 4 S. 3 AktG über seinen Wortlaut hinaus auch sonstige Rechtsgeschäfte mit vergleichbaren wirtschaftlichen Folgen erfasst,[81] weswegen man auch die Nichtverfolgung, deren wirtschaftliche Folgen durch die Verjährung mit denen eines Verzichts vergleichbar sind, unter diese Norm fassen könnte.[82] Es sprechen aus dogmatischer Sicht jedoch zwei Gründe gegen die unmittelbare Anwendung von § 93 Abs. 4 S. 3 AktG. Zum einen sind sowohl der Verzicht und der Vergleich als auch die sonstigen nach herrschender Meinung dem § 93 Abs. 4 S. 3 AktG unterfallenden Rechtshandlungen zweiseitige Vereinbarungen, während bei einer reinen Nichtverfolgung der Vorstand selbst nicht mitwirkt.[83] Zum anderen ist jedes unter die Norm fallende Verhalten eine aktive Handlung, während es sich bei der reinen Nichtverfolgung um ein ausschließlich passives Unterlassen handelt.[84] Daher findet § 93 Abs. 4 S. 3 AktG auf die reine Nichtverfolgung unmittelbar keine Anwendung.[85]

b) Wertung aus § 93 Abs. 4 S. 3 AktG

Auch wenn § 93 Abs. 4 S. 3 AktG bei der reinen Nichtverfolgung von Ansprüchen nicht zur Anwendung kommt, besteht doch jedenfalls wegen des mit der Verjährung eintretenden wirtschaftlichen Gleichlaufs eine außerordentliche Nähe zum Verzicht.[86] Dies lässt sich zur Begründung des vom BGH postulierten Regel-Ausnahmeverhältnisses heranziehen.[87] Ein Zweck des § 93 Abs. 4 S. 3 AktG, nämlich einen

Gerichts im Haftungsprozess redet; dazu schon *Thümmel*, DB 1997, 117 (1119).

[74] Dazu *Koch*, AG 2009, 93 (98).

[75] So auch *Lutter*, in: FS Hoffmann-Becking (Fn. 11), 747 (752 f.); *Koch*, NZG 2014, 934 (938 f.); ausführlich zum Verschulden in diesem Fall *Koch,* in: Festschrift für Gerd Krieger zum 70. Geburtstag (FS Krieger), 521 ff.

[76] BGH NJW 1997, 1926 (1928).

[77] Siehe nur: *Mertens*, in: FS Schmidt (Fn. 75), 1183 (1186 f.); *Goette*, in GS Winter (Fn. 11), 155 (161 ff.); *Reichert*, ZHR 177 (2013), 756 (763); Hüffer/Koch-*Koch*, § 111 Rn. 17; *Holle*, ZHR 182 (2018), 569 (575);MüKo-*Habersack*, § 111 Rn. 41; so schon *Roth*, Unternehmerisches Ermessen und Haftung des Vorstands – Haftungsspielräume in der wirtschaftlichen Krise, 2001, S. 119 ff.

[78] BGH, NJW 1997, 1926 (1928), die Begriffe Unternehmenswohl und Gesellschaftsinteresse verwendet der BGH wohl synonym.

[79] *Holle*, ZHR 182 (2018), 569 (575); zustimmend Hüffer/Koch-*Koch*, § 111 Rn. 17; wohl auch MüKo-*Habersack*, § 111 Rn. 42.

[80] *Mertens*, in: FS Schmidt (Fn. 11), 1183 (1187); *Reichert*, ZHR 177 (2013), 756 (763); *ders.*, IN: FS Hommelhoff (Fn. 11), 907 (925); *Holle*, ZHR 182 (2018), 569 (575); *Cahn*, WM 2013, 1293 (1297); *Haarmann/Weiß*, BB 2014, 2115 (2124).

[81] Vgl. etwa: Hüffer/Koch-*Koch*, § 93 Rn. 77; BeckOGK-*Fleischer*, § 93 Rn. 341; GK-*Hopt/Roth*, § 93 Rn. 528 f.; Schmidt/Lutter-*Sailer-Coceani*, § 93 Rn. 64.

[82] Dafür: *Brommer*, Die Beschränkung der Rechtsfolgen der Vorstandsinnenhaftung, 2016, S. 170 ff.; *Tröger*, ZHR 179 (2015), 453 (477 ff.) a.A: *Seibt/Cziupka*, DB 2014, 1598 (1601): „kategorial von den Wirkungen eines „Verzichts“ zu unterscheiden“.

[83] *Hölters*, in: Hölters (Hrsg.), Aktiengesetz, Kommentar, 3. Aufl. 2017, § 93 Rn. 310a.

[84] BGH, NZG 2014, 1058 Rz. 19.

[85] Ebenso: GK-*Hopt/Roth*, § 93 Rn. 530; Hölters-*Hölters*, § 93 Rn. 310a; MüKo-*Habersack*, § 111 Rn. 47.

[86] BGH NJW 1997, 1926 (1928); *Koch*, AG 2009, 93 (101); BeckOGK-*Spindler*, § 116 Rn. 63; auch schon *Lutter*, ZIP 1995, 441 (442).

[87] Hüffer/Koch-*Koch.*, § 111 Rn. 17; *ders.*, AG 2009, 93 (101); MüKO-*Habersack*, § 111 Rn. 47; BeckOGK-*Spindler*, § 116 Rn. 63; a.A: *Holle*, ZHR 182 (2018), 569 (578); *Bieder*, NZG 2015, 1178 (1183); *Reichert*,

voreiligen Verzicht zu verhindern,[88] ist im Fall einer reinen Nichtverfolgung zwar gerade nicht einschlägig.[89] Doch dient § 93 Abs. 4 S. 3 AktG zusätzlich auch dem Minderheitenschutz[90] und dem Schutz vor kollegialer Rücksichtnahme[91] – Aspekte, die auch im Fall der Nichtverfolgung zu beachten sein können. Dagegen wird vorgebracht, dass der genannte Minderheitenschutz bei einer reinen Nichtverfolgung schon durch die §§ 147, 148 AktG gewährleistet sei.[92] Dies jedoch zu Unrecht, denn Aktionäre können Ansprüche nur verfolgen, wenn sie von diesen überhaupt erfahren. Wenn der Aufsichtsrat Ansprüche gerade deswegen nicht verfolgt, weil das Bekanntwerden ihrer Umstände dem Unternehmen mehr schaden würde als deren Nichtverfolgung, dann erhalten die Aktionäre auch keine Möglichkeit zur Klage.[93] Außerdem ist zu berücksichtigen, dass § 93 Abs. 4 S. 3 AktG ausweislich seiner Gesetzeshistorie einen von den §§ 147, 148 AktG unabhängigen Schutzmechanismus darstellt, sodass von den Schutzwirkungen der §§ 147, 148 AktG in Bezug auf die Nichtverfolgung nicht auf die Wertungen des § 93 Abs. 4 S. 3 AktG geschlossen werden kann.[94]

Wenn also eine Minderheit von 10 % der Aktionäre nach § 148 AktG gegen den Willen der Hauptversammlung einen Anspruchsverzicht verhindern kann, dann offenbart dies die grundsätzliche gesetzgeberische Wertung, dass die Verfolgung von Ansprüchen im Regelfall im Unternehmenswohl liegen wird.[95]

3. Wertung aus § 148 Abs. 1 S. 2 Nr. 4 AktG

Die vorgenannte Wertung ergibt sich – jedenfalls für erhebliche Pflichtverletzungen im Sinne des § 148 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 AktG – zusätzlich seit dem UMAG aus § 148 Abs. 1 S. 2 Nr. 4 AktG, nach welchem die Klage zuzulassen ist, wenn der Geltendmachung des Anspruchs nicht überwiegende Gründe des Gesellschaftswohls entgegenstehen. Aus der Regierungsbegründung folgt nämlich, dass – in Anknüpfung an die ARAG-Entscheidung – bewusst auf überwiegende Gründe des Gesellschaftswohls abgestellt wurde, um den Ausnahmecharakter einer Nichtverfolgung zu betonen.[96]

4. Einfluss der Legalitätspflicht

Nach einer Mindermeinung soll sich die regelmäßige Pflicht zur Anspruchsverfolgung auch aus der aktienrechtlichen Legalitätspflicht[97] ergeben,[98] da diese sonst nicht effektiv durchgesetzt würde.[99] Dies kann indes nicht überzeugen.[100]

Die Legalitätspflicht verpflichtet den Vorstand zu gesetzmäßigem Handeln.[101] Sie könnte damit allenfalls im Falle eines rechtswidrigen Verhaltens des Vorstands eine Verfolgungspflicht begründen.[102] Eine allgemeine Verfolgungspflicht, also die Pflicht zwar pflicht-, aber nicht gleichzeitig rechtswidriges Verhalten des Vorstands zu verfolgen, kann sich aus Legalitätspflicht damit keinesfalls ergeben.[103] Gegen die Annahme, dass sich aus der Legalitätspflicht überhaupt eine Regelverfolgungspflicht ergibt, spricht aber darüber hinaus, dass eine effektive Durchsetzung der Legalitätspflicht nicht zwangsläufig die Regressnahme erfordert. Vielmehr sind generell entsprechende Maßnahmen zu treffen, die weitere rechtswidrige Handlungen verhindern, was nicht unbedingt durch die Verfolgung von Schadensersatzansprüchen geschehen muss.[104]

5. Zwischenfazit

Die Verfolgung von Ansprüchen gegen den Vorstand ist der Regelfall, das Absehen von der Verfolgung die Ausnahme. Dies bedeutet, dass der Aufsichtsrat grundsätzlich zur Anspruchsverfolgung verpflichtet und damit ein Absehen von der Verfolgung besonders begründungsbedürftig ist.[105] Dies ist auch mit der grundsätzlichen Ausrichtung am Unternehmenswohl vereinbar, denn aus der Begründungsbedürftigkeit des Absehens von der Anspruchsverfolgung lässt sich kein Rückschluss auf die konkrete Abwägung im Einzelfall ziehen. Wenn das Unternehmenswohl gegen eine Verfolgung spricht, dann besteht eben gerade eine Ausnahme von der Verfolgungspflicht.

---

in: FS Hommelhoff (Fn. 11), 907 (917 ff.).

88 Allgemeine Meinung, vgl. nur: *Zimmermann*, in: Festschrift für Konrad Duden zum 70. Geburtstag (FS Duden), 773 (774); *Fleischer*, AG 2015, 133 (138); KölnKomm-*Mertens/Cahn*, § 93 Rn. 164; MüKo-*Spindler*, § 93 Rn. 282.

89 *Reichert*, in: FS Hommelhoff (Fn. 11), 907 (918).

90 BGH, NZG 2014, 1058 Rz 20; BeckOGK-*Fleischer*, § 93 Rn. 329; Hüffer/Koch-*Koch*, § 93 Rn. 76; GK-*Hopt/Roth*, § 93 Rn. 503.

91 BGH, NZG 2014, 1058 Rz 20; GK-*Hopt/Roth*, §93 Rn. 506; *Jaeger/Trölitzsch*, ZIP 1995, 1157 (1161).

92 So *Holle*, ZHR 182 (2018), 569 (578); *Reichert*, in: FS Hommelhoff (Fn. 11), 907 (919); *ders*., ZHR 177 (2013), 756 (770 f.); *Bieder*, NZG 2015, 1178 (1183); Ähnlich schon *Paefgen*, AG 2008, 761 (765).

93 *Bachmann,* in: Verhandlungen des 70. Deutschen Juristentages (Fn. 23), E 41; *Holle*, ZHR 182 (2018), 569 (578).

94 Ausführlich *Scholz*, Haftung (Fn. 63), S. 150 Fn. 427.

95 Ähnlich: *Koch*, AG 2009, 93 (100); *Jaeger/Trölitzsch*, ZIP 1995, 1157 (1158); auch *Reichert*, in: FS Hommelhoff (Fn. 11), 907 (918), der aber diese Wertung für die Nichtverfolgung ablehnt.

96 BT-Drucks. 15/5092, S. 22; Vgl. auch *Koch*, AG 2009, 93 (96) Fn. 23; Casper, ZHR 176 (2012), 617 (628).

97 Zur Legalitätspflicht des Vorstands grundsätzlich: *Thole*, ZHR 173 (2009), 504 ff.; *Fleischer*, ZIP 2005, 141 ff.; *Bayer*, in: FS Schmidt (Fn. 11), 85 (88 ff.).

98 So *Grigoleit/Tomasic,* in: Grigoleit (Hrsg.), Aktiengesetz, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 111 Rn. 29; Ähnlich *Casper*, ZHR 176 (2012), 617 (630).

99 Grigoleit-*Grigoleit/Tomasic*, § 111 Rn. 29.

100 So auch: Hüffer/Koch-*Koch*., § 111 Rn. 18; *Reichert*, in: FS Hommelhoff (Fn. 11), 907 (920 ff.); *Bieder*, NZG 2015, 1178 (1179); *Holle*, ZHR 182 (2018), 569 (576 f.).

101 Vgl. Schmidt/Lutter-*Sailer/Coceani*, § 93 Rn. 7; KölnKomm-*Mertens/Cahn*, § 93 Rn. 71; BeckOGK-*Fleischer*, § 93 Rn. 28 jeweils m.w.N.; Umstritten ist die Frage, ob die Legalitätspflicht auch bei Verletzung einer Vertragspflicht greift, siehe dazu: *Thole*, ZHR 173 (2009), 504 (518 f.).

102 Dafür *Schütz*, in: Semler/v. Schenk (Hrsg.), Der Aufsichtsrat, Kommentar, §§ 95-116, 170-172, 394 und 395 AktG, 1. Aufl. 2015, § 111 Rn. 291.

103 Ähnlich *Bieder*, NZG 2015, 1178 (1179).

104 Ausführlich *Reichert*, in: FS Hommelhoff (Fn. 11), 907 (920 ff.); Zustimmend *Bieder*, NZG 2015, 1178 (1179); *Holle*, ZHR 182 (2018), 569 (576 f.).

105 So auch: Hüffer/Koch-*Koch*, § 111 Rn. 17; MüHdb-VII-*Koch*, § 30 Rn. 35; *Fehrenbach*, AG 2015, 761 (765).

II. Bedeutung für die konkrete Verfolgungsentscheidung als einzelfallbezogene Abwägung

a) Grundsatz

Aus der grundsätzlichen Orientierung der Verfolgungsentscheidung am Unternehmenswohl ergibt sich, dass das Gesellschaftsinteresse dann ein Absehen von der Anspruchsverfolgung verlangt und rechtfertigt, wenn sich die Anspruchsverfolgung negativ auf das Gesellschaftsvermögen auswirken würde.[106] Letztendlich sind also die Auswirkungen einer Anspruchsverfolgung auf das Gesellschaftsvermögen zu saldieren.

b) In der Abwägung zu berücksichtigende Belange

aa) Unmittelbar finanzielle Aspekte

Jedenfalls in die Abwägung einzustellen sind demnach die unmittelbar finanziellen Auswirkungen einer Anspruchsverfolgung, also die im Falle eines Erfolges beitreibbare Summe sowie entsprechende Rechtsverfolgungskosten unter Berücksichtigung des Ergebnisses der Prozessrisikoanalyse. Genauso ist mit sonstigen klar in Geld messbaren Faktoren umzugehen.

Das Bedürfnis nach einer grundsätzlichen Bagatellgrenze, unter welcher Ansprüche grundsätzlich nicht verfolgt werden müssen, ist nicht ersichtlich.[107] Denn wenn die Anspruchsverfolgung sich positiv auf das Gesellschaftsvermögen und damit das Gesellschaftswohl auswirkt, dann sollte der Anspruch auch verfolgt werden. Gleichwohl wird bei entsprechend niedrigen Schadenssummen eine Anspruchsverfolgung wegen der weiteren zu berücksichtigen Faktoren, die mittelbar auch einen Einfluss auf das Gesellschaftsvermögen haben,[108] häufig nicht dem Unternehmenswohl entsprechen und damit zu unterlassen sein. Dies muss jedoch eine Frage des Einzelfalls bleiben.

bb) Sonstige Belange der Gesellschaft

Zu berücksichtigen sind aber auch die vom BGH genannten möglicherweise entgegenstehenden Belange der Gesellschaft: negative Auswirkungen auf die Geschäftstätigkeit, Reputationsverlust, Beeinträchtigung der Vorstandsarbeit und des Betriebsklimas.[109] Diese sind zwar schwer in Geld quantifizierbar, können mittel- bis langfristig aber doch einen negativen Einfluss auf das Gesellschaftsvermögen haben und sind dementsprechend zu berücksichtigen.[110] Der Aufsichtsrat ist insoweit gezwungen, die finanziellen Auswirkungen zu schätzen.[111] Das Ergebnis dieser Schätzung ist dann in die Abwägung miteinzubeziehen. Über die im BGH-Urteil genannten möglichen Gesellschaftsbelange hinaus wurden in der Literatur und der Instanzrechtsprechung zahlreiche weitere Aspekte des Unternehmenswohls herausgearbeitet, welche das Absehen einer Anspruchsverfolgung rechtfertigen können.[112]

Dabei ist jedoch zu beachten, dass wegen der aus dem Regel-Ausnahme-Verhältnis resultierenden besonderen Begründungsbedürftigkeit des Absehens von der Anspruchsverfolgung eine pauschale Rechtfertigung mit den entsprechenden Belangen der Gesellschaft nicht ausreichen kann. Vielmehr müssen konkrete Umstände vorliegen, die die Annahme entsprechender negativer Auswirkungen auf das Gesellschaftswohl rechtfertigen.[113]

cc) Keine Einbeziehung unternehmensfremder Aspekte

Nach dem ARAG-Urteil kann der Aufsichtsrat andere Gesichtspunkten als solche des Unternehmenswohls – erwähnt werden soziale Konsequenzen für den Vorstand – nur in Ausnahmefällen berücksichtigen.[114] Mit einer am Gesellschaftswohl orientieren Abwägung lässt sich solch eine Einbeziehung außergesellschaftlicher Interessen jedoch schwer vereinbaren.[115] In die Abwägung mit entgegenstehenden Belangen der Gesellschaft können solche Aspekte demnach nur einbezogen werden, soweit sie Auswirkungen auf Belange des Unternehmens – denkbar wäre beispielsweise die Gefahr, wegen einer rücksichtslosen Regressnahme keine kompetenten Vorstände mehr anwerben zu können[116] – haben.[117]

In der Literatur wird deswegen zunehmend eine Begrenzung des Regresses der Höhe nach diskutiert, um den Vorstand vor einer existenzvernichtenden Haftung[118] zu schützen. Grundlage dieser Regressbeschränkung soll die gesellschaftliche Fürsorgepflicht[119] – teilweise unter Rückgriff auf arbeitsrechtliche Wertungen[120] – sein. Im Ergebnis soll entweder der Anspruch der Gesellschaft gegen den Vorstand von Anfang an nur in begrenzter Höhe entstehen[121] oder nach Einrede des Vorstands nur begrenzt

[106] *Wilsing*, in: Festschrift für Georg Maier-Reimer zum 70. Geburtstag (FS Maier-Reimer), 889 (891); *Mertens*, in: FS Schmidt (Fn. 11), 1883 (1187); *Casper*, ZHR 176 (2012), 617 (632); *Scholz*, Haftung (Fn. 63), S. 121; Wohl auch *Redeke*, ZIP 2008; 1549 (1554 ff.).

[107] Für eine Bagtellgrenze aber *Casper*, ZHR 176 (2012), 617 (634); wohl auch BeckOGK-*Spindler*, § 116 Rn. 64.

[108] Dazu sogleich.

[109] BGH NJW 1997, 1926 (1928).

[110] So wohl auch *Goette,* in: GS Winter (Fn. 11), 153 (164 f.).

[111] *Casper*, ZHR 176 (2012), 619 (632); *Scholz*, Haftung (Fn. 63), S. 121.

[112] Für eine ausführliche Auflistung siehe: *Schnorbus/Ganzer*, WM 2015, 1832 (1841).

[113] So auch *Casper*, ZHR 176 (2012), 619 (632); *Scholz*, Haftung (Fn. 63), S. 121; ähnlich *Hasselbach/Seibel*, AG 2008, 773 (774); *Binder/Kraayvanger*, BB 2015, 1219 (1222 f.).

[114] BGH, NJW 1997, 1926 (1928).

[115] So auch: *Paefgen*, AG 2008, 761 (763); *ders.*, Unternehmerische Entscheidungen (Fn. 16), S. 146; *Bayer*, in: FS Schmidt (Fn. 11), 85 (99); Grigoleit-*Grigoleit/Tomasic*, § 111 Rn. 16; *Lutter/Krieger/Verse* (Fn. 11), Rn. 461; Krieger/Schneider-*Krieger*, Rn. 3.48; *Lutter*, ZIP 1995, 441 (442); kritisch schon *Horn*, ZIP 1997, 1137 f.; a.A. wohl *Habersack*, ZHR 177 (2013), 782 (801).

[116] *Reichert*, ZIP 2016, 1189 (1194).

[117] *Fehrenbach*, AG 2015, 761 (768); Hüffer/Koch-*Koch,* § 111 Rn. 20; *Reichert*, ZIP 2016, 1189 (1194); ähnlich *Goette*, in. GS Winter (Fn. 11), 153 (164 ff.); Grigoleit-*Grigoleit/Tomasic*, § 111 Rn. 16.

[118] *Koch*, AG 2014, 514 (515): „kein Schrifttumsvertreter mehr, der die … uneingeschränkte Haftung des Vorstands für angemessen hält".

[119] *Koch*., AG 2012, 429 (433); *ders.*, AG 2014, 513 (514); *Brommer*, AG 2013, 121 (128 ff.); *Reichert*, ZHR 177 (2013), 756 (776); *Casper*, ZHR 176 (2012), 617 (636 ff.); *Schnorbus/Ganzer*, WM 2015, 1877 (1878 f.); *Mack*, Die Regresshaftung von Vorstandsmitgliedern einer Aktiengesellschaft- Voraussetzungen und Möglichkeiten ihrer Begrenzung, 2015, S 228 ff.

[120] *Koch*, in: GS Winter (Fn. 11), 327 (339 ff.); *ders.*, AG 2012, 429, (435 ff.); *Brommer*, AG 2013, 121 (129 f.); für Beschränkung nur aus arbeitsrechtlicher Wertung: *Wilhelmi*, NZG 2017, 681 ff.; *Bachmann*, ZIP 2017, 841 ff.

[121] *Koch*, AG 2014, 513 (520); Hüffer/Koch-*ders.,* § 93 Rn. 52.

durchsetzbar sein.[122] Ob eine solche Regressbeschränkung tatsächlich existiert,[123] ist hier nicht weiter zu erörtern. Denn wenn ein Anspruch schon nur in bestimmter Höhe entsteht oder durchsetzbar ist, dann stellt sich die Frage der Verfolgung dieses Anspruchs über diese Grenze hinaus nicht.

dd) Pflicht zur Offenbarung eigenen Fehlverhaltens

In Anknüpfung an ein BGH-Urteil aus dem Jahr 2018[124] stellt sich die Frage, ob der Aufsichtsrat von der Anspruchsverfolgung absehen kann, wenn er damit gleichzeitig eigene Pflichtverletzungen aufdecken müsste.

Dabei ist grundsätzlich umstritten, inwieweit das aus Art. 2 Abs. 1, 1 Abs. 1 GG abgeleitete Verbot der Pflicht zur Selbstbezichtigung (nemo tenetur) auch im Kapitalgesellschaftsrecht Geltung findet.[125] Das Problem wird besonders relevant, wenn man sich klar macht, dass bei Pflichtverletzungen des Vorstands häufig auch ein Überwachungsverschulden des Aufsichtsrates im Raum steht.[126]

Dem BGH ist zuzustimmen, wenn er in diesem Zusammenhang die besondere Überwachungs- und Schutzfunktion des Aufsichtsrates betont.[127] Denn wenn der Aufsichtsrat schon seine präventive Überwachungsfunktion nicht pflichtgemäß erfüllt hat, dann wäre es absurd, ihn gerade deswegen von der Pflicht zur nachträglichen Überwachung – in Form der Aufklärung und Verfolgung von Schadensersatzansprüchen – zu befreien.[128] Diesbezüglich ist dem Aufsichtsrat auch eine mittelbare Aufdeckung seiner eigenen Pflichtverletzung zumutbar, hat er doch das Aufsichtsratsmandat und damit die Aufgabe zur Überwachung des Vorstands freiwillig übernommen.

Dies gilt sogar für die Offenbarung strafrechtlichen Verhaltens. Denn die Gefahr der strafrechtlichen Haftung ließe sich durch ein entsprechendes strafrechtliches Beweisverwertungsverbot verhindern.[129] Außerdem wäre es widersprüchlich, wenn der Aufsichtsrat grundsätzlich eigenes Fehlverhalten im Rahmen der Anspruchsverfolgung aufdecken müsste, diese Pflicht aber bei besonders krassem Fehlverhalten – in Form einer Straftat – nicht bestehen würde.[130]

Dementsprechend findet das Selbstbezichtigungsverbot aus Art. 2 Abs. 1, 1 Abs. 1 GG bei der Verfolgungsentscheidung keine Anwendung. Der Aufsichtsrat kann nicht aus dem Grund von der Verfolgung von Ansprüchen absehen, dass er dabei mittelbar eigenes Fehlverhalten aufdecken muss.[131]

D. Fazit in Thesen

Der Aufsichtsrat hat bei der Entscheidung, von der Verfolgung von Ansprüchen gegen den Vorstand abzusehen, keinen Ermessens- oder Beurteilungsspielraum. Seine Entscheidung unterliegt im Klagefall der vollen gerichtlichen Kontrolle.
Der Aufsichtsrat ist grundsätzlich zur Verfolgung von Ansprüchen gegen den Vorstand verpflichtet. Das Absehen von der Anspruchsverfolgung ist als Ausnahme von dieser Regel durch den Aufsichtsrat besonders zu begründen.
Die Entscheidung über die Anspruchsverfolgung ist einzig am Unternehmenswohl auszurichten. Bei der Entscheidung sind die unmittelbar finanziellen Auswirkungen sowie sonstige hinreichend konkret bestimmbare Belange der Gesellschaft, die mittelbar einen Einfluss auf das Gesellschaftsvermögen haben, zu berücksichtigen. Der Aufsichtsrat kann von der Anspruchsverfolgung absehen, wenn die Anspruchsverfolgung sich letztlich negativ auf das Gesellschaftsvermögen auswirken würde.
Unternehmensfremde Aspekte darf der Aufsichtsrat bei seiner Entscheidung nicht berücksichtigen. Soziale Konsequenzen für den Vorstand können deshalb nur dann berücksichtigt werden, wenn sie mittelbar auch Belange des Unternehmens betreffen.
Die Pflicht des Aufsichtsrates zur Anspruchsverfolgung entfällt auch dann nicht, wenn dieser durch die Verfolgung mittelbar eigene Pflichtverletzungen aufdecken müsste. Er kann deswegen nicht von der Verfolgung von Ansprüchen gegen den Vorstand absehen.

[122] *Mack*, Regresshaftung (Fn. 120), S 232 f.; wohl auch *Casper*, ZHR 176 (2013), 617 (640 ff).
[123] Dies kann man mit guten Gründen bezweifeln. Vgl. *Schöne/Petersen*, AG 2012, 700 (704 f.); kritisch auch *Gaul*, AG 2015, 109 (113); *Grunewald*, AG 2013, 813 (814 f.).
[124] BGH, NZG 2018, 1301 – Easy Software.
[125] Dabei geht es im Vordergrund um den Fall, dass ein Geschäftsleiter eine eigene Pflichtverletzung verschweigt und diese darauf hin verjährt. Der Großteil der Literatur verneint eine Pflichtverletzung durch das Verschweigen. Siehe: MüKo-*Spindler*, § 93 Rn. 327; *Grunewald*, NZG 2013, 841 (845); Hölters-*Hölters, § 93 Rn. 339; Fleischer*, AG 2014, 457 (461) jeweils m.w.N.
[126] Vgl. *Faßbender*, NZG 2015, 501 (507); zustimmend *Fleischer*, ZIP 2018, 2341 (2347); *Bachmann*, in: Verhandlungen des 70. Deutschen Juristentages (Fn. 23), E 68 f.; so auch der BGH, NZG 2018 2117, Rz. 46.
[127] BGH, NZG 2018, 1301 Rz. 46; zustimmend auch: *Bayer/Scholz*, NZG 2019, 201 (206 f.); *Jenne/Miller*, AG 2019, 112 (120 f.).
[128] So wohl auch *Jenne/Miller*, AG 2019, 112 (121).
[129] Dies andeutend auch: BGH, NZG 2018, 1301 Rz. 48.
[130] Vgl. *Bayer/Scholz*, NZG 2019, 201 (207).
[131] So auch: *Jenne/Miller*, AG 2019, 112 (120 f.); *Bayer/Scholz*, NZG 2019, 201 (206 f.); vorsichtiger *Fleischer*, ZIP 2018, 2341 (2348); a.A.: *Cahn*, ZHR 184 (2020), 297 (316 ff.).

Kosima Krause*

Möglichkeiten und Grenzen des Vorstands bei der Gewinnung von Ankeraktionären

A. Einleitung

Der Begriff des Ankeraktionärs ist im Aktiengesetz nicht erwähnt. Es gibt den „Hauptaktionär", der mit mindestens 95 % am Grundkapital beteiligt ist (§ 327a AktG), und das „herrschende Unternehmen", das einen beherrschenden Einfluss – vor allem durch mehrheitliche Beteiligung – ausüben kann (§ 17 I, II AktG). Das WpHG kennt den Inhaber einer „wesentlichen Beteiligung", der die Schwelle von 10 % der Stimmrechte erreicht oder überschreitet (§ 43 i.V.m. §§ 33, 34 WpHG). Im WpÜG gibt es den Aktionär, der die „Kontrolle" (i.S.d. § 29 II WpÜG) über eine Zielgesellschaft erlangt (§ 35 I WpÜG).

Als Ankeraktionär wird im Folgenden – im Einklang mit einem verbreiteten Sprachgebrauch[1] – ein Aktionär verstanden, der (i) eine ins Gewicht fallende Beteiligung hält, (ii) die Beteiligung als längerfristiges Engagement versteht und (iii) der Verwaltung der Gesellschaft, also Aufsichtsrat und Vorstand, und der von der Verwaltung verfolgten Unternehmensstrategie grundsätzlich positiv gegenübersteht. Die typische Beteiligungshöhe eines Ankeraktionärs liegt zwischen 10 % und 30 %.[2] Als Ankeraktionär kann aber auch derjenige Investor angesehen werden, der eine etwas geringere oder höhere Beteiligung hält.[3]

Das Thema der Arbeit erfasst Spannungsfelder in der Struktur der Aktiengesellschaft. Die Suche des Vorstands nach einem Ankeraktionär steht umgekehrt zum „Normalfall", in dem die Aktionäre die Mitglieder des Aufsichtsrats wählen und dieser den Vorstand bestellt. Ein Ankeraktionär kann wegen seiner langfristigen, hohen Beteiligung für Gesellschaften eine herausragende Rolle spielen. Daher stellt sich die Frage, ob der Vorstand dem Ankeraktionär im Vergleich zu den übrigen Aktionären Sonderrechte gewähren kann. Das Aktiengesetz geht davon aus, dass alle Aktionäre gleich zu behandeln sind (§ 53a AktG) und sie ihre Rechte nur in der Hauptversammlung ausüben (§ 118 I 1 AktG).

Die Arbeit untersucht, inwiefern die Leitungskompetenz des Vorstands gemäß § 76 I AktG und die damit verbundene Ausrichtung am Unternehmensinteresse dem Vorstand Spielräume eröffnet, in diesen Rahmen einzugreifen und der Gesellschaft die Vorteile eines Ankeraktionärs zu Nutze zu machen.

Zu Beginn ist zu klären, ob es überhaupt in die Kompetenz des Vorstands fällt, sich um einen Ankeraktionär zu bemühen (B). Anschließend soll geprüft werden, ob und inwieweit der Vorstand auf das Begehren eines Ankeraktionärs, bevorzugt behandelt zu werden, eingehen darf. Dies wird an den Beispielen der Informationsgewährung (C.I.) und der Vertretung im Aufsichtsrat (C.II.) dargestellt. Die technische Frage, wie der Vorstand einen potentiellen Ankeraktionär bei dessen Beteiligungsaufbau durch Zuwendung von Aktien unterstützen kann, ist aufgrund der gekürzten Fassung der Arbeit nicht Gegenstand dieses Beitrags.

B. Möglichkeit der Einflussnahme des Vorstands auf die Aktionärsstruktur

Zunächst ist der Frage nachzugehen, ob es dem Vorstand rechtlich zusteht, gezielt Einfluss auf die Aktionärsstruktur zu nehmen.

I. Leitungskompetenz, § 76 I AktG

Aufgabe des Vorstands ist nach § 76 I AktG, die Gesellschaft unter eigener Verantwortung zu leiten. Die Zusammensetzung des Aktionariats müsste somit von der Leitungskompetenz des Vorstands umfasst sein. Ein Teil der Literatur[4] versteht die Leitungsaufgabe des Vorstands so, dass er die Aktionärsstruktur beeinflussen darf und soll. Andere Stimmen im Schrifttum[5] sehen die Kompetenz des Vorstands enger und sprechen dem Vorstand diese Befugnis ab. Eine höchstrichterliche Entscheidung steht noch aus.[6] Unstreitig umfasst die Leitungskompetenz aus § 76 I AktG sämtliche unternehmensstrategische Entscheidungen.[7] Was genau dazu gehört, ist dem Wortlaut der Norm nicht zu entnehmen.

1. Weites Verständnis: Ankeraktionär als Teil der Unternehmensstrategie

Bei einem weiten Verständnis gehört zur Leitungsaufgabe des Vorstands auch der unmittelbare Eingriff in die Aktionärsstruktur.[8] Dabei wird auf die besondere Bedeutung

---

* Die Autorin ist Studentin an der Bucerius Law School, Hamburg. Der Beitrag stellt eine überarbeitete und gekürzte Fassung ihrer Examensseminararbeit bei Prof. Dr. Thilo Kuntz und Prof. Dr. Christoph Kumpan dar.

1 *Seibt*, FS Hopt 2020, 1171; *Herz*, NZG 2020, 285, 289; *Schockenhoff/Culmann*, ZIP 2015, 297; *Schießl*, AG 2009, 385, 385 ff.; *Neumann,* Rechtliche Probleme von PIPE-Transaktionen, 2014, S. 3.

2 *Seibt*, FS Hopt 2020, 1171.

3 *Weber-Rey/Reps*, ZGR 2013, 597, 603.

4 *Seibt*, in: K. Schmidt/Lutter, 4. Auflage, 2020, § 76 Rn. 47; *Hüffer/Koch*, 15. Auflage, 2021, § 76 Rn. 40; *Seibt*, FS Hopt 2020, 1171, 1176; *Bayer*, ZGR 2002, 588, 598; *Dimke/Heiser*, NZG 2001, 241, 243 f.; *Drygala*, ZIP 2001, 1862, 1867.

5 *Kort*, in: Beck-online Großkommentar zum Aktienrecht, 2021, § 76 Rn. 146; *Spindler,* in: Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, 5. Auflage, 2019, § 76 Rn. 41; *Merkt*, ZHR 165 (2001), 224, 234; *Altmeppen*, ZIP 2001, 1073, 1077.

6 BGH, Beschl. v. 22.10.2007 – II ZR 184/06 –, juris Rn. 2: „Unabhängig von der im Schrifttum umstrittenen Frage, ob eine allgemeine aktienrechtliche Neutralitätspflicht des Vorstands […] anzuerkennen ist […]".

7 *Spindler*, in: MüKoAktG (Fn. 5), § 76 Rn. 15; *Oltmanns*, in: Nomoskommentar zum Aktienrecht und Kapitalmarktrecht, 5. Auflage, 2020, § 76 Rn. 5; zum Begriff des Leitungsorgans, *Koch*, Der Vorstand im Kompetenzgefüge der Aktiengesellschaft, 50 Jahre AktG 2016, 65, 78 ff.

8 *Paefgen,* Unternehmerische Entscheidungen und Rechtsbindung der Organe in der AG, 2002, S. 345, spricht vom: „unternehmenspolitisch-strategischen Primat des Vorstands".

der Beteiligung eines Ankeraktionärs verwiesen.[9] Kleinaktionäre nehmen ihre Rechte in der Hauptversammlung wegen des damit verbundenen Aufwands regelmäßig nicht wahr und veräußern ihre Anteile, wenn sie mit der Unternehmenspolitik unzufrieden sind.[10] Der Ankeraktionär hat demgegenüber im Regelfall aufgrund des Wertes seiner Beteiligung unter Kosten-Nutzen-Gesichtspunkten ein Interesse daran, Ressourcen für die Kontrolle der Gesellschaft aufzuwenden und die Entwicklung des Unternehmens zu fördern.[11] Zwar wirken Aktionäre nach § 119 II AktG nicht unmittelbar an der Geschäftsführung mit. Wenn sie im Aufsichtsrat vertreten sind, können sie den Vorstand aber gemäß § 111 I AktG überwachen. Insbesondere kann der Aufsichtsrat gemäß § 111 IV 2 AktG bestimmte Arten von Geschäften von seiner Zustimmung abhängig machen. Empirische Studien[12] belegen, dass Ankeraktionäre, die sich in die Gesellschaftsbelange einbringen, einen positiven Einfluss auf die Corporate Governance und die geschäftliche Entwicklung der Gesellschaften haben.[13] Insofern kann der Gewinn eines Ankeraktionärs als Teil der Unternehmensstrategie verstanden werden und damit zur Leitungsfunktion des Vorstands gehören.[14]

2. Enges Verständnis: „Neutralitätspflicht"

Bei einem engen Verständnis der Leitungskompetenz soll der Vorstand sich auf die Gesellschaft an sich fokussieren. Bezüglich der Zusammensetzung des Aktionariats unterliege er einer Neutralitätspflicht,[15] sodass ihm ein Eingriff in die Aktionärsstruktur nicht zustehe.[16]

3. Herleitung und Stellungnahme

Für eine Neutralitätspflicht werden im Wesentlichen folgende Argumente angeführt: Die Gleichbehandlung der Aktionäre (a), die Funktionsfähigkeit des Marktes für die Unternehmenskontrolle (b) und die Funktion des Vorstandes im Kompetenzgefüge der Aktiengesellschaft (c).

a) Gleichbehandlungsgebot des § 53a AktG

Gemäß § 53a AktG sind Aktionäre unter gleichen Voraussetzungen gleich zu behandeln. Daraus wird zum Teil gefolgert,[17] dass der Vorstand nicht einem bestimmten Aktionär in besonderer Weise beistehen dürfe. Die Auseinandersetzung um die Anteile und die Herrschaft in der Aktiengesellschaft müsste vielmehr unter den Aktionären ausgetragen werden.[18]

aa) Entscheidung des OLG Celle, Urt. v. 19.7.2006

Dieser Ansicht folgt auch das Oberlandesgericht Celle in seiner Entscheidung vom 19.7.2006.[19] In dem zugrundeliegenden Fall hatte der Vorstand ein Kaufangebot einer ihm nahestehenden Großaktionärsfamilie mit einem das Kaufangebot unterstützenden Begleitschreiben an Minderheitsaktionäre weitergeleitet, nachdem diese zuvor schon ein Kaufangebot eines weiteren Großaktionärs erhalten hatten. Das OLG Celle urteilte, der Vorstand habe damit „seine Pflicht zur Neutralität verletzt, weil er sich angesichts des Bemühens des [weiteren Großaktionärs], die Mehrheitsverhältnisse durch Zukauf zu verändern, auf die Seite der [Großaktionärsfamilie] geschlagen hat".[20] Der Vorstand müsse sich *neutral* verhalten, wenn er die Interessen der Gesellschaft fördern wolle. Das Begleitschreiben verstoße gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz.[21] Auch der Bundesgerichtshof hat einen Verstoß gegen § 53a AktG gesehen, die Frage der Neutralitätspflicht aber offen gelassen.[22]

bb) Vorwirkung des § 53a AktG

Die Suche des Vorstands nach einem Ankeraktionär unterscheidet sich von dem Fall des OLG Celle insofern, als der Ankeraktionär gerade noch kein Aktionär ist. Fraglich ist, ob § 53a AktG eine entsprechende Vorwirkung entfaltet.[23] Der Wortlaut der Vorschrift beschränkt sich auf die Gleichbehandlung zwischen (Alt-) Aktionären. Die systematische Stellung des § 53a AktG im dritten Teil des Aktiengesetzes, der das Rechtverhältnis der Gesellschaft zu ihren Aktionären regelt, setzt ebenfalls eine Mitgliedschaft des Begünstigten voraus.[24] Teleologisch spricht für eine Vorwirkung jedoch, dass es keinen Unterschied machen darf, ob der Ankeraktionär noch nicht an der Gesellschaft beteiligt ist oder schon Aktien der Gesellschaft hält und der Vorstand ihn dann unterstützt.[25] In beiden Fällen wird der Ankeraktionär im Verhältnis zu den übrigen Aktionären bevorzugt. Auch eine Kontaktaufnahme zu einem potentiellen Ankeraktionär könnte daher gegen § 53a AktG verstoßen.

cc) Kein absolutes Gleichbehandlungsgebot

Selbst unter der Prämisse, dass die übrigen Aktionäre benachteiligt werden, wenn der Vorstand sich um einen Ankeraktionär bemüht, verpflichtet der Gleichbehandlungsgrundsatz den Vorstand nicht ohne weiteres zur Neutralität. § 53a AktG verbietet nicht jede Ungleichbehandlung, sondern lediglich sachwidrige Differenzierungen zwischen Aktionären.[26] Eine Ungleichbehandlung ist gerechtfertigt, wenn diese im

---

9 *Weber-Rey/Reps*, ZGR 2013, 597, 610.

10 *Schmolke*, ZGR 2007, 701, 707 f.

11 *Ruffner,* Die ökonomischen Grundlagen eines Rechts der Publikumsgesellschaft, Ein Beitrag zur Theorie der Corporate Governance, 2000, S. 264.

12 *Aggarwal/Erel/Ferreira/Matos*, 100 J. Fin. Econ. 154, 159 ff. (2011); *Bhojraj/Sengupta*, 76 J. Bus. 455, 472 (2003).

13 So auch Erwägungsgrund 14 der überarbeiteten Aktionärsrechterichtlinie 2017/828: „Eine wirksame und nachhaltige Mitwirkung der Aktionäre ist einer der Eckpfeile des Corporate Governance-Modells börsennotierter Gesellschaften".

14 *Seibt*, FS Hopt 2020, 1171, 1176.

15 *Hopt*, ZGR 1993, 534, 545.

16 *Spindler*, in: MüKoAktG (Fn. 5), § 76 Rn. 41; *Hopt*, FS Lutter 2000, 1361, 1376; *Maier-Reimer*, ZHR 165 (2001), 258, 259, der darauf verweist, dass die Neutralitätspflicht „im Zentrum der Pflichten des Vorstands" stehe; *Bosse*, NZG 2000, 16, 19; *Immenga*, AG 1992, 79, 81; *Mestmäcker,* Verwaltung, Konzerngewalt und Rechte der Aktionäre, 1958, S. 146.

17 *Hopt*, ZGR 1993, 534, 545 f.; *Schanz*, NZG 2000, 337, 340.

18 *Hopt*, ZGR 1993, 534, 545 f.

19 OLG Celle, Urt. v. 19.7.2006 – 9 U 15/06 –, juris Rn. 8 ff.

20 OLG Celle, Urt. v. 19.7.2006 – 9 U 15/06 –, juris Rn. 8.

21 OLG Celle, Urt. v. 19.7.2006 – 9 U 15/06 –, juris Rn. 11 f.

22 BGH, Beschl. v. 22.10.2007 – II ZR 184/06 –, juris Rn. 2.

23 Dafür *Verse,* Der Gleichbehandlungsgrundsatz im Recht der Kapitalgesellschaften, 2006, S. 220 ff.; skeptisch *Hopt*, ZGR 1993, 534, 546.

24 *Hüffer/Koch* (Fn. 4), § 53a Rn. 4.

25 *Heß,* Investorenvereinbarungen, 2014, S. 80; *Kocher/Eisermann*, DB 2008, 225, 226.

26 BGH, Urt. v. 6.10.1960 – II ZR 150/58 –, juris Rn. 24.

Interesse der Gesellschaft geboten ist.[27] Dieses Interesse füllt der Vorstand im Rahmen seines Leitungsermessens inhaltlich aus.[28] Damit steht § 53a AktG der Suche nach einem Ankeraktionär jedenfalls dann nicht entgegen, wenn sie durch das Unternehmensinteresse gerechtfertigt ist.

dd) Zwischenergebnis

Aus § 53a AktG lässt sich keine Neutralitätspflicht des Vorstands ableiten.[29]

b) „Markt für Unternehmenskontrolle"

Jedoch könnten ökonomische Überlegungen gegen die Befugnis zur aktiven Suche nach einem Ankeraktionär sprechen. Mit der Beteiligung eines Ankeraktionärs, der sein Aktienpaket langfristig halten möchte, verringert sich die Wahrscheinlichkeit, dass die Gesellschaft Zielobjekt einer Übernahme wird.[30] Gerade ein Wettbewerb um die Kontrolle über Unternehmen kann positive Auswirkungen haben.[31] Einerseits kann der Wettbewerb den Strukturwandel in den Wirtschaftsunternehmen fördern.[32] Andererseits liegt er im Interesse der Anteilseigner, die von einer finanziell attraktiven Übernahme profitieren können (sog. Shareholder Value-Konzept).[33]

Es ließe sich daher vertreten, es sei verfehlt, wenn der Vorstand eigenmächtig durch die Verankerung eines Aktionärs in diesen freien Markt der Unternehmenskontrolle eingreift.[34] Allein die Tatsache, dass ein solcher Markt ökonomisch sinnvoll sein *kann*, begründet rechtlich allerdings noch keine Neutralitätspflicht. Dieser Gedanke mag zwar tendenziell gegen ein Einwirken auf die Aktionärsstruktur sprechen, kann aber selbst nicht dogmatischer Begründungskern sein.

c) Kompetenzordnung und Interessenkonflikte

Ein weiterer Begründungsansatz konzentriert sich auf die Funktion des Vorstands. Im Kompetenzgefüge der Aktiengesellschaft kommt dem Vorstand die Rolle des *Wahrers fremder Interessen* zu.[35] Der Vorstand (Agent) ist Beauftragter der Aktionäre (Prinzipale);[36] er hat das Eigentum der Aktionäre zu wahren.[37] Als Treuhänder ist es ihm daher verwehrt, eigene Interessen zu verfolgen.[38] Dem würde es zuwiderlaufen, wenn der Vorstand maßgeblichen Einfluss auf die Zusammensetzung des Aktionärskreises und damit gegebenenfalls auch auf das Abstimmungsverhalten der Hauptversammlung hätte.[39] Darüber hinaus besteht die Gefahr, dass der Vorstand durch die Suche nach einem Ankeraktionär mittelbar Einfluss auf die Besetzung des Aufsichtsrats nimmt, dessen Mitglieder nach § 119 I Nr. 1 AktG von den Aktionären gewählt werden und der den Vorstand gemäß § 111 I AktG überwacht.[40] Eine Einflussnahme auf die Aktionärsstruktur impliziert die Verfolgung *eigener* Interessen und rückt damit die Pflicht zur Fremdinteressenwahrung in den Hintergrund. Daher müsse es dem Vorstand untersagt werden, auf die Aktionärsstruktur einzuwirken.[41]

Das Risiko, dass der Vorstand durch die Suche nach einem Ankeraktionär in einen Interessenkonflikt geraten kann, ist kaum zu leugnen. Zu hinterfragen ist jedoch, ob eine strenge Neutralitätspflicht aktienrechtlich der richtige Weg ist, diesen Konflikt zu lösen.

aa) Gesetzliche Ermächtigung zum Einfluss auf die Aktionärsstruktur

Zunächst berechtigt das Aktiengesetz den Vorstand ausdrücklich dazu, eine gestaltende Rolle in Bezug auf das Aktionariat einzunehmen: So bestimmt § 68 II 2 AktG, dass die Zustimmung zur Übertragung vinkulierter Aktien Aufgabe des Vorstands ist.[42] Auch hat der Vorstand die Möglichkeit – bei entsprechender Hauptversammlungsermächtigung mit Zustimmung des Aufsichtsrats – ein genehmigtes Kapital unter Ausschluss des Bezugsrechts auszunutzen und junge Aktien an ausgewählte Investoren zu geben (§ 203 I, II i.V.m. § 186 III, IV AktG); gleiches gilt für die Veräußerung eigener Aktien (§ 71 I Nr. 8 AktG). Damit ist es dem Vorstand *de lege lata* nicht gänzlich verwehrt, auf das Aktionariat einzuwirken.[43]

bb) Verpflichtung auf das Unternehmensinteresse

Darüber hinaus ist die Verpflichtung des Vorstands auf das Unternehmensinteresse in den Blick zu nehmen. Die entscheidende Frage ist, ob der Interessenkonflikt des Vorstands bei typisierender Betrachtung so ausgeprägt ist, dass das unternehmerische Ermessen des Vorstands aus §§ 76 I, 93 I AktG generell eingeschränkt ist,[44] und jede Förderung eines Ankeraktionärs schon im Ansatz zu untersagen ist. Eine solche Einschränkung vermag nicht zu überzeugen. Vielmehr kann die konkrete Aktionärsstruktur –

---

27 *Dygala*, in: Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, 3. Auflage, 2011, § 53a Rn. 17; *Paefgen* (Fn. 8), S. 340.

28 *Weiß,* Der angemessene Handlungsrahmen der Zielverwaltung in der Übernahmesituation, 2009, S. 89.

29 I.E. ebenso *Kocher/Eisermann*, DB 2008, 225, 226; *v. Nussbaum,* Die Aktiengesellschaft als Zielgesellschaft eines Übernahmeangebots, 2003, S. 76.

30 *Heß* (Fn. 25), S. 118; *Schießl*, AG 2009, 385.

31 *Hopt*, ZHR 161 (1997), 368, 371; *Hopt*, FS Lutter 2000, 1361, 1374 mit zahlreichen Nachw. zur amerikanischen und ökonomischen Theorie des Marktes in Fn. 53, der aber selbst krit. bemerkt: „Die ökonomische Theorie gibt entgegen manchen Erwartungen von Politikern und Juristen keine eindeutigen Aussagen über das richtige Übernahmerecht."

32 *Zetzsche*, NZG 2014, 1121, 1124.

33 *Schirrmacher/Hildebrandt*, AG 2021, 220, 221; *Hasselbach/Stepper*, NZG 2020, 170, 176.

34 *Mülbert/Birke*, WM 2001, 705, 709 f.; aus der US-amerikanischen Literatur *Black/Kraakman*, 96 NW. U. L. Rev. 521, 521 ff., 559 ff. (2002).

35 *Hopt*, ZHR 166 (2002), 383, 424; *Immenga*, AG 1992, 79, 81.

36 *Kiefner*, ZHR 178 (2014), 547, 588; *Dimke/Heiser*, NZG 2001, 241, 247 f.

37 *Hopt*, FS Lutter 2000, 1361, 1376.

38 *Hopt*, ZGR 1993, 534, 546 f.; *Martens*, FS Beusch 1993, 529, 542 f.

39 *Mestmäcker* (Fn. 16), S. 146.

40 *Otto*, AG 1991, 369, 374; *Mestmäcker* (Fn. 16), S. 146.

41 *Hopt*, ZGR 1993, 534, 546 ff., insbesondere 547: „Zuständigkeitsentzug".

42 *Schockenhoff/Nußbaum*, AG 2019, 321, 323; *v. Falkenhausen*, NZG 2007, 97; a.A. *Koch*, Die Neutralitätspflicht des Vorstands einer börsennotierten Aktiengesellschaft bei Abwehrmaßnahmen gegen feindliche Übernahmeangebote, 2001, S. 33, der wegen der Notwendigkeit der Zustimmung der Namensaktionäre bei Zeichnung der Aktien die Existenz des § 68 II AktG „eher als Argument für eine Neutralitätspflicht" sieht.

43 *Krause*, AG 2000, 217, 220 verweist auch auf sog. Roadshows, bei denen der Vorstand gezielt Aktionäre anwirbt und die nach h.M. zulässig sind.

44 *Grigoleit*, in: Grigoleit Aktiengesetz Kommentar, 2. Auflage, 2020, § 76 Rn. 42.

insbesondere einen Ankeraktionär zu haben – für die Gesellschaft von „vitaler Bedeutung" sein.[45] Ein Ankeraktionär kann eine stabilisierende Wirkung auf die Gesellschaft haben.[46] Zudem kann es in Fällen der Internationalisierung der unternehmerischen Geschäftspolitik geboten sein, das Aktienkapital international zu platzieren.[47] Auch sind die finanziellen Mittel zu berücksichtigen, die der Ankeraktionär der Gesellschaft – im Fall der Zeichnung junger Aktien – zur Verfügung stellt.[48] Die Gewinnung eines Ankeraktionärs kann also gerade *im* Unternehmensinteresse liegen.[49]

cc) Interessenkonflikte

Bestätigt wird dieser Befund dadurch, dass der Gesetzgeber potenzielle Interessenkonflikte gesehen hat. Er hat klare Regelungen getroffen, die den Vorstand auf das Unternehmensinteresse verpflichten. So untersagt § 136 II AktG Stimmbindungsverträge zugunsten des Vorstands oder des Aufsichtsrats. Ziel der Norm ist es, eine Beeinflussung der Aktionäre und damit eine Verschiebung der gesetzlichen Kompetenzordnung zu verhindern.[50] Auch § 93 I 2 AktG trägt der Gefahr der Verfolgung eigener Interessen Rechnung. Voraussetzung für das Haftungsprivileg der *business judgement rule* ist, dass der Vorstand zum Wohl der Gesellschaft handelt.[51] In einer Übernahmesituation legt § 3 III WpÜG den Grundsatz fest, dass Vorstand und Aufsichtsrat im Interesse der Zielgesellschaft handeln müssen. Diese gesetzlichen Regelungen bekräftigen, dass es dem Vorstand zuzutrauen ist, trotz bestehender Interessenkonflikte seiner Rolle als Fremdinteressenwahrer gerecht zu werden.

dd) Spezialfall: Übernahmesituation

Zuletzt ist noch der Spezialfall der Übernahmesituation heranzuziehen. § 33 I 1 WpÜG verbietet dem Vorstand der Zielgesellschaft, Handlungen vorzunehmen, durch die der Erfolg eines Übernahmeangebots, also die Beteiligung eines neuen Aktionärs, verhindert werden kann. Daraus könnte zunächst *e contrario* geschlossen werden, dass es außerhalb von Übernahmesituationen keine Neutralitätspflicht gibt.[52] Gegen die Annahme einer Neutralitätspflicht spricht jedoch auch § 33 I 2 WpÜG. Dort sind – unter dem Eindruck der fehlenden generellen Neutralitätspflicht nach US-amerikanischem Recht[53] – drei Ausnahmen vorgesehen, die dem Vorstand Handlungen zur Verhinderung des Übernahmeangebots gestatten. Erwähnenswert ist insbesondere die Ausnahme des § 33 I 2 Alt. 2 WpÜG, wonach der Vorstand nach einem konkurrierenden Angebot suchen, also gerade einen alternativen Aktionär anwerben darf.[54]

Damit verdeutlicht der Gesetzgeber, dass der Vorstand auch oder selbst in Übernahmesituationen berechtigt ist, auf die Aktionärsstruktur einzuwirken.[55]

d) Zwischenergebnis: Keine Neutralitätspflicht

Dem Vorstand ist es nach alldem nicht verwehrt, die Zusammensetzung des Aktionariats zu beeinflussen.[56] Vielmehr kann der Gewinn eines Ankeraktionärs im Unternehmensinteresse liegen und dann Teil der Unternehmensstrategie sein. Damit fällt es in die Kompetenz des Vorstands, sich in geeigneten Fällen um einen Ankeraktionär zu bemühen.

II. Konkretisierung der Einflussnahmebefugnis

1. Gesetzlicher Rahmen

Für die Konkretisierung, unter welchen Voraussetzungen der Vorstand einen Ankeraktionär gewinnen darf, bieten gesetzliche Regelungen kaum eine Hilfe. Sie stecken nur den äußersten Rahmen ab, den der Vorstand zu beachten hat: So verbietet § 71a AktG dem Vorstand, den Ankeraktionär bei dem Erwerb von Aktien finanziell zu unterstützen, und § 136 II AktG untersagt, mit dem Ankeraktionär Stimmbindungsverträge zu schließen.

2. Leitungsermessen, §§ 76 I, 93 I AktG

Das konkrete Richtmaß für die Handlungsmöglichkeiten des Vorstands bildet das Leitungsermessen gemäß §§ 76 I, 93 I AktG.[57]

a) Maßstab

§§ 76 I, 93 I AktG gewähren dem Vorstand einen unternehmerischen Handlungsspielraum.[58] Er muss, wie durch die *business judgement rule* nach § 93 I 2 AktG vorgegeben, zum Wohle der Gesellschaft und, wie die Regierungsbegründung erläutert[59], frei von Sonderinteressen handeln. Eigeninteressen des Vorstands dürfen keinen Einfluss haben.[60] Der Vorstand hat sich bei der Suche nach einem Ankeraktionär nur am Unternehmensinteresse auszurichten.[61] Abstrakt hat er dafür die potenziell relevanten Stakeholderinteressen im Wege praktischer Konkordanz auszubalancieren.[62] Konkret muss der Vorstand im Rahmen einer Prognoseentscheidung[63] die Chancen und Risiken abwägen, die sich für die Gesellschaft aus einer Beteiligung des Ankeraktionärs ergeben.[64]

b) Abwägungsgesichtspunkte

---

45 *Martens*, FS Beusch 1993, 529, 543; *Kort*, FS Lutter 2000, 1421, 1433; *Bungert*, NJW 1998, 488, 492.
46 *Schießl*, AG 2009, 385.
47 *Martens*, FS Steindorff 1990, 151, 158 f.
48 *v. Riegen*, CFL 2010, 1, 2.
49 *Schockenhoff/Nußbaum*, AG 2019, 321, 324; *Martens*, FS Beusch 1993, 529, 532.
50 *Spindler*, in: K. Schmidt/Lutter (Fn. 4), § 136 Rn. 2; *Heß* (Fn. 25), S. 160.
51 So auch Präambel Abs. 1 DCGK (Fassung 16. Dezember 2019).
52 *Schockenhoff/Nußbaum*, AG 2019, 321, 322.
53 Mit Blick auf den US-Bundesstaat Delaware *Merkt*, ZHR 165 (2001), 224, 234; *Schaefer/Eichner*, NZG 2003, 150; strenge Neutralitätspflicht dagegen in Großbritannien *Hopt*, FS Lutter 2000, 1361, 1368.
54 Zur konkurrenzfördernden Tendenz des WpÜG *Fleischer*, ZIP 2002, 651, 653.
55 So in der Begründung zum Regierungsentwurf: „§ 33 I 1 WpÜG steht daher vorbeugenden Maßnahmen des Managements zur Verhinderung oder Erschwerung von Übernahmen nicht entgegen.", WpÜG BT-Drucks. 14/7034, S. 58.
56 *Schießl*, AG 2009, 385, 387.
57 *Seibt*, FS Hopt 2020, 1171, 1176.
58 BGH, Urt. v. 21.4.1997 – II ZR 175/95 –, juris Rn. 22.
59 Begr. RegE, BR-Drucks. 3/05, S. 20.
60 *Fleischer*, in: BeckOGK-AktG (Fn. 5), § 93 Rn. 93.
61 *Seibt*, in: K. Schmidt/Lutter (Fn. 4), § 76 Rn. 40.
62 *Hopt*, ZGR 2002, 333, 360.
63 *Hüffer/Koch* (Fn. 4), § 93 Rn. 18; *Schäfer*, ZIP 2005, 1253, 1256.
64 Ausführlich *Seibt*, FS Hopt 2020, 1171, 1176 f.

Innerhalb der Abwägung ist zu berücksichtigen, dass ein Ankeraktionär langfristig am Unternehmen beteiligt ist. Dies wirkt sich grundsätzlich positiv auf die Wertschöpfung des Unternehmens aus,[65] wie auch eine empirische Studie belegt.[66] Grund dafür ist, dass ein verlässlicher Ankeraktionär Stabilität schafft und so eine langfristige Perspektive für eine nachhaltige Unternehmensstrategie ermöglicht.[67]

Zu beachten hat der Vorstand auch die konkrete Art des Ankeraktionärs. Bei Ankeraktionären wie Private-Equity-Fonds[68] beträgt der Anlagehorizont in der Regel nur fünf Jahre.[69] Sie sind insbesondere auf die eigene Renditeoptimierung, also auf Shareholder-Value, fokussiert.[70] Demgegenüber begleiten Staatsfonds, Stiftungen oder Beteiligungsverwaltungsgesellschaften von Privatpersonen in der Rolle als Ankeraktionäre das Unternehmen typischerweise meist deutlich länger.[71]

Abzuwägen hat der Vorstand weiter den Einfluss des Ankeraktionärs auf die Zukunft des Unternehmens. Der Ankeraktionär kann einerseits eine dem Unternehmensinteresse entgegenlaufende Übernahme durch einen Dritten verhindern.[72] Andererseits bestätigt eine empirische Studie,[73] dass ein signifikanter Anteil von Übernahmeangeboten darauf zurückgeht, dass Ankeraktionäre nach einer gewissen Zeit selbst ein Übernahmeangebot abgeben. Insofern hat sich der Vorstand auch mit diesem Risiko auseinanderzusetzen.

Zudem muss der Vorstand einer börsennotierten Gesellschaft abwägen, inwiefern der konkrete Ankeraktionär den Unternehmenswert am Kapitalmarkt erhöht. Im Regelfall wird die Aufnahme eines Ankeraktionärs bei Anlegern positiv wahrgenommen und kann zu einer Kurssteigerung führen, was den finanziellen Handlungsspielraum des Unternehmens erweitert.[74]

c) Zwischenergebnis

Der Vorstand hat bei seiner Entscheidung zu beachten, dass Ankeraktionär nicht gleich Ankeraktionär ist. Er muss im Rahmen seines unternehmerischen Ermessens prüfen, ob die Beteiligung des Ankeraktionärs *im Unternehmensinteresse* liegt und die mit dem *konkreten* Ankeraktionär verbundenen Chancen die Risiken überwiegen.[75]

C. Rechte und Pflichten des Vorstands zu Erwartungen eines Ankeraktionärs

Der Vorstand hat sich weiter mit den Erwartungen auseinanderzusetzen, die der Ankeraktionär mit seiner Beteiligung verbindet. Obschon dem Ankeraktionär beispielsweise bei einer Beteiligung von 20 % des Grundkapitals das Sonderrecht zukommt,[76] die Hauptversammlung einzuberufen (§ 122 I AktG) und eine Ergänzung der Tagesordnung zu verlangen (§ 122 II AktG), sind diese Rechte aus Sicht des Ankeraktionärs häufig nicht ausreichend.[77] Vielmehr begehrt er, mit dem Vorstand in einem regelmäßigen Informationsaustausch über die Geschäftsentwicklung zu stehen und Einfluss auf die Unternehmensstrategie durch ein Aufsichtsratsmandat auszuüben.[78]

I. Informationsbegehren: Privilegierter Informationsaustausch

Die Rolle des Ankeraktionärs ist typischerweise durch sein mitunternehmerisches Interesse gekennzeichnet.[79] Ein privilegierter Informationsaustausch liegt daher regelmäßig im Interesse des Ankeraktionärs, weil vertrauliche Gespräche mit dem Vorstand es ermöglichen, Vorstellungen und Meinungen, etwa zu strategischen Vorhaben, frühzeitig zu äußern.[80]

Einen Anspruch auf Information hat der Ankeraktionär gemäß § 131 I 1 AktG außerhalb der Hauptversammlung nicht. Der Vorstand könnte dem Informationsinteresse des Ankeraktionärs nur von sich aus, also freiwillig Rechnung tragen.[81] Dafür müssen die aktien- und kapitalmarktrechtlichen Grenzen untersucht werden, denen der Vorstand bei der Weitergabe von Informationen unterliegt.

Grundsätzlich gilt: Je sensibler die Informationen, desto größer der erforderliche Geheimnisschutz und desto umfangreicher die gesetzlichen Grenzen. Deshalb werden im Folgenden drei Arten von Informationen unterschieden: (i) Insiderinformationen, also Informationen, die bei öffentlicher Bekanntheit geeignet wären, bei börsennotierten Gesellschaften den Kurs der Aktie erheblich zu beeinflussen (Art. 7 MAR); (ii) Informationen, die dem gesellschaftsrechtlichen Geheimnisschutz gemäß § 93 I 3 AktG unterliegen, aber nicht kursrelevant sind; (iii) „einfache" Informationen, deren wesentlicher Gehalt ohnehin bekannt ist und die daher

[65] *Seibt*, FS Hopt 2020, 1171, 1174.
[66] *Aggarwal/Erel/Ferreira/Matos*, 100 J. Fin. Econ. 154, 155f., 159 ff. (2011).
[67] Dies betonte Dr. Dieter Zetsche, ehem. Vorstandsvorsitzender der Daimler AG, bei der die Kuwait Investment Authority seit 1974 als Ankeraktionär beteiligt ist und derzeit 6,8 % des Anteilsbesitzes hält: „In den vergangenen […] Jahren hat die Kuwait Investment Authority unsere Entscheidungen unterstützt und uns Gestaltungsspielraum gegeben sowie die Freiheit, unser Unternehmen voranzubringen.", Pressemitteilung vom 18.09.2014 abrufbar auf der Daimler Global Media Site; so auch *Martens*, FS Beusch 1993, 529, 548; krit. *Zetzsche*, NZG 2014, 1121, 1124 mit dem Hinweis, dass langfristige Beteiligungen dem Vorstand ein „zu ruhiges Leben garantieren".
[68] *Weber-Rey/Reps*, ZGR 2013, 597, 604.
[69] *Tamcke/Adolph*, JA 2020, 938.
[70] *Kaiser*, in: Praxishandbuch Unternehmenskauf, 2. Auflage, 2021, Kap. 14 Rn. 4.
[71] Der Staatsfonds (QIA) des Emirates Katar ist seit 2010 mit 20 % an der VW AG beteiligt; die Alfried Krupp von Bohlen und Halbach-Stiftung ist seit 2013 mit 21 % an der Thyssen Krupp AG beteiligt; Friedhelm Loh ist seit 2016 über die SWOCTEM GmbH mit 25 % an der Klöckner & Co SE beteiligt.
[72] *Seibt*, FS Hopt 2020, 1171, 1177.
[73] Empirisch nachgewiesen aus einer Analyse von 14 Praxisfällen zwischen 2010-2019, *Seibt*, FS Hopt 2020, 1171, 1200 ff; im Dezember 2020 die SWOCTEM GmbH bei der Klöckner & Co SE.
[74] *Schießl*, AG 2009, 385, 387.
[75] *Seibt*, FS Hopt 2020, 1171, 1175.
[76] Zu weiteren Sonderrechten von Minderheiten *Weber-Rey/Reps*, ZGR 2013, 597, 618.
[77] *Hopt*, ZHR 175 (2011), 444, 500.
[78] *Seibt*, FS Hopt 2020, 1171, 1174; *Schäfer*, NZG 2007, 900; „wesentlicher Investitionsanreiz".
[79] *Schiessl*, AG 2009, 385, 386.
[80] *Kalss*, ZGR 2020, 217, 235.
[81] Dies ist in der Praxis „weit verbreitete Übung", *Menke*, NZG 2004, 679, 697.

keinem besonderem Geheimnisschutz unterliegen.[82]

1. Rechtliche Grenzen des Informationsaustausches

a) Insiderverbote

Die Offenlegung von Insiderinformationen gegenüber einem einzelnen Aktionär ist gemäß Art. 14 lit. c i.V.m. Art. 10 I 1 MAR grundsätzlich verboten.[83] Eine Ausnahme besteht nach Art. 10 I 1 MAR nur, wenn die Offenlegung im Zuge der normalen Ausübung einer Beschäftigung oder eines Berufs oder der normalen Erfüllung von Aufgaben erfolgt. Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs muss die Offenlegung zu diesem Zweck „unerlässlich" sein.[84] Diese hohe Hürde dürfte gegenüber dem Ankeraktionär nur dann überwunden werden, wenn ein Fall der Marktsondierung vorliegt.[85]

Eine Marktsondierung betrifft die Übermittlung von Informationen im Vorfeld einer Kapitalmarkttransaktion an potenzielle Anleger, um das Marktinteresse und damit die Erfolgsaussichten oder die Attraktivität des eigenen Angebots abzuschätzen.[86] Zu diesem Zweck darf der Vorstand gemäß Art. 11 IV MAR Insiderinformationen gegenüber einem Ankeraktionär offenlegen. Er muss dann die umfangreichen Verfahrensvorschriften des Art. 11 III, V MAR beachten.

b) Aktienrechtliches Gleichbehandlungsgebot, § 53a AktG

Unabhängig von Insiderverboten muss der Vorstand das Gleichbehandlungsgebot gemäß § 53a AktG berücksichtigen. Danach sind Aktionäre unter gleichen Voraussetzungen gleich zu behandeln. Nach Grundsatz 20 des Deutschen Corporate Governance Kodex gilt das Gebot insbesondere auch in Bezug auf Informationen.[87]

aa) Vergleichsgruppe

Zunächst müssen zwischen dem Ankeraktionär und den übrigen Aktionären „gleiche Voraussetzungen"i.S.v. § 53a AktG vorliegen. Anders als bei Vermögens- und Stimmrechten, bei denen an die Höhe der Beteiligung angeknüpft wird, bemisst sich die informationelle Gleichbehandlung nach der Mitgliedschaft.[88] Aktionäre sollen gemäß § 131 I 1 AktG grundsätzlich nur auf der Hauptversammlung mit Informationen versorgt werden. Daher hat jeder Aktionär das gleiche Recht auf Information.[89] Ein privilegierter Austausch mit dem Ankeraktionär stellt mithin eine formale Ungleichbehandlung dar.[90]

bb) Rechtfertigung durch einen sachlichen Grund

§ 53a AktG verbietet lediglich *sachwidrige* Differenzierungen.[91] Eine Ungleichbehandlung ist zulässig, „wenn sie sachlich berechtigt ist und damit nicht den Charakter der Willkür trägt",[92] also das Ergebnis sachgerechter Abwägung ist. Dafür bedarf es einer Verhältnismäßigkeitsprüfung.[93] Die privilegierte Informationsweitergabe an den Ankeraktionär muss zur Wahrung eines bestimmten Unternehmensinteresses geeignet, erforderlich und unter Berücksichtigung der Gleichbehandlungsinteressen der übrigen Aktionäre verhältnismäßig sein.[94] Dabei ist zwischen den einzelnen Informationen zu unterscheiden.

(1) Legitimer Zweck, Geeignetheit, Erforderlichkeit

(a) „Einfache" Informationen

Der legitime Zweck der besonderen Versorgung mit „einfachen" Informationen kann darin liegen, den Ankeraktionär stärker an sein Investment zu binden.[95] Der Ankeraktionär kann durch den Dialog motiviert werden, sein Kapital zu halten und der Gesellschaft auch in Zukunft weiteres Kapital zur Verfügung zu stellen.[96] Der Dialog ist geeignet, Vertrauen zu bilden und eine langfristige Bindung des Ankeraktionärs zu sichern.[97] Im Rahmen der Erforderlichkeit kommt zwar als milderes Mittel in Betracht, die Informationen *allen* Aktionären zukommen zu lassen. Die gleichmäßige Verteilung würde dann aber den Zweck, den Ankeraktionär durch ein *Sonderrecht* stärker an sein Investment zu binden, nicht gleichermaßen fördern. Insofern ist das zweiseitige Gespräch mit dem Ankeraktionär auch erforderlich.

(b) Informationen, die dem Geheimnisschutz unterliegen

Der legitime Zweck des Austausches von und über Informationen, die dem Geheimnisschutz unterliegen, kann darin liegen, zu bestimmten Fragen ein Meinungsbild von Aktionärsseite einzuholen – also nicht nur Informationen preiszugeben, sondern auch Feedback zu erhalten.[98] Zu diesem Zweck ist der Dialog mit einem Ankeraktionär, der mitunternehmerisch motiviert ist, über Branchen- oder Finanz-Know-How verfügt und/oder repräsentativ die Sichtweise eines Investors einbringt, auch geeignet.[99] Es ist nicht praktikabel – jedenfalls in einer Publikums-AG –, alle Aktionäre in den Austausch einzubeziehen. Mithin ist der Dialog mit dem Ankeraktionär über vertrauliche Informationen je nach Inhalt und Zweck der Informationen auch erforderlich.

---

82 *Fleischer*, ZGR 2009, 505, 525.
83 *Kumpan/Grütze*, in: Kapitalmarktrechts-Kommentar (Schwark/Zimmer), 5. Auflage, 2020, Art. 10 VO (EU) 596/2014 Rn. 53.
84 EuGH, Urt. v. 22.11.2005 – C-384/02 Grongaard und Bang –, juris Rn. 34; ein solcher Sonderfall wird angenommen, wenn es um die aufwändige Vorbereitung von Grundlagenentscheidungen geht, deren Erfolgsaussichten von der Zustimmung der Hauptversammlung abhängen, *Buck-Heeb*, in: Handbuch des Kapitalanlagerechts, 5. Auflage, 2020, § 8 Rn. 252.
85 *Kumpan/Grütze*, in: Schwark/Zimmer (Fn. 83), Art. 11 VO (EU) 596/2014 Rn. 10.
86 *Poelzig*, NZG 2016, 528, 534.
87 *v. Werder*, in: Kommentar zum Deutschen Corporate Governance Kodex, 8. Auflage, 2021, G.20 Rn. 5; a.A. *Zetzsche*, AG 2019, 701, 701 ff., der den informationellen Normgehalt des § 53a AktG bestreitet.
88 *Hüffer/Koch* (Fn. 4), § 53a Rn. 7.
89 Vgl. Grundsatz 20 DCGK (Fassung 16. Dezember 2019).
90 *Herz*, NZG 2020, 285, 287.
91 *Götze*, in: MüKoAktG (Fn. 5), § 53a Rn. 14.
92 BGH, Urt. v. 9.11.1992 – II ZR 230/91 –, juris Rn. 32.
93 *Koch*, FS Hopt 2020, 525, 530 f.; *Verse* (Fn. 23), S. 283 ff.
94 *Hüffer/Koch* (Fn. 4), § 53a Rn. 10.
95 *Verse,* (Fn. 23), S. 532.
96 *Koch*, AG 2017, 129, 131; *Neumann* (Fn. 1), S. 245.
97 *Koch*, AG 2017, 129, 130.
98 *Fleischer*, ZGR 2009, 505, 522.
99 *Seibt*, FS Hopt 2020, 1171, 1177.

(2) Verhältnismäßigkeit

Der Austausch mit dem Ankeraktionär über „einfache" und dem Geheimnisschutz unterliegenden Informationen muss unter Berücksichtigung der Interessen der übrigen Aktionäre auch verhältnismäßig sein.[100]

(a) Grundsatz des Informationsaustausches in der Hauptversammlung

Zu berücksichtigen ist zunächst die Informationsordnung in der Aktiengesellschaft. Aktionäre stehen zur Gesellschaft in einem Mitgliedschaftsverhältnis, das ihnen gemäß § 118 I 1 i.V.m. § 131 I 1 AktG nur ein einheitliches, an die Hauptversammlung gebundenes Informationsrecht einräumt.[101] Für börsennotierte Gesellschaften treten die Transparenzregeln – v.a. des WpHG – hinzu, die auch auf eine einheitliche Information an alle Aktionäre gerichtet sind.[102] Das soll nach der Vorstellung des Gesetzgebers ausreichen, um Anlageentscheidungen auf informierter Grundlage zu treffen.[103] Insofern muss der besondere Informationsaustausch mit dem Ankeraktionär eine Ausnahme bleiben, die im Einzelfall zu rechtfertigen ist.[104]

(b) Ausnahmefälle in der Literatur

Eine frühere Ansicht[105] knüpft an die Höhe der Beteiligung an und rechtfertigt eine Ungleichbehandlung damit, dass stärker beteiligte Aktionäre enger mit dem Unternehmen verbunden sind, während Kleinaktionäre ihre Aktien lediglich zu spekulativen Zwecken erwerben. Insbesondere seit der Kommentierung von *Götze* im Münchener Kommentar[106] wird eine unterschiedliche Behandlung von Klein- und Großaktionären mit deren unterschiedlicher Bedeutung für das Unternehmen gerechtfertigt.[107] *Schockenhoff* und *Nußbaum*[108] rechtfertigen eine Ungleichbehandlung schon mit dem „Interesse [der Gesellschaft] an einer stabilen Aktionärsstruktur".[109] Einen strengeren Maßstab legt *Fleischer* an. Nach ihm ist die Weitergabe noch nicht allgemein bekannter Informationen nur zulässig, soweit die vorherige Abstimmung mit dem Ankeraktionär für die Durchführung einer bestimmten Maßnahme erforderlich ist (Bsp.: Hauptversammlungsbeschluss über eine Kapitalerhöhung).[110] Bei bereits bekannten Informationen dürfe eine Erläuterung oder Vertiefung erfolgen.[111] Eine darüberhinausgehende Privilegierung sei mit § 53a AktG unvereinbar.[112]

(c) Stellungnahme

(aa) „Einfache" Informationen

Alle Ansichten stimmen darin überein, dass es gerechtfertigt ist, mit dem Ankeraktionär in einen Austausch über bereits bekannte Informationen zu treten. Dies überzeugt insbesondere vor dem Hintergrund, dass ein detaillierter Austausch mit dem Ankeraktionär dessen Vertrauen in die Gesellschaft stärkt,[113] was sich günstig auf den Aktienkurs auswirken kann, da die Beteiligung eines Ankeraktionärs am Kapitalmarkt positiv wahrgenommen wird.[114]

(bb) Informationen, die dem Geheimnisschutz unterliegen

Nicht so klar ist die Rechtslage für Informationen, die dem Geheimnisschutz unterliegen. Wie gezeigt, ist umstritten, ob ein Informationsaustausch bereits durch die besondere Bedeutung des Ankeraktionärs gerechtfertigt ist,[115] oder ob der Austausch im Hinblick auf die Durchführung einer bestimmten Maßnahme im Einzelfall erforderlich sein muss.[116]

(aaa) Auslegung des § 53a AktG

Der Wortlaut des § 53a AktG lässt beide Auffassungen zu.[117] Systematisch ist § 131 IV AktG heranzuziehen. Diese Norm geht davon aus, dass einem einzelnen Aktionär Auskunft außerhalb der Hauptversammlung gegeben wurde.[118] Dies bedeutet jedoch nicht, dass der Gesetzgeber einen regelmäßigen Informationsaustausch *per se* für zulässig erachtet. Insbesondere die Pflicht des § 131 IV AktG, die Einzelauskunft im Nachhinein allen Aktionären zur Verfügung zu stellen, soll ein Informationsmonopol bei einzelnen Aktionären, also Informationsasymmetrien, ganz im Sinne des § 53a AktG vermeiden.[119] Für die Reichweite der Informationsweitergabe außerhalb der Hauptversammlung ist § 131 IV AktG damit unergiebig.[120]

Teleologisch steht der Zweck von § 53a AktG im Mittelpunkt, Minderheitsaktionäre zu schützen.[121] Die zurückhaltende, differenzierende Ansicht von *Fleischer*, Informationen nur weitergeben zu dürfen, wenn der Austausch für den Erfolg einer bestimmten Maßnahme erforderlich ist, trägt diesem Schutzgedanken am meisten Rechnung.

(bbb) Sonderstellung des Ankeraktionärs

Fraglich ist, ob diese differenzierende Auffassung ausreichend berücksichtigt, dass gerade Ankeraktionäre durch

[100] *Hüffer/Koch* (Fn. 4), § 53a Rn. 10.
[101] *Seibt/Kulenkamp*, AG 2018, 549, 553; *Fleischer*, ZGR 2009, 505, 525.
[102] Dazu *Hutter/Kaulamo*, NJW 2007, 471, 471 ff.
[103] *Krömker*, NZG 2003, 418, 419.
[104] *Seibt*, FS Hopt 2020, 1171, 1185; *Vetter*, AG 2016, 873, 877.
[105] *Janberg*, AG 1965, 191, 193; *U. H. Schneider/Singhof*, FS Kraft 1998, 585, 600.
[106] *Götze*, in: MüKoAktG (Fn. 5), § 53a Rn. 14.
[107] *Schilha/Theusinger*, NZG 2019, 521, 524; *Hirt/Hopt/Mattheus*, AG 2016, 725, 738.
[108] *Schockenhoff/Nußbaum*, AG 2019, 321, 325.
[109] A.A. *Hüffer/Koch* (Fn. 4), § 53a Rn. 11, der darauf hinweist, diese Argumentation zurückhaltend einzusetzen, um die Gleichbehandlung nicht gänzlich auszuhöhlen.
[110] *Meyer-Landrut/Heuser*, AG Report 2011, 241; *Hopt*, ZGR 1997, 1, 26.
[111] *Fleischer*, ZGR 2009, 505, 525.
[112] *Fleischer*, ZGR 2009, 505, 525.
[113] *Druey*, FS Böckli 2006, 589, 594.
[114] *Seibt*, FS Hopt 2020, 1171, 1178.
[115] *Schilha/Theusinger*, NZG 2019, 521, 524.
[116] *Fleischer*, ZGR 2009, 505, 521 ff.
[117] *Koch*, ZGR 2020, 183, 208: „deutungsoffen".
[118] BT-Drucks. IV/171, S. 155: „Im Interesse der Beziehungen zwischen der Gesellschaft und ihren Aktionären ist es jedoch erwünscht, dass der Vorstand freiwillig auch während des Geschäftsjahrs auf Anfragen eingeht oder sie durch Rundschreiben unterrichtet."
[119] *Leyens*, ZGR 2019, 544, 576: „Grundsatz der informationellen Gleichbehandlung"; *Fleischer*, ZGR 2009, 505, 520: „Holz vom gleichen Stamme".
[120] *Kuntz*, Gestaltung von Kapitalgesellschaften zwischen Freiheit und Zwang, 2016, S. 571.
[121] *Koch*, ZGR 2020, 183, 210.

aktives Engagement und Know-How-Transfer einen besonderen Beitrag für das Unternehmen leisten können.[122] Aufgrund ihrer hohen Beteiligung sind sie den Chancen und Risiken des Unternehmens in besonderer Weise ausgesetzt. Sie haben daher auch ein besonderes Interesse daran, dem Vorstand beratend zur Seite zu stehen.[123] Damit bilden sie das Gegenmodell zur rationalen Apathie eines Kleinaktionärs.[124] Kleinaktionäre und das Unternehmen selbst können davon, dass der Ankeraktionär den Vorstand beratend begleitet, also von einer Ungleichbehandlung, somit sogar profitieren.[125] Daher kann nicht nur die punktuelle Information an einen Ankeraktionär, sondern auch ein regelmäßiger Informationsaustausch durch das Unternehmensinteresse gerechtfertigt und somit verhältnismäßig sein.[126] Erforderlich ist aber stets eine Abwägung im konkreten Einzelfall dahingehend, ob der Austausch im Unternehmensinteresse liegt. Der Beitrag des Ankeraktionärs muss für die Unternehmensstrategie so vorteilhaft sein, dass er einen Mehrwert für das Unternehmen bildet.

(ccc) Verschwiegenheitspflicht, § 93 I 3 AktG

Neben dem Gleichbehandlungsgebot zieht auch die Verschwiegenheitspflicht äußere Grenzen für den Austausch. Nach § 93 I 3 AktG hat der Vorstand über vertrauliche Angaben und Geheimnisse der Gesellschaft Verschwiegenheit zu bewahren. Diese Pflicht gilt auch gegenüber einem Ankeraktionär.[127] Entgegen des strengen Wortlauts kann die Verschwiegenheitspflicht jedoch dort überwunden werden, wo das Unternehmensinteresse es gebietet zu reden.[128] Wenn bei der umfassenden Abwägung im Rahmen des § 53a AktG festgestellt wird, dass der Austausch mit dem Ankeraktionär im Unternehmensinteresse liegt, steht auch die Verschwiegenheitspflicht aus § 93 I 3 AktG dem Dialog nicht entgegen.[129]

(ddd) Erforderliche Einschränkungen

Sowohl nach § 53a AktG (Abwägung mit dem Ziel des geringstmöglichen Eingriffs) als auch nach § 93 I 3 AktG (größtmöglicher Geheimnisschutz) ist erforderlich, dass der Vorstand mit dem Ankeraktionär eine Geheimhaltungsvereinbarung trifft,[130] die den Ankeraktionär verpflichtet, die Informationen Dritten gegenüber vertraulich zu behandeln und nur für Zwecke zu verwenden, die die Informationsweitergabe an ihn gerechtfertigt haben.

Zudem darf der Vorstand dem Ankeraktionär wegen der erforderlichen Abwägung im konkreten Einzelfall nicht verpflichtend *pauschal* zusagen, ihn regelmäßig mit Informationen zu versorgen (sog. Verbot der Vorwegbindung).[131]

(3) Zwischenergebnis

Der Vorstand darf dem Ankeraktionär sowohl „einfache" Informationen als auch Informationen, die dem aktienrechtlichen Geheimnisschutz unterliegen, zukommen lassen, wenn er im Einzelfall abgewogen hat, dass der Informationsaustausch die Ungleichbehandlung zugunsten des Unternehmens rechtfertigt.

c) Aktienrechtliches Kompetenzgefüge

Jedoch steht auch das Kompetenzgefüge der Aktiengesellschaft nach einigen Autoren[132] einem privilegierten Informationsaustausch mit dem Ankeraktionär entgegen. So nehme der Ankeraktionär damit die Rolle eines „Schattenaufsichtsrats" ein, der den Vorstand *zusätzlich* kontrolliere.[133] Dies stehe im Widerspruch zu § 90 AktG und § 111 I AktG, wonach der Vorstand dem Aufsichtsrat berichte und der Aufsichtsrat den Vorstand überwache. Die Kontrollfunktion der Aktionäre beschränke sich hingegen gemäß § 118 I 1 i.V.m. § 131 I 1 AktG auf die Wahrnehmung ihrer Rechte in der Hauptversammlung.

In den vorliegenden Fallkonstellationen wird der Ankeraktionär jedoch auf die Initiative des Vorstands informiert. Dadurch nimmt er gerade nicht die Rolle des Aufsichtsrats ein, der gemäß § 90 III 1 AktG jederzeit einen Bericht vom Vorstand über Angelegenheiten der Gesellschaft verlangen kann. Solange der Informationsaustausch vom Vorstand initiiert und kontrolliert wird, steht das aktienrechtliche Kompetenzgefüge dem Informationsaustausch mit dem Ankeraktionär nicht entgegen.

2. Zwischenergebnis

Der Vorstand ist berechtigt, der Erwartung des Ankeraktionärs an einem privilegierten Informationsaustausch zu entsprechen. „Einfache" Informationen und solche, die dem Geheimnisschutz unterliegen, darf der Vorstand nach § 53a AktG und § 93 I 3 AktG im Unternehmensinteresse nach Einzelabwägung weitergeben. Die Weitergabe von Insiderinformationen ist grundsätzlich unzulässig; eine Ausnahme besteht im Fall der Marktsondierung nach Art. 11 MAR.

II. Einflussbegehren: Vertretung im Aufsichtsrat der Gesellschaft

Ein weiteres Anliegen des Ankeraktionärs ist regelmäßig, ein Aufsichtsratsmandat zu erhalten.[134] Über den Aufsichtsrat kann er Einfluss auf die künftige Unternehmensstrategie ausüben, da der Aufsichtsrat den Vorstand gemäß § 84 I 1 AktG bestellt, ihn gemäß § 111 I AktG überwacht und gemäß

[122] *Bachmann*, in: Gesellschaftsrecht in der Diskussion 2016, Band 22, 2017, 135, 166.
[123] *Schmolke*, ZGR 2007, 701, 707; so auch *Kuntz* (Fn. 120), S. 587 in Bezug auf Venture Capital.
[124] Grundlegend zur rational apathischen Verhaltensweise von Kleinaktionären *Clark*, 29 Case W. Res. L. Rev. 776, 779 ff. (1979).
[125] *Faure,* Verantwortung institutioneller Aktionäre im deutschen Aktienrecht, 2019, S. 117.
[126] *Herz*, NZG 2020, 285, 291; kritisch *Koch*, ZGR 2020, 183, 208 f., da es der Praxis keine Schwierigkeiten bereite, plausible Argumentationsmuster zu entwickeln, die ein Ungleichbehandlung rechtfertigen können.
[127] *Veil*, ZHR 172 (2008), 239, 244.
[128] *Hüffer/Koch* (Fn. 4), § 93 Rn. 31; *Seibt/Kulenkamp*, AG 2018, 549, 553.
[129] *Verse* (Fn. 23), S. 532.
[130] *Kalss*, ZGR 2020, 217, 232; a.A. *Fleischer*, ZGR 2009, 505, 529, der am Grundsatz der informationellen Gleichbehandlung festhalten möchte, da Schutzvorkehrungen nicht geeignet seien.
[131] *Graßl/Nikoleyczik*, AG 2017, 49, 54; rechtsvergleichend *Fleischer*, FS Schwark 2009, 137, 149 ff.
[132] *Assmann*, AG 1997, 50, 57; *Verse* (Fn. 23), S. 537.
[133] S. Fn. 132.
[134] *Seibt*, FS Hopt 2020, 1171, 1174.

§ 111 IV 2 AktG bestimmte Arten von Geschäften von seiner Zustimmung abhängig machen kann. Daher ist ein Ankeraktionär typischerweise bestrebt, einen oder mehrere Aufsichtsratssitze durch eigene Repräsentanten zu besetzen.[135] Auch hier stellt sich die Frage, ob der Vorstand den Ankeraktionär dabei unterstützen kann.

1. Kein Einfluss des Vorstands bei vollständiger Besetzung des Aufsichtsrats

Ist der Aufsichtsrat vollständig besetzt, hat der Vorstand keine Möglichkeit, Einfluss auf die Besetzung des Aufsichtsrats zu nehmen. Gemäß § 103 I 1 AktG entscheidet ausschließlich die Hauptversammlung über die Abberufung eines Aufsichtsratsmitglieds.[136] Zwar kann ein Aufsichtsratsmitglied sein Amt auch freiwillig niedergelegen,[137] jedoch hat der Vorstand rechtlich darauf keinen Einfluss.

2. Einfluss des Vorstands im Fall der Vakanz

Sollte ein Aufsichtsratsmitglied sein Amt bereits freiwillig niedergelegt haben,[138] stehen dem Vorstand folgende Möglichkeiten offen, eine Vertretung des Ankeraktionärs im Aufsichtsrat zu unterstützen:[139]

a) Wahl von Aufsichtsratsmitgliedern durch die Hauptversammlung

Aufsichtsratsmitglieder werden im Regelfall gemäß § 101 I 1 Alt. 1 AktG durch die Hauptversammlung gewählt.[140] Der Vorstand hat gemäß § 121 II 1 AktG die Kompetenz, die Hauptversammlung einzuberufen. Zudem bestimmt der Vorstand nach § 121 III 2 AktG die Tagesordnung. Er kann als einen Tagesordnungspunkt somit die Wahl eines neuen Aufsichtsratsmitgliedes festlegen. Die Kompetenz, einen konkreten Wahlvorschlag zu unterbreiten, also einen Kandidaten vorzuschlagen, liegt gemäß § 124 III 1 2. Hs. AktG allerdings beim Aufsichtsrat.[141] Die Wahlkompetenz liegt wiederum gemäß § 101 I 1 At. 1 AktG ausschließlich bei der Hauptversammlung, die gemäß § 101 I 2 AktG an Wahlvorschläge des Aufsichtsrats nicht gebunden ist.[142]

Als Unterstützungshandlung kann der Vorstand im Vorfeld der Hauptversammlung durch Gespräche mit dem Aufsichtsrat – insbesondere mit dem Nominierungsausschuss[143] – darauf hinwirken, dass der Aufsichtsrat der Hauptversammlung einen Repräsentanten des Ankeraktionärs vorschlägt.[144] Dabei darf der Vorstand keinen unzulässigen Druck auf den Aufsichtsrat ausüben.[145] Die Kompetenz der Aufsichtsratsmitglieder, kraft eigener Willensbildung zu handeln, muss also gewahrt bleiben.[146] Daher hat der Vorstand keinen rechtlich gesicherten Einfluss auf die Entscheidungsfindung. Dies entspricht dem gesetzlichen Leitbild, wonach der Aufsichtsrat den Vorstand überwacht, sodass der Vorstand ihn daher nicht selbst zusammenstellen darf.

b) Gerichtliche Bestellung, § 104 AktG

Eine Möglichkeit des Vorstands, bei nicht vollständiger Besetzung Einfluss auf die Zusammensetzung des Aufsichtsrats zu nehmen, ergibt sich aus seinem Vorschlagsrecht gemäß § 104 I 1, II 3 AktG.[147] Danach hat das Gericht den Aufsichtsrat auf die zur Beschlussfassung notwendige Zahl (§ 104 I 1 AktG) bzw. auf die in Gesetz oder Satzung vorgesehene Zahl (§ 104 II 1 AktG) zu ergänzen. Zwar entscheidet das Gericht nach § 37 FamFG grundsätzlich frei und ist an den Vorschlag des Vorstands nicht gebunden.[148] In der Praxis ist es jedoch üblich, dass das Gericht im Sinne des Antragstellers entscheidet.[149]

aa) Beschlussunfähigkeit, § 104 I 1 AktG

Voraussetzung für die gerichtliche Bestellung ist nach § 104 I 1 AktG, dass dem Aufsichtsrat nicht die zur Beschlussfähigkeit notwendige Zahl von Mitgliedern angehört. Die Beschlussfähigkeit bestimmt sich in erster Linie nach der Satzung, soweit keine vorrangigen gesetzlichen Vorgaben einzuhalten sind, § 108 II 1 AktG.[150] In Ermangelung einer Satzungsbestimmung legt § 108 II 2 AktG fest, dass der Aufsichtsrat beschlussfähig ist, wenn mindestens die Hälfte seiner Mitglieder an der Beschlussfassung teilnimmt. Folglich müssten für den Fall, dass keine andere Bestimmung in der Satzung vorgesehen ist, über die Hälfte der Aufsichtsratsmitglieder ihr Amt niederlegen, damit der Vorstand einen Antrag gemäß § 104 I 1 AktG stellen kann.[151]

bb) Unterbesetzung, § 104 II AktG

Zusätzlich hat der Vorstand nach § 104 II 1 AktG ein Antragsrecht, wenn dem Aufsichtsrat über einen längeren Zeitraum als drei Monate weniger Mitglieder angehören als gesetzlich oder satzungsmäßig vorgeschrieben. Der Antrag auf Bestellung darf – außerhalb von dringenden Fällen – nicht vor Ablauf von drei Monaten erfolgen.[152] Dies kann problematisch sein, wenn der Ankeraktionär auf eine sofortige Bestellung drängt.[153] In paritätisch mitbestimmten Gesellschaften liegt ein dringender Fall jedoch nach

[135] *Steinert*, Sicherung der Interessen der Zielgesellschaft mittels einer Investorenvereinbarung, 2013, S. 139.
[136] *Grigoleit/Tomasic*, in: Grigoleit (Fn.45), § 103 Rn. 5.
[137] Zur Zulässigkeit der Amtsniederlegung ohne wichtigen Grund *Hüffer/Koch* (Fn. 4), § 103 Rn.17; *Bunting*, ZIP 2020, 2169, 2170 ff.
[138] Die freiwillige Amtsniederlegung eines noch amtierenden Amtsmitglieds entspricht der Praxis, siehe bspw. Geschäftsbericht Uniper 2018, S. 9: Nach dem Beteiligungserwerb von Fortum i.H.v. 47,12 % an der Uniper SE im Rahmen eines Übernahmeangebots hat ein Aufsichtsratsmitglied sein Amt freiwillig niedergelegt.
[139] In der Praxis werden „Bemühensverpflichtungen" vereinbart.
[140] *Habersack*, in: MüKoAktG (Fn. 5), § 101 Rn. 7.
[141] *Hüffer/Koch* (Fn. 4), § 124 Rn. 18.
[142] *Hüffer/Koch* (Fn. 4§ 101 Rn. 3.
[143] Diesen zu bilden wird in D.5 DCGK empfohlen. Er hat die Aufgabe, dem Aufsichtsrat geeignete Kandidaten für Wahlvorschläge gemäß § 124 III 1 2. Hs. AktG vorzuschlagen, *Kremer*, in: DCGK (Fn. 87), D.5 Rn. 2.
[144] *Seibt/Wunsch*, Der Konzern 2009, 195, 205.
[145] *Reichert/Ott*, FS Goette 2011, 397, 401; *Reichert*, ZGR 2015, 1, 30.
[146] *Habersack*, in: MüKoAktG (Fn. 5)§ 111 Rn. 160.
[147] *Hoffmann-Becking*, in: Münchener Handbuch des Gesellschaftrehta, 5. Auflage, 2020, § 30 Rn. 75.
[148] *Hüffer/Koch* (Fn. 4), § 104 Rn. 5.
[149] *Kiem*, AG 2009, 301, 309; *v. Wietzlow/Gemmecke*, AG Report 2003, 302.
[150] *Hüffer/Koch* (Fn. 4), § 108 Rn. 15.
[151] *Spindler*, in: BeckOGK-AktG (Fn. 5), § 104 Rn. 16.
[152] *Hüffer/Koch* (Fn. 4), § 104 Rn. 10.
[153] *Kiem*, AG 2009, 301, 309.

§ 104 III Nr. 2 AktG stets vor, wenn ein Mitglied fehlt, um die nötige Parität wiederherzustellen.[154] Ist dies gegeben, kann der Vorstand einen Antrag stellen und damit die Zusammensetzung des Aufsichtsrats faktisch beeinflussen.

cc) Würdigung

Problematisch erscheint, dass der Einfluss auf die Zusammensetzung des Aufsichtsrats durch den Vorstand nicht dem gesetzlichen Leitbild des § 101 I 1 AktG entspricht. In der Folge könnte der Aufsichtsrat durch Anträge des Vorstands mit Mitgliedern besetzt sein, die ohne Legitimation der Aktionäre lediglich das Vertrauen des Vorstands genießen.[155] Jedoch bestimmt § 104 VI AktG, dass das Amt des gerichtlich bestellten Aufsichtsratsmitglieds erlischt, sobald der Mangel behoben ist, also der Aufsichtsrat durch die nächste Wahl der Hauptversammlung nicht mehr unterbesetzt ist.[156] Im Einklang dazu spricht auch C.15 Satz 2 des Deutschen Corporate Governance Kodex die Empfehlung aus, den Antrag auf gerichtliche Bestellung bis zur nächsten Hauptversammlung zu befristen.[157] Eine Abweichung von dieser Empfehlung muss der Vorstand einer börsennotierten Gesellschaft gemäß § 161 I AktG erklären („comply or explain"). Insofern ist das durch den Vorstand benannte Mitglied lediglich bis zur nächsten Hauptversammlung nicht durch die Hauptversammlung legitimiert. Die Gefahr, dass der Vorstand sich einen eigenen Aufsichtsrat schafft, besteht also nicht.

3. Zwischenergebnis

Der Vorstand kann das Begehren des Ankeraktionärs, im Aufsichtsrat vertreten zu sein, nur unterstützen, wenn ein Mitglied bereits freiwillig zurückgetreten ist und der Vorstand als Vermittler Gespräche mit dem Aufsichtsrat führt oder wenn die Voraussetzungen für die gerichtliche Bestellung vorliegen und das Gericht dem Vorschlag des Vorstands folgt.

D. Fazit

Die Untersuchung hat gezeigt, dass die gesetzliche Ordnung einer Aktiengesellschaft dem Vorstand einen engen Rahmen für die Gewinnung eines Ankeraktionärs vorgibt. Jedoch sind ihm Möglichkeiten eröffnet, die besondere Bedeutung des Ankeraktionärs für die Gesellschaft zu berücksichtigen. Scharniere, die diese Öffnung bewirken, sind insbesondere ein weites Verständnis der Leitungskompetenz des Vorstands (§ 76 I AktG), eine alle stakeholder-Interessen erfassende Interpretation des Unternehmensinteresses, sowie eine Auslegung des Gleichbehandlungsgrundsatzes (§ 53a AktG), die sachgerechte Differenzierungen zulässt.

Der Vorstand kann auf folgende „Checkliste" zurückgreifen, wenn er einen Ankeraktionär gewinnen möchte:

(1) Der Vorstand darf sich um einen Ankeraktionär bemühen, wenn die mit dem konkreten Ankeraktionär verbundenen Chancen die Risiken unter ausschließlicher Berücksichtigung des Unternehmensinteresses überwiegen. Es handelt sich um eine unternehmensstrategische Entscheidung, die von der Leitungskompetenz des Vorstands aus § 76 I AktG gedeckt ist.

(2) Der Vorstand darf der Erwartung des Ankeraktionärs, einen privilegierten Informationsaustausch zu unterhalten, entsprechen, soweit dies nach einer Abwägung im konkreten Einzelfall vor dem Hintergrund des § 53a AktG im Unternehmensinteresse sachgerecht erscheint.

(3) Der Vorstand kann dem Ankeraktionär zusagen, ihn bei einer Vertretung im Aufsichtsrat im Fall einer Vakanz zu unterstützen, indem er als Vermittler Gespräche mit dem Aufsichtsrat führt oder eine gerichtliche Bestellung beantragt. Die konkrete Entscheidungsbefugnis liegt jedoch nicht bei ihm, sondern beim Gericht oder bei der Hauptversammlung.

---

[154] *Hüffer/Koch* (Fn. 4), § 104 Rn. 11.
[155] *v. Wietzlow/Gemmecke*, AG Report 2003, 302.
[156] OLG München, Beschl. v. 12.7.2006 – 31 Wx 47/06 –, juris Rn. 7.
[157] *Kremer*, in: DCGK (Fn. 87), C.15 Rn. 5.

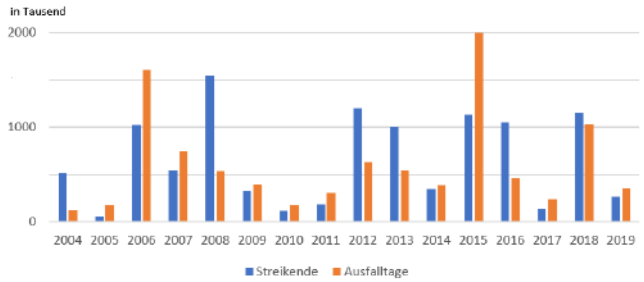
Greta Sparzynski*

Zulässigkeit von Streiks gegen Standortentscheidungen

A. Einführung

I. Gesellschaftliche Relevanz und Entwicklung

Deutschland gehört im internationalen Vergleich zu den eher arbeitskampfarmen Ländern.[1] Trotzdem kann keinesfalls ein Rückgang an Arbeitskampfmaßnahmen verzeichnet werden. Vielmehr unterliegt die Anzahl an Streikenden und Ausfalltagen stetigen Schwankungen, wie in der folgenden Grafik[2] zu erkennen ist:



Die hier abgebildete Entwicklung zeigt, dass nach jedem Tief ein Hoch zu erwarten ist. Demzufolge sollte in den kommenden Jahren nach dem Tief im Jahr 2019 ein erneutes Wachstum zu verzeichnen sein. Unterstützt wird die statistische Prognose durch die aktuelle gesellschaftliche und wirtschaftliche Lage im Zusammenhang mit der COVID-19-Pandemie.

Gesamtwirtschaftlich betrachtet bedeutete das Jahr 2020 für 69 % der Unternehmen einen merkbaren Umsatzrückgang.[3] Bereits Mitte des Jahres kündigten 20 % der Unternehmen an, dass die Beschäftigungspläne pandemiebedingt zu einem Personalabbau führen werden.[4] Insbesondere nach Ende der Aussetzung der Insolvenzantragspflicht und nach beendeter Zahlung umfangreicher Staatshilfen ist mit einer „Insolvenzwelle" zu rechnen.[5] Viele Unternehmen werden nun vor schwerwiegende Entscheidungen gestellt: die endgültige Schließung von Betrieben, die Standortverlagerung als kosteneinsparende Umstrukturierungsmaßnahme oder, langfristig gesehen, auch die Verlegung ins kostengünstigere Ausland.

Gleichzeitig wächst jedoch das Bedürfnis der Gesellschaft und der einzelnen Arbeitnehmerinnen nach finanzieller Stabilität. Sofern die Arbeitnehmerin das Glück hatte, in der unsicheren Zeit ihren Arbeitsplatz behalten zu dürfen, besitzt sie nun umso mehr den Wunsch nach Kontinuität. Eine Standortentscheidung mit erheblichen Folgen für den Fortbestand des eigenen Arbeitsplatzes wird demnach nicht kampflos hingenommen werden.

Die Beurteilung einer Arbeitskampfmaßnahme, die explizit auf den Erhalt eines Standortes und Verhinderung der geplanten unternehmerische Maßnahme ausgerichtet ist, wurde bisher in der Rechtsprechung bewusst offen gelassen.[6]

II. Gegenstand und Gang der Untersuchung

Mit der pandemiebedingten gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Entwicklung geht die Prognose einer tendenziellen Steigung der standortsichernden Arbeitskämpfe in den nächsten Jahren einher. Trotzdem sieht der deutsche Gesetzgeber die Gewährleistung angemessener und transparenter Regeln für die Führung und Rechtmäßigkeit von Streiks durch die höchstrichterliche Rechtsprechung als ausreichend an.[7] Eine Erweiterung der gesetzlichen Ausgangslage hält er – trotz Zuständigkeit – nicht für erforderlich.[8] Mangels gesetzlicher Regelungen in Kombination mit der fehlenden konkreten höchstrichterlichen Rechtsprechung bezüglich Standortarbeitskämpfen gewinnt die Frage nach der Rechtmäßigkeit entsprechender Streikmaßnahmen umso mehr an Bedeutung.

Die Untersuchung konzentriert sich deshalb darauf, die *Zulässigkeit von Streiks gegen Standortentscheidungen* anhand wesentlicher, durch Rechtsfortbildung entstandener und anerkannter Kriterien zu beurteilen, zu analysieren und theoretisch sowie praktisch aufzuschlüsseln. Maßgebend für die Untersuchung sind deutsche Sachverhalte und das deutsche Recht.

Zu Beginn sind die konfligierenden Interessen herauszuarbeiten (B.), wobei ein besonderes Augenmerk auf den Umfang der verfassungsrechtlich gewährleisteten Koalitionsfreiheit gelegt wird (B.II.2.). Daran anknüpfend soll das entscheidende Zulässigkeitskriterium – das Kampfziel – sowohl allgemein (C.I.) als auch konkret in Bezug auf Standortarbeitskämpfe (C.II.) untersucht und detailliert erörtert werden. Abschließend wird auf Basis der unter C. erzielten Ergebnisse ein Modellvorschlag für die Umsetzung und Anwendung in der gerichtlichen Praxis unterbreitet (D.).

---

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

1 BT-Drucks. 16/10003, S. 2.

2 Statista Research Department, „Anzahl der Streikenden und durch Streiks ausgefallene Arbeitstage in Deutschland von 2004 bis 2019", v. 11.08.2020: https://de.statista.com/statistik/daten/studie/221563/umfrage/arbeitskaempfe-streikende-ausgefallene-arbeitstage/.

3 Umfrage des DIHK, November 2020: https://de.statista.com/statistik/daten/studie/1134714/umfrage/anteil-der-unternehmen-mit-umsatzrueckgang-wegen-corona-nach-branchen/#professional.

4 Umfrage des DIHK, Juni 2020: https://de.statista.com/statistik/daten/studie/1110554/umfrage/umfrage-unter-deutschen-unternehmen-zu-auswirkungen-des-coronavirus-auf-beschaeftigsplaene/.

5 Spiegel Wirtschaft, „Auskunftei erwartet 2021 Insolvenzwelle", 19.03.2021: https://www.spiegel.de/wirtschaft/insolvenzen-wirtschaftsauskunftei-crif-buergel-haelt-2021-verdoppelung-fuer-moeglich-a-249ccb81-0952-4305-b24e-d61491399c8e.

6 *BAG*, Urt. v. 24.04.2007 – 1 AZR 252/06, NZA 2007, 987 (998 f.), Rn. 111; *Olschewski*, S. 66.

7 BT-Drucks. 16/10003, S. 5.

8 *Odenthal*, S. 19; für einen gelungenen Gesetzesvorschlag siehe etwa *Birk/Konzen/Löwisch/Raiser/Seiter*.

III. Leitfallbeispiele

Zur Visualisierung der einzelnen Aspekte und Ergebnisse sollen drei repräsentative, innerdeutsche Fallbeispiele als Leitfaden dienen.

In der ersten Fallkonstellation geht es um Einzelunternehmerin A. Sie möchte ihren einzigen Betrieb mit zehn Arbeitnehmerinnen schließen, um sich dadurch vollständig aus ihrem Tätigkeitsbereich in den wohlverdienten Ruhestand zurückzuziehen. Das zweite Beispiel handelt von der B-GmbH, die 23 Betriebe in ganz Deutschland mit einer Belegschaft von 480 Personen besitzt. Aufgrund erheblicher wirtschaftlicher Einbußen möchte sie jetzt einen ihrer Betriebe in Norddeutschland zur Kostenreduzierung endgültig schließen. Die dritte Unternehmerin C ist eine von drei Gesellschafterinnen einer oHG, der ebenfalls zahlreiche Betriebe gehören. C möchte das Unternehmen mit den 170 Arbeitnehmerinnen wesentlich umstrukturieren, indem sie die Produktion der sieben Betriebe am Hamburger Stammwerk konzentriert. Dafür verlagert sie unter anderem einen Betrieb aus München nach Hamburg.

In allen Konstellationen stellt sich für die betriebsangehörigen Arbeitnehmerinnen die Frage, ob und wie sie ihren Arbeitsplatz durch Einwirkung auf die unternehmerische Entscheidung und mit Hilfe ihrer Gewerkschaft sichern können.

B. Ausgangslage: Widerstreitende Interessen

Es können zwei sich gegenüberstehende Interessengruppen herausgearbeitet werden: zum einen die Seite des entscheidungstreffenden Unternehmens und der dahinterstehenden Arbeitgeberin, zum anderen die Seite der streikführenden Gewerkschaft, worunter die Interessen der einzelnen Arbeitnehmerinnen fallen.

I. Arbeitgeberinnenseite

1. Grundrechtspositionen nach Art. 12 I GG

a) Berufsfreiheit

Der Art. 12 I GG schützt das einheitliche Grundrecht auf Berufsfreiheit, welches gleichermaßen die Berufswahl- und Berufsausübungsfreiheit umfasst.[9] Die Berufsausübung unterliegt einer weiten Interpretation.[10] Insbesondere geschützt sind die Dispositions-, Investitions- und Produktionsfreiheit.[11] Darunter fällt das Recht auf freie Planungs- und Grundsatzentscheidungen sowie auf autonome Bestimmung über Kapitaleinsatz und Art und Umfang der Produktion.[12] Ebenfalls umfasst sind Entscheidungen über den Ort und die Lage der Tätigkeit.[13] Neben der positiven Dimension existiert die negative Berufsfreiheit, also das Recht auf Berufsbeendigung.[14] Bei der negativen Dimension ist die Berufswahlfreiheit als einschlägige Grundrechtsposition betroffen.[15]

Im Fall der Einzelunternehmerin A, die endgültig durch die Betriebsschließung ihren gewählten Beruf aufgibt, ist ihre (negative) Berufswahlfreiheit betroffen.[16] Ein ähnlich deutliches Bild ergibt sich bei der B-GmbH. Zwar wird wie bei A ein Betrieb geschlossen, sodass die B-GmbH zumindest für den einen Ort die Option der Tätigkeitsaufgabe trifft. Sie besitzt jedoch weitere Betriebe, in denen sie denselben Beruf zukünftig fortsetzen wird. Die Schließung ist damit lediglich eine wirtschaftliche Disposition und muss unter die Berufsausübungsfreiheit subsumiert werden.[17] C als natürliche Person steht dem Betrieb in persönlicher Hinsicht immerhin näher als die B-GmbH. Angesichts der bloßen Verlagerung und der Anzahl an weiteren Betrieben, in denen sie ihrem Beruf weiter nachgeht, ist auch in ihrem Fall die Berufsausübungsfreiheit einschlägig.[18]

b) Unternehmerische Entscheidungsfreiheit

Im Mittelpunkt und mit der Berufsfreiheit unmittelbar verbunden steht die unternehmerische Entscheidungsfreiheit. Obwohl keine ausdrückliche Regelung existiert, wird die Unternehmensautonomie als anerkannte Rechtsposition gewährleistet.[19] Der Schutz wird sowohl aus Art. 12 I GG als auch aus Art. 2 I GG hergeleitet.[20] Die Unternehmerfreiheit bezeichnet das Recht zum selbstverantwortlichen unternehmerischen Handeln bei der Schaffung, Organisation und Führung von Unternehmen sowie die freie Bestimmung über Bestand, Umfang und Zielsetzung.[21] Die darin umfasste unternehmerische Dispositionsfreiheit erstreckt sich unter anderem auf Standortentscheidungen.[22] Folglich wird die Disposition in Form des Entschlusses zu einer Betriebsstilllegung oder -verlegung speziell durch die in Art. 12 I, 2 I GG garantierte unternehmerische Freiheit geschützt.

2. Eigentumsfreiheit

Teilweise wird angenommen, dass die arbeitgeberische Entscheidung zusätzlich von Art. 14 I GG geschützt wird.[23] In dem Kontext wird das Unternehmen selbst als Eigentumsposition verstanden. Angeknüpft wird dafür an den zivilrechtlichen Begriff des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebes als sonstiges Recht im Sinne des § 823 I BGB.[24] Die Gegenansicht[25] verneint die Auffassung

---

9 Sachs-*Mann*, Art. 12 GG, Rn. 14, 77.
10 Mangoldt/Klein/Starck-*Manssen*, Art. 12 GG, Rn. 67.
11 Sachs-*Mann*, Art. 12 GG, Rn. 79.
12 Mangoldt/Klein/Starck-*Manssen*, Art. 12 GG, Rn. 69.
13 Vgl. Münch/Kunig-*Kämmerer*, Art. 12 GG, Rn. 54; Sachs-*Mann*, Art. 12 GG, Rn. 79.
14 Maunz/Dürig-*Scholz*, Art. 12 GG, Rn. 288.
15 Mangoldt/Klein/Starck-*Manssen*, Art. 12 GG, Rn. 56; Münch/Kunig-*Kämmerer*, Art. 12 GG, Rn. 50.
16 Vgl. *Kühling/Bertelsmann*, NZA 2005, 1017 (1025); *Münder*, RdA 2020, 340 (352).
17 Vgl. *Kühling/Bertelsmann*, NZA 2005, 1017 (1025).
18 Vgl. Ebd.
19 *Kissel*, § 35, Rn. 23; *Odenthal*, S. 136.
20 *BAG*, Urt. v. 03.04.1990 – 1 AZR 123/89, NZA 1990, 886 (889); *Jacobs*, in: Rieble, Rn. 21; Landmann/Rohmer-*Eisenmenger*, § 1 GewO, Rn. 98; *Odenthal*, S. 137 f.
21 *Hoffmann*, BB 1995, 53 (53); *Jacobs*, in: Rieble, Rn. 21.
22 Dreier-*Wieland*, Art. 12 GG, Rn. 53; *Münder*, RdA 2020, 340 (349).
23 *Beckerle*, NJW 2017, 439 (441); *Jacobs*, in: Rieble, Rn. 21; *Kühling/Bertelsmann*, NZA 2005, 1017 (1021); MHdB ArbR-*Ricken*, § 272, Rn. 40; *Scholz*, NJW 1986, 1587 (1588).
24 Sachs-*Wendt*, Art. 14 GG, Rn. 26.
25 ErfK-*Schmidt*, Art. 14 GG, Rn. 5, 20; Dreier-*Wieland*, Art. 14 GG, Rn. 63.

mit dem Argument, dass das Unternehmen selbst lediglich die tatsächliche Gesamtheit an dazugehörigen, bereits geschützten Sachen darstellt und deswegen keines weiteren Schutzes bedarf.[26] Dem wird wiederum entgegengehalten, dass der spezifische Mehrwert des Unternehmens als organische Betriebseinheit über die Summe der Einzelteile hinausgeht.[27] Erst der zusätzliche Schutz des Unternehmens als ein in sich geschlossener Wirtschaftskörper mit eigener ökonomischer Funktion erzielt eine sachgerechte, den Schutz der Einzelpositionen überschreitende Wirkung.[28] Dafür spricht auch der Aspekt, dass das Unternehmen in der Realität vielmehr als wirtschaftliche Einheit betrachtet wird. Dadurch erhält es sogar in der nicht-juristischen und ökonomischen Wirklichkeit eine größere Bedeutung als die Gesamtheit der einzelnen Geräte, Gebäude und Betriebsmittel.[29] Somit überzeugt es, der Arbeitgeberinnenseite ebenfalls die Grundrechtsposition nach Art. 14 I GG zuzusprechen.

II. Arbeitnehmerinnen- und Gewerkschaftsseite

1. Berufsfreiheit

Regelmäßig führt die Standortentscheidung der Arbeitgeberin unausweichlich zu zahlreichen betriebsbedingten Kündigungen.[30] Dadurch sind die gekündigten Arbeitnehmerinnen in ihrem dem Art. 12 I GG zugehörigen Bestandsinteresse betroffen.[31] Einschlägige Grundrechtsposition ist dabei die Wahlfreiheit des Arbeitsplatzes.[32] Das Bundesverfassungsgericht hat die erhebliche Bedeutung und Tragweite treffend beschrieben:

„Der Arbeitsplatz ist die wirtschaftliche Existenzgrundlage […]. Lebenszuschnitt und Wohnumfeld werden davon bestimmt, ebenso gesellschaftliche Stellung und Selbstwertgefühl. Mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses wird dieses ökonomische und soziale Beziehungsgeflecht in Frage gestellt. […] Gelingt es [der Arbeitnehmerin] nicht, alsbald einen neuen Arbeitsplatz zu finden, gerät [sie] häufig in eine Krise […].“[33]

Damit wird verdeutlicht, dass die unternehmerische Entscheidung wesentliche Lebensbereiche der Arbeitnehmerinnen unmittelbar und nachhaltig betrifft.

2. Koalitionsfreiheit

Als kollektive Grundrechtsposition kommt weiterhin Art. 9 III GG in Betracht.

a) Schutzbereich

Der Artikel schützt das Recht, zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen Vereinigungen zu bilden. Dabei ist er als Doppelgrundrecht aufzufassen.[34] Neben einem individuellen Freiheitsrecht der Arbeitnehmerinnen wird der Gewerkschaft die selbständige Grundrechtsinhaberschaft anerkannt und garantiert.[35]

Über den Wortlaut hinaus wird die Koalitionsbetätigungsfreiheit geschützt, worunter der Abschluss von Tarifverträgen und die Durchführung von Arbeitskampfmaßnahmen zählen.[36] Aus der Dynamik der sozialen Realität resultiert, dass die Gewährleistung offen gefasst werden muss und sich die Koalitionszuständigkeit nicht auf abschließende Zwecke reduzieren lassen darf.[37] Dabei muss dennoch zwischen Verbandsfunktionen mit und ohne verfassungsrechtlichem Autonomieschutz differenziert werden.[38] Der Schutz wird ausschließlich für Funktionen gewährt, die sich innerhalb der durch die Vorschrift selbst gesetzten Grenze der „Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen“ befinden („Koalitionszweckgarantie“).[39] Nur soweit eine Standortentscheidung unter die Anforderungen an eine koalitionsspezifische Betätigung subsumiert werden kann, können damit verbundene Arbeitskämpfe in den Schutzbereich des Art. 9 III GG fallen.

aa) Bedeutung und Reichweite der „Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen“

Zu Beginn müssen die Begriffe „Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen“ analysiert und definiert werden. Grundsätzlich kann es keine starren Definitionen geben, sodass lediglich ein äußerer und flexibler Rahmen abgesteckt werden kann.[40] Daraus folgt eine Vielzahl an Auffassungen über die tatsächlichen Grenzen. Im gleichen Prüfungsrahmen sind die Auswirkungen der verschiedenen Grenzziehungen im Hinblick auf die generelle Einordnung unternehmerischer Entscheidungen zu betrachten.

Im Sinne einer extensiven Sichtweise sind die beiden Begriffe alternativ und getrennt zu behandeln, wodurch ein sehr weiter Inhaltsbereich eröffnet wird.[41] Demgegenüber steht eine äußerst restriktive Auffassung, welche den „Wirtschaftsbedingungen“ keine zusätzliche Wirkung beimisst und sich auf die Grenze der „Arbeitsbedingungen“ beschränkt.[42] Neben den Extrempositionen erfährt ein differenziertes Verständnis der „Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen“ viel Befürwortung.[43] Die Begriffe werden als funktionale Einheit mit wechselseitiger Beziehung und Sinnzusam-

[26] Dreier-*Wieland*, Art. 14 GG, Rn. 63.
[27] Mangoldt/Klein/Starck-*Depenheuer/Froese*, Art. 14 GG, Rn. 133.
[28] Sachs-*Wendt*, Art. 14 GG, Rn. 26; *Odenthal*, S. 135.
[29] *Odenthal*, S. 135.
[30] *Kühling/Bertelsmann*, NZA 2005, 1017 (1023); *Münder*, RdA 2020, 340 (348 f.).
[31] GK Kündigungsrecht-*Kiel*, § 1 KSchG, Rn. 446.
[32] *BVerfG*, Urt. v. 24.04.1991 – 1 BvR 1341/90, NJW 1991, 1667 (1667); *Kühling/Bertelsmann*, NZA 2005, 1017 (1025).
[33] *BVerfG*, Beschl. v. 27.01.1998 – 1 BvL 15/87, NZA 1998, 470 (471 f.).
[34] BeckOK GG-*Cornils*, Art. 9 GG, Rn. 3; SWK ArbR-*Ubber*, „Arbeitskampf“, Rn. 2.
[35] Dreier-*Bauer*, Art. 9 GG, Rn. 34; Maunz/Dürig-*Scholz*, Art. 9 GG, Rn. 169, 170.
[36] *BVerfG*, Beschl. v. 06.02.2007 – 1 BvR 978/05, NZA 2007, 394 (395); Sachs-*Höfling*, Art. 9 GG, Rn. 71.
[37] *Bruhn*, S. 77; *Säcker/Oetker*, S. 64.
[38] Maunz/Dürig-*Scholz*, Art. 9 GG, Rn. 162.
[39] *Bruhn*, S. 77; Maunz/Dürig-*Scholz*, Art. 9 GG, Rn. 162; *Olschewski*, S. 116.
[40] *Odenthal*, S. 130.
[41] *Berg/Wendeling-Schröder/Wolter*, RdA 1980, 299 (307); *Däubler*, Rn. 1112a; *Dürig*, NJW 1955, 729 (729 f.).
[42] *Höpfner*, RdA 2020, 129 (132 ff.); *Lobinger*, in: Rieble, Rn. 22 ff.
[43] *Badura*, ArbRGegw 1978, 17 (27 f.); *Christ*, S. 92 f.; *Kühling/Bertelsmann*, NZA 2005, 1017 (1023); Maunz/Dürig-*Scholz*, Art. 9 GG, Rn. 256; *Söllner*, NZA 1996, 897 (898 f.); *Waltermann*, NZA 1991, 754 (757 ff.); *Wiedemann*, in: FS Riesenfeld, S. 302 ff.

menhang gedeutet.[44] Unter das Begriffspaar ist *zumindest* alles zu fassen, was die Voraussetzungen und Bedingungen der persönlich geleisteten, abhängigen Arbeit *unmittelbar* tangiert.[45]

Eine sachgerechte Bewertung wird nur durch Auslegung des Art. 9 III GG erreicht.

Der Wortlaut des Art. 9 III GG und insbesondere die Nutzung der Konjunktion „und" sowie der Bindestrich zeigen, dass zwischen den beiden einzelnen Begriffen zwar ein Sinnzusammenhang besteht, sie aber keineswegs deckungsgleich sind.[46] Eine Tautologie darf dem Gesetzgeber nicht voreilig unterstellt werden.[47]

Historisch muss dem Begriffspaar eine lediglich neutrale Klarstellungsfunktion ohne eindeutige Rückschlüsse auf die historisch gewollte Reichweite zugerechnet werden.[48]

Ausschlaggebendes Gewicht kommt dem Telos der Koalitionsfreiheit zu. Ihre zentrale Aufgabe besteht darin, für die im Spannungsverhältnis zur Arbeitgeberin strukturell unterlegene Arbeitnehmerinnenseite eine angemessene, grundrechtlich gewährleistete Gegenposition zur Verfügung zu stellen.[49] Zusätzlich gebietet der stetige, dynamische Wandel von Gesellschaft und Technologie eine grundlegende Offenheit des Schutzbereiches.[50]

Nach den Erwägungen wird deutlich, dass nur die vermittelnde Ansicht imstande ist, sowohl dem arbeitnehmerinnenbezogenen Zweck der Tarifautonomie als auch zugleich den unternehmerischen Bedenken angemessen zu begegnen. Daraus folgt die berechtigte Betätigung der Koalition im Bereich unternehmerischer Entscheidungen nur so weit, wie tatsächlich arbeitnehmerische Interessen nachhaltig berührt sind.[51] Anders formuliert: Die unternehmerische Entscheidung fällt immer dann in den Regelungsbereich des Art. 9 III GG, wenn die wirtschaftliche und soziale Seite der unternehmerischen Maßnahme nicht trennbar sind.[52] Insgesamt ist der vermittelnden, funktionellen Ansicht bezüglich der sachlichen Reichweite der Koalitionsfreiheit zu folgen.

bb) Standortentscheidungen als Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen

Anschließend an die allgemeine Betrachtung wird im Folgenden konkret auf die Standortentscheidung eingegangen. Betriebsstillegungen und Standortverlagerungen befinden sich grundsätzlich im inhaltlichen Bereich der „Wirtschaftsbedingungen".[53] Wie unter B.II.1. verdeutlicht, führen die Arten der arbeitgeberischen Disposition unausweichlich zur erheblichen Beeinträchtigung der Arbeitnehmerinnen – regelmäßig in Form des Verlustes des Arbeitsplatzes und den damit einhergehenden sozialen Folgen. Standortentscheidungen betreffen die Arbeitnehmerinnen deshalb in „kaum zu überbietender Unmittelbarkeit".[54] Die wirtschaftliche und soziale Seite unterliegen einer untrennbaren und intensiven Verbindung.[55] Derartige Entscheidungen tangieren deshalb unmittelbar die Voraussetzungen und Bedingungen der persönlich geleisteten, abhängigen Arbeit. Demzufolge fallen sie in die relevante *Schnittmenge* des als funktionelle Einheit zu verstehenden Begriffspaares der „Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen".[56] Standortentscheidungen können sogar als Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen „ersten Ranges" klassifiziert werden.[57] Folglich ist der Schutzbereich der Koalitionsfreiheit bei koalitionsspezifischen Tätigkeiten mit Bezug zu Standortdispositionen grundsätzlich eröffnet.

b) Schutzbereichsbegrenzung durch Unternehmensautonomie?

Neben der begriffsbestimmten Auslegung wird dennoch eine weitere Schutzbereichsbegrenzung des Art. 9 III GG durch Einbezug des Art. 12 I GG gefordert.[58]

Die Überlegung wird damit begründet, dass ein angemessener Spielraum zur Entfaltung der Unternehmerinitiative unantastbar sein müsse.[59] Beide gewährleisteten Autonomiebereiche, die Unternehmensautonomie und die Tarifautonomie, sind in dem Sinne zu deuten und auszuüben, dass die jeweils andere nicht leerläuft.[60] Der Ausgleich kann nur gelingen, wenn schon auf Ebene des Schutzbereiches gewisse, zwingend unternehmensautonome Gegenstände ausgeklammert werden.[61]

Bezüglich der Grenzziehung sind verschiedene Ansatzpunkte möglich.[62] Es ist sinnvoll und interessengerecht, einen Mittelweg zwischen Unternehmens- und Tarifautonomie zu definieren. Die Reichweite des Schutzbereiches des Art. 9 III GG kann dafür in eine „innere" und eine „äußere" Ebene getrennt werden.[63] Der „äußere", unternehmensautonome Teil umfasst dabei Entscheidungen zur Preispolitik, zu Betriebserweiterungen oder -neugründungen und zu Produkt- und Finanzfragen.[64] Selbst wenn die Dispositionen mittelbar Kündigungen nach sich ziehen können, führt der Umstand nicht zu einer Schutzbereichseröffnung

[44] *Badura*, ArbRGegw 1978, 17 (27); *Söllner*, NZA 1996, 897 (898 f.).
[45] ErfK-*Linsenmaier*, Art. 9 GG, Rn. 73; Münch/Kunig-*Winkler*, Art. 9 GG, Rn. 147; *Odenthal*, S. 130; *Waltermann*, NZA 1991, 754 (757); *Wiedemann*, in: FS Riesenfeld, S. 303.
[46] *Christ*, S. 92; *Olschewski*, S. 119 f.; *Patett*, S. 76.
[47] *Söllner*, ArbRGegw 1978, 19 (23).
[48] *Glückert*, S. 127, 140 f.; *Säcker/Oetker*, S. 63 f.
[49] Vgl. *Olschewski*, S. 122; *Waltermann*, NZA 1991, 754 (758).
[50] *Säcker/Oetker*, S. 64.
[51] *Krause*, S. 62; *Wiedemann*, in: FS Riesenfeld, S. 303.
[52] *BAG*, Urt. v. 03.04.1990 – 1 AZR 123/89, NZA 1990, 886 (889).
[53] *Kühling/Bertelsmann*, NZA 2005, 1017 (1023).
[54] *Patett*, S. 82.
[55] *LAG Baden-Württemberg*, Urt. v. 20.02.2019 – 4 Sa 40/18, BeckRS 2019, 5464, Rn. 122.
[56] *Hensche*, AuR 2004, 443 (448); *Kühling/Bertelsmann*, NZA 2005, 1017 (1023); *Odenthal*, S. 132.
[57] *Gamillscheg*, S. 220.
[58] *Dieterich*, AuR 2007, 65 (70); *Kühling/Bertelsmann*, NZA 2005, 1017 (1023 f.); *Meyer*, NZA 2004, 366 (368); *Olschewski*, S. 126 f.
[59] *BVerfG*, Beschl. v. 14.10.1970 – 1 BvR 306/68, NJW 1971, 368 (369); *Olschewski*, S. 127.
[60] *BAG*, Urt. v. 03.04.1990 – 1 AZR 123/89, NZA 1990, 886 (889).
[61] *Olschewski*, S. 128; vgl. *Waltermann*, RdA 2007, 257 (261).
[62] Siehe für verschiedene Ansätze etwa *Beuthien*, ZfA 1984, 1 (12 f.); *Cherdron*, S. 264; *Gamillscheg*, S. 339 ff.; *Wiedemann*, in: FS Riesenfelds, S. 303.
[63] *Gamillscheg*, S. 339 ff.; *Odenthal*, S. 139.
[64] *BAG*, Urt. v. 03.04.1990 – 1 AZR 123/89, NZA 1990, 886 (889); *Gamillscheg*, S. 339; *Waltermann*, NZA 1991, 754 (759).

des Art. 9 III GG.[65] Demgegenüber steht ein „innerer" Bereich, welcher sich auf Lohn- und Beschäftigungsfragen bezieht, also Entscheidungen mit direkten Auswirkungen auf die Arbeitnehmerinnen umfasst.[66] Hierunter fallen auch Standortentscheidungen.[67] Dass der „innere" Bereich von der Tarifautonomie umfasst wird, steht im Einklang mit ihrem arbeitnehmerinnenbezogenen Zweck und der bereits herausgearbeiteten begriffsbestimmten Auslegung.[68] Der unzulässigen Überdehnung des sachlichen Schutzbereiches wird wiederum mit der Ausklammerung der „äußeren" Ebene entgegengewirkt. Daneben werden also weiterhin tariffreie Bereiche der Unternehmensautonomie ermöglicht. Eine weitergehende Begrenzung bezüglich Standortentscheidungen ist an der Stelle weder erforderlich noch für die Tarifautonomie hinnehmbar.[69] Die Auflösung konkreter Grundrechtskollisionen bleibt schließlich auf Zulässigkeitsebene im einfachen Recht weiterhin erhalten.[70]

c) Zwischenfazit

Insgesamt bestätigt sich das bisherige Ergebnis, dass Standortentscheidungen als Gegenstand vom Schutzbereich der Koalitionsfreiheit nach Art. 9 III GG grundsätzlich umfasst sind. Verfassungsrechtlich gesehen fallen sie damit in den inhaltlichen Zuständigkeits- und Tätigkeitsbereich der Tarifparteien. Inwiefern ein Streik gegen eine Standortentscheidung zulässig ist, ist eine Frage des einfachen Rechts[71] und wird im Folgenden näher ausgeführt.

C. Standortentscheidungen im Kontext des Arbeitskampfrechts der Koalitionen

Nach „Überwindung der ersten Hürde" der generellen Zuständigkeit, ist nun die Zulässigkeit näher zu betrachten. Das zentrale Spannungsverhältnis bei Streiks gegen Standortentscheidungen liegt in der Rechtmäßigkeitsvoraussetzung des „zulässigen Kampfzieles". Zuerst gilt es daher festzustellen, welche allgemeine Anforderung an ein rechtmäßiges Kampfziel zu stellen ist (C.I.). Danach wird anhand und unter Konkretisierung des erarbeiteten Maßstabs die Einordnung einer direkten Beeinflussung der Standortentscheidung als Kampfziel erörtert (C.II.1.). Daran anknüpfend wird auf die Erstreikbarkeit (C.II.2.) und mögliche Ausnahmen (C.II.3.) eingegangen.

I. Anforderung an die Zulässigkeit eines Kampfzieles

Das Arbeitskampfrecht ist Richterrecht, sodass etwaige Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen allein rechtsfortbildende, nicht aber gesetzliche Verankerungen aufweisen.[72] Ein wichtiger Aspekt für die Zulässigkeit eines Streiks ist dessen Ausrichtung auf ein zulässiges Kampfziel.[73]

Die ständige Rechtsprechung[74] verlangt grundsätzlich ein „tarifvertraglich regelbares Ziel". Die Voraussetzung fußt auf dem Grundsatz der Tarifbezogenheit des Arbeitskampfes. Er dient funktional als notwendiges Mittel zum Zweck des Tarifvertragsschlusses.[75] Maßgeblich für seine schützenswerte Existenz ist demnach seine sicherstellende Hilfsfunktion für die Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie.[76] Dem in der Rechtsprechung anerkannten Erfordernis wird überwiegend zugestimmt.[77] Insgesamt ist die „tarifliche Regelbarkeit" eine grundlegende Voraussetzung für das zulässige Kampfziel und die Rechtmäßigkeit einer Arbeitskampfmaßnahme.

II. Unmittelbarer Streik gegen Standortentscheidungen

Ein Streik unmittelbar gegen Standortentscheidungen verfolgt das Ziel, die unternehmerische Entscheidung zu beeinflussen, sie im Idealfall zu verhindern und eine Standortzusage der Arbeitgeberin zu erhalten. Fraglich ist nun, inwieweit sich eine derartige Forderung tarifvertraglich regeln lässt und in dem Zusammenhang erstreikbar ist.

1. Tarifvertragliche Regelbarkeit der Standortentscheidung

a) Form der Regelbarkeit

Der Frage, ob eine Standortentscheidung im Anschluss an die bereits bejahte Zuständigkeit[78] auch von der Regelungsbefugnis der Koalitionen umfasst ist, muss auf einfachrechtlicher Ebene durch Auslegung und Anwendung des § 1 TVG nachgegangen werden.[79] Die Forderungsgrundlage, die es einzuordnen gilt, ist die arbeitgeberische Standortzusage. § 1 I TVG unterscheidet zwischen einem schuldrechtlichen Vertragsteil und einem normativen Teil.

aa) Normative Regelbarkeit

Standortsichernde Vereinbarungen unterfallen keinem der in § 1 I HS 2 TVG aufgezählten Normbereiche, sodass sie nicht normativ regelbar sind.[80]

bb) Schuldrechtliche Regelbarkeit

Neben dem normativen Teil verbleibt den Tarifvertragsparteien die Möglichkeit, Rechte und Pflichten schuldrechtlich zu vereinbaren. Mangels gesetzlicher Vorgaben in § 1 I TVG

[65] *Beuthien*, ZfA 1984, 1 (12); *Olschewski*, S. 136; *Wiedemann*, in: FS Riesenfeld, S. 303 f.
[66] *Gamillscheg*, S. 340.
[67] *Gamillscheg*, S. 340; *Odenthal*, S. 139; vgl. Ausführungen zur Unmittelbarkeit unter B.II.2.a)bb).
[68] Siehe B.II.2.a)aa).
[69] ErfK-*Linsenmaier*, Art. 9 GG, Rn. 73, 75; *Olschewski*, S. 128, 132 ff.
[70] *Münder*, RdA 2020, 340 (349); *Olschewski*, S. 128, 135.
[71] *Münder*, RdA 2020, 340 (349).
[72] *Höfling/Engels*, NJW 2007, 3102 (3103); *Linsenmaier*, RdA 2019, 157 (167 f.).
[73] *BAG*, Beschl. v. 21.04.1971 – GS 1/68, NJW 1971, 1668 (1669).
[74] Siehe etwa *BAG*, Beschl. v. 21.04.1971 – GS 1/68, NJW 1971, 1668 (1668 f.); *BVerfG*, Beschl. v. 26.06.1991 – 1 BvR 779/85, NZA 1991, 809 (810); *BAG*, Urt. v. 26.07.2016 – 1 AZR 160/14, NZA 2016, 1543 (1549), Rn. 52.
[75] *Birk/Konzen/Löwisch/Raiser/Seiter*, S. 16, 32 f.
[76] *BAG*, Urt. v. 24.04.2007 – 1 AZR 252/06, NZA 2007, 987 (995), Rn. 79; *Beckerle*, NJW 2017, 439 (440); *Münder*, RdA 2020, 340 (340).
[77] Brox/Rüthers-*Rüthers*, Rn. 130, 138; ErfK-*Linsenmaier*, Art. 9 GG, Rn. 114; *Kissel*, § 24, Rn. 2.; *Löwisch/Rieble*, Grundl., Rn. 493; MHdB ArbR-*Ricken*, § 272, Rn. 38 ff.
[78] Siehe B.II.2.c).
[79] *Olschewski*, S. 114 f., 140; Wiedemann-*Jacobs*, Einl., Rn. 174.
[80] *Krause*, S. 56 f.; *Lobinger*, in: Rieble, Rn. 13; *Olschewski*, S. 140 f.

ist die Grenze der schuldrechtlichen Regelungsbefugnis allerdings umstritten. Zwei wesentliche Auffassungen stehen sich gegenüber. Die eine beurteilt die Grenze einfachrechtlich anhand der normativen Grenzen nach § 1 I HS 2 TVG, während der entgegengesetzte Standpunkt auf die verfassungsrechtliche Grenze des Art. 9 III GG zurückgreift.

(1) Gleichlauf zum normativen Teil

Die restriktive Grenzziehung verortet den Bereich des schuldrechtlich Regelbaren innerhalb des normativen Bereiches.[81] Wenn man dem Tarifvertrag ein funktionales Gesamtverständnis zugrunde legt, ergeben sich für beide Vertragsteile rechtlich gesehen dieselben Höchstschranken.[82] Danach gilt: Nur was normativ vereinbart werden *kann*, darf schuldrechtlich vereinbart werden. Standortentscheidungen können nicht normativ geregelt werden, sodass ihnen die tarifvertragliche Regelbarkeit ausnahmslos versagt bliebe.

(2) Rückgriff auf „Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen" nach Art. 9 III GG

Abweichend von der einfachrechtlichen Grenze in § 1 I TVG könnte die Beschränkung der Regelungsbefugnis verfassungsrechtlich hergeleitet werden.[83] Der Art. 9 III GG bietet mit den „Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen" einen direkten Anknüpfungspunkt.[84] Alles was danach unter die funktionale Einheit des Begriffspaares subsumiert werden kann, ist schuldrechtlich regelbar. Wie unter B.II.2.a) ausgeführt, sind Standortentscheidungen in die inhaltliche Schnittmenge der beiden Begriffe einzuordnen. Sie sind demnach vom Schutzbereich des Art. 9 III GG umfasst und können Gegenstand einer schuldrechtlichen Vereinbarung der Tarifvertragsparteien sein.[85]

(3) Stellungnahme zur schuldrechtlichen Regelbarkeit

Von der Grenzziehung der schuldrechtlichen Regelungsbefugnis hängt es also maßgeblich ab, ob eine Standortentscheidung tarifvertraglich regelbar ist und als Kampfziel in Frage kommt. Bei Verneinung der tarifvertraglichen Regelbarkeit ist der Arbeitskampf aufgrund des zwingenden Tarifbezuges schon von vornherein ausgeschlossen.

Für den Gleichlauf zum normativen Teil spricht zunächst, dass der Art. 9 III GG keine schrankenlose Regelungsbefugnis gewährt.[86] Die normativen Grenzen des § 1 I TVG spiegeln die zulässige gesetzgeberische Ausgestaltung wider, an die sich auch der schuldrechtliche Teil zu halten hat.[87] Ansonsten bestimme die Gewerkschaft einen ihrer Normsetzung entzogenen Gegenstand einfach durch schuldrechtliche Tarifregeln und umgeht dadurch gesetzlich vorgesehene Grenzen.[88] Die Schrankenübertragung ist allerdings weder grammatikalisch noch dem direkten Wortlaut des § 1 I TVG zu entnehmen.[89] Die Vorschrift unterscheidet die beiden Regelungsformen vielmehr durch die Konjunktion „und".[90] Außerdem spricht im Hinblick auf die Entstehungsgeschichte die ungenaue Formulierung „Rechte und Pflichten" tendenziell gegen eine gewollte weitergehende Beschränkung der schuldrechtlichen Regelbarkeit.[91]

Eine Grenzziehung ohne Bezug zum verfassungsrechtlich gewährleisteten Schutzbereich ist darüber hinaus inkonsistent und birgt Rechtsunsicherheiten.[92] Die Tarifautonomie ist grundrechtlich verankert und muss daher im Umfang des Art. 9 III GG generell gewährleistet werden.[93] Ein legitimer Grund für eine Begrenzung, wie es im normativen Teil etwa die Bindung Dritter mit sich bringt, existiert für schuldrechtliche Vereinbarungen nicht.[94] Den Gewerkschaften wird eine Betätigung mit Bezug zu einem verfassungsrechtlich geschützten und gewährleisteten Gegenstand grundlos verwehrt. Faktisch gesehen führt die normative Grenzziehung daher zu einer unzulässigen Rechtsversagung.

Ein weites Verständnis kann zusätzlich den völkerrechtlichen Bedenken[95] gegenüber der tariflichen Regelbarkeit als Zulässigkeitsvoraussetzung eher gerecht werden.[96] Das Erfordernis einer völkerrechtskonformen Auslegung spricht also für eine weite Regelungsbefugnis. Somit ist ein Rückgriff auf Art. 9 III GG geboten.

cc) Zwischenfazit

Vereinbarungen bezüglich Standortentscheidungen sind von der schuldrechtlichen Regelungsbefugnis umfasst und damit tarifvertraglich regelbar.

b) Art des Tarifvertrages

Die Regelung der Standortentscheidung innerhalb eines Firmentarifvertrages ist praktisch gesehen am sinnvollsten.[97]

c) Zwischenfazit

Insgesamt sind Standortentscheidungen in Form von Standortzusage- oder Standortsicherungsklauseln im schuldrechtlichen Teil eines Firmentarifvertrages regelbar.

2. Erstreikbarkeit

Die herausgearbeitete tarifvertragliche Regelbarkeit der Standortentscheidung erfüllt grundsätzlich die Voraussetzung eines zulässigen Arbeitskampfzieles. Dennoch besteht Uneinigkeit darüber, ob eine derartige Regelung tatsächlich

[81] *Hueck/Nipperdey*, S. 168, 336 ff.; *Löwisch/Rieble*, § 1 TVG, Rn. 1311; *Mayer-Maly*, BB 1965, 829 (833); *Mayer-Maly*, BB 1966, 1067 (1069).
[82] *Beuthien*, ZfA 1983, 141 (159 f.); MHdB ArbR-*Klumpp*, § 258, Rn. 3, 12; *Säcker/Oetker*, S. 160 ff.
[83] *Däubler*, Rn. 175d; *Gamillscheg*, S. 1070; *Krause*, S. 57 f.; *Patett*, S. 70 ff., 73 ff.
[84] *Münder*, RdA 2020, 340 (350 f.).
[85] Zustimmend etwa *LAG Baden-Württemberg*, Urt. v. 20.02.2019 – 4 Sa 40/18, BeckRS 2019, 5464, Rn. 122; Däubler-*Däubler*, § 13, Rn. 46, 51; *Hanau/Thüsing*, ZTR 2001, 1 (53).
[86] *Säcker/Oetker*, S. 160.
[87] *Löwisch/Rieble*, § 1 TVG, Rn. 1312; *Säcker/Oetker*, S. 160.
[88] *Hueck/Nipperdey*, S. 337; *Mayer-Maly*, BB 1965, 829 (833).
[89] *Krause*, S. 58.
[90] *Olschewski*, S. 150; *Patett*, S. 70.
[91] *Krause*, S. 58; *Leydecker*, S. 227.
[92] Vgl. *Däubler*, Rn. 175a.
[93] *Patett*, S. 71.
[94] *Leydecker*, S. 226 f.; *Patett*, S. 72.
[95] Siehe C.I.
[96] *Münder*, RdA 2020, 340 (350).
[97] *Lobinger*, in: Rieble, Rn. 6; *Olschewski*, S. 171.

durch Gewerkschaften erstreikt werden kann.

a) Keine Erstreikbarkeit trotz tarifvertraglicher Regelbarkeit

Die Ansicht gegen eine Erstreikbarkeit stützt sich unter anderem auf den generellen Arbeitskampfausschluss bei schuldrechtlichen Regelungen.[98] Ausschließlich Aspekte, die normativ regelbar sein *können*, dürfen zum Gegenstand eines rechtmäßigen Arbeitskampfes gemacht werden.[99] Die weite Öffnung der schuldrechtlichen Regelungsinhalte führe zwangsläufig zu einer begrenzenden Anpassung der Verhandlungsinstrumente.[100] Standortzusagen können lediglich im schuldrechtlichen Teil eines Tarifvertrages geregelt werden, sodass Arbeitskampfmaßnahmen in dem Rahmen stets unzulässig wären.

b) Weite Auffassung: Sowohl schuldrechtliche als auch normative Regelungen

Diametral entgegengesetzt argumentiert eine weite Sichtweise, die die Erstreikbarkeit sowohl für den normativen als auch für den schuldrechtlichen Teil des Tarifvertrages bejaht.[101] Die Erweiterung der Kampfbefugnis gründet vor allem auf einer gebotenen Einheitlichkeit von Regelbarkeit und Erstreikbarkeit.[102] Außerdem gewährleiste Art. 9 III GG den Arbeitskampf unabhängig von einer normativen oder schuldrechtlichen Regelbarkeit.[103] Nach der Perspektive wären Arbeitskämpfe gegen Standortentscheidungen zulässig.

c) Stellungnahme zur Erstreikbarkeit

Die Diskussion ist wesentlich für die Beantwortung der Kernthese: Können Arbeitskämpfe gegen Standortentscheidungen jemals zulässig sein? Sofern die ausschließliche Erstreikbarkeit des normativen Teils befürwortet wird, ist eine generelle Unzulässigkeit gegeben. Bei Zustimmung zur weiten Auffassung des Arbeitskampfes muss dagegen eine grundsätzliche Zulässigkeit festgestellt werden.

Für die Verneinung der Erstreikbarkeit spricht, dass zwischen Betätigungsmittel und Betätigungsfeld zu differenzieren ist.[104] Obwohl die Gewerkschaften inhaltlich zuständig sind, wäre ein Verweis auf kampflose Betätigungsmittel verfassungsgemäß.[105] Außerdem sollte der Arbeitskampf als „Ausnahmeerscheinung" behandelt werden, bei der Erweiterungen restriktiv vorzunehmen sind.[106] Andererseits schützt Art. 9 III 3 GG dem Wortlaut nach *jeden* Arbeitskampf, der zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen geführt wird. Allein daraus lässt sich eine gesetzlich festgeschriebene Zulässigkeitsgrenze herleiten. Der Arbeitskampf in Bezug auf schuldrechtliche Regelungen, die selbst der Grenze der „Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen" unterliegen, werden demnach immer grundrechtlich geschützt.[107] Selbst § 1 I TVG stellt den schuldrechtlichen und den normativen Teil gleichberechtigt nebeneinander.[108] Sowohl verfassungsrechtlich als auch aus § 1 I TVG ergibt sich die auf normative Regeln beschränkte Erkämpfbarkeit daher nicht. Es birgt zudem eine erhebliche Rechtsunsicherheit, wenn eine normativ regelbare Forderung zufälligerweise schuldrechtlich geregelt werden soll und allein deshalb der Arbeitskampf in Frage gestellt werden könnte.[109]

Andererseits könnte das fehlende Bedürfnis der Erkämpfbarkeit bei schuldrechtlichen Regelungen angemerkt werden. Im konkreten Kontext geplanter Standortänderungen könnte etwa kritisiert werden, dass die durch einen Streik vorenthaltene Arbeitsleistung sowieso schon ihren Wert verloren hätte, der Arbeitskampf dadurch seinen eigentlichen Zweck als Druckmittel verliert und zu einer reinen „Verzweiflungstat" verkümmert.[110] Doch die Einschätzung kann eine derart tiefgreifende Beschränkung der bedeutsamen Parität nicht rechtfertigen.[111]

Tatsächlich spricht das augenscheinliche Gegenargument eher *für* eine gebotene Zulässigkeit. Sofern sich der Arbeitskampf aus Gewerkschaftssicht nicht rentiert, wird sie trotz Zulässigkeit wohl kaum zum Streik aufrufen. Zulässigkeit heißt eben nicht gleich tatsächliche Durchführung. Hinzu kommt, dass ein grundrechtsschonender Ausgleich im Einzelfall durch den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und die weiteren Zulässigkeitsvoraussetzungen erreicht wird.[112] Der Diskurs behandelt erst die *Möglichkeit* der Erstreikbarkeit, wobei die Rechtmäßigkeit des konkreten Arbeitskampfes als zusätzliche Schranke einer späteren Prüfung unterliegt.[113] Die generelle Einschränkung der gewährleisteten Koalitionsbetätigungsfreiheit unabhängig vom konkreten Gewicht der Grundrechtspositionen und der Konstellation im Einzelfall ist dagegen nicht zu billigen.

Durch ein umfassendes Arbeitskampfverbot läuft das System der Tarifautonomie leer und die strukturelle Unterlegenheit der Arbeitnehmerinnen könnte nicht angemessen ausgeglichen werden.[114] Tarifverhandlungen ohne Streikrecht sind nicht mehr als „kollektives Betteln".[115] Eine vollständige Ausgrenzung eines Regelungsgebietes von der Möglichkeit des Arbeitskampfes ist, wie gesehen, weder verfassungsrechtlich geboten noch erforderlich.[116]

Insgesamt ist dem Prinzip der Einheitlichkeit von Regelbarkeit und Erstreikbarkeit zuzustimmen. Aufgrund der Befürwortung einer schuldrechtlichen Regelbarkeit von

[98] *Jacobs*, jurisPRArbR 2018, unter C; *Löwisch*, RdA 2017, 255 (257).
[99] *Franzen*, ZfA 2005, 315 (329); *Höpfner*, RdA 2020, 129 (140); *Lieb*, DB 1999, 2058 (2066 f.); *Löwisch/Rieble*, Grundl., Rn. 508 ff.; Wiedemann-*Jacobs*, Einl., Rn. 509.
[100] *Lobinger*, in: Rieble, Rn. 16.
[101] Brox/Rüthers-*Rüthers*, Rn. 260 ff.; ErfK-*Linsenmaier*, Art. 9 GG, Rn. 114; *Däubler*, Rn. 178; Däubler-*Däubler*, § 13, Rn. 10, 46; *Gamillscheg*, S. 1070; *Hensche*, AuR 2004, 443 (450); *Kühling/Bertelsmann*, NZA 2005, 1017 (1026 f.); MHdB ArbR-*Ricken*, § 272, Rn. 40.
[102] *Patett*, S. 99 ff.
[103] Brox/Rüthers-*Rüthers*, Rn. 260; ErfK-*Linsenmaier*, Art. 9 GG, Rn. 114.
[104] *Lobinger*, in: Rieble, Rn. 18.
[105] Ebd.
[106] *Lobinger*, in: Rieble, Rn. 29.
[107] Vgl. *Bruhn*, S. 144; *Glückert*, S. 177.
[108] Däubler-*Däubler*, § 13, Rn. 10.
[109] Brox/Rüthers-*Rüthers*, Rn. 261; Däubler-*Däubler*, § 13, Rn. 10 f.; *Münder*, RdA 2020, 340 (342).
[110] *Lobinger*, in: Rieble, Rn. 30.
[111] Vgl. *Kühling/Bertelsmann*, NZA 2005, 1017 (1026 f.); *Patett*, S. 101.
[112] Vgl. *Kühling/Bertelsmann*, NZA 2005, 1017 (1027).
[113] Vgl. *Olschewski*, S. 177 f.
[114] *Birk/Konzen/Löwisch/Raiser/Seiter*, S. 16; *Kühling/Bertelsmann*, NZA 2005, 1017 (1026); *Odenthal*, S. 145; *Patett*, S. 101.
[115] *BAG*, Urt. v. 10.06.1980 – 1 AZR 822/79, NJW 1980, 1642 (1643).
[116] Däubler-*Däubler*, § 13, Rn. 10.

Standortentscheidungen sind sie demzufolge auch erstreikbar.

3. Korrektur: Praktische Konkordanz

Das Ergebnis allein kann jedoch nicht vollständig überzeugen. Die uneingeschränkte Zuordnung der Standortentscheidung unter Art. 9 III GG und Befürwortung einer Einheitlichkeit von Regelbarkeit und Erstreikbarkeit führen *zwangsläufig* zur generellen Zulässigkeit von Streiks gegen Standortentscheidungen. Es fehlt die Möglichkeit einer sachgerechten Differenzierung im Einzelfall. Entsprechend dem momentanen Ergebnis wäre es in allen drei Leitfällen ohne Rücksicht auf die offensichtlichen Unterschiede der Betroffenheit[117] möglich, gegen die unternehmerische Entscheidung zu streiken. Vielmehr muss eine Korrektur vorgenommen werden.[118]

a) Maßstab und abstrakte Grundsätze

Den Tarifvertragsparteien darf jedenfalls keine weitergehende Befugnis als dem demokratisch legitimierten Gesetzgeber eingeräumt werden, weswegen auch sie – unabhängig von der dogmatischen Herleitung und Wirkungsart – an die Grundrechte gebunden sind.[119] Gegenüber stehen sich die Koalitionsfreiheit und Tarifautonomie nach Art. 9 III GG und die arbeitgeberische Berufsfreiheit und Unternehmensautonomie als Teil der Art. 12 I, 14 I GG.[120] An der Stelle kommt auch die objektive Gewährleistungsdimension der Grundrechte zum Tragen.[121] Grundrechtskollisionen sind im Wege der praktischen Konkordanz auszugleichen.[122] Die Herstellung praktischer Konkordanz erfordert eine einzelfallbezogene Gewichtung der widerstreitenden Grundrechtsposition und anschließende Kompromissfindung durch wechselseitige Abwägung.[123] Während die Position der Gewerkschaft und Arbeitnehmerinnen in ihrer Intensität konstant bleibt, verändert sich das Gewicht der arbeitgeberischen Rechtsposition abhängig von der jeweiligen Fallkonstellation.[124] Für eine Abwägung sollte also ein allgemeingültiger, abstufender Maßstab für die Bestimmung der Bedeutung der Arbeitgeberinnenseite aufgestellt werden.[125]

Die „Drei-Stufen-Lehre"[126] bietet einen ersten Ansatzpunkt.[127] Dabei kommt der Berufsauswahlfreiheit als unantastbarer, persönlicher Kern des Grundrechts mehr Gewicht zu als der Berufsausübungsfreiheit.[128] Im Verhältnis zu Art. 9 III GG könnte dadurch folgender Grundsatz gebildet werden: Die Gewerkschaftsposition unterliegt bei Betroffenheit der Berufswahlfreiheit und überwiegt bei Beeinträchtigung des weniger bedeutsamen Bereichs der Berufsausübung.[129] Doch die „Drei-Stufen-Theorie" ist nicht allein in der Lage den notwendigen Bewertungsmaßstab zu bieten.[130] Der Grad an Sensibilität der unternehmerischen Standortentscheidung kann bei der unscharfen Trennung von Berufswahl und -ausübung divergieren.[131] Es bedarf demnach einer darüberhinausgehenden Verhältnismäßigkeitsprüfung im Einzelfall.[132] Orientiert an der Berufswahlfreiheit als persönlichem Kern des Art. 12 I GG ist ein generelles Persönlichkeitskriterium in die Bewertung mitaufzunehmen.[133] Das Kriterium spiegelt die wirtschaftlichen und sozialen Auswirkungen auf die Arbeitgeberin als Individuum wider, die durch den Streikdruck und dadurch erzwungenen Regelungen entstünden.[134] Die Wesentlichkeit der Auswirkungen hängt von der persönlichen Nähe zum Betrieb ab. Im dem Rahmen kann ein zweiter Grundsatz gebildet werden: Je größer der persönliche Bezug der Arbeitgeberin zum Unternehmen, desto eher überwiegen die Interessen der Arbeitgeberin.

Insgesamt muss allerdings beachtet werden, dass die Koalitionsfreiheit nicht voreilig beschränkt wird. Die Korrektur ist vielmehr als restriktives Mittel anzuwenden.[135]

b) Konkrete Grundsätze und fallbezogene Anwendung

Aus dem abstrakten Maßstab lassen sich konkrete Richtlinien herleiten. Der personale Bezug nimmt etwa mit der steigenden Größe des Unternehmens ab.[136] Für Großunternehmen ist eine Standortentscheidung eher vergleichbar zu einer sonstigen wirtschaftlichen Disposition ohne Betroffenheit der eigenen Person.[137] Außerdem ist die gewählte Rechtsform ein Indiz für das Gewicht des Persönlichkeitskriteriums.[138] Anteilhaberinnen an einer Kapitalgesellschaft werden in der Regel weniger von der Entscheidung individuell betroffen und besitzen einen geringeren persönlichen Bezug zum Betrieb als eine Einzelunternehmerin.[139]

Für die drei Leitfälle ergeben sich differenzierte, aber im Ergebnis interessengerechte Zuordnungen. Die Gewichtung der Situationen ergibt bei der B-GmbH ein deutliches Unterliegen und bei A ein sicheres Überwiegen der Unternehmens- und Berufsfreiheit im Verhältnis zur Grundrechtsposition der Gewerkschaft. Im Kontext der restriktiven Anwendung der Korrektur ist bei C ebenfalls eine Unterlegenheit im

[117] Siehe B.I.1.a).
[118] ErfK-*Linsenmaier*, Art. 9 GG, Rn. 116; Däubler-*Däubler*, § 13, Rn. 46 ff.; *Krause*, S. 93 ff., 96 ff.; Münch/Kunig-*Winkler*, Art. 9 GG, Rn. 156.
[119] *Cherdron*, S. 218 f., 223; *Christ*, S. 103 ff., 109 f.; *Hanau/Thüsing*, ZTR 2001, 1 (5 f.); *Kissel*, § 35, Rn. 15; *Säcker/Oetker*, S. 263.
[120] Siehe ausführlich unter B.
[121] *Patett*, S. 87 ff.
[122] *Krause*, S. 94; *Münder*, RdA 2020, 340 (350).
[123] *LAG Hessen*, Urt. v. 09.09.2015 – 9 SaGa 1082/15, NZA 2015, 1337 (1339 f.), Rn. 22; ErfK-*Linsenmaier*, Art. 9 GG, Rn. 44, 73; *Kalenborn*, JA 2016, 6 (8 f.).
[124] *Münder*, RdA 2020, 340 (352); a.A.: *Beckerle*, NJW 2017, 439 (441); *Franzen*, ZfA 2005, 315 (317, 329, 336 f.); *Gamillscheg*, S. 1070; *Wank*, RdA 2009, 1 (6) – wonach die Unternehmerfreiheit bei Standortentscheidungen immer überwiegt.
[125] *Krause*, S. 96 ff.
[126] *BVerfG*, Urt. v. 11.06.1958 – 1 BvR 596/56, NJW 1958, 1035 (1037 f.).
[127] Münch/Kunig-*Kämmerer*, Art. 12 GG, Rn. 46, 49; *Patett*, S. 128 ff.
[128] Däubler-*Däubler*, § 13, Rn. 49; *Kühling/Bertelsmann*, NZA 2005, 1017 (1025).
[129] *Münder*, RdA 2020, 340 (342).
[130] *Krause*, S. 97 f.; Münch/Kunig-*Kämmerer*, Art. 12 GG, Rn. 46 ff.
[131] *Münder*, RdA 2020, 340 (352).
[132] Sachs-*Mann*, Art. 12 GG, Rn. 142 ff.
[133] Vgl. *Kühling/Bertelsmann*, NZA 2005, 1017 (1025).
[134] *Krause*, S. 98 ff.
[135] Vgl. *Münder*, RdA 2020, 340 (352); *Olschewski*, S. 196.
[136] *LAG Baden-Württemberg*, Urt. v. 20.02.2019 – 4 Sa 40/18, BeckRS 2019, 5464, Rn. 123; *Patett*, S. 132 f.
[137] *Kühling/Bertelsmann*, NZA 2005, 1017 (1025); *Odenthal*, S. 149.
[138] *Kühling/Bertelsmann*, NZA 2005, 1017 (1025).
[139] Vgl. ErfK-*Linsenmaier*, Art. 9 GG, Rn. 116; *Münder*, RdA 2020, 340 (343).

Vergleich zur Position der Gegenseite anzunehmen.

c) Rechtliche Folge

Nach der Feststellung, dass es einer abwägenden Einschränkung im Einzelfall bedarf, ist die Erörterung der genauen Folgenausgestaltung eine notwendige Anschlussfrage: Was bewirkt eine Abwägungsentscheidung zu Gunsten der Arbeitgeberinnenseite?

Zwei verschiedene Ansätze sind denkbar, wobei der Anknüpfungspunkt entweder im Verfassungsrecht oder im einfachen Recht liegt. Im Endeffekt wird durch beide Ansätze jedoch dieselbe Methode der praktischen Konkordanz und dasselbe differenzierte Abwägungsergebnis erreicht – nur auf verschiedenen Ebenen.

Überzeugender ist es, die Zuständigkeit bezüglich Standortentscheidungen entsprechend der Ausführungen unter B.II.2. grundsätzlich zu bejahen. Die Eingrenzung sollte vielmehr als *einzelfallbezogene Ausnahme vom Einheitlichkeitsgrundsatz auf Ebene der Erstreikbarkeit* stattfinden.[140] Die Tarifvertragsparteien können demnach freiwillig Standortentscheidungen regeln, ohne dass die Gewerkschaft dahingehend einen Arbeitskampf führen darf.[141]

Anders als bei C.II.2. geht es nicht um die Frage „Streik" oder „niemals Streik" – bei der man sich eindeutig für ersteres entscheidet – sondern um die Entscheidung zwischen „noch nicht einmal zuständig" und „zumindest freiwillig regelbar". Grundlage für die Auflösung im Sinne der Freiwilligkeit ist das Konzept des (freiwilligen) Grundrechtsverzichts auf Arbeitgeberinnenseite.[142] Der Kritik, freiwillige Tarifverträge seien systemwidrig und der Arbeitskampf reduzierte sich auf einen Wertungsmaßstab für Tarifforderungen,[143] sind der rechtmäßige Grundrechtsverzicht und die Privatautonomie entgegenzuhalten.[144] In dem freiwilligen Verzicht auf eine Rechtsposition ist eine eigenständige Grundrechtsausübung zu sehen.[145] Es besteht kein rechtliches Bedürfnis den Tarifvertragsparteien einen freiwilligen Tarifvertragsschluss vorzuenthalten.[146] Es bedarf also für eine rechtmäßige Lösung keiner abstrakt-generellen Verkürzung des Bereichs der Tarifautonomie.[147] Die Vorgehensweise beachtet schließlich beide Interessengruppen gleichermaßen. Sie schafft Raum für Verhandlungen und Mitwirkungen der Betroffenen, ohne jedoch die Arbeitgeberin unter Druck zu setzen oder den Schutzbereich der Koalitionsfreiheit einzuengen.

Folglich bleibt festzuhalten: Sofern eine Abwägungsentscheidung zu Gunsten der Arbeitgeberin ausfällt, bleibt ein standortsichernder Tarifvertrag als freiwillig vereinbar bestehen.

[140] ErfK-*Linsenmaier*, Art. 9 GG, Rn. 116; *Gamillscheg*, S. 344, 1070; *Hohenstatt/Schramm*, DB 2004, 2214 (2216 f.); *Münder*, RdA 2020, 340 (342).
[141] *LAG Hessen*, Urt. v. 09.09.2015 – 9 SaGa 1082/15, NZA 2015, 1337 (1340), Rn. 23; *Franzen*, ZfA 2005, 315 (336 f.); *Gamillscheg*, S. 344.
[142] *Hanau/Thüsing*, ZTR 2001, 1 (52); *Hohenstatt/Schramm*, DB 2004, 2214 (2217); *Patett*, S. 90 ff.
[143] MHdB ArbR-*Ricken*, § 272, Rn. 43.
[144] *Dreyer*, S. 237; *Patett*, S. 91 f.
[145] *Christ*, S. 113; *Patett*, S. 91 f.
[146] *Christ*, S. 67 ff., 72, 115 ff.
[147] ErfK-*Linsenmaier*, Art. 9 GG, Rn. 73, 116; *Wolter*, RdA 2002, 218 (221 f.); vgl. Ausführungen unter B.II.2.b).

4. Zwischenfazit

Insgesamt sind Standortentscheidungen tarifvertraglich im schuldrechtlichen Teil regelbar. Sie sind damit ein zulässiges Kampfziel und ebenfalls durch einen Streik erkämpfbar. Im Einzelfall kann allerdings dem erheblichen Gewicht der Berufsfreiheit der Arbeitgeberin mehr Bedeutung zugemessen werden. In den Situationen kommt den Tarifvertragsparteien lediglich eine freiwillige Regelungsbefugnis ohne Arbeitskampfmöglichkeit zu.

D. Modellvorschlag für die Praxis

Die erreichte theoretische Lösung verfolgt eine differenzierende, einzelfallbezogene Sichtweise. Größtes Problem dabei ist – wie bei Einzelfallbewertungen üblich – die praktische Umsetzung und Durchführung einer interessengerechten Bewertung. Einzelfallentscheidungen neigen dazu mit Rechtsunsicherheiten behaftet zu sein.[148] Insofern muss dem rechtsstaatlichen Erfordernis der Vorhersehbarkeit genüge getan werden. Dem Vorwurf, es fehle an handhabbaren Kriterien für eine Grenzziehung,[149] kann allein auf praktischer Ebene begegnet werden.

Ein bereits anerkannter, arbeitsrechtlicher Weg, um intransparente, ungerechte Bewertungen zu umgehen, lässt sich etwa bei Kündigungen finden. Für die Sozialauswahl werden in der Praxis häufig Punkteschemata zur Gewichtung der einzelnen Sozialkriterien angewandt.[150] Ein weiteres Beispiel ist das Quotenschema für die Verhältnismäßigkeit einer Aussperrung.[151] Deshalb soll auch für die Bewertung der Zulässigkeit von Standortstreiks ein Modellvorschlag für die Praxis unterbreitet werden.

Im Mittelpunkt für die Beurteilung der Zulässigkeit stehen das Gewicht der individuellen Berufsfreiheit sowie die Stärke des persönlichen Bezuges zwischen der Arbeitgeberin und dem Betrieb.[152] Grundlegendes Kriterium ist eine Einordnung als kleines, mittelständisches oder großes Unternehmen.[153] Folgende Indizien sind für die Bewertung sinnvoll: die Rechtsform, die Anzahl der Arbeitnehmerinnen und die Anzahl weiterer vom Unternehmen geführter Betriebe.[154]

Bei der Rechtsform muss vor allem zwischen Einzelunternehmerinnen, Personengesellschaften mit mehreren Gesellschafterinnen (etwa oHG, KG oder Partnerschaftsgesellschaften) und Kapitalgesellschaften (etwa AG oder GmbH) abgestuft werden. Die Einzelunternehmerin weist dabei regelmäßig eine stärkere persönliche Bindung auf, während bei Personengesellschaften eine geringe und bei Kapitalgesellschaften schon kaum mehr eine individuelle Beziehung zu verorten ist. Der Abstufung genau entgegen-

[148] *Cherdron*, S. 264.
[149] *Willemsen/Mehrens*, NZA 2018, 1382 (1383).
[150] SWK ArbR-*Mohnke*, „betriebsbedingte Kündigung", Rn. 76.
[151] *BAG*, Urt. v. 10.06.1980 – 1 AZR 822/79, NJW 1980, 1642 (1651); ErfK-*Linsenmaier*, Art. 9 GG, Rn. 241 ff.; *Linsenmaier*, RdA 2019, 157 (168).
[152] Siehe Ausführungen unter C.II.3.
[153] Vgl. *Odenthal*, S. 150.
[154] Ebd.

gesetzt lässt sich die Unternehmensgröße vermuten.[155] Die Vermutung kann durch die Anzahl an Arbeitnehmerinnen und Betrieben gestützt werden. Je höher die Anzahl, desto eher ist ein Großunternehmen gegeben. Hinzukommt, dass die personale Verbindung mit steigender Anzahl naturgemäß abnimmt. Außerdem muss Betrieben im selben Sektor oder Tätigkeitsbereich ein größeres Gewicht eingeräumt werden als Betrieben mit anderer fachlicher Ausrichtung. Ein Großunternehmer in der Baubranche der sein einziges Café schließt, wird trotzdem eine essentielle Grundrechtsposition im Bereich der Berufswahlfreiheit innehaben.

Im Ganzen kann eine sachgerechte Wertung nur unter Gesamtbetrachtung der Indizien stattfinden. Dafür kann eine Scoring-Tabelle entworfen werden. Jedem Indiz werden dabei in den verschiedenen Ausformungen Punkte zugewiesen. Für jeden Betrieb gibt es 0,5 Punkte, wobei für jeden Betrieb im selben Sektor wie der betroffene Betrieb zwei Punkte zu vergeben sind. Für Arbeitnehmerinnen werden pro 10 Arbeitnehmerinnen 0,5 Punkte angesetzt.[156] Die drei gebildeten Rechtsform-Gruppen werden aufgrund ihrer wesentlichen Bedeutung für das Persönlichkeitskriterium in 10-Punkte-Schritten abgestuft. Der daraus resultierende Score dient als Vermutung für Unternehmensgröße und persönliche Bindung. Je höher der Wert, desto geringer der personale Bezug und desto weniger stark darf die Berufsfreiheit gewichtet werden. Besonders hohe Zahlen führen also zur vermuteten Zulässigkeit des Arbeitskampfes. Folgendes System ergibt sich aus der beispielhaften Wertung und Punkteverteilung:

Kriterien	**Punkte**	*Fall 1: A*	*Fall 2: B-GmbH*	*Fall 3: C, oHG*
Rechtsform	10 P. (Einzelperson) 20 P. (Personengesell-schaft > 1 Person) 30 P. (Kapitalgesell-schaft)	10 P.	30 P.	20 P.
Belegschaft	0,5 P. / 10 Pers.	0,5 P.	24 P.	8,5 P.
Betriebe	0,5 P. / Betrieb 2 P. / Betrieb (in Fachbereich)	2 P.	46 P.	14 P.
		12,5 Punkte	100 Punkte	42,5 Punkte

Die Punkteverteilung spiegelt die Einordnung der Konstellationen unter C.II.3. wider. Während Fall 1 eindeutig der korrektiven Einzelfallbeschränkung bezüglich des Arbeitskampfes unterliegt, ist ein Streik im Fall 2 jedenfalls zulässig. Fall 3 lässt mehr Spielraum. Der personale Bezug bei C ist als moderat einzuschätzen und das Unternehmen als mittelständisch. Trotzdem muss die grundlegende Erwägung, dass Einschränkungen der Gewerkschaftstätigkeit restriktiv vorzunehmen sind, berücksichtigt werden. Danach ist der Punktebereich, in dem ein Streik unzulässig wäre, als kleiner und eben nicht proportional zum Punktebereich der Zulässigkeit zu erachten. Demzufolge liegt der Score des zweiten Falles im größer gefassten Punktebereich, sodass – entsprechend obiger Ausführungen – der Arbeitskampf tendenziell zulässig ist.

[155] Statistische Erhebung (2019): https://de.statista.com/statistik/daten/studie/237346/umfrage/unternehmen-in-deutschland-nach-rechtsform-und-anzahl-der-beschaeftigten/.

[156] Maßstab basierend auf Anwendungsgrenze des Kündigungsschutzgesetz (§ 23 I KSchG) und entsprechend unterer Grenze für „Kleinstunternehmen“ nach Empfehlung der Europäischen Kommission, v. 06.05.2003, 2003/361/EG, Anhang, Art. 2.

Die fallbezogene Anwendung bestätigt die Zweckmäßigkeit des Modells. Dem Erfordernis nach Vorhersehbarkeit kann sich die Praxis dadurch annähern.

E. Fazit und Ausblick

Schlussendlich lässt sich folgende Antwort auf die Frage nach der Zulässigkeit von Streiks gegen Standortentscheidungen geben: Es kommt darauf an. Die in der erfolgten Untersuchung erlangten rechtlichen Ergebnisse sollen in fünf Leitgrundsätzen festgehalten werden:

1. Standortentscheidungen werden unter den „inneren“ Bereich unternehmerischer Entscheidungen gefasst, welcher in den Schutzbereich der Tarifautonomie und Koalitionsfreiheit nach Art. 9 III GG fällt.

2. Die Tarifvertragsparteien sind befugt, Standortentscheidungen im schuldrechtlichen Teil eines Tarifvertrags zu regeln. Konkret bietet sich dafür eine Standortsicherungsklausel in einem Firmentarifvertrag an.

3. Die Forderung nach einer Vereinbarung bezüglich der Standortentscheidung ist ein zulässiges Arbeitskampfziel.

4. Arbeitskampfmaßnahmen unmittelbar gegen die Standortentscheidung sind wegen der Einheitlichkeit von Regelbarkeit und Erstreikbarkeit grundsätzlich zulässig.

5. Im Einzelfall und sofern eine persönliche Ebene erreicht oder der Kernbereich der Berufsfreiheit der Arbeitgeberin betroffen ist, muss eine korrektive Begrenzung auf freiwillige Regelungen vorgenommen werden. Daraus folgt, dass Arbeitskampfmaßnahmen in den Konstellationen unzulässig sind.

Die aktuelle Diskussion in der Rechtsprechung und in der Literatur bewegt sich hauptsächlich auf der theoretischen Ebene und lässt eine ausführliche Auseinandersetzung im praktischen Gefüge missen. Nichtsdestotrotz ist und bleibt die Problematik um die Zulässigkeitsvoraussetzungen des Arbeitskampfrechts in Deutschland bedeutsam. Insbesondere Auswirkungen der Globalisierung und der COVID-19-Pandemie werden die Thematik der Standortentscheidung und das damit einhergehende Konfliktpotential weiter ins Blickfeld der Gerichte rücken. In Zukunft ist demnach auf einen umfangreicheren Diskurs in der Rechtspraxis zu hoffen. Die Ausarbeitung eines Modells für die reale Anwendung kann jedoch schon zum jetzigen Zeitpunkt in Angriff genommen werden. Eine schematische Scoring-Tabelle könnte in dem Kontext ein lösungsorientierter Ansatz sein, um Rechtsunsicherheiten vorbeugenden zu begegnen.

Nicklas Homuth*

Die Anwendbarkeit von § 167 ZPO auf arbeits- und tarifvertragliche sowie gesetzliche Ausschlussfristen

A. Einleitung

„Wer zu spät kommt, den bestraft das Leben!" – mit diesem Satz ging Michail Gorbatschow einst in die Geschichtsbücher ein. Ob er ihn im Zuge des Mauerfalls tatsächlich geäußert hat, sei dahingestellt.[1] Seitdem ist dieser Satz die Pointe sehr vieler Situationen, in denen jemand etwas verpasst oder versäumt hat, weil er nicht schnell genug war. In der Rechtspraxis trifft er insbesondere auf Ausschlussfristen zu, bei denen ein Anspruch verfällt, sofern man ihn nicht rechtzeitig innerhalb einer Frist geltend gemacht hat.[2]

Um eine Ausschlussfrist zu wahren, reichen die Gläubiger häufig eine Klage bei Gericht ein, mit der sie ihre Ansprüche geltend machen.[3] Damit haben sie die Fristwahrung nicht länger selbst in der Hand. Vielmehr kommt es darauf an, dass die Gerichte die Klage rechtzeitig zustellen.[4] Allerdings kann es durch Verzögerungen im Geschäftsablauf der Gerichte dazu kommen, dass die Zustellung erst nach Ablauf der Frist erfolgt.[5] Die Ansprüche vieler Arbeitnehmer würden verfallen, obwohl sie theoretisch nichts für die Verzögerung können.[6]

Daher könnte in solchen Fällen § 167 ZPO angewendet werden. Demnach wirkt die Zustellung auf den Zeitpunkt des Eingangs der Erklärung bei Gericht zurück, wenn durch die Zustellung unter anderem eine Frist gewahrt werden soll und die Zustellung demnächst erfolgt. Wenn § 167 ZPO auf Ausschlussfristen angewendet werden würde, hätte bereits eine rechtzeitige Klageeinreichung die Frist gewahrt und die Ansprüche des Arbeitnehmers bestünden fort.[7]

Die Frage der Anwendbarkeit von § 167 ZPO auf Ausschlussfristen in Gesetzen, Arbeits- und Tarifverträgen hat auch die Rechtsprechung in der jüngeren Vergangenheit sehr beschäftigt und zu einer kontroversen Diskussion geführt.[8] Die Arbeit greift diese Diskussion auf, indem untersucht wird, inwiefern § 167 ZPO auf arbeits- und tarifvertragliche sowie gesetzliche Ausschlussfristen anzuwenden ist.

B. Ausgangslage

I. Ausschlussfristen im Arbeitsrecht

Um den Zugriff auf die Problematik zu ermöglichen, erfolgt zunächst eine grundsätzliche Erläuterung von Ausschlussfristen im Arbeitsrecht.

1. Definition und Begriff der Ausschlussfrist

Ausschlussfristen sind in der Rechtspraxis inzwischen weit verbreitet.[9] Auch in verschiedenen Bereichen des Arbeitsrechts sind sie gesetzlich verankert oder werden in Arbeitsverträgen, Tarifverträgen und Betriebsvereinbarungen vereinbart.[10] Sie erfordern von einer Vertragspartei die gerichtliche oder außergerichtliche Geltendmachung ihrer Ansprüche innerhalb der vorgesehenen Frist gegenüber der anderen Partei.[11] Andernfalls erlöschen die Ansprüche *ipso iure*.[12] Ist die Frist abgelaufen, begründet sie eine rechtsvernichtende Einwendung gegen den Anspruch der anderen Vertragspartei.[13] Daher ist die Ausschlussfrist von den Gerichten von Amts wegen zu beachten, weshalb der Schuldner sich nicht auf sie zu berufen braucht.[14]

Bei der Geltendmachung von Ansprüchen handelt es sich um eine rechtsgeschäftsähnliche Erklärung, auf welche die Vorschriften über Willenserklärungen entsprechend angewendet werden.[15] Daher bedarf es für die Wahrung einer Ausschlussfrist grundsätzlich des tatsächlichen Zugangs der Erklärung beim Schuldner gem. § 130 I 1 BGB analog.[16]

2. Differenzierung zwischen verschiedenen Formen von Ausschlussfristen

Die erste Unterscheidung ist zwischen einfachen und qualifizierten Ausschlussfristen vorzunehmen. Einfache Ausschlussfristen verlangen von den Parteien nur die formlose oder schriftliche Geltendmachung ihrer Ansprüche innerhalb einer bestimmten Frist.[17] Demgegenüber sind die Parteien bei qualifizierten Ausschlussfristen dazu verpflichtet, ihre Ansprüche gerichtlich einzuklagen.[18]

Die Praxis unterscheidet zudem zwischen einstufigen und zweistufigen Ausschlussfristen. Eine einstufige Ausschlussfrist kann als einfache oder qualifizierte Ausschlussfrist ausgestaltet sein und erfordert daher entweder eine gerichtliche oder eine außergerichtliche Geltendmachung.[19] Bei zweistufigen Ausschlussfristen werden die Parteien auf der ersten Stufe zunächst zur Erklärung gegenüber der anderen

---

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

1 Vgl. *Bock*, welt.de.
2 Vgl. SWK-Arbeitsrecht-*Schönhöft*, Ausschlussfristen Rn. 2.
3 *Ulrici*, jurisPR-ArbR 38/2016.
4 *Laws*, AuA 2016, 746.
5 BAG 04.11.1969 – 1 AZR 141/69, juris Rn. 12; BAG 18.11.2004 – 6 AZR 651/03, juris Rn. 31.
6 Vgl. BAG 23.08.2012 – 8 AZR 394/11, juris Rn. 31.
7 Vgl. Zöller-*Greger*, § 167 ZPO Rn. 3a.
8 Vgl. insb. BAG 16.03.2016 – 4 AZR 421/15 mit ausführlicher Kritik an BGH 17.07.2008 – I ZR 109/05.
9 Vgl. u.a. BAG 08.03.1976 – 5 AZR 361/75, juris Rn. 29; vgl. Gehlhaar, NZA-RR 2011, 169, 170.
10 SWK-Arbeitsrecht-*Schönhöft*, Ausschlussfristen Rn. 2.
11 *Weber*, S. 14.
12 *Reinhard*, S. 5; *Stenslik*, DStR 2017, 938; *Husemann*, NZA-RR 2011, 337, 339.
13 *Junker*, Rn. 244.
14 *Köhler/Schürgers*, GWR 2021, 41.
15 Vgl. u.a. BAG 11.10.2000 – 5 AZR 313/99, juris Rn. 19.
16 Vgl. BAG 16.03.2016 – 4 AZR 421/15, juris Rn. 17.
17 *Preis/Roloff*, RdA 2005, 144, 145; SWK-Arbeitsrecht-*Schönhöft*, Ausschlussfristen Rn. 3.
18 LAG Düsseldorf 17.11.2020 – 3 Sa 285/19, juris Rn. 136 ff.; SWK-Arbeitsrecht-*Schönhöft*, Ausschlussfristen Rn. 3; BeckOGK-BGB-*Fehrenbach*, § 307 BGB Verfallklausel Rn. 67.
19 *Husemann*, NZA-RR 2011, 337; SWK-Arbeitsrecht-*Schönhöft*, Ausschlussfristen Rn. 3.

Partei aufgefordert.[20] Sofern die andere Partei den Anspruch auf der ersten Stufe nicht erfüllt oder abgelehnt hat, muss der Gläubiger seinen Anspruch auf der zweiten Stufe gerichtlich einfordern.[21]

II. Rückwirkung nach § 167 ZPO

Neben einem grundsätzlichen Verständnis der Ausschlussfristen im Arbeitsrecht ist zur Untersuchung der Ausgangsfrage ein genereller Überblick über die Voraussetzungen von § 167 ZPO notwendig. Gem. § 167 ZPO wirkt die Zustellung eines Antrags oder einer Erklärung auf deren Eingang bei Gericht zurück, wenn durch die Zustellung eine Frist gewahrt, die Verjährung neu beginnen oder nach § 204 BGB gehemmt werden soll und die Zustellung des Antrags demnächst erfolgt.

1. Ordnungsgemäßer Eingang bei Gericht

Voraussetzung ist zunächst der ordnungsgemäße Eingang der Dokumente bei Gericht. Hierfür kommt es anders als beim Zugang gem. § 130 BGB nicht darauf an, wann mit der Kenntnisnahme durch das Gericht zu rechnen ist.[22] Maßgeblich ist vielmehr, in welchem Moment das Gericht Gewahrsam an dem Dokument begründet.[23]

2. Zustellung erfolgt „demnächst"

Neben dem ordnungsgemäßen Eingang bei Gericht ist es erforderlich, dass die Zustellung an den Empfänger demnächst erfolgt.[24]

Zunächst ist mit der Zustellung gem. § 167 ZPO die prozessrechtliche Zustellung gem. § 166 ZPO gemeint. Damit müssen die Dokumente im Sinne der Zustellungsvorschriften der ZPO einer Person gegenüber bekanntgegeben werden. Im Gegensatz zum Zugang gem. § 130 BGB ist es daher nicht erforderlich, wann die Dokumente in den Machtbereich des Empfängers gelangt sind und wann mit der Kenntnisnahme durch den Empfänger zu rechnen ist.[25]

Eine absolute zeitliche Grenze, nach der eine Zustellung nicht länger demnächst erfolgt, wurde nicht vorgesehen.[26] Daher kann eine Zustellung nach über zwei Jahren noch „demnächst" sein.[27] Damit wird der Erklärende vor sämtlichen Nachteilen durch Verzögerungen im Geschäftsablauf bewahrt.[28] Allerdings muss der Zustellende alles Erforderliche für eine zügige Zustellung getan haben.[29]

[20] *Medem*, NZA 2013, 345.
[21] *Matthiessen*, NZA 2008, 1165.
[22] MüKo-ZPO-*Häublein/Müller*, § 167 ZPO Rn. 7.
[23] TP-*Hüßtege*, § 167 ZPO Rn. 7.
[24] TP-*Hüßtege*, § 167 ZPO Rn. 10.
[25] Vgl. BAG 16.03.2016 – 4 AZR 421/15, juris Rn. 32.
[26] TP-*Hüßtege*, § 167 ZPO Rn. 11; MüKo-*Häublein/Müller*, § 167 Rn. 10.
[27] Vgl. für die demnächst erfolgte Zustellung nach zwei Jahren OLG Frankfurt 18.08.1987 – 3 UF 255/86, juris Rn. 36.
[28] MüKo-ZPO-*Häublein/Müller*, § 167 ZPO Rn. 10.
[29] Saenger-*Siebert*, § 167 ZPO Rn. 6.

C. Anwendbarkeit von § 167 ZPO auf arbeits- und tarifvertragliche sowie gesetzliche Ausschlussfristen

I. Rechtsprechungsgeschichte

Mit der Anwendbarkeit von § 167 ZPO und dessen Vorgängernormen auf einfache Ausschlussfristen, die direkt gerichtlich geltend gemacht wurden, haben sich in der Vergangenheit sowohl das BAG[30] als auch der BGH[31] eingehend auseinandergesetzt.

1. Ursprüngliches Regel-Ausnahme-Verhältnis

Zunächst bestand Einigkeit darüber, dass § 167 ZPO nur auf qualifizierte Ausschlussfristen anzuwenden ist. Bestand für den Gläubiger die Möglichkeit, die Frist durch außergerichtliche Geltendmachung gegenüber dem Schuldner zu wahren, wurde § 167 ZPO nicht angewendet.[32] Dementsprechend wandte das BAG § 167 ZPO nicht auf einfache tarifvertragliche Ausschlussfristen an, sofern diese auch durch einen einfachen Brief an den Schuldner hätten gewahrt werden können, der Gläubiger aber trotzdem den Klageweg gewählt hat.[33] Hiervon konnte eine Ausnahme gemacht werden, wenn sich aus der vertraglichen oder gesetzlichen Regelung ergab, dass die Rückwirkungsfiktion des § 167 ZPO dennoch gelten soll.[34]

2. Rechtsprechungsänderung des BGH

Die frühere ständige Rechtsprechung zur Anwendbarkeit von § 167 ZPO hat der BGH 2008 aufgegeben. Der I. Zivilsenat hat im Urteil vom 17.07.2008 entschieden, dass die Vorschrift auch in Bezug auf einfache Ausschlussfristen grundsätzlich anwendbar ist.[35] Der I. Zivilsenat versicherte sich zudem darüber, dass auch der V. und VIII. Zivilsenat nicht länger an ihrer bisherigen Rechtsprechung festhalten würden. Dementsprechend halten nun alle Senate des BGH § 167 ZPO für grundsätzlich anwendbar.[36] Allerdings könnte der Zweck der vereinbarten Regelungen ausnahmsweise einer Rückwirkung der Zustellung entgegenstehen, weshalb § 167 ZPO in diesen Fällen nicht angewendet werden würde.[37] Somit wurde das bisherige Regel-Ausnahme-Verhältnis umgekehrt.[38]

[30] So u.a. schon BAG 04.11.1969 – 1 AZR 141/69, juris Rn. 10 ff.; BAG 08.03.1976 – 5 AZR 361/75, juris Rn. 19 ff.
[31] So u.a. schon BGH 11.10.1974 – V ZR 25/73, juris Rn. 15 ff.; BGH 21.10.1981 – VIII ZR 212/80, juris Rn. 14 ff.
[32] Vgl. u.a. BAG 04.11.1969 – 1 AZR 141/69, juris Rn. 10 ff.; BGH 11.10.1974 – V ZR 25/73, juris Rn. 15 ff.; MüKo-ZPO-2008-*Häublein*, § 167 ZPO Rn. 3 ff.
[33] Vgl. u.a. BAG 19.06.2007 – 1 AZR 541/06, juris Rn. 31; BAG 08.03.1976 – 5 AZR 361/75, juris Rn. 19 ff; BAG 04.11.1969 – 1 AZR 141/69, juris Rn. 10 ff.
[34] Vgl. Ausführungen in BAG 16.03.2016 – 4 AZR 421/15, juris Rn. 22; Ausnahmen wurden u.a. für die Frist des § 89b IV HGB gemacht, BGH 16.03.1970 – VIII ZR 125/68, juris Rn. 61.
[35] BGH 17.07.2008 – I ZR 109/05, juris Rn. 23 ff.
[36] BGH 17.07.2008 – I ZR 109/05, juris Rn. 26, allerdings hält der V. Zivilsenat daran fest, § 167 ZPO nicht auf die Anfechtungsfrist des § 121 BGB anzuwenden.
[37] Vgl. BGH 17.07.2008 – I ZR 109/05, juris Rn. 25.
[38] *Nägele/Gertler*, NZA 2010, 1377, 1378.

3. Reaktion des BAG

Wegen der Rechtsprechungsänderung des BGH bezüglich einer wesentlichen Rechtsfrage musste auch das BAG seine bisherige Rechtsprechung überdenken. Daher schloss sich der achte Senat des BAG 2014 für die Wahrung der Frist des § 15 IV AGG der Auffassung des BGH an.[39] Allerdings hat dieser Senat zwei Jahre zuvor und mithin bereits nach der Rechtsprechungsänderung des BGH in einem *obiter dictum* die gegenteilige Auffassung vertreten,[40] weshalb die Entscheidung in der Literatur für Verwunderung gesorgt hat.[41]

Bisher hielt nur der achte Senat § 167 ZPO für grundsätzlich anwendbar. Der dritte Senat des BAG machte 2014 für die Rügefrist des § 16 BetrAVG von der Ausnahmemöglichkeit Gebrauch und hielt § 167 ZPO für nicht anwendbar.[42] Hinzu kommt die Entscheidung des vierten Senats des BAG von 2016, in welcher dieser ausführlich die Rechtsprechungsänderung des BGH und mithin die grundsätzliche Anwendbarkeit auf einfache Ausschlussfristen in einem *obiter dictum* ablehnt.[43] Allerdings unterließ der Senat trotz seiner ausführlichen Kritik an der Rechtsprechungsänderung die Vorlage an den Gemeinsamen Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes gem. § 2 I iV.m. § 11 RsprEinhG oder den Großen Senat des Bundesarbeitsgerichts gem. § 45 ArbGG.[44]

II. Anwendbarkeit auf einfache Ausschlussfristen

Einfache Ausschlussfristen sind grundsätzlich durch Geltendmachung des Anspruchs gegenüber der anderen Partei zu wahren.[45] Es steht dem Gläubiger jedoch frei, direkt Klage zu erheben, obwohl nur die Geltendmachung gegenüber der anderen Partei gefordert wird. Solange die Erklärung innerhalb der Frist beim Gericht eingegangen und zusätzlich fristgerecht dem Empfänger zugegangen ist, ist eine gerichtliche Geltendmachung von einfachen Ausschlussfristen unproblematisch.[46]

Fraglich ist die Rechtslage, wenn die Erklärung dem Empfänger nach Ablauf der einfachen Ausschlussfrist zugestellt wird. Insofern wird darüber diskutiert, ob in diesen Fällen, in denen eine gerichtliche Geltendmachung nicht gefordert ist, die Rückwirkungsfiktion des § 167 ZPO dennoch anzuwenden ist.[47] Zur Untersuchung dieser Frage wird zunächst § 167 ZPO nach den allgemeinen Grundsätzen ausgelegt. Anschließend werden weitere Argumente für und gegen eine Anwendung vorgetragen.

1. Auslegung des § 167 ZPO

a) Historische Auslegung des § 167 ZPO

aa) Situation vor der Regelung der Rückwirkungsfiktion

Bevor die Vorgängerregelungen des § 167 ZPO in das Gesetz aufgenommen wurden, oblag die Zustellung der Klageschrift den Parteien selbst. Sie konnten eigenständig über den Zeitpunkt der Zustellung bestimmen. Zwischen dem Erklärenden und dem Empfänger galt die grundsätzliche Risikoverteilung nach der Empfangstheorie.[48] Demnach musste eine Willenserklärung für ihre Wirksamkeit dem Empfänger tatsächlich gem. § 130 I 1 BGB zugegangen sein.[49] Auf rechtsgeschäftsähnliche Erklärungen wie die Geltendmachung eines Anspruchs wurden die Vorschriften über Willenserklärungen und mithin die Empfangstheorie entsprechend angewendet.[50]

Der Erklärende war allein dafür verantwortlich, dass seine Erklärung innerhalb der Frist beim Empfänger ankommt. Selbst bei Zuhilfenahme eines Dritten trug der Erklärende das alleinige Risiko einer verspäteten Übermittlung. Mit dem Zugang der Erklärung war die Frist gewahrt, auch wenn der Empfänger erst nach Ablauf der Frist Kenntnis von der Erklärung erlangt hat.[51] Die grundsätzliche Risikoverteilung zwischen Erklärendem und Empfänger nach der Empfangstheorie besteht bei der Zustellung von Willenserklärungen bis heute.[52]

bb) Notwendigkeit einer Regelung

Im Jahr 1909 wurde der Amtsbetrieb im Gerichtsverfahren für die Amtsgerichte und 1950 für die Landgerichte eingeführt. Fortan wurden die Gerichte mit der Zustellung gerichtlicher Dokumente betraut. Bestimmte Dokumente mussten daher den Gerichten zur Weiterleitung an den Beklagten übermittelt werden. Die Parteien hatten es nicht länger selbst in der Hand, stets für eine fristgerechte Zustellung der Dokumente zu sorgen. Stattdessen konnten Verzögerungen im gerichtlichen Zustellungsprozess dazu führen, dass Dokumente erst nach Fristablauf zugestellt wurden.[53]

Damit wurde der grundsätzlichen Risikoverteilung bei der Zustellung von Erklärungen durch die Einführung des Amtsbetriebs die Grundlage entzogen. Der Erklärende verlor nach der Einreichung der Klageschrift bei Gericht die Herrschaft über die rechtzeitige Zustellung des Dokuments. Weil dem Erklärenden daher das Risiko der rechtzeitigen Zustellung nicht länger auferlegt werden konnte, sah sich der Gesetzgeber zum Handeln gezwungen. Daher wurden § 261b III ZPO a.F. für das amtsgerichtliche Zustellungsverfahren und eine entsprechende Regelung in § 496 III ZPO a.F. für das landgerichtliche Zustellungsverfahren geschaffen. Mit diesen Regelungen sollte der neuen Risikoverteilung

[39] BAG 22.05.2014 – 8 AZR 662/13, juris Rn. 14.
[40] BAG 21.06.2012 – 8 AZR 188/11, juris Rn. 27.
[41] So u.a. *Arnold*, FD-ArbR 2014, 360672; *Bauer*, NJW 2014, 2893, 2896.
[42] BAG 21.10.2014 – 3 AZR 937/12, juris Rn. 16 ff.
[43] BAG 16.03.2016 – 4 AZR 421/15, juris Rn. 13 ff.; vgl. BJS-*Schwaiger*, § 48 Rn. 23.
[44] BAG 16.03.2016 – 4 AZR 421/15, juris Rn. 45 ff.
[45] Vgl. u.a. *Preis/Roloff*, RdA 2005, 144, 145.
[46] MHdB ArbR-Band 1-*Krause*, § 71 Rn. 48.
[47] Vgl. insb. BAG 16.03.2016 – 4 AZR 421/15, juris Rn. 13 ff.; *Nägele/Gertler*, NZA 2010, 1377 ff.; *Gehlhaar*, NZA-RR 2011, 167 ff.
[48] BAG 16.03.2016 – 4 AZR 421/15, juris Rn. 28 f.
[49] *Wertenbruch*, JuS 2020, 481.
[50] Vgl. u.a. BAG 11.10.2000 – 5 AZR 313/99, juris Rn. 19.
[51] Vgl. BAG 16.03.2016 – 4 AZR 421/15, juris Rn. 28.
[52] *Wertenbruch*, JuS 2020, 481.
[53] Für eine ausführliche Darstellung der historischen Entwicklung vgl. BAG 16.03.2016 – 4 AZR 421/15, juris Rn. 29 f.

dadurch begegnet werden, dass die Zustellung auf den Zeitpunkt des Eingangs bei Gericht zurückwirkt, sofern durch die Zustellung eine Frist gewahrt werden soll und sie demnächst erfolgt.[54] Hierdurch würde der Zeitraum für die Bearbeitung der Erklärung keine Nachteile für den Erklärenden nach sich ziehen. Das sollte für die Fälle gelten, in denen eine rechtzeitige Zustellung durch das Gericht zur Fristwahrung erforderlich sei, wie sich aus der amtlichen Begründung des Gesetzentwurfs zu § 261b III ZPO a.F. ergibt.[55]

Beide Regelungen wurden schlussendlich in § 270 III ZPO a.F. zusammengefasst, welcher 2002 in § 167 ZPO überging. Seitdem steht § 167 ZPO in seiner entsprechenden Form an dieser Stelle im Gesetz.[56]

Daher sprechen die Erwägungen des Gesetzgebers, § 167 ZPO zu erlassen, gegen eine grundsätzliche Anwendung von § 167 ZPO auf einfache Ausschlussfristen. Wie sich aus der amtlichen Begründung des Gesetzentwurfs ergibt, sollte § 261b III ZPO a.F. den Erklärenden vor Nachteilen bewahren, wenn eine rechtzeitige Zustellung durch das Gericht erforderlich sei. Bei einfachen Ausschlussfristen fehlt es an dieser Erforderlichkeit. Sie können durch ein einfaches Schreiben an den Schuldner gewahrt werden, weshalb in diesen Fällen kein besonderer Schutz notwendig ist.[57]

Aus den Erwägungen des historischen Gesetzgebers zum Erlass der Vorschrift ergeben sich zwei Schlussfolgerungen. Gegen eine grundsätzliche Anwendbarkeit von § 167 ZPO auf einfache Ausschlussfristen spricht zunächst, dass die gerichtliche Zustellung in diesen Fällen nicht erforderlich ist, weshalb ein gesonderter Schutz vor Nachteilen nicht notwendig ist. Trotzdem ist es zulässig, einfache Ausschlussfristen durch eine gerichtliche Geltendmachung des Anspruchs zu wahren. Der Erklärende wird auch in diesen Situationen mit den Nachteilen des gerichtlichen Zustellungsprozesses konfrontiert. Vor diesen Nachteilen wollte der Gesetzgeber den Erklärenden bewahren. Insofern besteht in diesen Fällen zumindest ein grundsätzliches Schutzbedürfnis des Erklärenden. Aus der historischen Auslegung kann mithin keine klare Aussage bezüglich der Zulässigkeit der Anwendbarkeit von § 167 ZPO auf einfache Ausschlussfristen getroffen werden. Die Tatsache, dass der Gesetzgeber mit § 261b III ZPO a.F. auf einen zwangsweise vorgeschriebenen gerichtlichen Zustellungsprozess reagiert hat, spricht jedoch tendenziell eher gegen eine grundsätzliche Anwendbarkeit von § 167 ZPO.

b) Auslegung des Wortlauts des § 167 ZPO

Im Rahmen der Auslegung des § 167 ZPO ist zudem dessen Wortlaut zu untersuchen.

Für eine grundsätzliche Anwendbarkeit von § 167 ZPO spricht, dass sich dem Wortlaut des § 167 ZPO nichts Gegenteiliges entnehmen lässt. Die Vorschrift selbst enthält keine Anhaltspunkte darüber, ob die zu wahrende Frist gerichtlich oder außergerichtlich geltend gemacht werden muss. Eine Person, die das Gesetz beim Wort nimmt, kann erwarten, dass die Zustellung durch die Vermittlung des Gerichts Rückwirkung entfaltet und nicht zwischen der Art der zu wahrenden Frist unterschieden wird.[58]

Diesen Erwägungen steht entgegen, dass § 167 ZPO erfordert, dass die Frist „durch die Zustellung“ gewahrt werden soll. Mit der Zustellung ist die prozessuale Zustellung im Sinne des § 166 I ZPO gemeint, die als Staatshoheitsakt von dem materiell-rechtlichen Zugang einer Willens- oder rechtsgeschäftlichen Erklärung zu unterscheiden ist. Die prozessual zuzustellende Urkunde enthält zwar auch die materiell-rechtlichen Erklärungen, diese sind aber regelmäßig nicht Gegenstand der Zustellung.[59]

Zudem besteht der Grund dafür, dass die Frist bei einfachen Ausschlussfristen gewahrt wird, darin, dass die Geltendmachung des Anspruchs als rechtsgeschäftsähnliche Erklärung dem Empfänger innerhalb der Frist gem. § 130 BGB zugeht. Dieser Zugang kann zwar bei Gelegenheit der prozessualen Zustellung erfolgen, aber nicht „durch“ diese. Demgegenüber besteht der Grund dafür, dass die Frist bei gerichtlich geltend zu machenden Ausschlussfristen gewahrt wird, in der fristgerechten Zustellung der Klage durch das Gericht an den Empfänger. Hier ist die Einschaltung eines Gerichts zwingend gefordert. Nur „durch die Zustellung“ gem. § 166 ZPO kann die Frist in diesen Fällen gewahrt werden.[60]

Daher besteht einerseits ein schützenswertes Vertrauen in den Wortlaut des Gesetzes, welches nicht zwischen der gerichtlichen und der außergerichtlichen Geltendmachung zur Wahrung der Fristen differenziert. Allerdings nimmt der Wortlaut eine ausdrückliche Differenzierung zwischen dem Zugang und der Zustellung vor, indem er sich für die Formulierung „durch die Zustellung“ entschieden hat. Nur, wenn die gerichtliche Geltendmachung ausdrücklich gefordert ist, wird eine Frist durch die Zustellung gewahrt. Wird jedoch im Rahmen einer einfachen Ausschlussfrist nur die Geltendmachung gegenüber der anderen Partei gefordert, gelten die grundsätzlichen Vorschriften über den Zugang von Willenserklärungen gem. § 130 BGB. Daher spricht in der Gesamtschau der Wortlaut gegen eine grundsätzliche Anwendbarkeit von § 167 ZPO.

c) Systematische Auslegung des § 167 ZPO

Im Übrigen kann die systematische Auslegung des § 167 ZPO Aufschluss darüber geben, ob die Vorschrift auf einfache Ausschlussfristen anwendbar ist.

aa) Vergleichbare Situation mit der Zustellung durch den Gerichtsvollzieher

Für eine Anwendbarkeit spricht, dass die Rückwirkungsfiktion des § 167 ZPO auf die Vermittlung durch den

[54] BGH 08.11.1979 – VII ZR 86/79, juris Rn. 21.
[55] Vgl. Verhandlungen des Reichstages 1908, Band 246 Aktenstück Nr. 735, S. 4568.
[56] BAG 16.03.2016 – 4 AZR 421/15, juris Rn. 29.
[57] Vgl. BAG 16.03.2016 – 4 AZR 421/15, juris Rn. 29; a.A. BGH 08.11.1979 – VII ZR 86/79, juris Rn. 21.
[58] BGH 17.07.2008 – I ZR 109/05, juris Rn. 25; zustimmend, *Nägele/Gertler*, NZA 2010, 1377 ff.
[59] BAG 16.03.2016 – 4 AZR 421/15, juris Rn. 32.
[60] Ebenda.

Gerichtsvollzieher gem. § 132 I 2 BGB angewendet wird.[61] Durch dessen Zustellung können Fristen gewahrt werden, die wie bei einfachen Ausschlussfristen nicht durch eine gerichtliche Geltendmachung gewahrt werden müssen, weshalb eine vergleichbare Situation vorliegt.[62]

(1) Anwendbarkeit von § 167 ZPO auf § 132 I 2 BGB

Allerdings ist schon fraglich, ob § 167 ZPO auf die Zustellung durch den Gerichtsvollzieher gem. § 132 I 2 BGB angewendet werden kann.

Dafür spricht in erster Linie der Verweis des § 132 I 2 BGB auf die Vorschriften über die Zustellung nach der ZPO und damit auch auf § 167 ZPO.[63] Außerdem besteht ein schützenswertes Vertrauen des Erklärenden darauf, dass seine Übergabe an den Gerichtsvollzieher die Frist wahrt. Wie bei der gerichtlichen Zustellung zur Wahrung einer Ausschlussfrist hat er nach der Übergabe keine Macht mehr darüber, dass die Zustellung der Dokumente fristwahrend erfolgt.[64]

Andererseits steht einer Anwendung von § 167 ZPO der Zweck des § 132 BGB entgegen. Die Rückwirkungsfiktion soll hauptsächlich eine Risikoentlastung des Erklärenden für die Fälle gewährleisten, in denen eine gerichtliche Zustellung erforderlich ist. Demgegenüber soll der Erklärende mit der Zustellung durch einen Gerichtsvollzieher nur eine effektive Möglichkeit zur Bekämpfung von Zugangsverhinderungen und Beweiserleichterung erhalten. Die Rückwirkungsfiktion des § 167 ZPO ist zu dieser Zweckerreichung nicht notwendig. Vielmehr tritt die Fiktion des rechtzeitigen Zugangs schon über die Regeln der Zugangsverhinderung ein.[65] Daher bedarf es keiner Anwendung von § 167 ZPO auf die Zustellung durch den Gerichtsvollzieher.

(2) Trotzdem eine vergleichbare Situation?

Trotzdem wendet die Rechtsprechung § 167 ZPO auf die Zustellung nach § 132 BGB entsprechend an.[66] Fraglich ist daher, ob die gerichtliche Zustellung der qualifizierten Ausschlussfristen mit der Zustellung durch den Gerichtsvollzieher gem. § 132 BGB vergleichbar ist.

Zunächst spricht für eine vergleichbare Situation von der Rückwirkung der Zustellung durch den Gerichtsvollzieher gem. § 132 I 2 BGB i.V.m. §§ 191, 192 II 1, 167 ZPO und der Rückwirkung der gerichtlichen Geltendmachung bei einfachen Ausschlussfristen, dass auch in diesen Fällen der Kläger darauf vertraut, dass seine Übergabe der Dokumente die Frist wahrt. Schließlich hat er in beiden Fällen nach der Übergabe keine Macht mehr über den Zustellungszeitpunkt.[67]

Gegen eine vergleichbare Situation spricht, dass § 191 ZPO eine Unterscheidung zwischen der vorgeschriebenen und der zugelassenen Parteizustellung vorsieht. Eine vorgeschriebene Zustellung durch einen Gerichtsvollzieher ist beispielsweise in § 929 II ZPO geregelt, wonach es zur Wahrung einer Vollziehungsfrist bei einer Unterlassungsverfügung der Zustellung durch einen Gerichtsvollzieher bedarf. In diesen Fällen ist der Kläger zur Inanspruchnahme eines Gerichtsvollziehers gezwungen. Ein derartiger Zwang liegt bei qualifizierten Ausschlussfristen vor, die eine gerichtliche Geltendmachung ausdrücklich erfordern. Bei einfachen Ausschlussfristen ist sie hingegen nur eine zugelassene Form der Geltendmachung. Im Grundsatz ist sie jedoch nicht erforderlich. Ein einfaches Schreiben genügt zur Geltendmachung.[68]

(3) Zwischenergebnis

Das Argument der vergleichbaren Situation zwischen der gerichtlichen Zustellung bei einfachen Ausschlussfristen und der Vermittlung durch den Gerichtsvollzieher ist nicht überzeugend. Es ist bereits fraglich, ob § 167 ZPO auf die Vermittlung durch den Gerichtsvollzieher anzuwenden ist. Ist das der Fall, liegt nur auf den ersten Blick eine vergleichbare Interessenlage vor. Bei genauer Betrachtung differenziert das Gesetz zwischen zugelassenen und vorgeschriebenen Formen der Zustellung. Bei einfachen Ausschlussfristen ist die gerichtliche Zustellung allerdings nur zulässig und nicht vorgeschrieben. Daher steht die Systematik in dieser Hinsicht einer generellen Anwendung ebenfalls entgegen.

bb) Einordnung in die Zivilprozessordnung

Im Rahmen der systematischen Auslegung des § 167 ZPO empfiehlt sich zudem eine Betrachtung der Einordnung der Vorschrift in die ZPO. § 167 ZPO ist im Buch 1 (Allgemeine Vorschriften), Titel 2 (Verfahren bei Zustellungen), Untertitel 1 (Zustellung von Amts wegen) geregelt.

Gegen eine grundsätzliche Anwendbarkeit von § 167 ZPO auf einfache Ausschlussfristen spricht daher, dass sich ihr Anwendungsbereich ausdrücklich auf das Verfahren bei der Zustellung von Amts wegen bezieht. Sofern die Parteien wie bei qualifizierten Ausschlussfristen auf die Mitwirkung der Gerichte angewiesen sind, liegt eine Zustellung von Amts wegen vor. Ist die gerichtliche Geltendmachung jedoch nicht ausdrücklich erforderlich und eine Fristwahrung auch durch einen einfachen Brief zu erreichen, kann die Zustellung zwar durch das Gericht erfolgen, jedoch mangels Angewiesenheit auf die gerichtliche Mitwirkung nicht von Amts wegen. In diesen Fällen erfolgt zwar eine gerichtliche Zustellung, allerdings auf das Betreiben der hin, welche in §§ 191-195 ZPO geregelt ist.[69]

Dementsprechend spricht die vom Gesetzgeber gewählte Einordnung der Vorschrift in die ZPO gegen eine grundsätzliche Anwendbarkeit von § 167 ZPO auf einfache Ausschlussfristen.

---

[61] Vgl. BGH 17.07.2008 – I ZR 109/05, juris Rn. 24; BAG 22.05.2014 – 8 AZR 662/13, juris Rn. 15 ff.; *Glatzel*, NZA-RR 2014, 667, 668; a.A. BAG 16.03.2016 – 4 AZR 421/15, juris Rn. 34 f.; *Gehlhaar*, NZA-RR 2011, 167, 172.

[62] Vgl. BGH 17.07.2008 – I ZR 109/05, juris Rn. 24.

[63] Vgl. Staudinger-*Singer/Benedict*, § 132 BGB Rn. 4.

[64] Vgl. BGH 17.07.2008 – I ZR 109/05, juris Rn. 24.

[65] So u.a. BeckOGK-BGB-*Gomille*, § 132 BGB Rn. 32.

[66] BGH 17.07.2008 – I ZR 109/05, juris Rn. 24; BAG 22.05.2014 – 8 AZR 662/13, juris Rn. 15 ff.

[67] Vgl. Moll-*Boewer*, § 48 Rn. 128.

[68] Vgl. BAG 16.03.2016 – 4 AZR 421/15, juris Rn. 34.

[69] *Köhler*, EWiR 2014, 759, 760.

d) Teleologische Auslegung des § 167 ZPO

Der Zweck des § 167 ZPO wurde bereits im Rahmen der historischen Auslegung ausführlich beschrieben. Durch § 167 ZPO soll der Erklärende von dem Verzögerungsrisiko der gerichtlichen Zustellung in den Fällen befreit werden, in denen eine gerichtliche Zustellung erforderlich ist. Bei einfachen Ausschlussfristen fehlt es an dieser Erforderlichkeit.[70] Daher spricht die teleologische Auslegung des § 167 ZPO eher gegen eine grundsätzliche Anwendbarkeit der Vorschrift auf einfache Ausschlussfristen.

e) Zwischenergebnis

Insgesamt steht die Auslegung des § 167 ZPO einer grundsätzlichen Anwendbarkeit auf einfache Ausschlussfristen entgegen. Während im Rahmen der Auslegung von Wortlaut, Historie und Zweck zwar gute Argumente für eine Anwendbarkeit sprechen, werden diese von stärkeren Gegenargumenten überlagert. Außerdem steht insbesondere die systematische Auslegung einer grundsätzlichen Anwendbarkeit entgegen.

2. Zweck der Ausschlussfristen

Zudem könnte der Zweck der Ausschlussfristen einer grundsätzlichen Anwendbarkeit von § 167 ZPO auf einfache Ausschlussfristen zuwiderlaufen.

a) Rechtssicherheit und Rechtsfrieden

Durch die in der Regel kurz gehaltenen Fristen sollen die Parteien Rechtssicherheit erlangen. Zudem sorgen Ausschlussfristen dafür, dass durch das schnelle Verfallen offener Ansprüche Rechtsfrieden geschaffen wird. Der Schuldner soll durch die Ausschlussfristen in einer angemessenen Frist darauf hingewiesen werden, ob Ansprüche gegen ihn erhoben werden und um welche Ansprüche es sich handelt. Er soll daher darauf vertrauen dürfen, dass er nach dem Fristablauf keinen Ansprüchen mehr ausgesetzt wird.[71]

Von besonderer Bedeutung ist das Bedürfnis nach Rechtsfrieden und Rechtssicherheit im Arbeitsrecht, da die Einhaltung von Fristen gravierende Auswirkungen auf das Arbeitsverhältnis haben kann. Beide Parteien müssen daher regelmäßig mit Sicherheit feststellen können, ob Fristen gewahrt wurden oder nicht. Es ist dem Arbeitnehmer nicht zumutbar, auf den besonderen Schutz des Kündigungsschutzgesetzes zu verzichten, weil er sich wegen einer verzögert zugegangenen Kündigung innerhalb eines Schriftsatzes behandeln lassen müsste, als sei die Kündigung innerhalb der sechsmonatigen Frist zugegangen.[72]

b) Planungssicherheit

Gegen eine generelle Anwendbarkeit von § 167 ZPO auf die erste Stufe zweistufiger Ausschlussfristen spricht zudem, dass die Parteien nach Ablauf der Ausschlussfrist grundsätzlich davon befreit werden, Rückstellungen zu bilden, Beweismittel zu sammeln und zu dokumentieren.[73] Öffentliche Arbeitgeber sollen planmäßig notwendige Haushaltsmittel veranschlagen können.[74] In diesen Fällen ist erneut der Informationszweck der ersten Stufe der Ausschlussfrist von Bedeutung. Wenn eine Partei keine Kenntnis von offenen Ansprüchen hat, kann sie keine weiteren Maßnahmen und Überprüfungen einleiten und der Informationszweck wäre bedeutungslos. Dem Zweck der ersten Stufe muss insofern dahingehend entsprochen werden, dass die andere Partei innerhalb der Frist Kenntnis von dem Anspruch erlangt, um Beweise zu sammeln und Kosten veranschlagen zu können.[75]

3. Klage als stärkste Form der Geltendmachung

Für eine grundsätzliche Anwendbarkeit von § 167 ZPO auf einfache Ausschlussfristen könnte das schützenswerte Vertrauen sprechen, welches derjenige genießt, der zur Geltendmachung seiner Ansprüche die Klage als stärkste Form der Anspruchsgeltendmachung wählt. Insofern muss sich der Erklärende darauf verlassen können, dass die rechtzeitige Einreichung einer Klage die Frist wahren wird.[76]

Gegen derartige Erwägungen kann angeführt werden, dass es für die Wahrung materiell-rechtlicher Ausschlussfristen keines qualitativen Stufenverhältnisses bezüglich der verschiedenen Geltendmachungsmöglichkeiten bedarf. Das gilt insbesondere für Erklärungen, die für ihre Wirkung in einer bestimmten Frist ausgesprochen werden müssen, was bei einer fristlosen Kündigung gem. § 626 BGB deutlich wird. In diesem Fall ist die Kündigungserklärung innerhalb eines Schriftsatzes keine stärkere Form der Willensäußerung, das Arbeitsverhältnis ohne Einhaltung der Kündigungsfrist zu beenden. Im Interesse beider Parteien muss die zweiwöchige Erklärungsfrist in Form eines Kündigungsschreibens tatsächlich gewahrt werden und eine rechtzeitige Einreichung der Klage reicht nicht aus.[77]

Außerdem kann argumentiert werden, dass man als Kläger die Konsequenzen und damit das Verspätungsrisiko bei der Zustellung hinzunehmen hat, sofern man sich direkt für die Klage als stärkste Form der Geltendmachung entscheidet. Wenn eine Klage nicht gefordert ist und dennoch ohne Not geklagt wird, versetzt sich der Kläger in eine Schwebelage und eine Situation der Ungewissheit, die er selbst geschaffen und daher auch hinzunehmen hat.[78] Das Gericht agiert in diesen Situationen lediglich als Bote einer Nachricht, dessen Verzögerungen sich der Erklärende auch zurechnen lassen muss.[79]

In dieser Hinsicht sprechen gute Argumente für beide Seiten. Ein schützenswertes Vertrauen des Erklärenden in die fristwahrende Wirkung kann nicht abschließend widerlegt

[70] BeckOGK-BGB-*Gomille*, § 132 BGB Rn. 32.
[71] Hierzu ausführlich *Weber*, S. 16 ff.
[72] BAG 16.03.2016 – 4 AZR 421/15, juris Rn. 34.
[73] Vgl. u.a. BAG 14.01.2009 – 5 AZR 154/08, juris Rn. 15.
[74] BAG 18.11.2004 – 6 AZR 512/03, juris Rn. 16.
[75] BAG 16.03.2016 – 4 AZR 421/15, juris Rn. 42.
[76] So schon BGH 08.11.1979 – VII ZR 86/79, juris Rn. 28; BGH 17.07.2008 – I ZR 109/05, juris Rn. 25.
[77] BAG 16.03.2016 – 4 AZR 421/15, juris Rn. 42.
[78] *Frank/Singbartl*, EWiR 2016, 611, 612.
[79] Vgl. *Gehlhaar*, NZA-RR 2011, 167, 172.

werden. Dennoch versetzt sich der Kläger selbst in eine Situation der Ungewissheit darüber, ob seine Klage rechtzeitig zugeht. Daher kann an dieser Stelle keine klare Aussage bezüglich der Anwendbarkeit von § 167 ZPO auf einfache Ausschlussfristen getroffen werden, wenngleich tendenziell die Argumente gegen eine Anwendbarkeit überzeugender sind.

4. „Demnächst"-Rechtsprechung

Gegen eine grundsätzliche Anwendbarkeit von § 167 ZPO auf einfache Ausschlussfristen könnte zudem die Rechtsprechung bezüglich des Tatbestandsmerkmals „demnächst" in Verbindung mit der Entscheidung des Gesetzgebers für die Empfangstheorie sprechen.

Mit der Entscheidung für die Empfangstheorie hat sich der Gesetzgeber für eine grundsätzliche Risikoverteilung zwischen Erklärendem und Empfänger entschieden. Hierbei ist der Zugang der Willenserklärung gem. § 130 I 1 BGB von entscheidender Bedeutung, denn mit dem Zugang der Erklärung trägt der Erklärende nicht länger das Risiko einer verspäteten Kenntnisnahme. Auf rechtsgeschäftsähnliche Erklärungen wie die Geltendmachung von Ansprüchen zur Wahrung von Ausschlussfristen ist § 130 I 1 BGB analog anzuwenden.[80]

§ 167 ZPO ist eine Ausnahme von dieser Risikoverteilung, da der Erklärende nicht länger das Risiko für Verzögerungen im gerichtlichen Zustellungsprozess tragen muss. Dieser Ausnahmecharakter der Norm wird durch die Rechtsprechung bezüglich des Tatbestandsmerkmals „demnächst" bestätigt. Sofern der Kläger die Verzögerung der Zustellung nicht hauptsächlich mitverursacht hat, wird auch eine gerichtliche Zustellung von mehr als zwei Jahren als „demnächst" anerkannt. Daher ist für die Beurteilung, ob eine Zustellung fristgerecht erfolgt, nicht der verstrichene Zeitraum maßgeblich, sondern das Mitverschulden des Erklärenden an der verzögerten Zustellung.[81]

Damit unterstreicht die Rechtsprechung, dass Verspätungen im gerichtlichen Zustellungsprozess unabhängig von ihrer Dauer für den Erklärenden nicht nachteilig sein sollen. Sofern er auf ein Gericht angewiesen ist und alles für eine zeitnahe Zustellung getan hat, kann er das Risiko von Verspätungen nicht tragen, unabhängig von deren Länge. Insofern ist es unangemessen, einer Partei, die nicht auf die Mitwirkung eines Gerichts zur Wahrung einer Ausschlussfrist zurückgreifen muss und zur Fristwahrung auch nur einen Brief an die andere Partei schreiben kann, einen entsprechenden Schutz zu gewährleisten. Die Rechtsprechung zum Merkmal „demnächst" und der Ausnahmecharakter des § 167 ZPO sprechen daher ebenfalls gegen eine grundsätzliche Anwendbarkeit auf einfache Ausschlussfristen.

5. Zwischenergebnis

In der Gesamtschau ist somit eine grundsätzliche Anwendbarkeit von § 167 ZPO auf einfache Ausschlussfristen abzulehnen.

[80] Vgl. u.a. BAG 11.10.2000 – 5 AZR 313/99, juris Rn. 19.
[81] BAG 16.03.2016 – 4 AZR 421/15, juris Rn. 31.

III. Anwendbarkeit auf qualifizierte Ausschlussfristen

Qualifizierte Ausschlussfristen erfordern von den Parteien die gerichtliche Geltendmachung ihrer Ansprüche. Sie sind die zweite Stufe der zweistufigen Ausschlussfristen oder können als einstufige Ausschlussfristen auftreten.[82] In diesen Fällen, in denen die Gerichte ausdrücklich in den Zustellungsprozess involviert werden müssen, kommt es regelmäßig zu Verzögerungen im gerichtlichen Zustellungsverfahren. Mithin kommt die Frage einer Anwendbarkeit von § 167 ZPO auf, um die Rückwirkungsfiktion auf den fristgerechten Eingang bei Gericht zu erreichen.

Qualifizierte gesetzliche und vertragliche Ausschlussfristen erfordern ausdrücklich die Erhebung einer Klage bei Gericht. Für eine Anwendbarkeit von § 167 ZPO spricht somit, dass es unangemessen wäre, Verzögerungen im gerichtlichen Bearbeitungs- und Zustellungsprozess dem Zustellenden anzulasten.[83] Schließlich hat er keine andere Wahl, als Klage vor Gericht zu erheben und die Herrschaft über den Zustellungszeitpunkt aus der Hand zu geben. Außerdem handelt es sich in solchen Fällen um eine Zustellung, die von Amts wegen zu erfolgen hat,[84] weshalb auch die Gesetzessystematik für eine Anwendbarkeit von § 167 ZPO spricht.

Sofern der Zustellende die Verzögerung nicht mitverschuldet hat, ist die Rückwirkungsfiktion des § 167 ZPO auf die qualifizierten vertraglichen Ausschlussfristen unstreitig anzuwenden.[85] Entsprechendes gilt für qualifizierte gesetzliche Ausschlussfristen wie beispielsweise die gerichtliche Geltendmachung gem. § 61b I ArbGG für Ansprüche aus § 15 AGG[86] und die Erhebung der Kündigungsschutzklage gem. § 4 S. 1 KSchG.[87]

IV. Besonderheiten gesetzlicher Ausschlussfristen

1. Anwendbarkeit auf § 2 S. 2 KSchG

§ 2 S. 2 KSchG fordert, dass ein Arbeitnehmer, der eine Änderungskündigung erhalten hat, innerhalb der Kündigungsfrist, spätestens jedoch innerhalb von drei Wochen, seinen Vorbehalt bezüglich der Wirksamkeit der Änderungskündigung gegenüber dem Arbeitgeber anzuzeigen hat, sofern er das Angebot nicht annimmt oder direkt ablehnt. Fraglich ist, ob § 167 ZPO auf diese einfache Ausschlussfrist angewendet werden kann.

aa) Bisheriger Umgang mit der Problematik

Ursprünglich wurde mangels Erforderlichkeit einer gerichtlichen Geltendmachung § 167 ZPO auf die gerichtliche Erklärung des Vorbehalts nicht angewendet.[88] Wenn der Arbeitnehmer jedoch gleichzeitig hilfsweise zu der Vorbehaltserklärung eine Kündigungsschutzklage erhob, die

[82] SWK-Arbeitsrecht-*Schönhöft*, Ausschlussfristen Rn. 2.
[83] MüKo-ZPO-*Häublein/Müller*, § 167 ZPO Rn. 1 f.
[84] Vgl. BAG 13.11.2014 – 6 AZR 896/13, juris Rn. 46.
[85] So auch MHdB ArbR-Band 1-*Krause* § 71 Rn. 50; Schaub-*Ahrendt*, § 36 Rn. 134.
[86] Schaub-*Ahrendt*, § 36 Rn. 134.
[87] Moll-*Boewer*, § 48 Rn. 112.
[88] Vgl. u.a. BAG 17.06.1998 – 2 AZR 336/97, juris Rn. 16.

dem Arbeitgeber ebenfalls verfristet zuging, war sie wegen der Anwendbarkeit von § 167 ZPO auf § 4 S. 1 KSchG nicht verfristet. Sofern die Änderungsschutzklage verspätet erklärt wurde, konnte der Arbeitnehmer diese auch in eine allgemeine Kündigungsschutzklage umwandeln.[89]

bb) Beurteilung nach der Rechtsprechungsänderung des BGH

Allerdings ist fraglich, ob vor dem Hintergrund der Rechtsprechungsänderung des BGH an dieser Rechtsprechung festgehalten werden kann.

Für eine Anwendbarkeit von § 167 ZPO auf § 2 S. 2 KSchG spricht, dass hierdurch ein Gleichlauf der Fristen des § 4 S. 1 KSchG und des § 2 S. 2 KSchG geschaffen werden kann. Zwar soll die Frist des § 2 S. 2 KSchG dem Arbeitgeber in erster Linie schnell Klarheit über die weitere Zukunft des Arbeitnehmers verschaffen. Trotzdem würde die Rückwirkung nach § 167 ZPO diesem Zweck nicht widersprechen. Ein Gleichlauf der Fristen ist deshalb wünschenswert, weil der Arbeitgeber wegen häufig parallel erhobener Kündigungsschutzklagen den Arbeitnehmer bei erfolgreicher Kündigungsschutzklage ohnehin weiterbeschäftigen muss.[90]

Allerdings spricht der klare Wortlaut des § 2 S. 2 KSchG gegen den Wunsch und das Erfordernis eines solchen Gleichlaufs der Fristen. Während der Wunsch zwar nachvollziehbar ist und einige Vorteile zu bieten hätte, erfordert die Vorschrift ausdrücklich die Erklärung des Vorbehalts gegenüber dem Arbeitgeber. Daher kommt auch eine teleologische Reduktion des § 2 S. 2 KSchG nicht in Betracht.[91]

Gegen eine Anwendung von § 167 ZPO spricht zudem, dass für eine Rückwirkung nach § 167 ZPO die Geltendmachung eines Anspruchs in Form eines Klageantrags ergehen können muss. Zunächst ist zu beachten, dass nur Forderungen und die Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens von Rechtsverhältnissen Gegenstand einer Klage sein können. Bei der Vorbehaltserklärung handelt es sich hingegen um die Übermittlung einer privatschriftlichen Erklärung. Genauer gesagt ist sie eine empfangsbedürftige Willenserklärung, welche den Abschluss eines Änderungsvertrags herbeiführen soll, sofern die soziale Rechtfertigung der Arbeitsbedingungen gerichtlich festgestellt wird.[92]

Obwohl diese Willenserklärung auch Bestandteil einer Klageschrift sein kann, ist sie strikt von dem Feststellungsbegehren zu unterscheiden und darf mit diesem nicht verwechselt werden. Zuvorderst soll festgestellt werden, dass die Arbeitsvertragsänderungen sozial ungerechtfertigt sind. Die Klage dient insofern nur dem „Transport" der Erklärung, weshalb § 167 ZPO nicht anzuwenden ist, da die Arbeitsgerichte nicht für die fristgerechte Übermittlung privatschriftlicher Erklärungen verantwortlich sind.[93]

2. Fristen zur Geltendmachung der Ansprüche aus § 15 AGG

Fraglich ist weiterhin, ob § 167 ZPO auf § 15 IV AGG anzuwenden ist. Während die Anwendung auf die anschließende gerichtliche Geltendmachung gem. § 61b I ArbGG anerkannt ist,[94] spalten sich die Meinungen bezüglich § 15 IV AGG.[95] In diesem Fall gelten zunächst die bereits grundsätzlich gemachten Erwägungen für und gegen eine Anwendung von § 167 ZPO auf Ausschlussfristen.

Gegen eine Anwendung spricht zusätzlich, dass § 15 IV AGG den Arbeitgeber eigentlich zeitnah von seiner Dokumentationspflicht befreien soll.[96] Allerdings hat der Arbeitnehmer weiterhin die Möglichkeit zur Geltendmachung anderer Ansprüche. Gem. § 15 V AGG werden Rechte aus anderen Vorschriften nicht von der Frist erfasst, weshalb grundsätzlich eine Dokumentation über die zweimonatige Frist hinaus erforderlich ist. Zudem läuft die Frist bei Bewerbungen erst zu dem Zeitpunkt an, in dem der Bewerber von der Benachteiligung erfährt.[97]

Außerdem spricht der unionsrechtliche Effektivitätsgrundsatz für eine Anwendung von § 167 ZPO auf die Frist des § 15 IV AGG. Das AGG soll unter anderem die Richtlinie 2000/78/EG umsetzen, welche den Schutz vor Diskriminierungen am Arbeitsplatz bezweckt. Deshalb müssen die Grundsätze der Effektivität und der Äquivalenz bei der Auslegung von § 167 ZPO herangezogen werden, da die Vorschrift die Geltendmachung von Schadensersatzforderungen wegen Diskriminierungen am Arbeitsplatz direkt beschränkt. Insofern ist neben der bezweckten Rechtssicherheit der Schutz des Arbeitnehmers vor Diskriminierungen besonders zu berücksichtigen. Daher spricht die unionsrechtliche Betrachtung für eine Anwendbarkeit von § 167 ZPO auf § 15 IV AGG.[98]

Zusätzlich zu den grundsätzlichen Erwägungen sprechen einige weitere Argumente für eine Anwendung von § 167 ZPO auf die Frist des § 15 IV AGG. Trotzdem ist auch die Frist des § 15 IV AGG als einfache Ausschlussfrist den grundsätzlichen Gegenargumenten ausgesetzt. Daher muss berücksichtigt werden, dass die erste Stufe hauptsächlich der Information des Arbeitgebers über offene Ansprüche dient. Die Klage hat in einem weiteren Schritt zu erfolgen. Damit kommt auch eine Anwendung von § 167 ZPO auf § 15 IV AGG eher nicht in Betracht, wenngleich eine Ausnahme diesbezüglich nachvollziehbar wäre.

---

[89] *Nägele/Gertler*, NZA 2010, 1377, 1378.

[90] Vom BAG selbst wurde die Schaffung eines Gleichlaufs der Fristen als „wünschenswert" bezeichnet, BAG 17.06.1998 – 2 AZR 336/97, juris Rn. 16; vgl. zudem *Nägele/Gertler*, NZA 2010, 1377, 1378.

[91] So das BAG im selben Urteil, in welchem es Gleichlauf als „wünschenswert" bezeichnet hat, BAG 17.06.1998 – 2 AZR 336/97, juris Rn. 16; vgl. auch *Gehlhaar*, NZA-RR 2011, 167, 172.

[92] *Gehlhaar*, NZA-RR 2011, 167, 172; i.E. auch SK-*Koch*, Änderungskündigung, II.

[93] *Gehlhaar*, NZA-RR 2011, 167, 172.

[94] U.a. Schaub-*Ahrendt*, § 36 Rn. 134.

[95] Die Anwendbarkeit bejahend BAG 22.05.2014 – 8 AZR 662/13, juris Rn. 14; *Nägele/Gertler*, NZA 2010, 1377, 1379; a.A. *Gehlhaar*, NZA-RR 2011, 167, 174; *Köhler*, EWiR 2014, 759, 760.

[96] Vgl. BT-Drs. 16/1780 S. 38.

[97] Vgl. BAG 22.05.2014 – 8 AZR 662/13, juris Rn. 14.

[98] Vgl. *Nebe*, RdA 2015, 353, 356.

D. Untersuchungsergebnis und Ausblick

Eine einfache Antwort auf die Frage, inwiefern § 167 ZPO auf arbeits- und tarifvertragliche sowie gesetzliche Ausschlussfristen anzuwenden ist, ist zusammenfassend nicht möglich. Vielmehr ist eine differenzierte Betrachtung notwendig.

Sofern es sich um eine qualifizierte Ausschlussfrist handelt, die eine Mitwirkung der Gerichte zwingend erfordert, ist die Rückwirkungsfiktion des § 167 ZPO nahezu uneingeschränkt anzuwenden. Insofern besteht auch eine grundsätzliche Einigkeit in Rechtsprechung und Literatur.

Derartig leicht fällt die Beantwortung der Frage nach der Anwendbarkeit von § 167 ZPO auf einfache Ausschlussfristen nicht, welche die Geltendmachung gegenüber der anderen Partei erfordern. Hier stehen sich im Wesentlichen zwei Positionen gegenüber. Einerseits vertreten der BGH und der achte Senat des BAG seit der Rechtsprechungsänderung des BGH die Ansicht, dass § 167 ZPO grundsätzlich auf einfache Ausschlussfristen anzuwenden ist. Andererseits beharren der dritte und der vierte Senat des BAG auf der ursprünglichen Rechtsprechung, wonach § 167 ZPO nicht auf einfache Ausschlussfristen anwendbar ist. Während beide Senate in den jeweiligen Urteilen von der Ausnahmemöglichkeit des neuen Regel-Ausnahme-Verhältnisses Gebrauch gemacht haben, hat der vierte Senat zusätzlich in einem sehr ausführlichen *obiter dictum* der Rechtsprechungsänderung des BGH widersprochen.

Insgesamt ist der ursprünglichen Rechtsprechung des BAG zu folgen. Das alte Regel-Ausnahme-Verhältnis entsprach dem Willen des Gesetzgebers und hat die Interessen aller Parteien in einen angemessenen Ausgleich gebracht. Der Schuldner muss nach Ablauf der Frist nicht länger mit der Geltendmachung eines Anspruchs rechnen. Der Gläubiger bedarf hingegen keines zusätzlichen Schutzes, sofern ihm auch das Schreiben eines einfaches Briefs als Mittel zur sicheren und fristgerechten Geltendmachung zur Verfügung steht.

Das neue Regel-Ausnahme-Verhältnis des BGH, wonach § 167 ZPO grundsätzlich anwendbar ist, aber der Zweck der Regelung einer Anwendung von § 167 ZPO entgegenstehen kann, besteht zum jetzigen Zeitpunkt ohnehin nur theoretisch. Da das BAG für § 16 BetrAVG und insbesondere tarifvertragliche Ausschlussfristen von der Ausnahmemöglichkeit Gebrauch gemacht hat, wird § 167 ZPO auf die Vielzahl aller Ausschlussfristen nicht angewendet. Wegen der Ähnlichkeit zu arbeitsvertraglichen Ausschlussfristen ist es vermutlich nur noch eine Frage der Zeit, bis das BAG für diese eine entsprechende Anwendbarkeit ebenfalls ablehnt. Daher besteht zwar theoretisch das neue Regel-Ausnahme-Verhältnis, praktisch ist die Nichtanwendbarkeit von § 167 ZPO inzwischen wieder die Regel.

Außerdem ist es interessant, dass sich zwei der obersten Gerichtshöfe Deutschlands mit einem Rechtsinstitut auseinandersetzen, welches in erster Linie der Rechtssicherheit dient, während sie selbst die Unsicherheit bezüglich dieser Thematik herbeigeführt haben. Zwar begründen alle urteilenden Senate stets sehr ausführlich, weshalb eine Vorlage an den Gemeinsamen Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes oder an den Großen Senat des Bundesarbeitsgerichts entbehrlich ist. Trotzdem widersprechen sich zwei der obersten Gerichtshöfe des Bundes und die Senate eines dieser Gerichte grundsätzlich bezüglich einer wesentlichen zivilrechtlichen Rechtsfrage. Für den Rechtsanwender bleibt unklar, wie die Gerichte im Hinblick auf die übrigen Ausschlussfristen entscheiden werden. Mit einer Vorlage durch das BAG hätte diese Unsicherheit vermieden und abschließend Klarheit geschaffen werden können.

Zum jetzigen Zeitpunkt bleibt dem Rechtsanwender daher keine andere Wahl, als einfache Ausschlussfristen immer auch durch ein separates Schreiben an den Beklagten zu wahren. Schließlich steht die Rechtsprechungsänderung des BGH vor einer unklaren Zukunft. Es wird interessant zu sehen sein, wie der BGH und die anderen Senate des BAG auf das Urteil des vierten Senats reagieren und für andere Ausschlussfristen entscheiden werden. Auf lange Sicht werden die Gerichte eine einheitliche Rechtsprechung nach einem der Regel-Ausnahme-Verhältnisse etablieren müssen. Nach den Erwägungen dieser Untersuchung kommt hierfür nur das ursprüngliche Regel-Ausnahme-Verhältnis in Betracht und damit die grundsätzliche Nichtanwendbarkeit der Rückwirkungsfiktion des § 167 ZPO auf einfache Ausschlussfristen.

Insofern gilt, was schon Gorbatschow (vermeintlich) einst sagte: „Wer zu spät kommt, den bestraft das Leben.“

Henri Rehage*

Rechtsfragen rund um die Entgeldfortzahlung in der Pandemie

A. Einleitung

Die Corona-Pandemie beschäftigt seit mehr als einem Jahr die Menschen, die Politik und die Wirtschaft weltweit. Millionen Deutsche wurden infiziert und mussten sich während des infektiösen Krankheitsverlaufs in Quarantäne begeben. Für viele Arbeitnehmer stellt sich die Frage, ob sie weiterhin Lohn erhalten, wenn sie ihren Arbeitsplatz nicht aufsuchen dürfen. Einige leiden unter den Symptomen von Covid-19 und können ohnehin nicht arbeiten. Andere dagegen sind symptomlos und fühlen sich gesund, dürfen wegen ihrer Ansteckungsgefahr jedoch nicht arbeiten. Corona trifft zudem die Unternehmen hart. Die Pandemie bedroht globale Lieferketten oder ganze Geschäftsmodelle wie Friseurbetriebe oder die Luftfahrt. Unweigerlich hat sie damit weitreichende Auswirkungen auf den Arbeitsmarkt. Die Arbeitgeber können oder dürfen die Arbeitskraft oftmals nicht mehr sinnvoll oder gar nicht einsetzen. Politik und Verwaltung ordnen im Eiltempo Betriebseinschränkungen und Schließungen an. Auch hier stellen sich zahlreiche spannende und umstrittene Rechtsfragen.

Diese Arbeit wird sich mit dem Anspruch des Arbeitnehmers auf Lohnfortzahlung für verschiedene, in der Corona-Pandemie typische, Konstellationen und damit verbundene Rechtsfragen auseinandersetzen. Im ersten Teil werden Fallkonstellationen beleuchtet, in denen ein einzelner Arbeitnehmer betroffen ist. Dabei sind Fälle, in denen der Arbeitnehmer infiziert oder ansteckungsverdächtig ist, von solchen zu unterscheiden, in denen der Arbeitnehmer zwar gesund ist, aber die Leistung nicht erbringt. Im zweiten Teil stehen Fälle im Mittelpunkt, die den ganzen Betrieb betreffen.

B. Konstellationen, in denen ein einzelner Arbeitnehmer betroffen ist

I. Arbeitnehmer infiziert sich mit Corona oder es besteht ein Verdacht

Der Klassiker in der Pandemie: Der Arbeitnehmer infiziert sich mit dem Coronavirus, oder es besteht zumindest der Verdacht einer Infektion. Letztere Konstellation kam vor allem zu Anfang der Corona-Pandemie vor, als die Test-Möglichkeiten stark eingeschränkt waren.

1. Arbeitnehmer ist infiziert und gesund genug, die Tätigkeit zu erbringen

Viele Infizierte unterliegen nur einem symptomlosen oder sehr milden Krankheitsverlauf.[1] Sie sind theoretisch noch in der Lage, ihre arbeitsvertraglich vorgeschriebene Tätigkeit etwa im Home Office zu erbringen. Sie sind aber aufgrund einer behördlich angeordneten Quarantäne (§ 30 IfSG) daran gehindert, den Arbeitsplatz aufzusuchen oder mit einem Tätigkeitsverbot belegt (§ 31 IfSG). Fraglich ist, was mit dem Vergütungsanspruch passiert.

a) Krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit: § 3 EFZG

Naheliegend ist zunächst ein Anspruch des Arbeitnehmers nach § 3 EFZG.

aa) Krankheit

Eine Krankheit i.S.d. § 3 EFZG liegt vor, wenn der körperliche und geistige Zustand des Arbeitnehmers regelwidrig ist.[2] Auch bei asymptomatischen Verläufen ist der Arbeitnehmer krank. Sein körperlicher Zustand weicht vom Regelzustand anderer gesunder Menschen gleichen Alters ab.[3] Anderes gilt für ansteckungsverdächtige Arbeitnehmer. § 3 EFZG erfasst im Unterschied zu § 56 IfSG keine Krankheitsverdächtigen.[4]

bb) Arbeitsunfähigkeit

Umstritten ist aber, ob bei einem symptomlosen oder sehr milden Verlauf tatsächlich von einer krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit gesprochen werden kann. Voraussetzung dafür ist, dass der Beschäftigte die vertraglich geschuldete Tätigkeit objektiv nicht ausüben kann oder objektiv nicht ausüben sollte, weil die Heilung nach ärztlicher Prognose verhindert, verzögert oder verschlechtert wird, vgl. § 2 I AURL.[5] Die krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit muss die alleinige Ursache des Leistungshindernisses sein.[6] Ein symptomloser Verlauf stellt nur eine Ansteckungsgefahr für Dritte dar. Insbesondere besteht bei einem symptomlosen Verlauf auch nicht das Risiko einer Verschlechterung des Gesundheitszustandes. Daraus folgert eine Ansicht in der Literatur, dass keine Arbeitsunfähigkeit i.S.d. § 3 I EFZG vorliegt.[7] Eine andere Ansicht möchte die Arbeitsunfähigkeit bei symptomlosen Verläufen bejahen.[8] Dem Arbeitnehmer sei auch ohne behördlich angeordnete Quarantäne nicht zumutbar, den Arbeitsplatz aufzusuchen und andere zu gefährden. Daraus folge die Arbeitsunfähigkeit.

---

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

1 Laut Robert-Koch-Institut: Epidemiologischer Steckbrief zu SARS-CoV-2 und COVID-19; Stand 26.11.2021; abrufbar unter https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Steckbrief.html.

2 Statt vieler BAG, 7. 12. 2005 - 5 AZR 228/05, juris, Rn. 35.

3 *Noack*, NZA 2021, 251, 252.

4 *Weller/Lieberknecht/Habrich*, NJW 2020, 1017, 1018; Schaub ArbR-HdB/*Linck*, § 98 Rn. 14.

5 Dazu auch BAG v. 23.1.2008 – 5 AZR 393/07, NZA 2008, 595 Rn. 19; Schmitt EFZG/*Schmitt* § 3 EFZG Rn. 67.

6 Statt vieler BAG, Urteil vom 28. Januar 2004 – 5 AZR 58/03 –, juris, Rn. 90; ErfK/*Reinhard*, § 3 EFZG Rn. 14.

7 *Preis/Mazurek/Schmid*, NZA 2020, 1137, 1138; ErfK/*Preis*, § 611a BGB Rn. 690b; *Düwell*, BB 2020, 891, 892; *Fischinger/Hengstberger*, JA 2020, 561, 565.

8 *Noack*, NZA 2021, 251, 252; *Klein*, NJ 2020, 377, 379; NK-ArbR/*Sievers*, § 3 EFZG Rn. 36; wohl auch BAG, 26.04.1978 – 5 AZR 7/77, juris, Rn. 11.

Letztere Ansicht ist abzulehnen. Es kommt nach der Definition der ghM in allen nicht-infektionsrechtlichen Fällen ausschließlich auf den Gesundheitszustand des erkrankten Arbeitnehmers und dessen Leistungsfähigkeit in Bezug auf die Tätigkeit an. Auch § 2 AURL stellt nur hierauf ab. Gründe, hiervon nur im Rahmen von Infektionskrankheiten abzuweichen, sind nicht ersichtlich. Im Gegenteil: § 3 AURL stellt ausdrücklich klar, dass weder die Krankheit naher Familienangehöriger, noch ein zum Schutze der Allgemeinheit verhängtes infektionsbedingtes Beschäftigungsverbot die Feststellung einer Arbeitsunfähigkeit rechtfertigt. Zudem resultiert die Unfähigkeit, die Arbeitsleistung zu erbringen, nicht aus der Infektion selbst, sondern der Quarantäne oder Isolation. Die Krankheit ist nicht kausal.[9] Des Weiteren besteht bei vielen Tätigkeiten theoretisch die Möglichkeit, diese im Home Office oder unter Schutzmaßnahmen am Arbeitsplatz zu erbringen. Von einer Arbeitsunfähigkeit zu sprechen, ist daher grundsätzlich widersprüchlich.

Darüber hinaus kann bei einer symptomlosen Corona-Infektion keine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung ausgestellt werden.[10] Der Arbeitnehmer kann § 5 EFZG nicht erfüllen und der Arbeitgeber die Entgeltfortzahlung nach § 7 I Nr. 1 EFZG verweigern.[11] Eine Arbeitsunfähigkeit bei symptomloser oder sehr milder Infektion scheidet mithin aus.

b) Annahmeverzug: § 615 S. 1 BGB

Als Rechtsgrundlage für die Lohnfortzahlung kommt auch § 615 S. 1 BGB in Betracht. Dieser setzt einen Annahmeverzug voraus (§§ 293 ff. BGB). Danach muss der Arbeitnehmer die Leistung tatsächlich anbieten (§ 294 BGB) und zu ihrer Erbringung in der Lage sein (§ 297 BGB). Ordnet die Behörde eine Quarantäne nach § 30 IfSG und ein Tätigkeitsverbot nach § 31 IfSG an, darf der Infizierte bzw. Infektionsverdächtige seinen Arbeitsplatz nicht aufsuchen. Der Beschäftigte ist nicht leistungsfähig, sodass kein Anspruch nach § 615 S. 1 BGB besteht.[12]

c) Persönliche Verhinderung: § 616 BGB

Im Betracht kommt auch eine Entgeltfortzahlung nach § 616 BGB wegen persönlichen Leistungshindernisses.

Erneut muss zwischen einer behördlichen Quarantäne und einer einseitigen Freistellung durch den Arbeitgeber differenziert werden.

aa) Behördliche Quarantäne oder Tätigkeitsverbot

§ 616 BGB fristete lange ein Schattendasein, erreichte im Zuge der Corona-Pandemie aber eine ungeahnte Renaissance. Tatbestandsvoraussetzung ist ein in der Person bedingtes Leistungshindernis, welches für eine verhältnismäßig nicht unerhebliche Zeit besteht. § 616 BGB ist dispositiv (*e contrario* § 619 BGB*)*.[13]

(1) Leistungshindernis

Ein Leistungshindernis i.S.d. § 616 BGB liegt grundsätzlich vor, wenn die Leistung für den Arbeitnehmer tatsächlich oder rechtlich unmöglich ist, § 275 I BGB.[14] Gleiches gilt für Fälle, in denen die Arbeitsleistung erbracht werden kann, aber unter Abwägung der Interessen des Arbeitgebers und des Arbeitsnehmers unzumutbar für den Arbeitnehmer ist, § 275 III BGB. Die Quarantäneanordnung und das Tätigkeitsverbot führen dazu, dass der Arbeitnehmer den Arbeitsort nicht aufsuchen darf. Die Leistungserbringung ist rechtlich unmöglich i.S.d. § 275 I BGB.

(2) Personenbedingter Grund

Die Verhinderung muss in der Person des Arbeitnehmers liegen. Ausreichend ist, wenn der Grund den persönlichen Lebensumständen entspringt. Subjektive Leistungshindernisse müssen von objektiven abgegrenzt werden. Die Anzahl der Betroffenen ist dabei ein Indiz.

Als personenbedingter Grund kommt die Infektion des Arbeitnehmers in Betracht. Ein Teil der Literatur lehnt dies zu Unrecht in Fällen des bloßen Verdachts oder bei einer bestätigten Infektion mit dem Argument ab, in der Pandemie herrsche ein solch großes Infektionsrisiko, dass jedermann betroffen sei.[15] Es liege ein objektiver Grund vor.

Die wohl hM möchte dennoch grundsätzlich einen persönlichen Hinderungsgrund bei Unmöglichkeit der Arbeitsleistung gem. § 275 I BGB wegen eines behördlichen Tätigkeitsverbots oder einer Quarantäne annehmen.[16]

Zunächst ist zu entscheiden, was gilt, wenn ein einzelner Arbeitnehmer oder eine klar abgrenzbare Gruppe von den Maßnahmen betroffen ist. Die hM, die einen personenbedingten Grund bejaht, verweist oftmals auf den BGH[17]. Dieser hatte im Fall von Salmonelleninfektion einen subjektiven Grund bejaht. Zwei Metzgergesellen schieden Salmonellen aus und wurden mit einem Tätigkeitsverbot nach dem damaligen § 40 I BSeuchG[18] belegt. Die hier nicht vertretene Ansicht argumentiert, die Salmonelleninfektion sei ein auf den Einzelnen beschränktes Hindernis.[19] Die Wahrscheinlichkeit, in der Corona-Pandemie zumindest infektionsverdächtig zu sein, sei dagegen so hoch, dass ein objektives Leistungshindernis vorliegt.[20] Dies greift

[9] *Preis/Mazurek/Schmid*, NZA 2020, 1137, 1138; im Allgemeinen zur Monokausalität: ErfK/*Reinhard*, § 3 EFZG Rn. 14.

[10] S. dazu Hinweise und Erläuterungen zur Bescheinigung der Arbeitsunfähigkeit der Kassenärztlichen Bundesvereinigung; Stand 03.06.2020; abrufbar unter: https://www.kbv.de/html/1150_44889.php.

[11] *Preis/Mazurek/Schmid*, NZA 2020, 1137, 1138.

[12] *Klein,* NJ 2020, 377, 378; BeckOK ArbR/*Joussen*, § 615 BGB Rn. 90.

[13] Statt aller Staudinger/*Oetker*, § 616 Rn. 152.

[14] Statt aller BeckOK ArbR/*Joussen*, § 616 BGB Rn. 16.

[15] *Klein*, NJ 2020, 377, 378; *Weller/Lieberknecht/Habrich*, NJW 2020, 1017, 1018; *Kühl*, SPA 2020, 65, 66; ähnl. *Kraayvanger/Schrader*, NZA-RR 2020, 623, 626.

[16] BeckOGK/*Bieder*, § 616 BGB Rn. 17; Staudinger/*Oetker,* § 616 BGB Rn. 75; MüKoBGB/*Henssler*, § 616 BGB Rn. 25; *Fischinger/Hengstberger*, JA 2020, 561, 565; *von Steinau-Steinrück/Mosch,* NJW-Spezial 2009, 578, 579; *Hohenstatt/Krois*, NZA 2020, 413, 415.

[17] Dazu und im Folgenden BGH, 30. 11. 1978 – III ZR 43/77, NJW 1979, 422.

[18] Heute § 56 I IfSG.

[19] *Klein*, NJ 2020, 377, 378; *Weller/Lieberknecht/Habrich*, NJW 2020, 1017, 1018.

[20] Ebd.

zu kurz. Die Anzahl der vom Infektionsrisiko betroffenen Arbeitnehmer ist lediglich ein widerlegbares Indiz.[21] Die Anordnung von Quarantäne in Form einer Allgemeinverfügung ist konkret-generell und richtet sich gegen bestimmte Personen[22]. Der Gefahrverdacht – bzw. im Falle einer erwiesenen Infektion die Gefahr – ist personenbezogen.[23] Die Pandemie ist nur der objektive Auslöser.[24] Der in der Person liegende Grund ist die Krankheit und die behördliche Maßnahme.[25] Die Gegenansicht führt auch zu erheblicher Rechtsunsicherheit. Wann ist die Wahrscheinlichkeit, infektionsverdächtig zu sein oder infiziert zu werden, zu hoch, um noch einen subjektiven Grund annehmen zu können? Es wäre kaum bestimmbar, wann und in welcher Region kein subjektives, sondern ein objektives Leistungshindernis vorliegt.[26] Zudem besteht die Gefahr, dass sich die Einstufung bei schwankender Infektionsinzidenz mehrfach ändert. Ein gegenüber einem oder einer begrenzten Gruppe von Beschäftigten angeordnetes Tätigkeitsverbot bzw. Quarantäne ist nach alledem ein subjektiver Grund i.S.d. § 616 BGB.

Etwas anderes gilt, wenn eine ganze Berufsgruppe oder alle Arbeitnehmer eines Betriebes mit einem Tätigkeitsverbot belegt werden. Ersteres ist zum Beispiel der Fall, wenn allen Beschäftigten der Gastronomiebranche die Tätigkeit verboten wird. Hier knüpft die behördliche Maßnahme nicht an den einzelnen Arbeitnehmer an. Sie ist nicht personenbezogen.[27]

(3) Monokausalität

Der personenbedingte Grund muss zudem alleinige Ursache des Leistungshindernisses sein.[28] Andere Gründe als die Quarantäne sind nicht ersichtlich.

(4) Nicht erhebliche Zeit

Ferner darf die Verhinderung nur für einen verhältnismäßig nicht erheblichen Zeitraum bestehen, § 616 BGB. Der Gesetzgeber hat die Norm bewusst mit diesem unbestimmten Rechtsbegriff versehen, um Einzelfallgerechtigkeit auf Kosten von Rechtssicherheit herzustellen.[29] Welcher Zeitraum noch als verhältnismäßig unerheblicher Zeitraum i.S.d. § 616 BGB bezeichnet werden kann, ist eine der umstrittensten Rechtsfragen der Corona-Pandemie – insbesondere, ob eine Quarantäne von mindestens 14 Tagen[30] unerheblich ist.

(a) Ansicht der Rechtsprechung

Welche Kriterien für einen verhältnismäßig nicht erheblichen Zeitraum heranzuziehen sind, ist bereits hochstrittig. Die Rechtsprechung und ein Teil der Literatur möchten auf das Verhältnis des Verhinderungszeitraums zur Gesamtdauer des Arbeitsverhältnisses, unter Berücksichtigung der bereits verstrichenen und noch zu erwartenden Dauer, abstellen.[31] Kerngedanke ist die dem Arbeitgeber zumutbare Belastung (sog. belastungsbezogene Auslegung). Je länger das Arbeitsverhältnis besteht, desto länger ist die mögliche Verhinderungszeit. Als Richtwerte für die Unerheblichkeit werden oftmals bei Beschäftigungszeiten bis zu drei Monaten ein Tag, bei drei bis sechs Monaten drei Tage, bei sechs bis 12 Monaten eine Woche und ab einem Jahr maximal zwei Wochen angesehen.[32] Das BAG nimmt an, dass zumindest mehr als sechs Wochen regelmäßig zu viel sind.[33]

(b) Herrschende Ansicht in der Literatur

Die h.Lit. möchte dagegen die Verhältnismäßigkeitsbestimmung nicht nur anhand dieser zwei Faktoren, sondern anhand aller Umstände des Einzelfalls vornehmen.[34] Relevant ist dabei insbesondere das Leistungshindernis (sog. ereignisbezogene Auslegung).

(c) Stellungnahme

Fraglich ist, welche Ansicht maßgeblich sein soll. Gegen die belastungsbezogene Auslegung spricht grundsätzlich, dass sich dieses Kriterium dem Wortlaut des § 616 BGB nicht entnehmen lässt. Der offene Wortlaut spricht eher für eine Gesamtabwägung, wie sie die h.Lit. verlangt.

Hilfreich ist zudem ein Blick auf das Telos der Norm: Die bislang herrschende Meinung hat § 616 BGB als Ausprägung der personalen Fürsorgepflicht des Arbeitgebers angesehen.[35] Dieses Verständnis spräche für die belastungsbezogene Auslegung. Die Intensität der Fürsorgepflicht steige mit Dauer des Arbeitsverhältnisses an und somit auch die Zumutbarkeit für den Arbeit- bzw. Dienstgeber.[36] Das Verständnis von § 616 BGB als Teil der Fürsorgepflicht ist aber überholt. § 616 BGB kann schon deshalb nicht als Ausformung des Fürsorgegedankens im Arbeitsrecht verstanden werden, weil die Norm auch reine Dienstverhältnisse betrifft. Zudem kann die Norm abbedungen werden. Dies ist widersprüchlich, soll sie doch vermeintlich eines der Grundprinzipien des Arbeitsrechts verkörpern.[37] Eine sich im Vordringen befindliche Literarturansicht interpretiert die Norm zurecht als Ausprägung eines anderen

[21] BAG, 8.9.1982, 5 AZR 283/80, NJW 1983, 1078, 1079; HWK/*Krause*, § 616 BGB Rn. 18; *Hohenstatt/Krois*, NZA 2020, 413, 415; *Preis/Mazurek/Schmid*, NZA 2020, 1137, 1140.

[22] Vgl. Kießling IfSG/*Kießling*, § 32 IfSG Rn. 9.

[23] *Hohenstatt/Krois,* NZA 2020, 413, 415; *Preis/Mazurek/Schmid*, NZA 2020, 1137, 1140; vgl. LG Düsseldorf, 18.5.1966 – 11 b S 43/66, juris, zum BseuchG.

[24] Vgl. zur Differenzierung MüKoBGB/*Henssler*, § 616 BGB Rn. 42.

[25] *Temming* in Kluckert, Das neue Infektionsschutzrecht (Kluckert), § 16 Rn. 14; *Preis/Mazurek/Schmid,* NZA 2020, 1137, 1140.

[26] *Preis/Mazurek/Schmid,* NZA 2020, 1137, 1138.

[27] *Grimm*, DB 2020, 1177, 1179; *Hohenstatt/Krois*, NZA 2020, 413, 415.

[28] Statt aller BAG, 6.12.1995 – 5 AZR 237/94, NZA 1996, 640, 641 zu § 616 II BGB aF.

[29] Vgl. BT-Drs. 14/6857, 48.

[30] Für Hamburg: Stadt Hamburg, Fragen und Antworten Corona; Stand 18.04.2021; abrufbar unter https://www.hamburg.de/faq-corona-gesundheit/#14762800_14762726.

[31] BAG, 17. 12. 1959 - GS 2/59, NJW 1960, 738, 739; BeckOGK/*Bieder* § 616 BGB Rn 35; Erman/*Riesenhuber*, § 616 BGB Rn. 50; *Löwisch*, DB 1979, 209, 210.

[32] HWK/*Krause*, § 616 BGB Rn 40; Erman/*Riesenhuber*, § 616 BGB Rn. 51.

[33] BAG, 20.7.1977 – 5 AZR 325/76, juris, Rn. 12.

[34] Staudinger/*Oetker*, § 616 BGB Rn. 97; MüKoBGB/*Henssler*, § 616 BGB Rn. 68; ErfK/*Preis*, § 616 BGB Rn. 10a; *Bauer/Opolny*, NJW 2002, 3503, 3507.

[35] BAG, 6.9.1989 – 5 AZR 621/88, NZA 1990, 142, 143; BeckOGK/*Bieder*, § 616 BGB, Rn. 4; NK-ArbR/*Boecken*, § 616 BGB Rn. 2; Erman/*Riesenhuber*, § 616 BGB Rn. 2.

[36] Vgl. BeckOK ArbR/*Joussen*, § 616 BGB Rn. 46.

[37] *Hohenstatt/Krois*, NZA 2020, 413, 415.

Rechtsgedankens: Bei unerheblichen Leistungsdefiziten soll der Anspruch auf die Gegenleistung, also die Vergütung, ungekürzt bleiben (*de minimis non curat praetor*).[38] Nach § 616 BGB soll ein Dienstberechtigter kurze personenbedingte Leistungshindernisse von vornherein „einpreisen" müssen, da mit ihnen bei personennahen Schuldverträgen gerechnet werden muss.[39] Zweck der Norm ist daher, dass geringfügige personenbedingte Verhinderungen die Kontinuität der Entgeltzahlung nicht beeinträchtigen sollen. Dafür muss auf das Leistungshindernis selbst abgestellt werden, was für eine ereignisbezogene Auslegung spricht.[40]

Die Ansicht der Rechtsprechung widerspricht daher Wortlaut und Telos des § 616 BGB. Die Dauer des Arbeitsverhältnisses ist kein geeigneter Maßstab. Was eine noch unerhebliche Zeit ist, muss mit der h.Lit. anhand des Leistungshindernisses, hier der Corona-Infektion, bestimmt werden.

(d) 14 Tage noch unerheblich?

Entscheidend ist, ob 14 Tage Quarantäne unerheblich sind.

Es könnten zwar eine Vielzahl von Normen als systematischer Vergleich herangezogen werden, z.B. § 45 I, II SGB V (10 Tage)[41], § 44a SGB XI (10 Tage), § 2 I PflegeZG (10 Tage)[42] ; diesen Normen liegt aber eine andere gesetzliche Wertung zugrunde: Der Arbeitgeber soll dem Arbeitnehmer Zeit für die Pflege von Angehörigen gewähren, aber nicht durch Entgeltfortzahlung doppelt belastet werden.[43] Zudem wollte der Gesetzgeber mit diesen Normen nicht den Entgeltfortzahlungsanspruch für § 616 BGB festlegen.[44] Auch § 3 EFZG kann nicht herangezogen werden.[45] Die Norm durchbricht allgemeine Prinzipien des Schuldrechts und nimmt den Arbeitgeber für Zwecke des Sozialstaats in die Pflicht – insbesondere die Entlastung der Krankenkasse.[46]

Anhaltspunkte, dass der Gesetzgeber dem Arbeitgeber das Lohnrisiko bei infektionsschutzrechtlichen Maßnahmen zuordnen wollte, bestehen nicht. Im Gegenteil: Der Gesetzgeber hat mit § 56 IfSG eine Norm eingeführt, die explizit Lohnausfälle durch Quarantäne oder Tätigkeitsverbote ausgleicht. Sie soll Ausscheider und Ansteckungsverdächtige den nach den Vorgängernormen des § 3 EFZG entlohnten Kranken lohnfortzahlungstechnisch gleichstellen.[47] Wäre der Gesetzgeber davon ausgegangen, dass die für Infektionsschutzmaßnahmen typischen längeren Zeiträume bereits von § 616 BGB erfasst sind, hätte es § 56 IfSG nicht gebraucht.[48] Gegen 14 Tage als noch unerhebliche Zeit spricht auch das genannte Telos des § 616 BGB. Kurze Zeiträume von wenigen Tagen kann der Dienst- bzw. Arbeitgeber einkalkulieren, aber längere Zeiträume nicht. Gemeinhin werden daher fünf Tage als noch unerheblich erachtet.[49] Man könnte zwar argumentieren, ein Arbeitgeber müsse oftmals nach § 3 EFZG Entgeltfortzahlung leisten und dementsprechend mit bis zu sechs Wochen rechnen. § 616 BGB trifft aber auch Dienstverpflichte, die nicht nach § 3 EFZG entgeltfortzahlungspflichtig sind[50]. Zudem können kleine Betriebe über § 1 I Nr. 1 AAG die Kosten durch Entgeltfortzahlung nach § 3 EFZG i.H.v. 80 % erstattet bekommen. Für Kosten durch § 616 BGB gilt dies nicht.[51] Ein weites Verständnis des § 616 BGB würde kleine Betriebe benachteiligen.

Im Ergebnis sind daher Quarantänezeiten von 14 Tagen nicht von § 616 BGB erfasst. Es besteht aber auch für die „unerheblichen" ersten fünf Tage kein Teilanspruch.[52] Das Merkmal „verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit" ist ein Tatbestandsmerkmal des § 616 BGB und keine Höchstgrenze auf Rechtsfolgenseite wie z.B. bei § 3 I 1 EFZG[53].

d) Staatliche Entschädigung: § 56 I IfSG

Wird der Arbeitnehmer nach §§ 30, 31 IfSG mit einem Tätigkeitsverbot und Quarantäne belegt, kommt grundsätzlich auch ein Anspruch nach § 56 I IfSG in Betracht. Die Norm soll durch diese Maßnahmen entstandene Verdienstausfälle entschädigen.

aa) Kranker als Adressat der Maßnahmen

Ein erstes Hindernis liegt darin, dass § 56 I IfSG nur Ausscheider, Ansteckungsverdächtige und Krankheitsverdächtige adressiert. Beim Verdacht, der Arbeitnehmer sei infiziert, besteht kein Problem. Anders verhält es sich bei einer bestätigten Infektion: Covid-19 ist eine übertragbare Krankheit i.S.d. § 2 Nr. 3 IfSG.[54] Wer (symptomlos) an Corona erkrankt, ist daher Kranker i.S.d. § 2 Nr. 4 IfSG. Kranke sind aber vom Wortlaut des § 56 I IfSG grundsätzlich nicht umfasst.[55] Dieser Aspekt wird z.T. in der Literatur übersehen und § 56 I IfSG auch für Kranke angewandt.[56]

Zunächst ist zu klären, ob überhaupt Bedarf besteht, Kranke über § 56 I IfSG zu entschädigen. Bereits in § 49 BSeuchG waren Kranke ausgeschlossen, sodass ein Versehen des

---

38 HWK/*Krause*, § 616 BGB Rn. 1.; BeckOK ArbR/*Joussen*, § 616 BGB Rn. 3; AR/*Kamanabrou*, § 616 BGB Rn. 2.

39 Vgl. Staudinger/*Oetker,* § 616 BGB Rn. 17; *Hohenstatt/Krois*, NZA 2020, 413. 415 f.

40 Vgl. HWK/*Krause,* § 616 BGB, Rn. 41.

41 Dafür Schaub ArbR-HdB/*Linck*, § 97 Rn. 18; aA BeckOK ArbR/*Joussen*, § 616 BGB Rn. 48.

42 Dafür ErfK/*Gallner* § 2 PflegeZG Rn. 4; *Joussen*, NZA 2009, 69, 71; *Preis/Mazurek/Schmid*, NZA 2020, 1137, 1141 aA MüKoBGB/*Henssler*, § 616 BGB Rn. 68.

43 Vgl. MüKoBGB/*Henssler*, § 616 BGB Rn. 68.

44 Ebd.

45 *Hohenstatt/Krois*, NZA 2020, 413, 416; Schaub ArbR-HdB/*Linck*, § 97. Rn. 18; aA BGH, 30. 11. 1978 - III ZR 43/77, NJW 1979, 422, 425; *Eufinger,* DB 2020, 1121, 1123.

46 *Hohenstatt/Krois*, NZA 2020, 413, 416; MüKoBGB/*Müller-Glöge*, § 3 EFZG Rn. 2.

47 BT-Drs. 3/1888 S. 27 zur Vorgängernorm § 48 BSeuchG; BT-Drs. 14/2530 S. 88 zu § 56 IfSG.

48 ErfK/*Preis*, § 616 BGB Rn. 10; *Preis/Mazurek/Schmid*; NZA 2020, 1137, 1141.

49 *Hohenstatt/Krois,* NZA 2020, 413, 416; Kluckert/*Temming* § 16 Rn. 14; *Kolbe*, BB 2009, 1414, 1416; *Fuhlrott/Fischer*, NZA 2020, 345, 348; *Noack*, NZA 2021, 251, 253.

50 Staudinger/*Oetker* § 616 BGB Rn 103; *Schaub*, AuA 1996, 82, 82; *Haase,* GmbHR 2005, 1260, 1266 f.; Erman/*Riesenhuber*, § 616 BGB, Rn. 53 aA wohl ErfK/*Preis*, § 616 BGB, Rn 10a, der die sechs-Wochen-Frist auch im reinen Dienstverhältnis anwenden möchte.

51 SG Berlin, 25.4.1980, S 75 Kr 345/79, juris, Leitsatz; SG Marburg, 9.3.1993 – S-6/Kr-496/92, juris, Leitsatz.

52 Statt vieler MüKoBGB/*Henssler*, § 616 BGB Rn. 69.

53 Vgl. NK-ArbR/*Sievers*, § 3 EFZG Rn. 110.

54 Statt vieler OVG Lüneburg, 09.06.2020 – 13 MN 211/20, juris, Rn. 21.

55 BeckOK InfSchR/*Eckart/Kruse*, § 56 IfSG Rn. 27.

56 Vgl. *Dehmel/Hartmann*, BB 2020, 885, 891; *Düwell*, BB 2020, 891, 892 f.

Gesetzgebers bei der Konzeption des § 56 IfSG als Nachfolgenorm grundsätzlich fernliegt. Der Gesetzgeber wollte Kranke, die ohnehin bereits nach § 3 EFZG bzw. seinen Vorgängernormen entlohnt werden, nicht nach Infektionsschutzrecht entschädigen.[57] § 56 IfSG soll vielmehr Krankheitsverdächtige etc. den Kranken gleichstellen.[58] Dies ist gegenüber arbeitsunfähigen Kranken nachvollziehbar.[59] Wer dagegen krank und arbeitsfähig ist, wie es bei symptomlosen und milden Covid-Verläufen der Fall ist,[60] wird schlechter gestellt als ein Krankheitsverdächtiger. Ein Corona-Test macht den Unterschied. Dies ist unbillig[61] und entspricht nicht der gesetzgeberischen Konzeption. Auf die Möglichkeit und Folgen einer Arbeitsfähigkeit trotz Krankheit geht die Gesetzesbegründung nicht ein. Der Gesetzgeber hat diese Fälle übersehen bzw. übersehen, dass Betroffene nicht geschützt sind.

Eine vertretene Lösungsmöglichkeit ist der allgemeine Aufopferungsanspruch, der von der Rechtsprechung aus §§ 74, 75 der Einleitung zum Preußischen Allgemeinen Landrecht hergeleitet wird.[62] Eine andere Lösung könnte die analoge Anwendung des § 56 I IfSG auf arbeitsfähige Kranke i.S.d. § 2 Nr. 4 IfSG sein.[63]

Der Allgemeine Aufopferungsanspruch kommt als Lösung schon deshalb nicht in Betracht, weil dieser nach ständiger Rechtsprechung auf nichtvermögenswerte Rechte beschränkt ist – deshalb nur Leben, Gesundheit, körperliche Unversehrtheit, Freiheit, Ehre.[64] Die Rechtsprechung ist freilich umstritten, soll im Rahmen dieser Arbeit aber nicht diskutiert werden. Eine Entschädigung wegen Lohnausfalls nach dem allgemeinen Aufopferungsanspruch kommt nicht in Betracht.[65]

Vorzugswürdig ist eine analoge Anwendung des § 56 I IfSG. Durch die Beschränkung werden Kranke ungerechtfertigt schlechter gestellt. Da der Wortlaut des § 56 I IfSG aber keine Kranken umfasst, kommt allenfalls eine analoge Anwendung in Betracht. Dazu darf der vorliegende Fall vom Gesetz nicht geregelt sein, ohne dass dies der Gesetzgeber so wollte.[66] Zudem muss auch eine vergleichbare Interessenlage zwischen arbeitsfähigen und -unfähigen Kranken vorliegen. Eine Regelungslücke liegt wie dargelegt bei arbeitsfähigen Kranken vor, da für sie kein Entschädigungs- bzw. Lohnfortzahlungsanspruch besteht. Diese Lücke war auch planwidrig, da der Gesetzgeber mit § 56 I IfSG bzw. § 48 BSeuchG Krankheitsverdächtige den Kranken gleich und nicht besserstellen wollte. Letztlich ist auch die Interessenlage vergleichbar. Ob der Arbeitnehmer infiziert oder infektionsverdächtig ist, macht keinen Unterschied. In beiden Fällen wird er abgesondert, mit einem Tätigkeitsverbot belegt und erhält keinen Lohn. Ist er nur verdächtig, wird er entschädigt, ist die Infektion nachgewiesen, erhält er weder Lohn noch Entschädigung.

§ 56 I IfSG ist auf arbeitsfähige Kranke analog anzuwenden, sofern sie von behördlichen Maßnahmen betroffen sind.

bb) Verdienstausfall

Daneben müsste ein Verdienstausfall vorliegen. Es darf nach umstrittener h.M. kein Anspruch nach § 3 EFZG, § 615 BGB oder § 616 BGB bestehen.[67] Im Fall behördlicher Maßnahmen hat der Arbeitnehmer wie gezeigt keinen Anspruch nach diesen Normen.

cc) Unzumutbarkeit

Der Anspruch aus § 56 I 1 IfSG scheitert, wenn eine unvermeidbare Reise in ein Risikogebiet unternommen wird oder eine öffentlich empfohlene mögliche Schutzimpfung unterlassen wird, § 56 I 3 IfSG.

dd) Rechtsfolgen

Gem. § 56 II IfSG hat der Arbeitnehmer in den ersten sechs Wochen wie bei § 3 EFZG Anspruch auf Entschädigung in Höhe des vollen Netto-Arbeitsentgelts. Bei einem teilweisen Verdienstausfall besteht ein Teilanspruch.[68] Der Arbeitnehmer kann die Auszahlung unmittelbar vom Arbeitgeber verlangen (§ 56 V 1 IfSG). Dieser kann dann innerhalb von 24 Monaten ab Beginn des Verdienstausfalls bei der zuständigen Behörde Erstattung verlangen (§ 56 V 3, XI 1 IfSG). Wie bei der Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall erhält der Arbeitnehmer ab Woche sieben nur noch 67 % der eigentlichen Vergütung und maximal 2016 € im Monat, § 56 II 3 IfSG.

e) Zwischenergebnis

Der Arbeitnehmer hat im Fall einer Quarantäne oder eines Tätigkeitsverbots einen Anspruch nach § 56 I IfSG.

2. Arbeitnehmer ist infiziert und nicht gesund genug, die Tätigkeit zu erbringen

a) § 3 EFZG

Einige Infizierte leiden auch an Symptomen von Covid-19 und sind objektiv nicht in der Lage, ihre arbeitsvertragliche Tätigkeit zu erbringen. Es liegt eine Arbeitsunfähigkeit infolge von Krankheit vor.

aa) Verschulden

Denkbar ist aber, dass der Arbeitnehmer die Arbeitsunfähigkeit selbst verschuldet hat. Hierbei ist allein ein „Verschulden

[57] BT-Drs. 3/1888, 27 noch zu § 48 BSeuchG.
[58] Ebd.
[59] Gerhardt IfSG/*Gerhardt,* § 56 IfSG Rn. 4; Kluckert/*Bachmann/Rung*, § 15 Rn. 20; vgl. *Stöß/Putzer,* NJW 2020, 1465, 1466.
[60] Siehe dazu B. I. 1. a) bb).
[61] Kluckert/*Bachmann/Rung*, § 15 Rn. 21; Gerhardt IfSG/*Gerhardt,* § 56 IfSG Rn. 5.
[62] Gerhardt IfSG/*Gerhardt*, § 56 IfSG Rn. 5.
[63] So wohl Kluckert/*Bachmann/Rung*, § 15 Rn. 21.
[64] Statt aller BGH, 27.05.1993 – III ZR 142/92.
[65] Vgl. Kießling IfSG/*Kümper*, § 56 IfSG Rn. 10; BeckOK InfSchR/*Eckart/Kruse*, § 56 IfSG Rn. 271.
[66] Zu den Voraussetzungen einer Analogie: BGH, 14.12.2016 – VIII ZR 232/15, juris, Rn. 33; *Luther*, Jura 2013, 449, 450 ff.
[67] Gerhardt IfSG/*Gerhardt*, § 56 IfSG Rn. 10; BeckOK InfSchR/*Eckart/Kruse*, § 56 IfSG Rn. 37; *Preis/Mazurek/Schmid*, NZA 2020, 1137, 1139 aA *Sievers*, jM 2020, 189, 197; MHdB ArbR/*Greiner*, § 80 Rn. 41.
[68] BeckOK InfSchR/*Eckart/Kruse*, § 56 IfSG Rn. 35.

gegen sich selbst" maßgeblich. Das BAG definiert Verschulden i.S.d. § 3 EFZG sehr restriktiv als einen gröblichen Verstoß gegen das von einem verständigen Menschen im eigenen Interesse zu erwartende Verhalten.[69] Nur grobe Fahrlässigkeit oder Vorsatz kommen in Betracht.[70] Wer eine Corona-Party besucht, verstößt in der Regel grob gegen das von einem verständigen Menschen im eigenen Gesundheitsinteresse zu erwartende Verhalten.[71] Dann liegt ein Verschulden vor.

In der Regel begeht kein Verschulden, wer lediglich in ein ausländisches Risikogebiet fliegt. Verschulden wird man nur annehmen können, wenn das generelle Infektionsrisiko vor Ort signifikant höher ist als in Deutschland.[72] Andernfalls setzt sich der Arbeitnehmer keiner höheren Gefahr durch die Reise aus und es verwirklicht sich bei einer Infektion lediglich das allgemeine Lebensrisiko.[73]

Stimmen in der Literatur möchten zudem ein Verschulden annehmen, wenn der Arbeitnehmer sich nicht hat impfen lassen.[74] Zum einen ist die Kausalität fraglich. Kein Impfstoff verhindert eine Infektion zu 100 %.[75] Zum anderen besteht bislang weder eine gesetzliche Pflicht zur Impfung, noch enthält § 3 EFZG einen Anspruchsausschluss bei fehlender Impfung wie § 56 I 3 IfSG. Der Gesetzgeber hat diesen S. 3 erst im November 2020 ergänzt. Bei § 3 EFZG ist trotz Möglichkeit keine Änderung erfolgt. Ein Verschulden wegen fehlender Schutzimpfung gibt es nicht.[76]

bb) Monokausalität

§ 3 EFZG setzt daneben voraus, dass die Erkrankung monokausal für die Arbeitsunfähigkeit ist.[77] Ist der Arbeitnehmer nebenbei von einer Quarantäne oder einem Beschäftigungsverbot betroffen, ist er auch danach arbeitsunfähig. § 56 I IfSG verlangt aber ebenfalls eine Monokausalität. Hier droht eine Schutzlücke.[78] Zur Lösung dieses Problems siehe so gleich unter B. I. 2. c).

Ein arbeitsunfähiger Arbeitnehmer hat grundsätzlich einen Anspruch aus § 3 EFZG, sofern nicht § 56 I IfSG vorrangig greift.

b) §§ 615 S. 1 und 616 BGB

Ansprüche des Arbeitnehmers nach § 615 S. 1 BGB kommen nicht in Betracht, denn die Leistung ist unmöglich i.S.d. § 275 I BGB. Ansprüche nach § 616 BGB bestehen ohnehin nur für wenige Tage und treten gegenüber § 3 EFZG (*lex specialis*) nach ghM zurück.[79]

c) § 56 I IfSG

Erkrankt der Arbeitnehmer an Corona wird auch die Gesundheitsbehörde zeitnah tätig und ordnet eine Quarantäne und ein Tätigkeitsverbot an. In solchen Fällen, in denen Maßnahme und Arbeitsunfähigkeit gleichzeitig zusammenfallen, droht wie dargelegt eine Schutzlücke. Um dies zu vermeiden, muss entweder § 3 EFZG oder § 56 I IfSG vorrangig sein.

Getreu dem Wortlaut des § 56 I IfSG könnte man hier mit einer Ansicht einen Vorrang des § 3 EFZG annehmen.[80] § 56 I IfSG setzt einen Verdienstausfall voraus. Der Arbeitnehmer erhält seinen Verdienst aber schon nach § 3 EFZG. § 56 I IfSG wäre schon tatbestandlich nicht erfüllt.

Die wohl herrschende Ansicht möchte trotzdem den Staat über § 56 I IfSG in die Pflicht nehmen.[81] Die Quarantäne sei aufgrund ihrer öffentlich-rechtlichen Zwangswirkung der vorrangige Hinderungsgrund. Die Arbeitsunfähigkeit durch Krankheit und die Pflicht des Arbeitgebers aus § 3 EFZG trete zurück. Die damit verbundene Entlastung des Arbeitgebers sei im Interesse des Infektionsschutzes sachgerecht. Für einen Vorrang von § 3 EFZG lässt sich anführen, dass der Infektionsschutz im gesamtgesellschaftlichen Interesse ist und eine Entlastung der Arbeitgeber daher grundsätzlich angemessen ist.

Angesichts des Wortlauts kann die h.M. aber nicht überzeugen. § 56 IfSG erfasst wie bereits dargelegt keine Kranken, die schon nach anderen Vorschriften Lohnfortzahlung bekommen. Schon deshalb besteht kein Anspruch nach § 56 I IfSG für arbeitsunfähige Arbeitnehmer. Auch das Tatbestandsmerkmal „Verdienstausfall" lässt sich weit interpretieren: Es erfasst neben dem eigentlichen Lohn auch „Verdienst" durch andere Lohnansprüche, wie die Mindermeinung korrekt feststellt.[82] Der Entgeltanspruch des § 3 I EFZG ist Teil des „Verdiensts". Dafür spricht auch der Zweck des § 56 I IfSG. Der Gesetzesbegründung zufolge soll § 48 BSeuchG und nun auch § 56 IfSG eine Billigkeitsregelung sein, die einer gewissen Sicherung der von einem Berufsverbot Betroffenen vor materieller Not dienen soll.[83] Wer bereits Lohnfortzahlung wegen § 3 EFZG erhält, leidet keine materielle Not.[84] Zweck des § 56 I IfSG ist nicht die Entlastung der Arbeitgeber bei hoheitlichen Maßnahmen.[85] § 3 EFZG soll Arbeitgebern bewusst das Risiko krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit des Arbeit-

[69] Statt vieler BAG 18.3.2015, NJW 2015, 2444, 2445 Rn 15.
[70] *Hofmann,* ZfA 1979, 275, 288 ff.; MüKoBGB/*Henssler*, § 616 BGB Rn. 64.
[71] *Düwell*, BB 2020, 891, 893; vom Stein/Rothe/Schlegel/*Krieger* § 8 Rn. 12.
[72] *Benkert*, NJW-Spezial 2020, 306, 306; *Fuhlrott/Fischer* NZA 2020, 345, 347; *Müller* in Helm/Bundschuh/Wulff, Arbeitsrechtliche Beratungspraxis in Krisenzeiten, § 2 Rn. 4 aA *Sagan/Brockfeld,* NJW 2020, 1112, 1113; *Weller/Lieberknecht/Habrich*, NJW 2020, 1017, 1018; *Steinau-Steinrück/Mosch*:, NJW-Spezial 2009, 578, 578, die alle bei unvermeidbaren Reisen immer Verschulden annehmen wollen.
[73] *Benkert*, NJW-Spezial 2020, 306, 306; *Fuhlrott/Fischer* NZA 2020, 345
[74] *Krainbring*, NZA 2021, 247, 248 f.
[75] Zur Effektivität der Impfstoffe: Robert-Koch-Institut, COVID-19 und Impfen: Antworten auf häufig gestellte Fragen; Stand 26.01.2022; abrufbar unter https://www.rki.de/SharedDocs/FAQ/COVID-Impfen/gesamt.html
[76] *Naber/Schulte*, NZA 2021, 81, 85 f. aA *Krainbring*, NZA 2021, 247, 248 f.
[77] Statt vieler ErfK/*Reinhard,* § 3 EFZG Rn. 14.
[78] MHdB ArbR/*Greiner*, § 80 Rn. 41; *Grimm,* DB 2020, 1177, 1178.
[79] Statt vieler BeckOK ArbR/*Joussen*, § 616 BGB Rn. 10; MüKoBGB/*Henssler*, § 616 BGB Rn. 1.
[80] *Hohenstatt/Krois*, NZA 2020, 413, 416; *Preis/Mazurek/Schmid*, NZA 2020, 1137, 1139; ErfK/*Reinhard*, § 3 EFZG Rn. 19.
[81] MHdB ArbR/*Greiner*, § 80 Rn. 21, 41 („lex specialis"); *Sagan/Brockfeld*, NJW 2020, 1112, 1113; *Weller/Lieberknecht/Habrich*, NJW 2020, 1017, 1018; *Müller/Becker,* COVuR 2020, 126, 128; wohl auch MüKoBGB/*Müller-Glöge*, § 3 EFZG Rn. 10.
[82] *Preis/Mazurek/Schmid,* NZA 2020, 1137, 1139.
[83] BT-Drs. 3/1888, 27.
[84] Vgl. BGH, 1.2.1979 – III ZR 88/77, NJW 1979, 1460, 1460.
[85] *Müller/Becker,* COVuR 2020, 126, 127; *Stöß/Putzer,* NJW 2020,

nehmers zur Entlastung der Krankenkassen übertragen. Bei größeren Arbeitgebern ist das Teil des unternehmerischen Risikos, bei kleineren besteht zur Entlastung die Erstattung nach § 1 I Nr. 1 AAG.

Der Mindermeinung ist zuzustimmen. Ein arbeitsunfähig erkrankter Arbeitnehmer hat einen Anspruch aus § 3 EFZG und nicht § 56 I IfSG, auch wenn infektionsschutzrechtliche Maßnahmen angeordnet wurden.

II. Arbeitnehmer ist gesund

Abseits des „Klassikers" des erkrankten Arbeitnehmers gibt es auch verschiedene Konstellationen, in denen ein gesunder Beschäftigter seine Arbeitsleistung nicht erbringen kann oder will. Auch hierbei stellen sich zahlreiche Rechtsfragen.

1. Arbeitnehmer traut sich nicht zur Arbeit

Denkbar sind Fälle, in denen der Arbeitnehmer wegen der höheren Ansteckungsgefahr im ÖPNV und am Arbeitsplatz nicht zur Arbeit kommen möchte. Dabei ist zu unterscheiden, ob die Tätigkeit im Home Office erbracht werden kann.

a) Tätigkeit im Home Office nicht möglich

Grundsätzlich bestehen auch in der Corona-Pandemie die reguläre Arbeitspflicht und das Prinzip „Ohne Arbeit kein Lohn". Fraglich ist zunächst, ob überhaupt ein Leistungsverweigerungsrecht des Arbeitnehmers besteht. In Betracht kommt hier § 275 III BGB, wenn sie ihm nach Abwägung der beiderseitigen Interessen nicht zugemutet werden kann. Bei ansteckenden Krankheiten muss die Ausübung der Tätigkeit mit einer objektiv erheblichen persönlichen Gefahr für die Gesundheit verbunden sein und über das allgemeine Ansteckungsrisiko hinausgehen.[86] Diese erhebliche persönliche Gefahr besteht angesichts von verpflichtenden Schutzmasken und gesetzlich vorgeschriebenen Arbeitsschutzmaßnahmen weder auf dem Weg zur Arbeit noch im Büro selbst.[87] Im Ansteckungsrisiko verwirklicht sich lediglich das allgemeine Lebensrisiko.[88] Der Arbeitnehmer ist daher nicht nur zur Arbeit verpflichtet, sondern hat auch keinen Lohnanspruch, wenn er nicht zur Arbeit kommt.

Etwas anderes gilt, wenn der Arbeitnehmer zur Risikogruppe zählt. Dann sind die Folgen einer Infektion so gravierend, dass trotz geringem Infektionsrisiko die Interessen des Arbeitgebers zurücktreten. Der Arbeitnehmer hat ein Zurückbehaltungsrecht aus § 275 III BGB.[89] Als Rechtsgrundlage der Entgeltfortzahlung kommt § 616 BGB in Betracht. Der personenbedingte Grund ist die persönliche Situation des Beschäftigten, die zu seinem Risikostatus führt – etwa weil er vorerkrankt oder älter als 60 Jahre alt ist.[90] Der Anspruch nach § 616 BGB besteht aber in der Regel nur für bis zu fünf Tage. Ein Anspruch nach § 615 S. 1 BGB kommt mangels Annahmeverzugs nicht in Betracht.

b) Tätigkeit im Home Office möglich

Wenn die Tätigkeit im Home Office möglich ist und der Arbeitgeber dies ablehnt, kommt eine Lohnfortzahlung nach § 615 S. 1 BGB in Betracht. Dafür müsste der Arbeitnehmer einen Anspruch auf Home Office haben, d.h. einen Anspruch aus § 313 I BGB gegen den Arbeitgeber auf Zustimmung zur Anpassung des Arbeitsvertrages. Im Allgemeinen bestimmt der Arbeitgeber den Arbeitsort nach § 106 S. 1 GewO. In der Pandemie herrschen aber außergewöhnliche Umstände, sodass der Arbeitgeber aufgrund seiner Rücksichtnahmepflicht aus § 241 II BGB verpflichtet sein kann, dem Arbeitnehmer Home Office zu ermöglichen. Es kommt auf den Einzelfall an. Abzuwägen sind insbesondere der (Mehr-)Aufwand des Arbeitgebers vor allem in Form von Ausstattungskosten und die Nachteile einer Arbeit am eigentlichen Arbeitsplatz für den Arbeitnehmer. Gehört der Arbeitnehmer einer Risikogruppe an, wird man einen Anspruch des Arbeitnehmers bejahen müssen, sofern keine gewichtigen Interessen des Arbeitgebers dagegensprechen.[91] Im Grundsatz gilt aber, dass der Arbeitnehmer keinen Anspruch hat. Er erhält keinen Lohn, wenn er trotz Möglichkeit nicht am Arbeitsplatz erscheint.

c) Sonderfall: Arbeitgeber erfüllt Arbeitsschutzvorschriften nicht

Erfüllt der Arbeitgeber Arbeitsschutzvorschriften für den Arbeitsplatz nicht, ist anerkannt, dass der Arbeitnehmer ein Zurückbehaltungsrecht aus § 275 I BGB hat.[92] Der Arbeitgeber kommt seiner aus § 618 BGB folgenden Schutzpflicht nicht nach. Bietet der Arbeitnehmer seine Leistung unter der Bedingung an, dass der Arbeitgeber einen arbeitsschutzkonformen Zustand herstellt, gerät der Arbeitgeber in Annahmeverzug und ist nach § 615 S. 1 BGB zur Entgeltzahlung verpflichtet.[93]

2. Arbeitnehmer muss ein Kind betreuen

Viele Arbeitnehmer können ihrer Tätigkeit auch nicht nachgehen, weil sie ein Kind betreuen müssen.

a) Kind ist selbst erkrankt

Ist das Kind selbst erkrankt und keine 12 Jahre alt oder behindert und hilfsbedürftig, hat der Arbeitnehmer Anspruch auf unbezahlte Freistellung nach § 45 III 1 SGB V, „soweit

1465, 1467; *Geulen/Sothmann* ArbRAktuell 2020, 217, 217; aA MüKoBGB/*Müller-Glöge,* § 3 EFZG Rn. 10; *Eufinger*, DB 2020, 1121, 1123.

[86] *Stück*, MDR 2009, 1209, 1211; *Stück/Wein*, AuA 2007, 282, 285; HWK/*Thüsing*, § 611a BGB, Rn. 550.

[87] *Berger-Delhey* ZTR 2009, 472, 472; *Falter,* BB 2009, 1974, 1980.

[88] *Dehmel/Hartmann*, BB 2020, 885, 886; *Schaer*, MDR 2020, R5, R6.

[89] *Dehmel/Hartmann*, BB 2020, 885, 886; *Weller/Lieberknecht/Habrich*, NJW 2020, 1017, 1019.

[90] Vgl. Epidemiologischer Steckbrief zu SARS-CoV-2 und COVID-19; Stand 26.11.2021; https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Steckbrief.html;jsessionid=A1106DF56A761794734627B081D0D1A7.internet101?nn=13490888#doc13776792bodyText15.

[91] *Weller/Lieberknecht/Habrich*, NJW 2020, 1017, 1018; *Dehmel/Hartmann*, BB 2020, 885, 886; vgl. MüKoBGB/*Spinner*, § 611a BGB Rn. 917 zur Schutzpflicht des Arbeitgebers.

[92] Statt aller BAG, 19.2.1997 – 5 AZR 982/94, NZA 1997, 821, 822.

[93] BAG, 28.6.2018 – 2 AZR 436/17, NZA 2018, 1259, 1261 Rn. 22 ff; Erman/*Riesenhuber* § 615 BGB Rn. 33.

nicht aus dem gleichen Grund Anspruch auf bezahlte Freistellung besteht". Ein solcher Anspruch könnte nach § 616 S. 1 BGB bestehen. Ein personenbedingter Grund liegt vor. Ein erkranktes im eigenen Haushalt lebendes Kind entstammt der persönlichen Sphäre.[94] Der Anspruch nach § 616 BGB ist aber auf fünf Tage begrenzt.

b) Kind kann nicht in der Schule oder dem Kindergarten betreut werden

Angesichts deutschlandweiter Schul- und Kindergartenschließungen nach §§ 28 I 2 Hs. 2 i.V.m. 33 IfSG standen Eltern 2020 und 2021 vor einem Dilemma. Auf der einen Seite sind sie zur Arbeit verpflichtet (§ 611a I 1 BGB), auf der anderen haben sie aber auch eine elterliche Führsorgepflicht aus § 1626 I BGB und können ihre Kinder nicht ganztags unbeaufsichtigt allein zuhause lassen.

aa) § 616 BGB

In Betracht kommt ein Anspruch nach § 616 I BGB auf Lohnfortzahlung für fünf Tage. Da die Schulschließungen einen längeren Zeitraum in Anspruch nehmen und der Anspruch nach § 616 BGB gänzlich entfällt, sobald ein erheblicher Zeitraum erreicht wird, besteht kein Anspruch.

bb) § 56 Ia IfSG

Daneben kommt ein Anspruch nach § 56 Ia IfSG in Betracht.

(1) Voraussetzungen und Rechtsfolge

Dafür muss der Arbeitnehmer einen Verdienstausfall erleiden, weil die Betreuungseinrichtung seines unter 12-jährigen oder behinderten und pflegebedürftigen Kindes aufgrund von Infektionsschutzmaßnahmen geschlossen wurde, § 56 Ia 1 IfSG. Kein Anspruch besteht, wenn der Betreuungsbedarf auch ohne die Schließung entstanden wäre, § 56 Ia 1 Nr. 2 IfSG. Dies gilt auch, wenn die Schließung ohnehin wegen der Ferien erfolgt wäre, § 56 Ia 3 IfSG. Die Entschädigung ist im Rahmen des § 56 Ia IfSG von Beginn des Verdienstausfalls an auf 67 % des Nettoentgelts und 2016 € monatlich beschränkt, § 56 II 3, 4 IfSG.

(2) Konkurrenz zu § 616 BGB

Sollte der Betreuungsbedarf tatsächlich nur fünf Tage betragen, kommen sowohl Ansprüche nach § 616 BGB als auch § 56 Ia IfSG in Betracht. § 56 Ia hat genau wie § 56 I IfSG das Tatbestandsmerkmal „Verdienstausfall". Bei § 56 Ia IfSG im Verhältnis zu § 616 BGB kann nichts anderes gelten als bei § 56 I IfSG im Verhältnis zu § 3 EFZG.[95] In beiden Fällen liegt ein Verdienst in Form von Entgeltfortzahlung vor und damit kein Verdienstausfall i.S.d. § 56 Ia IfSG oder § 56 I IfSG.[96] § 616 BGB muss vorrangig in Anspruch genommen werden.

cc) Zwischenergebnis

Der Arbeitnehmer hat, sofern die Schulschließungen nur zu einem Betreuungsbedarf von maximal fünf Tagen führen, einen Entgeltfortzahlungsanspruch nach § 616 BGB. Andernfalls greift § 56 Ia IfSG. Zu beachten ist, dass die Regelung des § 56 Ia IfSG mit Ablauf des 31.3.2021 wieder außer Kraft getreten ist.

C. Konstellationen, die den gesamten Betrieb betreffen

Neben den individuellen Fallkonstellationen kann aber auch der gesamte Betrieb betroffen sein und im Zuge der Corona-Pandemie schließen müssen. Wurde Kurzarbeit eingeführt, erfolgt eine Auszahlung von Sozialleistung an Stelle des Lohns. Dabei stellt sich die Frage der Entgeltfortzahlung in der Regel nicht. Aber was gilt, wenn der Arbeitnehmer nicht in Kurzarbeit ist?

I. Der Arbeitgeber schließt den Betrieb

Schließt der Arbeitgeber den Betrieb und stellt die Arbeitnehmer frei, weil etwa keine Aufträge mehr eingehen oder der Betrieb mangels Rohstoffen nicht mehr liefern kann, betrifft dies das Wirtschaftsrisiko. Es beschreibt Konstellationen, in denen die Arbeitsleistung zwar theoretisch möglich ist, der Arbeitgeber den Arbeitnehmer aber nicht mehr wirtschaftlich sinnvoll einsetzen kann.[97] Das Hindernis kommt im Unterschied zum Wegerisiko aus der Sphäre des Arbeitgebers. Die Arbeitsleistung bietet der Arbeitnehmer an, der Arbeitgeber kann sie nur nicht verwerten. Wie in anderen Vertragstypen auch, trägt der Arbeitgeber das Verwertungsrisiko und muss das Entgelt nach § 615. S. 1 BGB fortzahlen.[98]

II. Betrieb muss aufgrund behördlicher Verfügungen geschlossen werden

Ist der Arbeitgeber aufgrund einer behördlichen Maßnahme dazu gezwungen, den Betrieb zu schließen, kommt zunächst die Versetzung der Mitarbeiter ins Home Office in Betracht. Dies ist aber nach h.M. grundsätzlich nicht einseitig möglich[99] und kommt allenfalls in Notfällen wie einer drohenden Existenzgefährdung in Betracht.[100] Ist die Versetzung nicht möglich, kann § 615 S. 3 i.V.m. § 615 S. 1 und 2 BGB greifen. Dieser setzt voraus, dass „der Arbeitgeber das Risiko des Arbeitsausfalls trägt" (sog. Betriebsrisiko). Nach dem BAG ist das Betriebsrisiko betroffen, wenn die Beschäftigung des Arbeitnehmers im Unterschied zum Wirtschaftsrisiko technisch nicht mehr möglich ist, dieses Risiko aber in seinem Betrieb angelegt ist.[101]

---

[94] BAG, 20. 6. 1979 - 5 AZR 479/77, NJW 1980, 903, 903; MüKoBGB/*Henssler*, § 616 BGB Rn. 35.
[95] Dazu schon unter B. I. 2. c).
[96] BT-Drs. 19/18111, 25.

[97] Vgl. BAG, 24. 11. 1960 - 5 AZR 545/59, NJW 1961, 381, 381; MüKoBGB/*Henssler*, § 615 BGB Rn. 98; BeckOK ArbR/*Joussen*, § 615 BGB Rn. 89.
[98] BeckOGK/*Bieder*, § 615 BGB Rn. 108; *Grimm*, DB 2020, 1177, 1181.
[99] BAG, 22.9.2016 – 2 AZR 509/15, NZA 2016, 1461, juris, Rn. 12; *Benkert*, NJW-Spezial 2019, 306, 306; *Schöllmann*, NZA-Beilage 2019, 81, 82.
[100] *Fuhltrott/Fischer*, NZA 2020, 345, 349; vgl. auch BeckOK ArbR/*Tillmanns*, § 106 GewO Rn. 20.
[101] BAG, 22.12.1980 - 1 ABR 2/79, NJW 1981, 937, 937; BAG, 25.07.1957 – 1 AZR 194/56, juris Rn. 15; vgl. auch *Canaris* FS Prölss, 21, 38; *Picker* FS Kissel, 813, 854.

a) Corona-Pandemie als Naturkatastrophe?

Zunächst kann man erwägen, die Corona-Pandemie in die Fallgruppe der Naturkatastrophen einzuordnen. Das BAG ordnet diese unabhängig von der Art des Betriebes dem Betriebsrisiko zu.[102] Es werden dem Arbeitgeber damit immer dann wetterbedingte Störungen zugerechnet, wenn sie von außen auf typische Betriebsmittel (z.B. Maschinen oder das Betriebsgelände) einwirken und die Störung für den Arbeitgeber ein Fall höherer Gewalt ist.[103] Im Rahmen der Corona-Pandemie stellt sich aber folgendes Problem: Selbst wenn die Pandemie eine Naturkatastrophe darstellt, beruhen die Betriebsschließungen nur mittelbar auf ihr. Die eigentliche Schließung erfolgt in der Regel aufgrund eines Verwaltungsakts.[104] Dieser wiederrum beruht auf einem politischen Ermessensakt, bestimmte Betriebe oder ganze Branchen in den „Lockdown" zu schicken. Die Rechtsprechung zu Naturkatastrophen kann also nicht uneingeschränkt herangezogen werden.[105]

b) Betriebsrisiko bei behördlichen Maßnahmen

Vielmehr muss mit dem BAG verlangt werden, dass es bei behördlichen Verboten auf die Eigenart des Betriebs ankommt, der Betrieb also eine besondere Risikosphäre darstellt (sog. Betriebsbezug).[106] Ein weiteres Indiz ist, wie kalkulier- und vorhersehbar die behördliche Maßnahme ist.[107]

aa) Vorhersehbarkeit und Kalkulierbarkeit

Da der Betriebsbezug selbst etwas unscharf ist, soll hier zunächst auf die Kriterien „Vorhersehbarkeit" und „Kalkulierbarkeit" eingegangen werden. Im Allgemeinen sind Influenzapandemien wie Corona keine Seltenheit.[108] Bedingt durch die steigende Globalisierung ist eine rasche weltweite Verbreitung der Viren nicht verwunderlich. Auch eine Risikoanalyse des Bundesinnenministeriums prognostizierte eine der Corona-Pandemie ähnliche Pandemie bereits 2013.[109] Zwar ist die starke Beeinflussung des weltweiten Handels und Wirtschaftskreislaufs bislang beispiellos aber aufgrund der weltweiten Verquickung von Industrie und Lieferketten auch nicht völlig unerwartet.[110] Das Risiko von pandemiebedingten Betriebseinschränkungen bis hin zu Schließungen hätte theoretisch versichert oder durch Rücklagen abgefedert werden können.[111] Dieses Argument zeigt aber, dass nahezu alles theoretisch vorhersehbar ist, sofern es versicherbar ist und zumindest ansatzweise denkbar. Die Kriterien Vorhersehbarkeit und Kalkulierbarkeit können die Betriebsrisikolehre kaum sinnvoll eingrenzen.[112]

bb) Betriebsbezug

Da Vorhersehbarkeit und Kalkulierbarkeit als Kriterien nicht ausreichen, muss auf die Eigenart des Betriebes und die Betriebsbezogenheit der Störung zurückgegriffen werden. Insbesondere im Fall von flächendeckenden Betriebsschließungen ganzer Branchen wird in der Literatur vertreten, dass sich hier ein allgemeines betriebsunabhängiges Risiko realisiert.[113] Entscheidend ist aber nicht das Ausmaß der Maßnahmen und die Anzahl der Betroffenen. Vielmehr kommt es auf den Zweck der Verwaltungsakte an. Sie sollen soziale Kontakte auf ein Mindestmaß beschränken, einen exponentiellen Anstieg der Infektionszahlen verhindern und so eine Überlastung der Gesundheitssysteme vermeiden. Die Maßnahmen trafen daher vor allem Betriebe mit hohem Publikumsverkehr und unausweichlichem nahen Kundenkontakt (z.B. Friseurbetriebe, Fitnessstudios). Diese Betriebe leben von möglichst vielen Kunden. Dem Betreiber muss bewusst sein, dass er dadurch riskiert, von infektionsschutzrechtlichen Maßnahmen getroffen zu werden. Das Risiko ist in solchen Betrieben angelegt. Für den Betreiber ist es eine zwar unerwünschte, aber unvermeidbare Nebenwirkung seines Geschäftsmodells.

Die behördlichen Maßnahmen sind in der Regel betriebsbezogen, sodass der Arbeitgeber im Ergebnis das Lohnrisiko trägt. Die Arbeitgeber werden davon auch nicht unangemessen benachteiligt. Sie sind als Adressaten der Maßnahmen im Gegensatz zu den Arbeitnehmern in der Lage, gegen die Schließungen vorzugehen und eine staatliche Entschädigung zu erhalten[114].

cc) Ausnahme Existenzgefährdung?

Nach der Rechtsprechung kann der Arbeitgeber die Entgeltfortzahlung dennoch verweigern, wenn die Auszahlung existenzbedrohend für das ganze Unternehmen wäre.[115] Zwar hat das BAG diese Ausnahme noch nie für einschlägig gehalten, sie wäre aber in der jetzigen Krisensituation durchaus denkbar.[116] Diese Lösung ist aber zurecht hoch umstritten. Zum einen ist sie mit hohen Rechtsunsicherheiten verbunden.[117] Wann ist die Lohnauszahlung wirklich existenzbedrohend? Dass für die Auszahlung finanzielle Mittel der Substanz des Betriebes entnommen werden müssen, genügt nicht.[118] Zum anderen erwirtschaftet der Arbeitgeber als einziger die Früchte des Betriebs. Eine Beteiligung des Arbeitnehmers am Risiko wäre daher unbillig.[119] Zudem kann der Arbeitgeber mittels Kurzarbeit die Hauptlast seiner

[102] BAG, 09.07.2008 – 5 AZR 810/07, NZA 2008, 1407, 1409.
[103] BAG, 09.03.1983 – 4 AZR 301/80, NJW 1983, 2159, juris, Rn 25; BAG, 18.5.1999 – 9 AZR 13/98, NZA 1999, 1166, 1167.
[104] ErfK/*Preis*, § 615 BGB Rn. 132.
[105] Ebd.
[106] Statt vieler BAG v. 30.5.1963 – 5 AZR 282/62, juris, Rn. 8.
[107] vgl. BAG v. 30.5.1963 – 5 AZR 282/62, juris, Rn. 10; BAG 28.9.1972 – 2 AZR 506/71, NJW 1973, 342, 343.
[108] Vgl. die Spanische Grippe (1918-1920), Asiatische Grippe (1957/58), die Hongkong-Grippe (1968) und die „influenza A(H1N1)" (auch bekannt als Schweinegrippe/2009); dazu WHO (Hrsg.) Pandemic Influenza Risk Management (2017), S. 26, abrufbar unter https://www.who.int/publications/i/item/WHO-WHE-IHM-GIP-017-1.
[109] BT-Drs. 17/12051.
[110] Vgl. ErfK/*Preis*, § 615 BGB Rn. 132 h; *Preis/Mazurek/Schmid*, NZA 2020, 1137, 1142.
[111] *Knoch*, RDG 2012, 198, 198f.; ähnl. *Fortmann*, VersR 2020, 1073, 1075 ff., 1082.
[112] *Preis/Mazurek/Schmid,* NZA 2020, 1137, 1142
[113] *Sagan/Brockfeld*, NJW 2020, 1112, 1116; *Bonanni*, ArbRB 2020, 110, 116.
[114] *Preis/Mazurek/Schmid,* NZA 2020, 1137, 1144.
[115] Dazu und im Folgenden: BAG, 30.05.1963 – 5 AZR 282/62, juris; BAG, 28.09.1972 - 2 AZR 506/71, NJW 1973, 342.
[116] *Fischinger/Hengstberger*, NZA 2020, 559, 564; *Dies.* JA 2020, 561, 563; *Fuhlrott/Fischer*, NZA 2020, 345, 348.
[117] *Fischinger/Hengstberger,* JA 2020, 561, 563.
[118] BAG, 28.09.1972 - 2 AZR 506/71, NJW 1973, 342, 343.
[119] Staudinger/*Richardi/Fischinger*, § 615 BGB Rn. 231; BeckOGK/*Bieder*, § 615 BGB Rn. 123; ErfK/*Preis*, § 615 BGB Rn. 126; HWK/*Krause*, § 615 BGB Rn. 120.

Lohnkosten auf die Allgemeinheit verschieben. Ein Grund, den Arbeitgeber durch eine Existenzsicherungsausnahme zu schützen, besteht also gar nicht.[120]

Der Arbeitnehmer hat Anspruch auf Lohnfortzahlung nach § 615 S.3 i.V.m. 615 S. 1 BGB bei behördlichen Betriebsschließungen.

D. Fazit

Die Untersuchungen haben vor allem eins gezeigt: Das deutsche Arbeitsrecht meistert auch eine so außergewöhnliche Situation wie die Corona-Pandemie ohne größere Gesetzesänderungen gut. Kein Arbeitnehmer steht wegen sich widersprechender Normen schutzlos da, aber auch kein Arbeitgeber trägt die volle Last der Leistungsstörungen. Im Allgemeinen lässt sich sagen, dass bei personenbedingten Störungen der staatliche Entschädigungsanspruch nach § 56 I, Ia IfSG greift. § 616 BGB ist für Corona typische langanhaltende Leistungsstörungen nicht gedacht und kommt selten in Betracht. Hierdurch entsteht ein stimmiges Ergebnis. Der Arbeitgeber hat keinerlei Einfluss auf personenbedingte Leistungshindernisse. Er muss also mit Ausnahme des § 3 EFZG auch nicht zahlen. Betrifft die Störung dagegen den ganzen Betrieb, trägt der Arbeitgeber zurecht das Lohnrisiko nach § 615 S. 1, 3 BGB. Er kann vorbeugend Einfluss nehmen oder im Nachhinein den Schaden begrenzen. Auch in Krisenzeiten werden Risiken sinnvoll und gerecht verteilt.

[120] *Fischinger/Hengstberger,* JA 2020, 561, 563; vgl. *Sagan/Brockfeld*, NJW 2020, 1112, 1116; *Preis/Mazurek/Schmid*, NZA 2020, 1137, 1143.

Tarmio Frei*

Minderjährigenschutz unter der DSGVO

Probleme der datenschutzrechtlichen Einwilligung im Rahmen von Diensten der Informationsgesellschaft

A. Einführung

Die Regelungen zum datenschutzrechtlichen Minderjährigenschutz zählen zu den Kerninnovationen der DSGVO.[1] Auch wenn bereits 2010 98 % der 10- bis 18-Jährigen Deutschen das Internet nutzten[2] fanden sich bis dahin weder im BDSG noch innerhalb der EU-DSRL spezifische Regelungen.[3] Der Verankerung eines EU-weiten datenschutzrechtlichen Minderjährigenschutzes durch die DSGVO[4] liegt nach EG 38 S. 1 der Gedanke zugrunde, dass Kinder sich der Risiken, Folgen und Garantien sowie ihrer Rechte bei der Verarbeitung ihrer Daten weniger bewusst sind und daher besonderen Schutz verdienen. Verschärft wird dies durch die Preisgabe personenbezogener Daten auf sozialen Netzwerken, wo sie sich besonders schnell verbreiten.[5] Hinzu kommen geringere geschäftliche Erfahrung, erhöhte Beeinflussbarkeit und wirtschaftliche Relevanz als Zielgruppe, gerade in Bezug auf Apps, soziale Netzwerke oder Online-Spiele,[6] wo es zu umfassender Persönlichkeitsprofilbildung kommen kann.[7] Im Zentrum des datenschutzrechtlichen Minderjährigenschutzes stehen die kontroversen Regelungen zur Einwilligung von Kindern in die Datenverarbeitung.[8] Im Folgenden sollen die Regelungen zur Einwilligung Minderjähriger im Allgemeinen umrissen werden (B.). Anschließend werden die Besonderheiten i.R.v. Diensten der Informationsgesellschaft aufzeigt und Auslegungsvorschläge diskutiert (C.). Sodann sollen die Regelungen kritisch evaluiert werden (D.).

B. Einwilligung Minderjähriger im Allgemeinen

Gem. Art. 5 lit. a ist die DSGVO als Verbot mit Erlaubnisvorbehalt konzipiert, eine Datenverarbeitung mithin nur rechtmäßig, wenn einer der in Art. 6 abschließend genannten Erlaubnistatbestände greift.[9] Die Einwilligung i.S.d. Art. 6 I 1 lit. a steht dabei an erster Stelle und ist von zentraler Bedeutung.[10]

Die Anforderungen folgen aus Art. 4 Nr. 11, Art. 6 I 1 lit. a, Art. 7, 8 und unterscheiden sich online und offline grds. nicht.[11] Die Einwilligung hat gem. Art. 4 Nr. 11 freiwillig, für einen oder mehrere bestimmte Zwecke (Art. 6 I 1 lit a), bezogen auf eine bestimmte Verarbeitung, informiert und durch eine Willensbekundung in Form einer eindeutigen bestätigenden Handlung zu erfolgen.[12] Ein Formerfordernis besteht nicht.[13] Besondere Anforderungen bei der Einwilligung durch Kinder folgen aus dem Merkmal der Informiertheit.

Informiertheit meint, dass dem Betroffenen die Art der zu verarbeitenden Daten, der Verantwortliche, die Dauer und die Modalitäten der Verarbeitung und die damit verfolgten Zwecke bekannt sein müssen.[14] Die Einwilligung muss in voller Kenntnis der Sachlage erteilt werden und ihre Konsequenzen leicht bestimmbar sein.[15] Das Kind muss auf sein Widerrufsrecht nach Art. 7 III 1 hingewiesen werden.[16] Die Information muss gem. EG 58 S. 4 kindgerecht erfolgen.

Die Umsetzbarkeit dieser Vorgaben ist bei komplexen Verarbeitungen indes zweifelhaft. Entsprechende Datenschutzinformationen sind oft äußerst lang und sprachlich anspruchsvoll, sodass sie eine hohe Lesekompetenz abverlangen, generell als schwer verständlich gelten und kaum gelesen werden.[17] Wenn sich also schon Erwachsene der Modalitäten der Verarbeitung oft nicht bewusst sind, wird dies umso mehr auf Kinder zutreffen. Nicht nur ist fraglich, ob über komplexe Verarbeitungen überhaupt so informiert werden kann, dass es für Kinder verständlich bleibt, sondern auch, ob das Kind auch über die ausreichende Einsichtsfähigkeit verfügt, d.h. in der Lage ist, die Bedeutung und Tragweite der Einwilligung zu erfassen.[18] Anders als bei Art. 8 wird die Einsichtsfähigkeit dabei stets im Einzelfall bestimmt, was dem Minderjährigenschutz und dem Erlenen eines selbstbestimmten Umgangs mit den eigenen Daten dient.[19] Indizien für die Einsichtsfähigkeit sind die Fähigkeit zum selbstständigen, verantwortungsbewussten Handeln, sowie wegen Art. 8 III die Regeln zur Geschäftsfähigkeit im BGB.[20] Würde man strenge Anforderungen an die Einsichtsfähigkeit und Informiertheit stellen, bestünde die Gefahr, dass zahlreiche Einwilligungen mangels genauer Kenntnis ihrer Tragweite unwirksam wären. Verantwortliche sind

---

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

1 Vgl. für Art. 8 DSGVO: *Karg*, in: Wolff/Brink (Hrsg.), BeckOK Datenschutzrecht[38], 2021, Art. 8 Rn. 1.1.

2 *BITKOM*, Jugend 2.0, Eine repräsentative Untersuchung zum Internetverhalten von 10- bis 18-Jährigen, 2011, am 07.04.2021, https://t1p.de/jb7g, S. 18, 25.

3 *Gola/Schulz,* ZD 2013, 475 (475).

4 Alle Normen und Erwägungsgründe ohne Bezeichnung sind solche der DSGVO.

5 Entschl. EP v. 6.7.2011 zum Gesamtkonzept für den Datenschutz in der EU (2011/2025 (INI), Punkt M).

6 *Rauda*, MMR 2017, 15 (16); *Heckmann/Paschke*, in: Ehmann/Selmayr (Hrsg.), DS-GVO[2], 2018, Art. 8 Rn. 1.

7 *Gola/Schulz*, ZD 2013, 475 (475).

8 Teilregelungen finden sich zudem in Art. 6, 8, 12, 16, 17, 22, 24, 40, 57; *Joachim*, ZD 2017, 414 (414).

9 EuGH, Urt. v. 11.11.2020 – C-61/19, ZD 2021, 89 Rn. 34.

10 *Ernst*, ZD 2017, 110 (110).

11 Vgl. EG 15.

12 *Conrad/Hausen*, in: Auer-Reinsdorff/Conrad (Hrsg.), Handbuch IT- und Datenschutzrecht[3], 2019, § 36 Rn. 179.

13 *Tinnefeld/Conrad*, ZD 2018, 391 (395).

14 EuGH, Urt. v. 11.11.2020 – C-61/19, ZD 2021, 89 Rn. 40.

15 Ebd.

16 *Tinnefeld/Conrad*, ZD 2018, 391 (394).

17 *Gerpott/Mikolas*, MMR 2021, 936 (937, 941).

18 *Klement*, in: Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmann (Hrsg.), Datenschutzrecht[1], 2019, Art. 8 Rn. 10-12.

19 *Buchner/Kühling*, in: Kühling/Buchner (Hrsg.), DS-GVO BDSG[3], 2020, Art. 8 Rn 3a.

20 Kühling/Buchner/*Buchner/Kühling* Art. 7 Rn. 67-70.

deshalb angehalten, Kinder in besonders einfacher Sprache zu informieren und von einer Verbindung der Einwilligung mit anderen Sachverhalten wie AGBs abzusehen.

Wichtig ist zudem, dass die Einwilligung vor der Verarbeitung erfolgt[21] und ihr Vorliegen dokumentiert wird, Art.7 I.

C. Einwilligung nach Art. 8 DSGVO

I. Allgemeines

Art. 8 statuiert spezifische Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen für die Einwilligung eines Kindes i.R.v. Diensten der Informationsgesellschaft[22] und führt dort zu einer altersbedingten Abstufung des Minderjährigenschutzes mit erhöhten Anforderungen an die Rechtmäßigkeit der Einwilligung.[23]

1. Regelungszweck

Art. 8 ist primär eine Spezialvorschrift zum Schutz vor kindlich unreflektierter und uninformierter Datenpreisgabe bei Angeboten von Diensten der Informationsgesellschaft.[24] Dogmatisch geschieht dies durch Ausformung des Merkmals der Informiertheit.[25] Über den elterlichen Zustimmungsvorbehalt bei Kindern unter 16 Jahren betont die Norm zudem das Sorgerecht[26] und über die Festlegung einer festen Altersgrenze das Anbieterinteresse an Verkehrssicherheit.[27]

2. Systematische Stellung

Für die Auslegung und Anwendung ist die systematische Stellung der Norm bedeutsam. Aus der Nähe zu Art. 7 ergibt sich, dass Art. 8 keine eigene Rechtsgrundlage darstellt, sondern kumulativ zu den allgemeinen Einwilligungsvoraussetzungen hinzutritt.[28] Weiterhin ist die Gesamtkonzeption des Minderjährigenschutzes zu berücksichtigen. Dies betrifft EG 38 S. 2, der den Schutz von Minderjährigen bei der Verarbeitung ihrer Daten für Werbezwecke, die Erstellung von Persönlichkeits- und Nutzerprofilen sowie bei der Nutzung von Diensten, die Kindern direkt angeboten werden, betont und insoweit für eine strenge Auslegung streitet. Ergänzend hinzu treten die Pflicht zur kindegerechten Information (Art. 12 I 1 Hs. 2 iVm EG 58 S. 4), der besondere Löschungsanspruch bei im Kindesalter erteilten Einwilligungen (Art. 17 I lit. f) und die Berücksichtigung der kindlichen Schutzbedürftigkeit bei der Erforderlichkeitsprüfung nach Art. 6 I 1 lit. f.[29] Flankiert werden die Regelungen durch Art. 40 II lit. g, der Verbänden und anderen Vereinigungen das Ausarbeiten von Verhaltensregeln zur Präzisierung der Art und Weise, in der die Einwilligung des Trägers elterlicher Verantwortung für das Kind gem. Art. 8 einzuholen ist, ermöglicht und so zur Lösung von Auslegungsfragen beitragen kann.[30]

3. Unionsgrundrechtliche Vorgaben für die Auslegung

Auch die „multipolare Grundrechtskonstellation“[31] ist auslegungsrelevant. Art. 8 ist im Lichte des umfassenden Datenschutzgrundrechtes aus Art. 8 GRCh (sowie aus Art. 16 I AEUV)[32] und im Kontext des Rechts auf Privatleben aus Art. 7 GRCh zu sehen[33], die beide auch auf den Schutz Minderjähriger gerichtet sind.[34] Art. 8 GRCh weist eine Abwehrfunktion und eine Schutzpflichtdimension auf.[35] Er schützt vor Verarbeitung personenbezogener Daten[36] und entfaltet durch die Gewährung eines Schutzanspruchs mittelbare Drittwirkung im nicht-hoheitlichen Bereich.[37] Er wird ergänzt durch Art. 24 GRCh, der die Rechte und den Schutz des Kindes und die für sein Wohlergehen notwendige Fürsorge als Grundrecht normiert.[38] Dazu gehört die Möglichkeit der Entwicklung und Entfaltung der Persönlichkeit[39], was einen datenschutzrechtlichen Schutz Minderjähriger gerade im Internet erfordert. Aus dem Erziehungsrecht des Art. 14 III GRCh folgt, dass den Eltern die Aufgabe zukommt, die Rechte der Kinder wahrzunehmen.

Der grundrechtliche Bezug verdeutlicht, dass die Norm zugunsten der Minderjährigen streng auszulegen ist.[40]

Eine Grenze statuiert der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, Art. 5 IV EUV, der durch EG 4 S. 2 und 170 S. 2 betont wird. Art. 1 I Alt. 2, EG 2-4 betonen zudem das Ziel des freien Datenverkehrs, des wirtschaftlichen Fortschritts und der unternehmerischen Freiheit, was verdeutlicht, dass die Auslegung nicht isoliert zugunsten des Minderjährigenschutzes vorzunehmen ist, sondern auch das Verkehrsinteresse der Anbieter zu berücksichtigen ist.

II. Tatbestandsvoraussetzungen (Abs. 1)

1. Kind

Art. 8 setzt voraus, dass der Betroffene ein Kind ist, ohne eine Definition vorzugeben.[41] Wegen Art. 24 I 1 GRCh i.V.m. Art. 1 UN-KRK ist jedoch davon auszugehen, dass alle unter 18-Jährigen Kinder i.S.d. Norm sind.[42]

---

21 Kühling/Buchner/*Buchner/Kühling* Art. 7 Rn. 30.
22 Vgl. *Schulz*, in: Gola (Hrsg.), DS-GVO[2], 2018, Art. 8 Rn. 1; Es handelt sich um eine Ausnahme des Grundsatzes der Technologieneutralität (EG 15).
23 Ehmann/Selmayr/*Heckmann/Paschke* Art. 8 Rn. 1; Kühling/Buchner/*Buchner/Kühling* Art. 8 Rn. 3.
24 Ehmann/Selmayr/*Heckmann/Paschke* Art. 8 Rn. 1.
25 BeckOK-DatenschutzR/*Karg* Art. 8 Rn. 8a; **aA**: Simitis/Hornung/Spiecker/*Klement* Art. 8 Rn. 2.
26 BeckOK-DatenschutzR/*Karg* Art. 8 Rn. 10.
27 Simitis/Hornung/Spiecker/*Klement* Art. 8 Rn. 5.
28 *Eichfeld/Hagen/James/James*, in: Leupold/Wiebe/Glossner (Hrsg.), Münchener Anwaltshandbuch IT-Recht[4], 2021, Teil 15.3 Rn. 80.
29 *Steinrötter*, in: Borges/Hilber (Hrsg.), BeckOK IT-Recht[4], 2021, Art. 8 Rn. 2.
30 *Joachim*, ZD 2017, 414 (417).
31 Kühling/Buchner/*Buchner/Kühling* Art. 8 Rn. 10.
32 Dies folgt aus Art. 1 II iVm EG 1; zum Verhältnis zw. Art. 8 GRCh und Art. 16 I AEUV: *Sydow*, in: Sydow (Hrsg.), Europäische Datenschutzgrundverordnung[2], 2018, Einleitung Rn. 7.
33 Zum Verhältnis zw. Art. 8 und 7 GRCh: *Wolff*, in: Pechstein/Nowak/Häde (Hrsg.), Frankfurter Kommentar zu EUV, GRC und AEUV[1], 2017, Art. 8 GRC Rn. 3 f.
34 Kühling/Buchner/*Buchner/Kühling* Art. 8 Rn. 10.
35 Frankfurter Kommentar/*Wolff* Art. 8 GRC Rn. 15.
36 *Jarass*, in: Jarass (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union[4], 2021, Art. 8 Rn. 9.
37 Sydow/*Sydow* Rn. 15.
38 *Roßnagel*, ZD 2020, 88 (89).
39 Ebd.
40 Kühling/Buchner/*Buchner/Kühling* Art. 8 Rn. 10.
41 Ehmann/Selmayr/*Heckmann/Paschke* Art. 8 Rn. 16.
42 Simitis/Hornung/Spiecker/*Klement* Art. 8 Rn. 13.

2. Dienst der Informationsgesellschaft

In sachlicher Hinsicht ist ein Angebot von Diensten der Informationsgesellschaft, das einem Kind direkt gemacht wird, notwendig.

Gem. Art. 4 Nr. 25 DSGVO i.V.m. Art. 1 Nr. 1 lit. b RL(EU) 2015/1535 ist ein Dienst der Informationsgesellschaft jede i.d.R. gegen Entgelt elektronisch im Fernabsatz und auf individuellen Abruf eines Empfängers erbrachte Dienstleistung.[43] Erfasst werden grds. alle Online-Dienstleistungen[44] und nachgelagerte Datenverarbeitungen auf Basis eines elektronischen Nutzerprofils (z.B. personalisierte Werbung).[45]

Wann das Angebot dem Kind *direkt* gemacht wird, ist strittig. Grammatikalisch lässt sich der Wortlaut so auslegen, dass sich das Angebot *spezifisch* an Kinder richten muss.[46] Direkt kann man aber auch als *unmittelbar* dem Kind angebotendeuten, d.h. als Angebot, für dessen Abwicklung es nicht der Einschaltung der Erziehungsberechtigten bedarf.[47]

Jedenfalls umfasst sind Angebote, die sich aus Sicht eines objektiven Angebotsempfängers gerade an Kinder richten,[48] wie kindgerechte Online-Spiele oder soziale Netzwerke für Kinder.[49] Allgemeine Indizien sind die Art der Dienstleistung, kindgerechte Aufmachung, oder gezielte Werbung ggü. Kindern.[50]

Unklarheiten bestehen bei Angeboten, die sich nicht nur, aber auch an Kinder richten (dual use-Angebote).[51] Darunter fallen Gewinnspiele, Bildungsangebote oder soziale Netzwerke.[52] Zwecks umfassenden Minderjährigenschutzes und intensiver Nutzung dieser Dienste durch Kinder müssen aber auch diese erfasst sein.[53]

Fraglich ist, ob unter Art. 8 I auch Angebote fallen, die Kindern faktisch offenstehen, sich aber primär an Erwachsene richten. Dies beträfe etwa manche Online-Nachrichtenzeitschriften.[54] Dagegen spricht, dass so fast alle Internetangebote erfasst würden, was bei strengen Anforderungen an die Nachweisobliegenheit des Abs. 2 unverhältnismäßig sein könnte.[55] Daher ließe sich fordern, dass das Angebot zumindest auch das Interesse von Kindern wecken und diese ansprechen solle.[56] Eine Abgrenzung ist aber kaum trennscharf möglich, da die Interessen von Kindern unterschiedlich sind.[57] Selbst, wenn nur wenige Kinder die Angebote nutzen würden, bleibt das Risiko der Datenverarbeitung für das einzelne Kind gleich. Im Sinne des Minderjährigenschutzes kann deshalb für ein direktes Angebot nur verlangt werden, dass Kinder die Angebote sinnvoll nutzen können.[58]

Unter Verweis auf den gewöhnlichen Sprachgebrauch des Begriffs *direkt* könnte man aber für den Ausschluss von Angeboten plädieren, die sich explizit an Erwachsene richten.[59] Grammatikalisch ist aber – wie erörtert – auch eine Auslegung i.S.v. *unmittelbar* möglich. Dafür spricht in systematischer Hinsicht EG 38 S. 3, der im gleichen Kontext hinsichtlich Präventions- und Beratungsdiensten darauf abstellt, ob sie einem Kind *unmittelbar* angeboten werden.[60] Dies gilt insbesondere im Vergleich mit Art. 12 I 1 der im Vergleich mit einem *direkten* Angebot die deutlich strengere Formulierung „speziell an Kinder richten" verwendet.[61] Teleologisch spricht für die weite Auslegung zudem, dass andernfalls durch das formale Aufstellen einer Altersgrenze, etwa in den AGB, die Pflichten aus Art. 8 umgangen werden könnten.[62] Würde man Angebote ausklammern, die sich nur an Erwachsene richten, würde man zudem die Bereiche Datenschutz und Jugendmedienschutz vermischen. Während das Datenschutzrecht den Schutz natürlicher Personen und ihrer Persönlichkeitsrechte bei der Verarbeitung ihrer Daten zum Gegenstand hat,[63] schützt der Jugendmedienschutz Minderjährige vor Gefahren in Medien, die zu einer sozialethischen Desorientierung oder Entwicklungsbeeinträchtigung führen können.[64] Letzteres bezieht sich nicht auf die Verarbeitung, sondern die konsumierten Inhalte. Für die datenschutzrechtliche Gefährdungslage von Kindern ist die Zielrichtung des Angebotsinhalts also egal. Maßgeblich ist allein das mit der Verarbeitung verbundene Risiko für den Schutz ihrer personenbezogenen Daten, das auch dann besteht, wenn sich das Angebot nur an Erwachsene richtet, von Kindern aber faktisch genutzt werden kann.

Der deutsche Gesetzgeber scheint sich dem anzuschließen, was im Regierungsentwurf zur JuSchG-Novelle deutlich wird. § 24a II Nr. 4 JuSchG sieht neuerdings technische Mittel zur Altersverifikation für nutzergenerierte audiovisuelle Inhalte ab 18 Jahren vor. In der Begründung heißt es, dass die Pflicht aus dem JuSchG mit der aus Art. 8 II korrespondiere und daher kein zusätzlicher Aufwand seitens der Anbieter anfiele.[65] Dieser Aussage liegt als logische Prämisse die Anwendbarkeit des Art. 8 bei Erwachsenenangeboten zugrunde.

Damit werden Angebote *direkt* Kindern ggü. gemacht, wenn ein Kind den angebotenen Dienst ohne Einschaltung einer weiteren Person sinnvoll nutzen kann.[66] Nicht umfasst ist

43 *v. d. Bussche*, in: v.d. Bussche/Voigt (Hrsg.), Konzerndatenschutz[2], 2019, Teil 3 Kap. 3 Rn. 25.
44 Vgl. *Wolff,* in: Schantz/Wolff (Hrsg.), Das neue Datenschutzrecht[3], 2017, Rn. 479.
45 Gola/*Schulz* Art. 8 Rn. 13.
46 *Dienst*, in: Rücker/Kugler (Hrsg.), New European General Data Protection Regulation[1], 2018, Rn. 463.
47 Kühling/Buchner/*Buchner/Kühling* Art. 8 Rn. 17 f.
48 BeckOK-DatenschutzR/*Karg* Art. 8 Rn. 49; *Greve*, in: Eßer/Kramer/von Lewinski (Hrsg.), Auerhammer DSGVO/BDSG[7], 2020, Art. 8 Rn. 8.
49 Ebd.
50 Schantz/Wolff/*Wolff* Rn. 479.
51 Gola/*Schulz* Art. 8 Rn. 15.
52 *Frenzel*, in: Paal/Pauly (Hrsg.), DS-GVO BDSG[3], 2021, Art. 8 Rn. 7.
53 Ebd; Auerhammer/*Greve*, Art. 8 Rn. 9; Spindler/Schuster/*Spindler/Dalby*, in Spindler/Schuster (Hrsg.), Recht der elektronischen Medien[4], 2019, Art. 8 Rn. 6.
54 Vgl. *Taeger*, in: Taeger/Gabel (Hrsg.), DSGVO – BDSG – TTDSG[4], 2022, Art. 8 Rn. 20.
55 Ebd.
56 v.d. Bussche/Voigt/*v. d. Bussche* Teil 3 Kap. 3 Rn. 25.
57 Vgl. Auerhammer/*Greve*, Art. 8 Rn. 9.
58 Vgl. BeckOK-DatenschutzR/*Karg* Art. 8 Rn. 51, 52.2.
59 So etwa Paal/Pauly/*Frenzel* Art. 8 Rn. 7; Auerhammer/*Greve* Art. 8 Rn. 9; *Schwartmann/Hilgert*, in: Schwartmann/Jaspers/Thüsing/Kugelmann, DS-GVO/BDSG[2], 2020, Art. 8 Rn. 34.
60 Kühling/Buchner/*Buchner/Kühling*, Art. 8 Rn. 17.
61 Ebd.
62 Ebd.
63 Taeger/Gabel/*Schmidt* Art. 1 Rn. 7.
64 *Liesching*, in: Liesching (Hrsg.), Jugendschutzgesetz[2], 2018, Einleitung Rn. 2.
65 BT-Drs. 618/20, S. 73, 35.
66 Kühling/Buchner/*Buchner/Kühling* Art. 8 Rn. 18.

damit der Fernabsatzbereich, der aus Gründen der Geschäftsfähigkeit nur von Erwachsenen sinnvoll genutzt werden kann.[67]

Für die Nachweisobliegenheit werden i.Ü. nur „angemessene Anstrengungen" verlangt, sodass Bedenken bzgl. der Verhältnismäßigkeit entgegengehalten werden kann, dass bei Verarbeitungen mit geringem Risiko auch geringere Anstrengungen nötig sind.

3. Altersgrenze

Gem. Art. 8 I 2 ist die Einwilligung des Kindes nur wirksam, wenn das Kind das 16. Lebensjahr vollendet hat oder soweit die Einwilligung durch den Träger der elterlichen Verantwortung für das Kind oder mit dessen Zustimmung erteilt wird.

Die Spezifizierungsklausel in Art. 8 I UAbs. 2 erlaubt den Mitgliedstaaten die Herabsetzung der Altersgrenze bis auf die Vollendung des 13. Lebensjahres.[68] Deutschland hat hiervon keinen Gebrauch gemacht.[69] Insoweit gibt es keine EU-weite Harmonisierung bzgl. der 13- bis 16-Jährigen.[70] Bei grenzüberschreitenden Angeboten stellt sich somit die Frage, welche nationale Altersgrenze gilt.

a.) Art. 3 (analog)

Dies könnte sich zunächst nach der allgemeinen Kollisionsnorm in Art. 3 richten.[71] Art. 3 I regelt die internationale Anwendbarkeit der DSGVO und knüpft primär an einen Sitz oder eine Niederlassung des Verantwortlichen in der EU (Art. 3 I) bzw. subsidiär an das Marktortprinzip (Art. 3 II).[72]

Während Art. 3 unstreitig eine Gesamtkollision für die DSGVO darstellt, ist fraglich, ob es sich bei der Norm auch um eine Binnenkollisionsnorm für das i.R.d. Art. 8 I UAbs. 2 anwendbare nationale Recht handelt. Dem klaren Wortlaut nach regelt Art. 3 nur den räumlichen Anwendungsbereich der DSGVO, trifft aber keine Aussage zu den Spezifizierungsklauseln, sodass allenfalls eine analoge Anwendung als Binnenkollisionsnorm in Betracht kommt.[73] Erforderlich sind eine vergleichbare Interessenlage sowie eine planwidrige Regelungslücke.

Für erstere wird insb. ein Erst-Recht-Schluss angeführt: Wenn sich schon die Anwendbarkeit der DSGVO nach dem Sitzland- bzw. Marktortprinzip richtet, müsse dies a maiore ad minus für das im Rahmen der Spezifizierungsklauseln der DSGVO geltende nationale Recht gelten.[74] Art. 3 sei zudem als abschließende Kollisionsnorm der DSGVO zu verstehen, die als lex specialis einen Rückgriff, insb. auf zivilrechtliche Kollisionsnormen, verbiete.[75]

Selbst wenn man demnach eine vergleichbare Interessenlage annimmt, fehlt es indes an einer planwidrigen Regelungslücke.[76] Eine solche würde voraussetzen, dass der Verordnungsgeber die Regelungsbedürftigkeit des Binnenkollisionsrechts der DSGVO übersehen hätte oder es sich beim Wortlaut von Art. 3 um ein Redaktionsversehen handelt.[77] Zwar finden sich in den EG 22-24 nur Bemerkungen zum Gesamt-, nicht zum Binnenkollisionsrecht der DSGVO, jedoch enthielten neben der Endfassung auch die Vorentwürfe der DSGVO bereits diverse Spezifizierungsklauseln, wobei Art. 3 in seinem Wortlaut seit dem ersten Kommissionsentwurf nahezu unverändert blieb.[78] Die Verordnungshistorie zeigt damit, dass sich der Gesetzgeber bewusst gegen eine Regelung des Binnenkollisionsrechts innerhalb der DSGVO durch Art. 3 entscheiden hat.[79]

b.) Anwendung der Rom I-VO

Das Binnenkollisionsrecht i.R.d. Spezifizierungsklausel des Art. 8 I UAbs. 2 könnte sich stattdessen nach der Rom I-VO richten. Zwar gilt sie gem. Art. 1 I Rom I-VO nur für vertragliche Schuldverhältnisse. Dieser Begriff ist jedoch weit auszulegen und meint eine privatautonome, freiwillige Selbstbindung, worunter auch die datenschutzrechtliche Einwilligung fällt.[80] Damit ist die Rom I-VO anwendbar. Da Kinder i.d.R. nicht in Ausübung ihrer beruflichen/gewerblichen Tätigkeit handeln, sondern als Verbraucher, bestimmt sich das anwendbare Recht grds. gem. Art. 6 I Rom I-VO nach dem gewöhnlichen Aufenthaltsort des Kindes,[81] vorausgesetzt der Verantwortliche hat den Dienst in irgendeiner Weise auf den Mitgliedstaat ausgerichtet (vgl. Art. 6 I lit. b Rom I-VO). Hat er dies nicht, kommt die Auffangregel des Art. 4 I lit. b Rom I-VO für Dienstleistungsverträge zur Anwendung.[82] Der Dienstleistungsbegriff ist weit auszulegen und erfasst jeden nicht zwingend entgeltlichen Vertrag, der auf die Erbringung einer Tätigkeit gerichtet ist und erfasst die meisten Dienste der Informationsgesellschaft.[83] Danach unterliegt die für Art. 8 maßgebliche Altersgrenze dem Recht des Staates, in dem der Dienstleister den gewöhnlichen Aufenthalt hat.

Probleme entstehen, wenn ein Anbieter aus einem EU-Drittstaat seinen Dienst nur auf Kinder innerhalb eines bestimmten Mitgliedstaates ausrichtet, der Dienst aber auch von Kindern aus anderen Mitgliedstaaten genutzt wird. Gem. Art. 3 II lit. a wäre die DSGVO an sich anwendbar, nicht jedoch die Spezifizierungsklausel in Art. 8 I UAbs. 2, die ausweislich des Wortlauts nur für Mitgliedstaaten gilt. Es

---

67 Gola/*Schulz* Art. 8 Rn. 16.

68 Eine Altersgrenze von 13 Jahren entspräche den Regelungen im kalifornischen Children's Online Privacy Protection Act of 1998, 15 U. S. C. § 6501(1).

69 *Lauber-Rönsberg*, in: Specht/Mantz (Hrsg.)[1], Handbuch Europäisches und deutsches Datenschutzrecht, 2019, § 4 Rn. 80.

70 Kühling/Buchner/*Buchner/Kühling* Art. 8 Rn. 22.

71 So BeckOK-DatenschutzR/*Karg* Art. 8 Rn. 21; *Jotzo*, in: Jotzo, Der Schutz personenbezogener Daten in der Cloud[2], 2020, Teil 5 Rn. 242-247.

72 Vgl. BeckOK-DatenschutzR/*Hanloser* Art. 3 Rn. 2 f.

73 Ehmann/Selmayr/*Zerdick* Art. 3 Rn. 7; Gola/*Piltz* Art. 3 Rn. 5; Kühling/Buchner/*Klar* Art. 3 Rn. 107.

74 Vgl. BeckOK-DatenschutzR/*Karg* Art. 8 Rn. 21.

75 BeckOK-DatenschutzR/*Karg* Art. 8 Rn. 24; vgl. Jotzo/*Jotzo*, Teil 5 Rn. 242, 247.

76 *Laue*, ZD 2016, 463 (464).

77 Ebd.

78 Ebd.

79 Ebd.

80 Ebd.

81 So Auerhammer/*Greve* Art. 8 Rn. 22; Simitis/Hornung/Spiecker/*Klement* Art. 8 Rn. 23; Schantz/Wolff/*Wolff* Rn. 482; *Laue*, ZD 2016, 463 (466).

82 Simitis/Hornung/Spiecker/*Klement* Art. 8 Rn. 23.

83 Vgl. *Laue*, ZD 2016, 463 (466).

kommt also nicht gem. Art. 8I UAbs. 2 i.V.m. Art. 4 I lit. b Rom I-VO das Recht des Drittstaaten zur Anwendung, sondern die Altersgrenze von 16-Jahren gem. Art. 8 I UAbs. 1.[84]

c.) Ergebnis

Damit ist die Einwilligung eines Kindes gem. Art. 8 I ohne Mitwirkung der Träger der elterlichen Verantwortung nur rechtmäßig, wenn das Kind das 16. Lebensjahr vollendet, oder die niedrigere gem. Art. 8 I UAbs. 2 i.V.m der Rom I-VO maßgebliche Altersgrenze von mind. 13 Jahren erreicht hat.

4. Einsichtsfähigkeit?

Ist dies der Fall, ist fraglich, ob zusätzlich individuelle Einwilligungsfähigkeit vorliegen muss. Dies wäre nicht der Fall, wenn Art. 8 die Einwilligungsfähigkeit fingiert.

Hiergegen ließe sich einwenden, dass Art. 8 die Einwilligungsfähigkeit ergänzt, nicht ersetzt.[85] Allerdings ist das Internet von system-inhärenter Anonymität geprägt, sodass die konkrete Einsichtsfähigkeit kaum festzustellen ist.[86] Zugunsten der Rechtssicherheit und des gesellschaftlichen Interesses am internetbasierten Informationsaustausch ist daher anzunehmen, dass Art. 8 anstelle der Prüfung der Einsichtsfähigkeit tritt.[87] Es handelt sich um eine Fiktion oder unwiderlegliche Vermutung der Einsichtsfähigkeit.[88]

5. Einwilligung oder Zustimmung durch die Träger der elterlichen Verantwortung

Hat das Kind die Altersgrenze nicht erreicht, ist gem. Art. 8 I UAbs. 1 S. 2 eine Einwilligung durch den Träger der elterlichen Verantwortung oder mit dessen Zustimmung erforderlich.

Träger der elterlichen Verantwortung sind entsprechend den nationalen für Rechtsgeschäfte geltenden Vorschriften[89] i.d.R. die Eltern (§§ 1626, 1629 BGB), die das Kind gem. § 1629 I 2 BGB gemeinschaftlich vertreten, wobei auch ein Elternteil durch das andere zur Vertretung des gemeinsamen Kinds ermächtigt werden kann.[90]

Wenn der Träger elterlicher Verantwortung gem. Art. 8 I UAbs. 1 S. 2 Alt. 1 für das Kind einwilligt, liegt darin wg. der Höchstpersönlichkeit des Rechtsguts und dem Gewährleistungsgehalt des Art. 8 GRCh keine freie Verfügungsbefugnis über die Daten des Kindes; die Einwilligung darf nur im Interesse des Kindes erfolgen.[91] Verantwortliche können dies kaum prüfen, sodass die Pflicht aus Verkehrsschutzgründen nur im Innenverhältnis besteht, ein Mangel also nicht zur Unwirksamkeit führt.[92]

Die Voraussetzung der Zustimmung gem. Art. 8 I UAbs. 1 S. 2 Alt. 2 sind nicht geregelt. Entgegen der deutschen Terminologie, nachdem die vorherige und die nachträgliche Zustimmung, §§ 183 S. 1, 184 I BGB, umfasst wären, ist hier die vorherige Zustimmung maßgeblich.[93] Da der Verantwortliche diese nach Abs. 2 prüfen muss, hat diese im Außenverhältnis zu erfolgen.[94] Auch wenn keine Formvorgaben bestehen,[95] dürfte entspr. EG 32 S. 1 eine eindeutige bestätigende Handlung für den konkreten Fall in informierter und unmissverständlicher Weise nötig sein.

Die Mitwirkung der Eltern ist wg. einer teleologischen Reduktion des Art. 8, deren Notwendigkeit sich aus EG 38 S. 3 ergibt, bei Präventions- oder Beratungsdiensten, die unmittelbar dem Kind angeboten werden, nicht erforderlich.[96]

III. Nachweisobliegenheit (Abs. 2)

Nach Art. 8 II muss der Verantwortliche unter Berücksichtigung der verfügbaren Technik angemessene Anstrengungen unternehmen, um zu prüfen, dass die Einwilligung durch die Eltern für das Kind oder mit dessen Zustimmung erteilt wurde. Dabei handelt es sich zwar nicht um eine Wirksamkeitsvoraussetzung der Einwilligung[97], aber um eine nach Art 83 IV lit. a bußgeldbewährte Obliegenheit. Die praktische Umsetzung dieser Vorgabe stellt Verantwortliche vor enorme Herausforderungen, da sie keine eindeutige Regel trifft und kein gängiger Standard zur Altersverifikation im Internet existiert.[98]

Der Wortlaut *angemessene Anstrengungen* stellt klar, dass die Maßnahme nicht abstrakt-generell zu beurteilen ist, sondern sich die Anforderungen im Einzelfall aus der Abwägung von Art, Umfang, Bedeutung und Risiko der Datenverarbeitung mit dem finanziellem und organisatorischem Aufwand des Verantwortlichen ergeben.[99] Seitens des Verantwortlichen sind insb. die Grundrechte aus Art. 15-17 GRCh zu beachten.[100] Es handelt sich um einen Ausdruck des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, der den Verantwortlichen vor wirtschaftlich unzumutbaren Maßnahmen schützt.[101]

---

84 Ebd.; Simitis/Hornung/Spiecker/*Klement* Art. 8 Rn. 23.

85 *Steinrötter*, in: BeckOK-IT-Recht[1], 2020, Art. 8 Rn. 1; *Joachim*, ZD 2017, 414 (415).

86 Simitis/Hornung/Spiecker/*Klement* Art. 8 Rn. 5.

87 *Roßnagel*, ZD 2020, 88 (89); Simitis/Hornung/Spiecker/*Klement* Art. 8 Rn. 5; Kühling/Buchner/*Buchner/Kühling* Art. 8 Rn. 19; Paal/Pauly/*Frenzel* Art. 8 Rn. 9.

88 Kühling/Buchner/*Buchner/Kühling* Art. 8 Rn. 19; Ehmann/Selmayr/*Heckmann/Paschke* Art. 8 Rn. 4; **aA:** BeckOK-DatenschutzR/*Karg* Art. 8 Rn. 40, der eine widerlegbare Regelvermutung annimmt.

89 Simitis/Hornung/Spiecker/*Klement* Art. 8 Rn. 25.

90 Jauernig/*Budzikiewicz*, § 1629 Rn. 2.

91 Ehmann/Selmayr/*Heckmann/Paschke* Art. 8 Rn. 28; *Schwartmann/Hilgert*, in: Schwartmann/Jaspers/Thüsing/Kugelmann, DS-GVO/BDSG, 2020[2], Art. 8 Rn. 37.

92 Simitis/Hornung/Spiecker/*Klement* Art. 8 Rn. 27.

93 Schwartmann/Jaspers/Thüsing/Kugelmann/*Schwartmann/Hilgert* Art. 8 Rn. 38.

94 **aA:** Simitis/Hornung/Spiecker/*Klement* Art. 8 Rn. 26.

95 *Plath*, in: Plath (Hrsg.), DSGVO/BDSG[3], 2018 Art. 8 Rn. 9; **aA:** Simitis/Hornung/Spiecker/*Klement* Art. 8 Rn. 26.

96 Vgl. *Kress/Nagel*, CRi 2017, 6 (8); **aA:** Kühling/Buchner/*Buchner/Kühling* Art. 8 Rn. 14.

97 Ehmann/Selmayr/*Heckmann/Paschke* Art. 8 Rn. 36.

98 Vgl. *Wilmer*, in: Jandt/Steidle, Datenschutz im Internet[1], 2018, B. II. Rn. 100.

99 Schwartmann/Jaspers/Thüsing/Kugelmann/*Schwartmann/Hilgert* Art. 8 Rn. 54.

100 Auerhammer/*Greve* Art. 8 Rn. 19.

101 Ebd.; Taeger/Gabel/*Taeger* Art. 8 Rn. 37.

Zu dem Spannungsverhältnis zwischen Verkehrsschutz und Minderjährigenschutz tritt der Grundsatz der Datenminimierung aus Art. 5 I lit. c hinzu, wonach die Verarbeitung auf das für den Verarbeitungszweck notwendige Maß beschränkt sein muss.[102]

Diesen Maßstab zugrunde gelegt werden nachfolgend die wichtigsten Maßnahmen dargestellt und evaluiert, in welchen Konstellationen sie den Anforderungen des Abs. 2 entsprechen könnten.

1. Übertragung von Jugendschutzrechtsvorgaben

In Betracht kommt zunächst eine Übertragung jugendschutzrechtlicher Vorgaben für pornographische Angebotsinhalte gem. § 4 II 2 JMStV. Diese sind nur zulässig, wenn der auf erwachsene Nutzer beschränkte Zugang sichergestellt ist. Die Sicherstellung der geschlossenen Benutzergruppe erfolgt durch Altersverifikationssysteme („AVS"). Der BGH stellt strenge Anforderungen und spricht von einer „effektiven Barriere", die vorliegt, wenn einfache, naheliegende und offensichtliche Umgehungsmöglichkeiten ausgeschlossen sind.[103] Dies ist etwa bei der Angabe einer Personalausweis-/Reisepassnummer und des Ausstellungsorts des Dokuments sowie der Angabe von Name, Adresse und einer Kreditkartennummer/Bankverbindung für eine Überweisung nicht der Fall, da Kinder die Ausweisdokumente anderer nutzen könnten und teils eigene Konten besitzen.[104] Erforderlich ist vielmehr ein zweistufiges System, wonach erst eine persönliche Identifizierung, etwa via Post-Ident durch einen Postzusteller, stattfindet und sodann auf der zweiten Stufe eine erneute Authentifizierung bei jedem Abruf erfolgt, z.B. mit einem USB-Stick als Hardware-Schlüssel in Kombination mit einer persönlichen PIN.[105]

Auch § 24a II Nr. 4 JuSchG regelt eine technische Altersverifikation im Hinblick auf audiovisuelle Inhalte ab 18 Jahren. Die Norm korrespondiere dem deutschen Gesetzgeber zufolge mit der Pflicht aus Art. 8 II derart, dass keine Mehrkosten anfielen, sodass man annehmen könnte, dass § 24a II Nr. 4 JuSchG keine strengeren Vorgaben als Art. 8 II statuiert.[106] Da der Begriff Altersverifikation im deutschen Recht hauptsächlich im Kontext der AVS iSd § 4 II 2 JMStV genutzt wird[107], ließe sich annehmen, dass sich die Pflichten aus § 4 II 2 JMStV auf § 24a JuSchG und nach Ansicht des Gesetzgebers auf Art. 8 II übertragen ließen. Allerdings setzt § 24a JuSchG die AVMD-RL um, aus welcher der deutsche Gesetzgeber den Begriff Altersverifikation übernommen hat, ohne die Verwechslungsgefahr mit der gebräuchlichen deutschen Terminologie zu § 4 II 2 JMStV zu bedenken.[108] Es handelt sich um ein Versehen des Gesetzgebers,[109] sodass die Argumentation verfehlt ist.

Eine pauschale Übertragung der Vorgaben aus dem JMStV verbietet sich auch aus anderen Gründen. Erstens sind mit den zweistufigen AVS hohe Kosten verbunden, die bei dem weiten Anwendungsbereich des Art. 8 i.d.R. eine unverhältnismäßige Belastung darstellen.[110] Zweitens sollte die Angemessenheit der Maßnahme im Kontext des Mediums zu sehen sein, das gerade davon charakterisiert wird, dass Inhalte ortsunabhängig verfügbar gemacht werden können.[111] Die Zustimmung sollte von überall aus und ohne Medienbruch möglich sein.[112]

2. Weitere Maßnahmen

Es gibt jedoch zahlreiche andere Optionen, zur Erfüllung der Nachweisobliegenheit.

a.) Erklärung des Kindes und Double-Opt-In

Auch wenn die bloße Erklärung des Kindes, dass die Eltern zugestimmt hätten, aus Datensparsamkeitsgründen z.T. als ausreichend erachtet wird,[113] ist hiervon abzuraten. Das bloße Häkchen-Setzen wäre identisch mit der ohnehin nötigen Erklärung des Vorliegens einer solchen Einwilligung und kann daher keine zusätzliche „Anstrengung" konstituieren, zumal ein immenses Umgehungsrisiko besteht.[114]

Aus diesem Grund wird in der Literatur vielfach ein Double-Opt-In-Verfahren (DOI), angelehnt an die Parallelvorschrift zu Art. 8 im US-amerikanischen COPPA, befürwortet.[115] Dort normiert § 312.5 (b) (2) (vi), dass eine Einwilligung per E-Mail, verknüpft mit zusätzlichen Schritten, wie einer Bestätigungsmail, einem -brief oder -anruf der Eltern, möglich ist. Ähnlich hierzu wird iRd Art. 8 II vorgeschlagen, ein DOI zu implementieren, wonach das Kind auf der ersten Stufe nach dem Alter und bei Unterschreiten der Altersgrenze zur alleinigen Einwilligung auf einer zweiten Stufe nach der E-Mail der Eltern gefragt wird, denen sodann eine E-Mail mit einem Bestätigungslink übermittelt wird, auf den diese zur Autorisierung der Datenverarbeitung aktiv klicken müssen.[116] Folgt man der hier vertretenen Rechtsauffassung, dass sich das anwendbare nationale Recht im Hinblick auf die Öffnungsklausel in Abs. 1 UAbs. 2 nach der Rom I-VO richtet, ist im Rahmen der ersten Stufe zudem in Erfahrung zu bringen, wo das Kind seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, um die einschlägige Altersgrenze zu ermitteln.[117]

Der Vorteil des DOI besteht darin, dass eine Einwilligung unkompliziert, ohne Medienbruch und auch von unterwegs erteilt werden kann und keine Unannehmlichkeiten für die Eltern und das Kind entstehen. Zugleich hält sich der Aufwand für die Verantwortlichen in Grenzen. Allerdings

[102] Auerhammer/*Greve* Art. 8 Rn. 19.
[103] BGH Urt. v. 18.10.2007 – I ZR 102/05, ZUM 2008, 511 (513f.).
[104] Ebd.
[105] Ebd.
[106] BT-Drs. 618/20 S. 35, 73.
[107] *Hilgert/Sümmermann*, MMR 2020, 301 (304).
[108] Ebd.
[109] Ebd.
[110] Vgl. Auer-Reinsdorff/Conrad/*Conrad/Hausen* § 36 Rn. 207.
[111] *Rauda*, MMR 2017, 15 (19).
[112] Ebd.
[113] Plath/*Plath* Art. 8 Rn. 11; differenzierend: Auerhammer/*Greve* Art. 8 Rn. 19.
[114] Kühling/Buchner/*Buchner/Kühling* Art. 8 Rn. 23; Rücker/Kugler/*Dienst* Rn. 468; *Taeger*, ZD 2021, 505 (505); Ehmann/Selmayr/*Heckmann/Paschke* Art. 8 Rn. 37.
[115] Ehmann/Selmayr/*Heckmann/Paschke* Art. 8 Rn. 37; Gola/*Schulz* Art. 8 Rn. 20 f.; Kühling/Buchner/*Buchner/Kühling* Art. 8 Rn. 24.
[116] Gola/*Schulz* Art. 8 Rn. 22.
[117] Vgl. Rücker/Kugler/*Dienst* Rn. 466.

eröffnet auch das DOI Umgehungspotential, da Kinder ein vorgebliches E-Mail-Konto der Eltern anlegen und den Prozess so umgehen könnten.[118]

Ein gewisses Umgehungsrisiko ist jedoch bei dem kooperativen Szenario des Art. 8 unumgänglich und unter Betonung der Erziehungsverantwortung der Eltern und des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes hinzunehmen.[119] Strengere Maßnahmen wie Post-Ident oder Video-Ident sind mit immensem Kosten- und z.T. Personalaufwand verbunden, der für kleine und mittlere Unternehmen unzumutbar ist, soweit mit der Verarbeitung kein besonderes Risiko für das Kind verbunden ist.[120] Zwar ließe sich entgegenhalten, dass dem Schutz der Persönlichkeitsrechte des Kindes wegen EG 38 i.R.d. Verhältnismäßigkeit überragende Bedeutung zukäme und das Missbrauchspotential beim DOI somit nicht durch unzumutbare Kosten zu rechtfertigen sei.[121] Dabei wird aber übersehen, dass die DSGVO ebenfalls den freien Verkehr personenbezogener Daten und den wirtschaftlichen Fortschritt in besonderen Fokus nimmt, sodass sich teleologisch kein überragender Abwägungsvorrang des Minderjährigenschutzes ergibt.[122] Ferner gehören Dienste der Informationsgesellschaft zu einem fundamentalen Teil des Alltags der Kinder. Diese tauschen sich dort aus, werden gemeinsam in Online-Games kreativ aktiv und entfalten Teile ihrer Persönlichkeit. Das Recht der Kinder auf freie Entfaltung ihrer Persönlichkeit gebietet es daher, die Anforderungen des Art. 8 II nicht so zu überdehnen, dass Eltern bereits aufgrund der Komplexität der Verifikationsprozesse davon abgeschreckt werden, dem Kind die Einwilligung/Zustimmung zu erteilen oder sich ernsthaft damit zu beschäftigen. Zu strenge Anforderungen könnten zudem dazu führen, dass gerade kleine Unternehmen davon absehen, Dienste zu entwickeln, die sich an den Bedürfnissen von Kindern orientieren.

Durch Abfrage des Geburtsdatums zu Beginn und Ende des Registrierungsprozesses kann die Umgehungsgefahr zudem reduziert werden.[123] Kinder, die den Prozess manipulieren wollen, werden sich ein Falsches oft nicht merken. In dem Fall kann die IP-Adresse von weiteren Anmeldeversuchen blockiert, oder entsprechende Altersnachweise gefordert werden.[124] Die Angabe des Geburtsdatums wäre zur Vermeidung von Manipulation erforderlich, sodass Art. 5 I lit. c dem nicht entgegenstünde.

Jedenfalls, wenn insgesamt und im konkreten Fall kein Grund zur Annahme einer missbräuchlichen Nutzung besteht und keine sensiblen Daten verarbeitet werden, dürfte das DOI den Anforderungen des Art. 8 genügen.[125]

b.) Post-Ident, Video-Ident, Ausweis, Kreditkarte

Genau wie AVS i.S.d. § 4 II 2 JMStV wird eine Altersverifikation mittels Post- oder Video-Ident oder über einen Anruf bei den Eltern durch geschultes Personal aufgrund der hohen finanziellen Belastung des Verantwortlichen grds. nicht verlangt werden können.[126] Zwar sind beide Verfahren sehr missbrauchsarm,[127] doch während Post-Ident aufgrund des Medienbruchs und der Langwierigkeit des Prozesses Eltern keine Zustimmung von Unterwegs ermöglicht[128], mithin als unpraktikabel und anachronistisch ausscheidet, bestehen bei den übrigen Verfahren zumindest Bedenken aus Gründen der Datensparsamkeit.[129] Aus Verhältnismäßigkeitserwägungen und wegen des Datensparsamkeitsgrundsatzes eignen sich diese Verfahren nur, wenn ein hohes Risiko für das Kind besteht, insb. bei Verarbeitung sensibler Daten, und die Eliminierung des Missbrauchspotentials die Erhebung der Daten rechtfertigt.[130]

Das Hochladen eines Ausweisfotos (auch wenn gem. § 20 II PAuswG möglich) oder die Angabe einer Ausweis- oder Kreditkartennummer stellt i.Ü. nie eine angemessene Anstrengung dar. Neben dem i.R.d. § 4 II 2 JMStV thematisierten Umgehungsrisiko würden dabei nicht erforderliche Daten – beim Ausweis z.B. Wohnort, oder ggf. sensible Daten wie die Religionszugehörigkeit – erhoben, was gegen den Datensparsamkeitsgrundsatz verstößt.[131] Inwieweit aus der Ausweitung der Anwendungsmöglichkeiten der eID-Funktion des Personalausweises (§ 12 eID-Karte-Gesetz) neue Lösungsmöglichkeiten folgen, bleibt abzuwarten.[132]

c.) Biometrie & Profiling

Andenken könnte man zudem eine Identifikation bzw. Altersschätzung anhand biometrischer Merkmale oder mittels Profiling.

Zur biometrischen Altersschätzung eignet sich die Analyse von Gesichtsmerkmalen (facial analysis).[133] Hier kommt ein Algorithmus zum Einsatz, der die Gesichtsmerkmale des Kindes mit denen eines Vergleichsdatensatzes abgleicht.[134] Ein Praxisbeispiel ist das an Kinder gerichtete soziale Netzwerk GoBubble, wo facial analysis zur anonymen Altersschätzung eingesetzt wird.[135] Bei dem eingesetzten Tool von Yoti macht der Nutzer ein Selfie, dass sodann verschlüsselt auf die Yoti-Server übertragen wird, wo das Tool die Altersschätzung vornimmt und das Bild sodann löscht.[136] Dies ist aus Nutzer- und Anbieterperspektive unkompliziert, zieht aber viele Probleme nach sich. Es bestehen Ungenauigkeiten - der mittlere absolute Fehler

[118] Auerhammer/*Greve* Art. 8 Rn. 19.
[119] Ebd.; Gola/*Schulz* Art. 8 Rn. 22; **aA**: *Taeger*, ZD 2021, 505 (508); Rücker/Kugler/*Dienst* Rn. 468.
[120] Auerhammer/*Greve* Art. 8 Rn. 19.
[121] Taeger/Gabel/*Taeger* Art. 8 Rn. 39f.
[122] S. C.I.3.
[123] *5Rights Foundation,* But how do they know it is a child?, 2020, am 30.1.2022, shorturl.at/wH278, S. 27 (zit. *5Rights*).
[124] Ebd.
[125] Statt vieler: Kühling/Buchner/*Buchner/Kühling* Art. 8 Rn. 24; **aA**: *Taeger*, ZD 2021, 505 (508).
[126] Auerhammer/*Greve* Art. 8 Rn. 19.
[127] Taeger/Gabel/*Taeger* Art. 8 Rn. 38.
[128] *Rauda*, MMR 2017, 15 (19).
[129] Vgl. Spindler/Schuster/*Spindler/Dalby* Art. 8 Rn. 13.
[130] Auerhammer/*Greve* Art. 8 Rn. 19; Kühling/Buchner/*Buchner/Kühling* Art. 8 Rn. 26.
[131] Kühling/Buchner/*Buchner/Kühling* Art. 8 Rn. 26.
[132] Auerhammer/*Greve* Art. 8 Rn. 19; *Taeger*, ZD 2021, 505 (507).
[133] *5Rights* S. 30.
[134] Ebd.
[135] Yoti, Developing our anonymous age estimation technology, am 30.01.2022 https://t1p.de/nemw.
[136] Yoti, Age Scan White Paper - YT147 v2.8 PUBLIC, am 30.04.2021, https://t1p.de/0o06, 30.1.2021.

bei der Yoti-AI beträgt 2,35 Jahre[137] – und Nutzer können ältere Freunde zur Aufnahme des Selfies bitten. Insofern ist das System nur bedingt missbrauchsärmer als ein DOI. Aufgrund der Erhebung und Analyse der Bilddaten ist die Zulässigkeit von facial analysis zur Erfüllung der Obliegenheit aus Art. 8 II in Ansehung von Art. 5 I lit. c zweifelhaft.

Der Einsatz von Profiling zur Altersschätzung scheidet aus, weil dabei umfassende Daten[138] über das Kind verarbeitet werden, um dieses anhand seines Nutzungsverhaltens einer Altersgruppe zuzuordnen. Das steht im Widerspruch zur Datensparsamkeit und EG 38 S. 2, der Kinder gerade vor Profilbildung schützen will.

3. Praxisvorschlag und Ausblick

Die verbleibenden Optionen können als Teil eines abgestuften Maßnahmenkonzepts praktische Anhaltspunkte bieten, welche Anstrengung für einen konkreten Dienst der Informationsgesellschaft angemessen ist.

Sofern ein geringes Risiko für das Kind bei der Datenverarbeitung besteht, ermöglicht das DOI, unkompliziert, finanziell zumutbar und datensparsam mit hinreichender Wahrscheinlichkeit das Vorliegen der elterlichen Zustimmung zu gewährleisten.

Bei einem mittleren Risiko sollte die Umgehungsgefahr mind. über das Erfordernis der Angabe des Alters zu Beginn und am Ende des Registrierungsprozesses unter Ausschluss nochmaliger Anmeldeversuche reduziert werden. Beim kumulativen Einsatz von facial analysis ist genau zu eruieren, ob der Einsatz des jeweiligen Tools mit Art. 5 I lit. c vereinbar ist.

Bei hohem Risiko oder bei Verarbeitung sensibler Daten empfiehlt sich der Einsatz von Video-Ident oder ein Anruf bei den Eltern durch geschultes Personal. Der Verantwortliche sollte nur das Ergebnis dokumentieren, ohne die Ausweis-/Geburtsdaten zu speichern und weiterzuverarbeiten.[139]

Trotz guter Gründe für dieses Maßnahmenkonzept kann es mangels etablierter Standards oder existierender Rechtsprechung und Behördenpraxis allenfalls als Anhaltspunkt dienen und vermag die bestehende Rechtsunsicherheit nicht zu senken. Aufgrund des Konflikts zwischen Minderjährigenschutz und Verkehrsschutz ist zu befürchten, dass sich langfristig eine komplexe Kasuistik entwickelt.[140] Daher ist eine umfassende und genau zu dokumentierende Einzelfallprüfung sowie eine wg. der Weiterentwicklung des Stands der Technik regelmäßige Reevaluierung der getroffenen Anstrengungen zu empfehlen.[141]

Der Verordnungsgeber hat die Gefahr der Rechtsunsicherheit erkannt und sieht in Art 40 II lit. g Abhilfe vor. Hiernach können Verbände und andere Vereinigungen Verhaltensregeln zur Präzisierung der Art und Weise, in der die Einwilligung des Trägers der elterlichen Verantwortung für das Kind einzuholen ist, ausarbeiten und so die Rechtsunsicherheit minimieren.[142] Genehmigte Verhaltensregeln führen zur Selbstbindung der Aufsichtsbehörde, die ein der Verhaltensregel entsprechendes Verfahren nicht sanktionieren darf.[143] An die Selbstbindung sind viele Vorteile geknüpft, sodass ein Anreiz zur Selbstverpflichtung besteht.[144] Es ist anzunehmen, dass Verhaltensregeln eine zentrale Rolle bei der Auslegung von Art. 8 II spielen werden.[145]

IV. Verhältnis zum nationalen Vertragsrecht (Abs. 3)

Neben der Nachweisobliegenheit wirft die Klarstellung des Abs. 3, dass das nationale Vertragsrecht, insb. §§ 104 ff. BGB, unberührt bleibt, Fragen auf.

Abs. 3 ließe sich so deuten, dass eine Datenverarbeitung nicht den Erfordernissen des Art. 8 I genügen muss, wenn das Kind das zugrundeliegende Rechtsgeschäft ohne Zustimmung der Eltern wirksam schließen konnte und die Datenverarbeitung zur Vertragserfüllung erforderlich ist.[146] Dies beträfe beschränkt Geschäftsfähige (§ 106 BGB) iRd §§ 107 aE, 110, 112, 113 BGB, sofern diese Dienste der Informationsgesellschaft nutzen, die einem Kind direkt angeboten werden.[147] Soweit die Verarbeitung zur Vertragserfüllung erforderlich ist, wäre die Rechtsgrundlage keine Einwilligung, sondern die Vertragserfüllung, § 6 I 1 lit. b.[148] Nur, wenn die Datenverarbeitung über den Zweck der Vertragserfüllung hinausgehe, wäre die Verarbeitung nicht durch Art. 6 I 1 lit. b gedeckt, sodass eine Einwilligung erforderlich wäre.[149] Relevant wäre dies z.B. i.R.d. Trackings.[150]

Folgt man dem würde der durch Art. 8 bezweckte Minderjährigenschutz weitestgehend zur mitgliedstaatlichen Disposition gestellt, was den Anwendungsvorrang des EU-Rechts in Frage stellen würde[151] und in Ansehung des Loyalitätsgebots aus Art. 4 III EUV und des Gedankens des effet utiles abzulehnen ist. Daher ist auch iRd §§ 107 aE, 110, 112 f. BGB eine datenschutzrechtliche Einwilligung erforderlich (Trennungsprinzip).[152] Andernfalls käme es zu einem erheblichen Rechtsverlust, da die Kinder ihr Recht auf Widerruf der Einwilligung (Art. 7 III) mit Konsequenz der Löschpflicht nach Art. 17 I lit. b verlieren würden und das Kopplungsverbot nach Art. 7 IV und das Verbot

[137] Ebd. S. 10.
[138] *5Rights* S. 32.
[139] Taeger/Gabel/*Taeger* Art. 8 Rn. 38.
[140] Vgl. Schwartmann/Jaspers/Thüsing/Kugelmann/*Schwartmann/Hilgert* Art. 8 Rn. 56.
[141] Ebd. Rn. 55.
[142] *Joachim*, ZD 2017, 414 (417).
[143] Vertiefend Taeger/Gabel/*Kinast* Art. 40 Rn. 53-55.
[144] Vgl. *Heckmann/Scheurer*, in: jurisPK-Internetrecht[7], 2021, Kap. 9 Rn. 515.
[145] Ebd.
[146] Vgl. Gola/*Schulz* Art. 8 Rn. 23.
[147] Vertiefend Taeger/Gabel/*Taeger* Art. 8 Rn. 48-50.
[148] Ebd.
[149] Ebd. Rn. 47, 52-54.
[150] Ebd. Rn. 54.
[151] Vgl. Simitis/Hornung/Spiecker/*Klement* Art. 8 Rn. 32.
[152] Spindler/Schuster/*Spindler/Dalby* Art. 8 Rn. 14 f.; Kühling/Buchner/*Buchner/Kühling* Art. 8 Rn. 29; um zu verhindern, dass der Schutz des Art. 8 durch eine Vertragserklärung anstelle der Einwilligung umgangen wird, wird z.T. eine teleologische Reduktion der Art. 6 I 1 lit. b und f vorgeschlagen, wenn die Datenverarbeitung Entgeltfunktion hat, *Wendehorst/Graf v. Westphalen*, NJW 2016, 3745 (3747).

der Zweckänderung nach Art. 6 IV sowie die Anforderungen des Art. 8 nicht greifen würden.[153] Ohnehin ist das Vorliegen der §§ 107, 110, 112 f. BGB im Internet kaum prüfbar, sodass fraglich ist, ob die Rechenschaftspflicht des Verantwortlichen nach Art. 5 I lit. a erfüllbar wäre.

Damit ist Art. 8 III so zu verstehen, dass Verpflichtungsgeschäft und datenschutzrechtliche Einwilligung unabhängig voneinander zu beurteilen sind und ein wirksamer Vertrag mit einem Kind nicht vom Einwilligungserfordernis entbindet.

V. Sanktionen

Bei Verstößen gegen Art. 8 drohen gem. Art 83 IV lit. a Geldbußen von bis zu 10.000.000 € bzw. 2 % des weltweiten Vorjahresumsatzes und bei Verstößen gegen andere Einwilligungsvorschriften gem. Art. 83 von bis zu 20.000.000 € bzw. 4 % des weltweiten Vorjahresumsatzes. Auch besteht ein Schadenersatzrisiko nach Art. 82.

D. Kritik

Die dargelegten Regelungen der Einwilligung Minderjähriger nach Art. 8 sollen kritisch evaluiert werden.

I. Generelle Eignung von Einwilligungslösungen

Ob eine Einwilligungslösung den bezweckten Schutz erreichen kann, ist fraglich. Als Ausdruck der Privatautonomie und informationellen Selbstbestimmung setzt eine Einwilligung die Kenntnis der Tragweite derselben voraus sowie eine echte Wahlmöglichkeit. In der Realität besteht bei der Anmeldung zu Online-Diensten oft keine Möglichkeit als die Datenschutzbestimmungen wie vorgegeben zu akzeptieren, oder den Dienst nicht zu nutzen, zumal Betroffene selten lesen, worein sie einwilligen.[154] Oft sind Datenschutzerklärungen auch so intransparent und vage, dass eine aufmerksame Lektüre entgegen dem Idealbild des Art. 5 I lit. a, EG 58 nicht zur Nachvollziehbarkeit der Verarbeitung führen würde.[155] Gerade, weil ein wichtiger Teil des Alltags der jungen Generation online stattfindet, ist auch nicht davon auszugehen, dass eine Nichtnutzung der Dienste ernsthaft für sie in Betracht kommt.

Ungeachtet der Defizite von Einwilligungslösungen im Internet ist indes begrüßenswert, dass der Verordnungsgeber das Bedürfnis nach Minderjährigenschutz ernst genommen und entsprechende Maßnahmen ergriffen hat. Auch wenn das Idealbild der informierten Einwilligung wg. der Komplexität vieler digitaler Verarbeitungsvorgänge illusorisch bleiben wird, ist die Regelung in Art. 8 ein guter Ansatz. Gerade in Kombination mit datenschutzfreundlicher Technikgestaltung sowie datenschutzfreundlichen Voreinstellungen, kann der Minderjährigenschutz im Internet so spürbar verbessert werden.[156]

[153] *Wendehorst/Graf v. Westphalen*, NJW 2016, 3745 (3747).
[154] *Van der Hof/Lievens,* The Importance of Privacy by Design and Data Protection Impact Assessments in Strengthening Protection of Children's Personal Data Under the GDPR, https://ssrn.com/abstract=3107660, S. 4 f.
[155] Ebd.
[156] Ebd., S. 6 ff.

II. Spezifizierungsklausel

Zu kritisieren ist zudem die fehlende Harmonisierung i.R.d. Abs. 1 UAbs. 2. Aus der Zielbestimmung des Art. 1 I Alt. 2 und EG 3 zur Gewährleistung des freien Datenverkehrs folgt, dass der DSGVO die Annahme zugrunde liegt, dass divergierende mitgliedstaatliche Schutzniveaus den freien Datenverkehr einschränken.[157] Dieser Gedanke findet sich auch in EG 9, der zudem die infolge unterschiedlicher Schutzstandards entstehende Rechtsunsicherheit unterstreicht. Die DSGVO ist wegen Art. 1 I Alt. 2 konzeptionell so zu verstehen, dass erst die bezweckte datenschutzrechtliche Vollharmonisierung[158] die Voraussetzungen für den freien Datenverkehr schafft und Rechtssicherheit gewährleistet.[159] Dieser Gedanke spiegelt sich auch in den EG 3, 7, 9, 10, 11, 13 wider.

Vor dem Hintergrund ist fragwürdig, warum mit Art. 8 Abs. 1 UAbs. 2 eine partielle Zersplitterung des unionsweiten Datenschutzniveaus in Kauf genommen wird. Dadurch werden der Harmonisierungseffekt und der freie Datenverkehr gehemmt[160] und Mehraufwand und Rechtsunsicherheit auf Anbieterseite verursacht, da diese bei grenzüberschreitenden Angeboten im Einzelfall prüfen müssen, ob wg. des gewöhnlichen Aufenthaltsortes des Kindes divergierende Altersgrenzen gelten.[161] Teils wird diese Rechtsunsicherheit sogar als gravierender angesehen als die Rechtsunsicherheit für Kinder und Eltern.[162] Dies ist nicht verwunderlich, da von der Öffnungsklausel in den Mitgliedstaaten zahlreich und heterogen Gebrauch gemacht wird.[163]

Bereits 2019 zeichnete sich eine enorme Fragmentierung des Mindesteinwilligungsalters ab.[164] Dies führt schlimmstenfalls dazu, dass grenzüberschreitend agierende Unternehmen Kinder bis zur Vollendung des 16. Lebensjahres auch in den Ländern von der Nutzung ihrer Angebote ausschließen, in denen sie aufgrund der Öffnungsklausel eigenständig in die Datenverarbeitung einwilligen könnten, um Prüfaufwand zu minimieren. Dann könnten Kinder von ihren Rechten keinen Gebrauch machen und die Spezifizierungsklausel liefe leer.

Auch wenn die Spezifizierungsklausel z.T. unter Verweis auf die unterschiedlichen Regelungen über die Geschäftsfähigkeit legitimiert wird,[165] ist sie ihrer Entstehungsgeschichte nach vielmehr Ausfluss erfolgloser Kompromisssuche des Verordnungsgebers im Trilog.[166]

Deshalb hat die EU-Kommission in ihrem ersten Bericht über die Überprüfung und Bewertung der DSGVO die Gefahr der „Fragmentierung […] aufgrund der umfangreichen Anwendung fakultativer Spezifikationsklauseln"[167]

[157] Taeger/Gabel/*Schmidt* Art. 1 Rn. 9.
[158] Spindler/Schuster/*Spindler/Dalby* Art. 1 Rn. 1.
[159] Taeger/Gabel/*Schmidt* Art. 1 Rn. 9.
[160] Spindler/Schuster/*Spindler/Dalby* Art. 8 Rn. 11.
[161] Kühling/Buchner/*Buchner/Kühling* Art. 8 Rn. 22.
[162] Paal/Pauly/*Frenzel* Art. 8 Rn. 12.
[163] Kühling/Buchner/*Buchner/Kühling* Art. 8 Rn. 22.
[164] Übersicht (Stand 2019): *Milkaite/Lievens,* Better Internet for Kids - Status quo regarding the child's article 8 GDPR age of consent for data processing across the EU, am 18.04.2021, https://t1p.de/xuyv.
[165] Vgl. Kühling/Buchner/*Buchner/Kühling* Art. 8 Rn. 22.
[166] Taeger/Gabel/*Taeger* Art. 8 Rn. 31.
[167] Europäische Kommission, Mitteilung an das Europäische Parlament und

betont. Die Kommission hat in den Fokus gerückt, dass die unterschiedlichen Altersgrenzen Unsicherheit bei Kindern und Eltern in Bezug auf die Frage, wie ihre Datenschutzrechte im Binnenmarkt angewendet werden, hervorrufen, während die unterschiedlichen Regelungen zugleich Hürden für grenzüberschreitende Wirtschaftstätigkeiten, Innovation, die Entwicklung neuer Technologien sowie für Cybersicherheitslösungen darstellten.[168] Die Kommission mahnt die Mitgliedstaaten an, die Öffnungsklauseln nicht zu überstrapazieren und fordert eine Einschränkung ihrer Nutzung.[169] Schließlich will sie prüfen, ob eine Harmonisierung angebracht wäre.[170] Dies ist zur Schaffung von Rechtssicherheit begrüßenswert.

III. Unbestimmtheit des Abs. 2

Rechtsunsicherheit besteht auch wegen der hochgradig unbestimmten Regelung zur Nachweisobliegenheit in Abs. 2. Es ist unklar, wann welche Anstrengungen angemessen sind und wie der Verantwortliche technisch gewährleisten soll, dass die richtige Altersgrenze und die richtigen mitgliedstaatlichen Regelungen zu den Trägern elterlicher Verantwortlichkeit berücksichtigt werden. Die bestehende Unklarheit geht so weit, dass teils an der Existenz missbrauchsrobuster, praxistauglicher und datenschutzfreundlicher Systeme gezweifelt wird.[171] Die vielen unbestimmten Rechtsbegriffe und die Ermessensentscheidung der Aufsichtsbehörde über die Angemessenheit der getroffenen Maßnahmen lassen zudem daran zweifeln, ob die Bußgeldbewährtheit des Abs. 2 nach Art. 83 IV lit. a dem Bestimmtheitsgebot standhält.[172] Diese Unklarheiten lassen sich nur durch offizielle aufsichtsbehördliche Leitlinien oder Verhaltensregeln nach Art. 40 II lit. g oder durch den EuGH reduzieren.[173]

---

den Rat, COM(2020) 264 final (SWD (2020) 115 final) v. 24.6.2020, S. 8 (zit. „COM").

[168] Ebd.

[169] COM S. 18.

[170] COM S. 19.

[171] BeckOK-DatenschutzR/*Karg* Art. 8 Rn. 57; Rücker/Kugler/*Dienst* Rn. 469.

[172] BeckOK-DatenschutzR/*Karg* Art. 8 Rn. 32.

[173] Vgl. Kühling/Buchner/*Buchner/Kühling* Art. 8 Rn. 27.

Sophie Zervoulakos de la Forge*

Die Option zur Körperschaftsteuer für Personengesellschaften als Schritt zu einer rechtsformneutralen Besteuerung?

A. Einführung

Die Forderung nach rechtsformneutraler Besteuerung von Unternehmensgewinnen ist so alt wie der Dualismus der Unternehmensbesteuerung selbst.[1]

Schon der 33. Deutsche Juristentag im Jahre 1924 – vier Jahre nach Begründung des Nebeneinanders von Einkommen- und Körperschaftsteuer – stand unter dem Stern einer Leitfrage nach rechtsformunabhängiger Unternehmensbesteuerung. So forderten *Becker* und *Lion* bereits hier „Die Einkommen- und die Körperschaftsteuer ist so zu gestalten, dass die Gewerbetreibenden nicht genötigt werden, der Einkommen- oder Körperschaftsteuer wegen bestimmte Rechtsformen zu wählen oder von einer Rechtsform zur anderen überzugehen"[2] und brachten damit die bis heute persistierende, wohl generische Kritik des Dualismus der deutschen Unternehmensbesteuerung auf den Punkt.

Zur Verwirklichung eben dieses Ziels wurden im Laufe der Zeit diverse Ansätze entwickelt, vorgeschlagen und diskutiert, die von punktuellen Änderungen im dualistischen System bis hin zur völligen Neuordnung unseres Steuerrechts reichen.[3] Irgendwo dazwischen befindet sich auch das sog. Optionsmodell, das es Personen(handels)gesellschaften ermöglicht, sich auf Antrag der Körperschaftsbesteuerung zu unterwerfen.

Genau dieses ist nun Kernbestandteil des am 24.03.2021[4] vom Bundeskabinett beschlossenen Entwurfs eines Gesetzes zur Modernisierung des Körperschaftsteuerrechts (KöMoG).[5]

Gleichwohl dürfte das Optionsmodell ein geteiltes Echo in der Literatur auslösen. Denn während sich die Fachöffentlichkeit in ihrer Forderung nach einer rechtsformneutraleren Unternehmensbesteuerung einig ist, herrscht noch lange kein Konsens über die Ausgestaltung dieses Weges.

Der nachfolgende Beitrag widmet sich daher zunächst den Grundlagen eines Gebots der Rechtsformneutralität der Unternehmensbesteuerung und stellt dann daran messend den Reformbedarf des Systems der Unternehmensbesteuerung *de lege lata* dar (B.). Anhand dessen wird das Optionsmodell auf seine Zweck- und Rechtmäßigkeit untersucht (C.) und anschließend im Vergleich zu alternativen Reformvorschlägen gewürdigt (D.).

B. Reformbedarf der Unternehmensbesteuerung

Der jüngste Wiederaufgriff des Optionsmodells von der Politik steht ganz im Zeichen der mit stetig steigendem Druck des internationalen Wettbewerbs wachsenden Brisanz bislang unüberwundener rechtsformabhängiger Belastungsunterschiede – nicht zuletzt auch vor dem Hintergrund der aktuellen Corona-Pandemie.[6] Die immer wiederkehrende Infragestellung der dualistischen Unternehmensbesteuerung spiegelt sich nicht nur in den Diskussionen auf den Deutschen Juristentagen[7], sondern längst auch in unzähligen Reformvorschlägen wider. Dies hat auch der Gesetzgeber rezipiert und weitgehende Rechtsformneutralität bereits als ausdrückliche Zielsetzung der letzten zwei großen Unternehmensteuerreformen der Jahre 2000[8] und 2008[9] formuliert – diese jedoch kaum verwirklicht.[10]

Auch der nun vorgelegte Gesetzentwurf ist der Beseitigung der „teils erheblichen Abweichungen bei Steuerbelastung und Bürokratieaufwand" von Körperschaften und ihren Anteilseignern einerseits und Personengesellschaftern andererseits und mithin dem Ziel einer rechtsformneutraleren Unternehmensbesteuerung verschrieben.[11]

Um das Optionsmodell in die Diskussion um eine rechtsformneutrale Unternehmensbesteuerung einzuordnen, bedarf es zunächst der Klärung der zentralen Ausgangsfrage des tatsächlichen Reformbedarfs. Maßstab für dessen Ermittlung ist die Grundlage und Reichweite des Gebots der rechtsformneutralen Besteuerung.[12]

I. Gebot der Rechtsformneutralität der Unternehmensbesteuerung als Reformmaßstab und -ziel

Obwohl die Forderung nach Rechtsformneutralität der Besteuerung fast 100 Jahre alt ist, herrscht bis heute Uneinigkeit in der Frage, „ob die Überwindung des Dualismus

---

* Die Autorin ist Studentin an der Bucerius Law School, Hamburg. Dieser Beitrag stellt eine gekürzte Fassung der von der Autorin im April 2021 bei Prof. Dr. Birgit Weitemeyer eingereichten Bachelorarbeit dar und spiegelt den Rechtsstand zum damaligen Zeitpunkt wider.

1 Ebenso *Hey*, DStJG 24 (2001), 155, 156; *ebd.*, JZ 2006, 851, 856; zur historischen Dimension *Drüen*, GmbHR 2008, 393ff.

2 *Becker/Lion*, 33. DJT 1925, G. 429 ff., 465 ff.

3 Eine ausführliche Darstellung aller Modelle bei *Lauterbach*, Ein neues Unternehmenssteuerrecht für Deutschland?, 2008, S. 95 ff., 119 ff.; sowie bei *Weinelt*, Rechtsformneutralität der Unternehmensbesteuerung: Verfassungsrechtliches Gebot oder rechtspolitische Forderung?, 2006, S. 258 ff., 268 ff.

4 BR-Drs. 244/21.

5 Mittlerweile ist das KöMoG in seiner am 25.06.2021 verabschiedeten Ausgestaltung zum 01.01.2022 in Kraft getretenen, BGBl. I 2021, 2050.

6 Vgl. das Ergebnis der Koalitionsausschüsse am 8. März und 3. Juni 2020.

7 Vgl. die Leitfragen des 33. (1924), 53. (1980) und 66. (2006) Deutschen Juristentages; *Drüen*, GmbHR 2008, 393, 393; *Weinelt* (Fn. 3), S. 57 ff.

8 Vgl. BT-Drucks. 14/2683, 93 f.

9 Vgl. BT-Drucks. 16/4841, 31 f., 62.

10 Ebenso *Hey*, DStR 2007, 925, 926; *Lang*, in: FS Reiß, S. 379, 383 ff.

11 So BR-Drs. 244/21, S. 1.

12 Ähnlich *Stein*, BB 2020, 1879, 1880.

der Unternehmensbesteuerung ein kaum zu leugnendes ökonomisches Neutralitätspostulat, ein Appell an die steuerpolitische Klugheit des Gesetzgebers oder aber ein verfassungsrechtlicher Imperativ ist".[13]

1. Der Grundsatz der Rechtsformneutralität als ökonomisches Postulat

Den gemeinsamen Nenner aller Ansichten stellt die Fundierung des Gebots der rechtsformneutralen Besteuerung in dem ökonomischen Grundsatz der Neutralität der Besteuerung dar.[14] Das Neutralitätspostulat gebietet, den Erfolg wirtschaftlicher Betätigung unabhängig von der Art und Weise seiner Erwirtschaftung, insbesondere der Rechtsform, gleich zu besteuern. Es ist damit weitgehend deckungsgleich mit dem Gebot gleichmäßiger Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit.[15] Konkretisiert in dem Gebot der Rechtsformneutralität dient es damit aus betriebswirtschaftlicher Sicht einer steuerlich unbeeinflussten – und mithin wirtschaftlichen Kriterien folgenden – Rechtsformwahl (Entscheidungsneutralität), aus finanzwissenschaftlicher Sicht der effizienten Ressourcenallokation.[16]

Darüber hinaus wird dem Gebot der Rechtsformneutralität als Teilaspekt der Wettbewerbsneutralität immer höhere Bedeutung beigemessen.[17] Denn unterschiedlich hohe Steuerlasten der miteinander in Wettbewerb stehenden Unternehmen verzerren nicht nur Rechtsformwahl, sondern auch Wettbewerbspositionen.

Die ökonomischen Anforderungen an die Unternehmensbesteuerung sind somit eindeutig. Als solche stellen sie zunächst jedoch nur steuerpolitische Gestaltungsmaximen dar.[18] Umstritten ist, welche rechtliche Dimension dem Grundsatz der Rechtsformneutralität zukommt.

2. Rechtsformneutralität als rechtspolitische Forderung oder verfassungsrechtliches Postulat?

Die wohl vorherrschende Lehre begründet das Gebot rechtsformneutraler Unternehmensbesteuerung gleichheits- und freiheitsrechtlich.[19] Eine gerechte Steuerlastenverteilung verlangt nach allgemeiner Meinung eine Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit.[20] Das Leistungsfähigkeitsprinzip ist somit die bereichsbezogene Konkretisierung des allgemeinen Gleichheitssatzes des Art. 3 I GG im Hinblick auf die Einkommensbesteuerung und verpflichtet den Gesetzgeber, Steuerpflichtige bei gleicher wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit steuerlich gleich zu belasten.[21] Zwar können nur natürliche Personen Einkommen erwirtschaften, jedoch dient die unternehmerische Tätigkeit unabhängig davon, in welcher Rechtsform sie betrieben wird, stets der Einkommenserwirtschaftung der (dahinterstehenden) natürlichen Person.[22] Auch für die Besteuerung von Unternehmen ist das Leistungsfähigkeitsprinzip daher der zentrale Maßstab für die gleichmäßige Ausgestaltung der Steuerlast.[23] Abweichungen davon bedürfen verfassungsrechtlicher Rechtfertigung.[24]

Nachdem das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) den Grundsatz rechtsformneutraler Besteuerung im Hinblick auf die Umsatzsteuer in der sog. Schwarzwaldklinik-Entscheidung[25] gestützt auf Art. 3 I GG höchstrichterlich etablierte und das Schrifttum seinerzeit zu einer Übertragung des Urteils auf die Ertragsteuern anregte,[26] nutzte es seinen Beschluss zu § 32c EStG a.F. vom 21.06.2006,[27] um klarzustellen, dass Art. 3 I GG „kein allgemeines Verfassungsgebot der Rechtsformneutralität in dem Sinn, dass *ausgeschüttete* Gewinne von Kapitalgesellschaften beim Anteilseigner einkommensteuerlich ebenso zu behandeln sind wie entnommene Gewinne von Personengesellschaften"[28] enthalte. Vielmehr stehe es dem Gesetzgeber frei, die zivilrechtliche Rechtsform zum Anknüpfungspunkt unterschiedlicher Besteuerungsfolgen zu nehmen. In der Beurteilung am Maßstab des allgemeinen Gleichheitssatzes des Art. 3 I GG erachtete das BVerfG die Abschirmung der Vermögenssphäre einer Kapitalgesellschaft gegenüber ihren Anteilseignern als hinreichend sachlichen Grund einer unterschiedlichen Behandlung.[29]

Während ein Teil des Schrifttums dem BVerfG dahingehend folgt, der Forderung nach rechtsformneutraler Unternehmensbesteuerung eine verfassungsrechtliche Fundierung abzusprechen,[30] äußert sich die wohl herrschende Literatur zu Recht kritisch.[31] Die Aussagekraft des Beschlusses des BVerfG ist für die Frage der Existenz eines verfassungsrechtlichen Gebots steuerlicher Rechtsformneutralität begrenzt.[32] Bemängelt wird zum einen, dass sich der Beschluss, indem er bloß auf ausgeschüttete Gewinne rekurriert, nur auf einen Teilaspekt der geforderten Rechtsformgerechtigkeit, nämlich auf die Transferneutralität, nicht jedoch auf die – durch die Schaffung des § 34a EStG seitdem in Bedeutung gewachsene – Thesaurierungsneutralität bezieht.[33] Offen

[13] Pointiert *Drüen*, GmbHR 2008, 393, 394, 399 ff.; zu dieser Frage monographisch *Weinelt* (Fn. 3), S. 57 ff.
[14] Statt aller *Hey*, DStJG 24 (2001), 155, 157 ff. m.w.N.
[15] *Hey*, in: FS Herzig, S. 7, 11; *Lang*, StuW 1990, 107, 115; *Weinelt* (Fn. 3), S. 26.
[16] *Weinelt* (Fn. 3), S. 17; *Hey*, DStJG 24 (2001), 155, 158.
[17] Vgl. *Hey*, DStJG 24 (2001), 155, 158 ff. m.w.N.
[18] Vgl. *Lang*, StuW 1990, 107, 115 f.; *Hey*, DStJG 24 (2001), 155, 161.
[19] *Hennrichs*, StuW 2002, 201; *Ebd.*, FR 2010, 721, 723 ff.; *Ebd.*, in: Tipke (Begr.) /Lang (Hrsg.), Steuerrecht, 24. Auflage, 2021, Rz. 10.4; *Hey*, in: DStJG 24 (2001), 155, 166 ff.; *Ebd.*, in: Tipke/Lang (Fn. 19), Rz. 13.169 ff.; *Ebd.*, in: FS Herzig, S. 7, 14 ff; *Jachmann*, in: DStJG 23 (2000), 9, 41 f.; *Lang*, StuW 1990, 107, 115 f.; *Ebd.*, in: FS Reiß, S. 379, 386 ff.; *Weinelt* (Fn. 3), S. 99, 135, der jedoch die freiheitsgrundrechtliche Fundierung ausklammert; *Lauterbach* (Fn. 3), S. 51 ff.; a.A. hingegen *Drüen*, GmbHR 2008, 393, 399 ff.; *Pelka*, StuW 2000, 289, 396.
[20] St. Rspr. seit BVerfGE 13, 331, 338.
[21] St. Rspr. seit BVerfGE 21, 12.
[22] Dazu näher *Hey*, in: FS Herzig, S. 7, 10.
[23] Ausführlich dazu *Weinelt* (Fn. 3), S. 74 ff.; *Hey*, in: FS Herzig, S. 7, 10.
[24] Vgl. BVerfGE 145, 106 = BStBl. II 2017, 1082, Rn. 100 (juris).
[25] BVerfGE 101, 151 = BStBl. II 2000, 160.
[26] Explizit *Hey*, DStJG 24 (2001), S. 155, 164; *Schön*, StuW 2000, 151, 152.
[27] BVerfGE 116, 164 = BGBl. I 2006, 1857.
[28] BVerfGE 116, 164, 197 = BGBl. I 2006, 1857, Rn. 113 (juris).
[29] BVerfGE 116, 164, 197 = BGBl. I 2006, 1857, Rn. 115, 117 (juris); wiederholt von BVerfGE 127, 224, 250 zu § 8b V KStG; BVerfGE 145, 106 = BStBl. II 2017, 1082, Rn. 110 ff. (juris).
[30] Nicht unkritisch, aber im Ergebnis so *Drüen*, GmbHG 2008, 393, 398 f.
[31] *Hennrichs/Lehmann*, StuW 2007, 16, 18 ff.; *Hennrichs*, in: Tipke/Lang (Fn. 19), Rz. 10.4; *Hey*, in: FS Herzig, S. 7, 14 f.; *Ebd.*, in: Tipke/Lang (Fn. 19), Rz. 13.172; *Ebd.*, DStR 2007, 925, 931; 10.4; jüngst *Stein*, BB 2020, 1879, 1880.
[32] *Hey*, in: FS Herzig, S. 7, 14 f.
[33] *Hey*, DStJG 24 (2001), 155, 171; *Jachmann*, DStJG 23 (2000), 9, 18; *Schön*, StuW 2000, 151, 152.

geblieben ist daher, inwieweit das BVerfG die Vermögensabschirmung der Kapitalgesellschaft als geeignet erachtet, jedwede Belastungsunterschiede zu rechtfertigen.[34] Zudem fehlt es an einer überzeugenden Begründung, weshalb eine Sicht, die sich strikt auf das zivilrechtliche Rechtskleid stützt, „näher"[35] liegt, als eine materiell (wirtschaftliche) Betrachtung, der zufolge wirtschaftliche Leistungsfähigkeit unabhängig von der Rechtsform entsteht.[36] Der bloße Hinweis auf die Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers vermag nicht zu überzeugen.

Auf die Erwägungen des Schrifttums, dass rechtsformabhängige Belastungsunterschiede neben Art. 3 I GG auch die Freiheitsgrundrechte (Art. 12 I, 14 I GG) tangieren,[37] ist das Gericht nicht eingegangen.

Während die – womöglich bewusst – dünne Begründung des BVerfG eine verfassungsrechtliche Fundierung des Gebots steuerlicher Rechtsformneutralität nicht überzeugend negieren kann, darf von dieser nicht *per se* auf die Verfassungswidrigkeit einer dualistischen Besteuerungsstruktur geschlossen werden. Die Verfechter einer rechtsformneutralen Besteuerung fordern keine Einebnung sämtlicher zivilen Unterschiede, sondern, dass unterschiedliche Rechtsformen nur dann zu unterschiedlichen Besteuerungsfolgen führen sollen, wenn die Rechtsformunterschiede im Hinblick auf die Besteuerungsprinzipien bedeutsam, also Ausdruck unterschiedlicher wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit sind.[38]

Aus dem Gleichheitssatz des Art. 3 I GG leitet das rechtswissenschaftliche Schrifttum daher überzeugend ab, dass unterschiedliche Zivilrechtslagen, soweit sie vergleichbare wirtschaftliche Sachverhalte bewirken, auch in ihren unterschiedlichen Rechtsformen dieselben Steuerfolgen verdienen.[39] Dies entspricht auch der Forderung von *Hey*, Rechtsformneutralität als Rechtsformgerechtigkeit und -angemessenheit zu deuten.[40]

3. Zwischenergebnis: Rechtsformgerechtigkeit als verfassungsrechtlicher Maßstab der Besteuerung von Unternehmensgewinnen

Auch wenn die zivilrechtliche Anknüpfung der dualistischen Unternehmensbesteuerung Ausdruck des gesetzgeberischen Gestaltungsspielraums ist, entbehrt sie keinesfalls *eo ipso* einer verfassungsrechtlichen Rechtfertigung. Belastungsunterschiede können nicht mit der Rechtsform als solcher, sondern nur durch eine in ihr manifestierten, unterschiedlichen wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit gerechtfertigt werden. Auch der gestaltungsfreie Gesetzgeber darf Differenzierungskriterien nicht willkürlich wählen.[41] Vielmehr ist die konkrete Ausgestaltung des Nebeneinanders von Einkommen- und Körperschafsteuer strikt am Gleichheitssatz und dem Folgerichtigkeitsgebot[42] zu messen.[43] Rechtsformabhängige Sondervorschriften sind folglich grundsätzlich rechtfertigungsbedürftig. Zwar lässt eine punktuell verfassungswidrige Ausgestaltung nicht unmittelbar den Rückschluss auf die Verfassungswidrigkeit des Dualismus *in toto* zu.[44] Soweit das Nebeneinander der Regime jedoch keine konsequent rechtsformgerechte und mithin gleichheitssatzkonforme Ausgestaltung bieten kann, wird zwangsläufig eine Überwindung des Dualismus zu fordern sein.[45]

Das herausgearbeitete verfassungsrechtliche Gebot der Rechtsformneutralität dient im Folgenden als Maßstab des tatsächlichen Reformbedarfs und somit der Frage, ob das Optionsmodell der Steuerreformdiskussion einen Schlusspunkt setzen kann, oder ob es einer Lösung außerhalb des dualistischen Systems bedarf.

II. Rechtsformabhängigkeit der Unternehmensbesteuerung

Die Rechtsformabhängigkeit des deutschen Unternehmensteuerrechts beruht auf dem Nebeneinander von körperschaft- und einkommensteuerpflichtigen Subjekten.[46] So stehen sich das Trennungsprinzip der Körperschaften und das Transparenzprinzip bei Personenunternehmen gegenüber. Im bestehenden Dualismus hat sich der Gesetzgeber damit dafür entschieden, die Personengesellschaft am Leitbild des Einzelunternehmers zu orientieren (Gleichstellungsthese).[47]

1. Unterschiede in der Bemessungsgrundlage

Zwar wird die Bemessungsgrundlage für die Besteuerung der Unternehmensgewinne aufgrund des Verweises des § 8 I 1 KStG auf die Regeln des Einkommensteuergesetzes grundsätzlich nach denselben Vorschriften ermittelt. Auch die Personengesellschaft wird für Zwecke der Einkünftequalifikation und -ermittlung zunächst als Einheit betrachtet (sog. partielle Steuerrechtsfähigkeit)[48]. Bereits hier prägt jedoch die unterschiedliche Behandlung von Leistungsbeziehungen zwischen Gesellschaft und Gesellschaftern das Bild. Neben Unterschieden in der laufenden Besteuerung führt das Sonderbetriebsvermögen der Personengesellschafter auch zu unterschiedlichen Bemessungsgrundlagen im Fall der Veräußerung.[49]

2. Unterschiede in der tariflichen Belastung

Zunächst unterliegen Körperschaften mit den von ihnen erzielten Gewinnen der Körperschaft- (15 %) und der Gewerbesteuer (14 %)[50] und mithin einer Ertragsteuerbelastung i.H.v. 29 % bzw. 29,825 % inkl. Solidaritätszuschlag. Hiervon ist iSd Trennungsprinzips die Besteuerung der Gewinnausschüttung zu unterscheiden.

---

34 *Hey*, in: FS Herzig, S. 7, 14.
35 So BVerfGE 116, 164, 197 = BGBl. I 2006, 1857, Rn. 115, 117 (juris).
36 So zu Recht die Kritik von *Hey*, in: FS Herzig, S. 7, 15.
37 *Hey*, DStJG 24 (2001), 155, 171; a.A. *Weinelt* (Fn. 3), S. 116 ff.
38 *Hennrichs*, StuW 2002, 201, 202; *Ebd.*, StuW 2007, 17, 18; *Hey*, DStJG 24 (2001), 155, 168; *Ebd.*, in: Tipke/Lang (Fn. 19), Rz. 13.169 ff; je m.w.N.
39 *Hennrichs*, StuW 2007, 17, 18.
40 *Hey*, DStJG 24 (2001), 155, 180; *Ebd.*, in: Tipke/Lang (Fn. 19), Rz. 13.174.
41 *Hey*, in: Tipke/Lang (Fn. 19), Rz. 13.173.
42 St. Rspr. seit BVerfGE 93, 165.
43 *Drüen*, GmbHR 2008, 393, 401.
44 Explizit *Drüen* GmbHR 2008, 393, 401.
45 In diese Richtung *Hey*, in: FS Herzig, S. 7, 16.
46 *Drüen*, in: FS BFH, S. 1317, 1323.
47 *Hallerbach*, FR 2016, 1117 ff.
48 St. Rspr. seit BFHE 141, 405, 434 = BStBl. II 1984, 751, 761.
49 *Hennrichs*, in: Tipke/Lang (Fn. 19), Rz. 13.13.
50 Bei einem unterstellten Gewerbesteuerhebesatz von 400 %.

Demgegenüber werden die Gewinne von Personengesellschaften zunächst auf Ebene der Gesellschaft mit Gewerbesteuer belastet und anschließend dem Konzept der transparenten Mitunternehmerbesteuerung folgend – unabhängig von der Höhe ihrer Entnahmen – einschließlich der Sonderbetriebsvermögenserträge anteilig (sofern sie auf natürliche Personen entfallen) dem individuellen progressiven Einkommensteuertarif, mithin maximal 45 % (46,705 % inkl. Solidaritätszuschlag) unterworfen. Durch die Anrechnung der Gewerbesteuer auf die Einkommensteuer nach § 35 EStG wird die Gewerbesteuerbelastung typisierend neutralisiert.[51]

Grundsätzlich verbleibt damit eine Tarifspreizung von 16,88 %.

Unter dem ausdrücklichen Ziel von mehr „Belastungsneutraliät der unterschiedlichen Rechtsformen"[52] hat der Gesetzgeber 2008 eine in die Einkommensteuer integrierte Begünstigung des nicht entnommenen Gewinns in Form des § 34a EStG geschaffen. Auf Antrag eröffnet § 34a EStG Einzel- und Mitunternehmern die Möglichkeit, nicht entnommene Gewinne ihres Betriebes bzw. Mitunternehmeranteils im Rahmen der Einkommensteuer einem Sondertarif i.H.v. 28,25 % (bzw. 29,034 % inkl. Solidaritätszuschlag und Gewerbesteueranrechnung) zu unterwerfen. Kommt es in zu einer Entnahme des zuvor ermäßigt besteuerten Gewinns, greift eine Nachbelastung i.H.v. 25 % ein. *Wacker* fasst das sich dadurch ergebene Bild der Unternehmensbesteuerung zutreffend als Trialismus zusammen.[53] Damit wollte der Gesetzgeber – unter Verabschiedung des großen Ziels der weitgehenden Rechtsformneutralität – zumindest der wohl lautesten Kritik der dualistischen Unternehmensbesteuerung begegnen und eine in der Tarifbelastung thesaurierter Gewinne konzentrierte Annäherung der Rechtsformen erreichen.

Allerdings zeigt folgende Übersicht, dass sich das Ziel einer vergleichbaren Tarifbelastung als punktuelle Rechtsformneutralität in den unterschiedlichen Strukturen von Transparenz- und Trennungsprinzip nicht verwirklichen lässt; jedenfalls nicht in der derzeitigen Ausgestaltung von § 34a EStG.[54]

	Körperschaft Anteil PV	Körperschaft Anteil BV	Personengesellschaft § 34a EStG	Personengesellschaft Regelbesteuerung
Gewinn	100	100	100	100
Thesaurierungs-belastung	29,825	29,825	29,034 *(1) 35,27*	46,705
Vollausschüttungs-belastung	18,509	19,989	18,717 *(1) 17,072*	/
Summe	48,334	49,814	47,751 *(1) 52,342*	46,705

Aus den Zahlen ergibt sich, dass die Inanspruchnahme des Sondersteuersatzes erst bei einer Ertragsteuerbelastung des Mit-/Unternehmers im Spitzentarif – jedenfalls von deutlich mehr als 30 % – zu erwägen ist und somit nur für ertragsstarke Personengesellschaften in Betracht kommt.[55]

Dies liegt nicht zuletzt an der starren Entnahmeversteuerung von 25 % des § 34a IV EStG, die insoweit verschärfend vom Trennungsprinzip abweicht, als sie keine Möglichkeit des Teileinkünfteverfahrens und mithin der Anwendung des persönlichen Steuertarifs vorsieht.[56] Kleinere und mittelertragsstarke Personengesellschaften scheiden folglich bereits aus der Zielgruppe aus, obwohl auch und gerade bei diesen eine Begünstigung thesaurierter Gewinne zur Stärkung der Eigenkapitalbildung wünschenswert ist. Überdies setzt die Modellrechnung voraus, dass der der Körperschaftsteuer angenäherte Begünstigungstarif eine Steuerbegleichung aus dem Privatvermögen unterstellt. Legt man dagegen die realitätsnähere Annahme zugrunde (siehe *(1)*), dass die Begleichung der Sondertarifsteuer zu einer Entnahme führt, sodass dieser Betrag nicht zur Sondertarifierung zur Verfügung steht, so erhöht sich die dadurch kombinierte Thesaurierungs-/Gesamtbelastung von 29,034 auf 35,27 %. Unabhängig davon, ob dies die Konsequenz einer systemimmanenten Integration des § 34a EStG in das Konzept der Mitunternehmerschaft in dem Sinne, dass nicht Gesellschaft, sondern Gesellschafter Adressat der Begünstigung ist, darstellt,[57] wird rechtsformabhängigen Belastungsunterschieden entgegen der ursprünglichen gesetzgeberischen Zielsetzung kaum Abhilfe verschafft.[58] Die Tarifspreizung thesaurierter Gewinne beträgt bei Anwendung des § 34a EStG noch 5,45 %-Punkte, obwohl der Nettogewinn gleichsam im Unternehmen verbleibt.

3. Weitere Unterschiede der Besteuerung

Auch die Besteuerung von Veräußerungsgewinnen ist in hohem Maße von rechtsformabhängigen (Begünstigungs-)unterschieden geprägt.

Überdies beschränkt sich die rechtsformabhängige Ungleichbehandlung nicht auf Einkommen- und Körperschaftsteuer, sie ist vielmehr auch in Erbschaft- und Schenkungsteuer[59] sowie in der Gewerbesteuer prägend[60].

III. Würdigung

In der Vielfalt rechtsformabhängiger Belastungsunterschiede ist für die Frage des tatsächlichen Reformbedarfs streng zwischen politisch Wünschenswertem und verfassungsrechtlich Gebotenem zu unterscheiden.[61] Das Gebot der Rechtsformgerechtigkeit als Maßstab hierfür deckt sich mit dem Gebot der Folgerichtigkeit[62] dahingehend, dass beide Grenzen für die steuerliche Anknüpfung an die Rechtsform statuieren. Differenzierungen nach der Rechtsform müssen im Einklang mit den sachbereichsspezifischen Grundwertungen stehen und die regelungs-, sprich leistungsfähigkeitsrelevanten, Unterschiede abbilden.

So muss z.B. die persönliche Haftung des (Mit-)Unternehmers eines Personenunternehmens steuerrechtlich zu ausgleichsfähigen Verlusten führen, während

[51] Aufgrund vielfach höherer Gewerbehebesätze ist dies jedoch häufig nicht der Fall, vgl. daher zum Reformbedarf des § 35 EStG *Hey*, Belastung thesaurierender Personenunternehmen, Gutachten im Auftrag der Stiftung Familienunternehmen, 2020, S. 35 ff.
[52] BT-Drs. 16/4841, 31 f.
[53] *Wacker*, DStR 2019, 585, 586.
[54] Vgl. *Hey*, DStR 2007, 925, 927.
[55] Hierzu *Wacker*, DStR 2019, 585, 587.
[56] Insb. kritisch *Hey*, DStR 2007, 925, 928 f.
[57] Vgl. *Hey*, DStR 2007, 925, 927.
[58] *Hey*, DStR 2007, 925, 928 f.; *Ebd.* (Fn. 51), S. 8 f.
[59] Hierzu *Scheffler/Wigger*, BB 2006, 2443, 2444 f.
[60] *Hey*, in: Tipke/Lang (Fn. 19), Rz. 13.168, 12.6 ff.
[61] Explizit *Drüen*, GmbHR 2008, 393, 403.
[62] Vgl. BVerfGE 99, 88, 95 ff.

eine Haftungsbeschränkung voller Verlustzurechnung entgegensteht.[63]

Wurde traditionell die wirtschaftliche Doppelbelastung ausgeschütteter Gewinne von Körperschaften als rechtfertigungsbedürftig angesehen, stellt sich angesichts der oben aufgezeigten Tarifspreizung nunmehr die Frage nach Rechtfertigung einer Privilegierung des in einer Kapitalgesellschaft erzielten Gewinns.[64] Das gilt umso mehr vor dem Hintergrund der aktuell diskutierten erneuten Senkung des Körperschaftsteuersatzes. Zu dieser konkreten Anwendung des Gleichheitssatzes hat sich das BVerfG jedoch nicht geäußert.[65]

1. Zivilrechtlicher Sachverhalt

Dem Schrifttum ist darin zuzustimmen, dass die verfassungsrechtliche Billigung des Dualismus von Trennungs- und Transparenzprinzip durch das BVerfG weder in ihren zivilrechtlichen Prämissen noch in ihren steuerrechtlichen Schlussfolgerungen überzeugt.

a) Eigene Vermögenssphäre der Personengesellschaft

Bei Personengesellschaften sind Vermögenssphären der Gesellschaft und der Gesellschafter ebenso getrennt wie bei Kapitalgesellschaften, vgl. § 124 HGB.[66] Dies betont unlängst auch der aktuelle Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts (MoPeG), der sog. „Mauracher Entwurf".[67] Entgegen dem historischen Leitgedanken lässt sich die Gesellschaft dogmatisch nicht mehr überzeugend subjektseitig auf ihre einzelnen Gesellschafter beschränken.[68] Angesichts der Rechtsfähigkeit der Gesellschaft gelten die Gesellschafter nicht mehr als eigentliche Rechtsträger eines Gesamthandsvermögens. Eine entnahmeunabhängige Besteuerung verpflichtet somit quasi zur Versteuerung des „fremden" Gesellschaftsvermögens.[69] *Kilincsoy* plädiert daher zu Recht dafür, dass die Vermögensordnung auch steuerrechtlich zweistufig konstruiert werden sollte.

Insbesondere begründen weder die grundsätzlichen Entnahmerechte der Personengesellschafter noch das abstrakte Risiko der Inanspruchnahme aufgrund der persönlichen Gesellschafterhaftung im Hinblick auf das Leistungsfähigkeitsprinzip und somit steuerrechtlich relevante Unterschiede. Vielmehr kann jeweils nur eine tatsächliche Entnahme oder die tatsächliche persönliche Verlusttragung im Sinn des Nettoprinzips leistungsfähigkeitssteigernd, bzw. -mindernd relevant sein.[70]

b) Wirtschaftliche Realität

Darüber hinaus ist die wirtschaftliche Realität komplexer als die steuerzivilrechtliche Leitidee einer „kapitalistischen Kapitalgesellschaft" und „personalistischen Personengesellschaft" und weist Mischformen (Publikums-GmbH & Co. KG, Einpersonen-GmbH) auf.[71] Die früher so markante Grenze der zivilrechtlichen Rechtsform verwischt immer mehr und kann mithin keine gerechte Demarkationslinie für steuerliche Belastungsunterschiede mehr darstellen.[72]

c) Zwischenergebnis

Folglich ergeben sich die bestehenden Belastungsunterschiede gerade nicht (mehr) aus einer folgerichtigen Anknüpfung an die zivilrechtliche Grundentscheidung, sie konfligieren vielmehr mit dieser.

Angesichts der wirtschaftlich und zivilrechtlich größeren Schnittmenge von Personen- und Kapitalgesellschaften bleibt für die Gleichstellungsthese kein Raum.[73] Namentlich haben die Gesellschafter keinen dinglichen Vermögensanteil an den Wirtschaftsgütern des Gesellschaftsvermögens, sondern allein Gesellschafterrechte.[74] Obwohl Gesellschafter damit weder rechtlich, betriebswirtschaftlich noch tatsächlich Einzelunternehmer sind, hält der Steuergesetzgeber an dem Konzept, die Personengesellschaft dem Einzelunternehmer anzunähern, fest.

2. Insbesondere: § 34a EStG

Überdies könnten, unter der Annahme, dass der Gesetzgeber sich mit § 34a EStG für einen Belastungsgleichlauf der im Unternehmen verbleibenden Gewinne entscheiden wollte,[75] die gleichsam weiterbestehende Tarifspaltung nebst anderen Abweichungen zwischen einkommen- und körperschaftsteuerlicher Thesaurierung als Verstoß gegen das Gebot der Folgerichtigkeit zu werten sein. So ist u.a. die starre Entnahmeversteuerung i.H.v. 25 % nicht dem Dualismus immanent und mithin selbst im geltenden System rechtfertigungsbedürftig.[76]

3. Gewerbesteuer

Auch die gewerbesteuerlichen Rechtsformdivergenzen rufen gleichheitsrechtliche Bedenken hervor.[77] Zu nennen ist hier insbesondere die Gewerblichkeitsfiktion für Kapitalgesellschaften, die durch das Argument einer besonderen Leistungsfähigkeit aufgrund der Vermögensabschirmung von Körperschaften nicht überzeugend gerechtfertigt werden kann.[78]

---

63 *Hey*, in: Tipke/Lang (Fn. 19), Rz. 13.173.
64 Vgl. *Hey*, in: Tipke/Lang (Fn. 19), Rz. 13.173.
65 Kritisch zur Abstinenz des BVerfG *Hey*, in: Tipke/Lang (Fn. 19), Rz. 13.173; *Drüen*, GmBHR 2008, 393, 402.
66 *Hennrichs/Lehmann*, StuW 2007, 16, 18 ff.*; Hennrichs.*, in: Tipke/Lang (Fn. 19), Rz. 10.14 ff.
67 Vgl. BT-Drs. 19/27635.
68 Statt vieler *Kilincsoy*, FR 2021, 248, 252.
69 So *Kilincsoy*, FR 2021, 248, 252; *Krumm*, in: Kirchhof/Seer (Hrsg.), EStG, 20. Aufl., § 15 Rz. 162.
70 *Hennrichs*, in: Tipke/Lang (Fn. 19), Rz. 10.5; *Ebd*., FR 2010, 721, 724; *Kraus*, Körperschaftsteuerliche Integration von Personenunternehmen, 2009, S. 123 ff.
71 Ebenso *Drüen*, GmbHR 2008, 393, 401, 403.
72 *Hennrichs*, in: Tipke/Lang (Fn. 19), Rz. 10.6 m.w.N; jüngst *Schiffers*, GmbH-StB 2021, 56, 61.
73 *Hallerbach*, FR 2016, 1117 ff.; *Hennrichs*, FR 2010, 721, 725; *Kilincsoy*, FR 2021, 248, 252, 254.
74 *Kilincsoy*, FR 2021, 248, 252 m.w.N.
75 Vgl. BT-Drucks. 16/4841, 31 f., 62.
76 Vgl. *Hey*, DStR 2007, 925, 928 f., 931.
77 Vgl. *Karrenbrock*, DStR 2020, 1, 6, die für eine Abschaffung des „deutschen Sonderwegs" plädiert.
78 Ebenso *Drüen*, GmbHR 2008, 393, 402.

4. Ergebnis

Das geltende Unternehmensteuerrecht bietet folglich in mehrfacher Hinsicht Anlass zur Kritik. Das beginnt damit, dass die dualistische Besteuerungsstruktur ökonomisch in dem Postulat der Entscheidungsneutralität zu beanstanden ist. Die Höhe der Steuerlast ist in der Unternehmens- und Beratungspraxis wesentlich für Rechtsformwahl und -wechsel. Die daraus erwachsene steuerorientierte „Rechtsformoptimierung" begleitet Unternehmensführungen und ihre Berater als ständige Gestaltungsaufgabe.[79] Insbesondere entstehen dadurch erhebliche – gesamtwirtschaftlich unproduktive – Informations- und Transaktionskosten.[80] Überdies kollidieren steuerliche „Gestaltungsaufträge" nicht selten mit außersteuerlichen Gründen, namentlich Publizitätspflichten sowie Aspekten unternehmerischer Mitbestimmung und der Unternehmensnachsfolge.

Vor allem aber setzt sich die dualistische Unternehmensbesteuerung *de lege lata* in einer Vielzahl von Fällen in Widerspruch zu dem verfassungsrechtlichen Gebot der Rechtsformneutralität und -gerechtigkeit, indem sie unterschiedliche Belastungswirkungen bei wirtschaftlich vergleichbaren Sachverhalten auslöst.[81]

Zwar lassen sich aus den Besteuerungsunterschieden sowohl Vor- als auch Nachteile aufführen. Indes lassen sich Verstöße gegen den Gleichheitssatz grundsätzlich nicht saldieren, wenn sie keinen inneren Zusammenhang aufweisen.[82]

Das Bedürfnis und die Notwendigkeit nach einer konsistenten, rechtsformneutralen Ausgestaltung der Unternehmensbesteuerung ist unabweisbar. Zu prüfen ist daher, ob das Optionsmodell oder alternative Reformmodelle dieses Bedürfnis befriedigen können.

C. Optionsmodell des § 1a KStG-E

Inmitten der Flut an Reformvorschlägen, die eine Überwindung der dualistischen Besteuerungsstruktur vorsehen, hat sich der Gesetzgeber mit dem Optionsmodell für einen Reformansatz innerhalb des Dualismus der Unternehmensbesteuerung entschieden. Der Vorteil liegt auf der Hand, denn er umgeht die Herausforderung einer vollständigen Neugestaltung des Steuersystems und damit einhergehende, nicht absehbare finanzielle Auswirkungen. Zumal der Gesetzgeber in der Ausgestaltung des Optionsmodells auf umfangreiche – auch legislative – Vorarbeiten zurückgreifen konnte.

I. Historie

Die Idee einer Option für Personengesellschaften zur Besteuerung nach dem Körperschaftsteuerrecht ist nicht neu und auch in ausländischen Steuerrechtsordnungen bekannt[83]. Sie liegt vielmehr dem „Modell 1" der Empfehlungen der Kommission zur Reform der Unternehmensbesteuerung („Brühler Empfehlungen")[84] zugrunde und wurde bereits Anfang des Jahrtausends im Zuge des Gesetzesentwurfs zur Senkung der Steuersätze und zur Reform der Unternehmensbesteuerung v. 15.2.2000 als wesentlicher Baustein einer rechtsformneutralen Besteuerung diskutiert.[85] Letztlich wurde die Option in Form des § 4 a KStG-E jedoch im Vermittlungsverfahren gestrichen, ohne dass der Gesetzgeber dies weiter begründete. Beklagt wurden allerdings geringer Nutzen und hoher Aufwand. In der Fachöffentlichkeit löste dies ein geteiltes Echo aus.[86] Insbesondere die Positionspapiere des IDW haben dem Optionsmodell jüngst wieder auf die politische Agenda verholfen.[87]

II. Regelungsstruktur

1. Persönlicher Anwendungsbereich

Nach § 1a KStG-E sollen Personenhandels-, also KG und OHG, sowie Partnerschaftsgesellschaften (im Folgenden nur „Optionsgesellschaft") einen Antrag auf Besteuerung als Kapitalgesellschaft stellen können. Explizit ausgeschlossen von der Option sind andere Personengesellschaften, wie die GbR, und Einzelunternehmer.[88] Während der Ausschluss Ersterer auf die Unverhältnismäßigkeit des Beratungsaufwands gestützt wird, entzieht sich der Gesetzesentwurf hinsichtlich Letzterer einer Begründung.

2. Wirkung der Option

Infolge der Ausübung der Option wird die Gesellschaft für Zwecke der Besteuerung nach dem Einkommen – und der Gewerbesteuer – materiell-rechtlich und verfahrensrechtlich umfassend wie eine Kapitalgesellschaft, ihre Gesellschafter wie die nicht persönlich haftenden Gesellschafter einer Kapitalgesellschaft behandelt. Gleichwohl besteht die Gesellschaft zivilrechtlich nach wie vor als Personengesellschaft. Insbesondere bleibt die zivilrechtliche Haftung der Gesellschafter unberührt.

a) Fiktive Umwandlung der Personengesellschaft in eine Kapitalgesellschaft

Der Übergang von der Besteuerung als Personengesellschaft hin zur Besteuerung als Kapitalgesellschaft soll als „fiktiver" Formwechsel nach dem Umwandlungsteuergesetz (UmwStG) behandelt werden. Über § 25 UmwStG finden die Regelungen zur Einbringung in Kapitalgesellschaften (§§ 20-23 UmwStG) entsprechend Anwendung. Der „fiktive" Formwechsel ist somit nie *per se* steuerneutral.[89] Auch für diesen sind die Voraussetzungen der §§ 20 ff. UmwStG an die Buchwertfortführung zu erfüllen. Ansonsten droht eine Realisation stiller Reserven mit entsprechender Steuerbelastung.

---

79 *Drüen*, GmBHR 2008, 393, 394; *Hennrichs*, StuW 2002, 201, 210.
80 *Hennrichs*, StuW 2002, 201, 210.
81 *Stein*, BB 2020, 1879, 1880 folgert daraus die Verfassungswidrigkeit der gesamten dualistischen Besteuerungsstruktur.
82 *Hey*, DStJG 24 (2001), 155, 210; *Ebd.*, in: FS Herzig, S. 7, 16; *Ebd.*, AöR 2003, 226 ff.
83 *Hey/Bauersfeld*, IStR 2005, 649 ff.; monographisch dazu *Woerz*, Körperschaftsteuer für Personenunternehmen, 2009, S. 193 ff.
84 Vgl. BMF-Schriftenreihe 1999, Heft 66.
85 Vgl. BT-Dr. 14/2683, 77, 96.
86 Dazu *Kraus* (Fn. 70), S. 261 m.w.N.
87 IDW Positionspapiere v. 25.08.2017 und 13.11.2019 (2. Aufl.), aufgegriffen in den Koalitionsausschüssen am 8. März und 3. Juni 2020.
88 BR-Drs. 244/21, S. 21, 25.
89 *Dorn/Dibbert,* DB 2021, 706, 707.

Insbesondere ist auf steuerliches Sonderbetriebsvermögen und wesentliche Betriebsgrundlagen im Sonderbetriebsvermögen zu achten. Eine Steuerneutralität des „fiktiven" Formwechsels setzt – entsprechend einer echten Umwandlung –den Übergang von funktional wesentlichem Sonderbetriebsvermögen auf die „optierende" Gesellschaft voraus.[90] Auch ist zu beachten, dass Verluste, insb. der § 10a GewStG, § 15a EStG, untergehen, und die Nachversteuerungspflicht gem. § 34a VI Nr. 2 EStG ausgelöst werden soll, sofern solche Beträge bestehen.

b) Laufende Besteuerung

Während die optierende Gesellschaft fortan der Gewerblichkeitsfiktion von Kapitalgesellschaften und damit der Gewerbe- und Körperschaftsteuer unterliegt, gelten die (fremdüblichen) Tätigkeitsvergütungen, Vergütungen für gewährte Darlehen und solche für die Überlassung von Wirtschaftsgütern auf Ebene der Anteilseigner nicht mehr als Einkünfte aus Gewerbebetrieb (vgl. § 15 I 1 Nr. 2 EStG), sondern unterliegen der entsprechenden Einkünftequalifikation der §§ 19, 20, 21 EStG vgl. § 1a III KStG-E.[91] Sonderbetriebsvermögen gibt es in Optionsfällen nicht mehr.

III. Ausgewählte Problemaspekte

1. Regelungslücken

a) Organschaft

Der aktuelle Entwurf lässt eine ausdrückliche Regelung zu der „Organgesellschaftsfähigkeit" der optierenden Personengesellschaft im Sinne der §§ 14 ff. KStG missen. Im Sinne der beabsichtigten Gleichstellung einer optierenden Personengesellschaft mit einer Kapitalgesellschaft sollte dies gleichwohl möglich sein.

b) Umwandlung Kapital- in Optionsgesellschaft

Sicherzustellen wäre zudem die Steuerneutralität des nichtgeregelten Formwechsels einer Kapital- in eine optierende Personengesellschaft.

2. Überwindung von Formwechselhemmnissen

a) Sonderbetriebsvermögen als Formwechselhemmnis

Der Konzeption der „fiktiven" Umwandlung ist es immanent, dass insoweit auf die Regelungen des UmwStG zur tatsächlichen Einbringung bzw. zum tatsächlichen Formwechsel einer Personen- in eine Kapitalgesellschaft zurückzugreifen ist. Das betrifft insbesondere die Behandlung von Sonderbetriebsvermögen sowie wesentlichen Betriebsgrundlagen im selbigen. Genauso wie bei einer „echten" Umwandlung steht daher eine Nichteinbringung von Sonderbetriebsvermögen einer Entnahme in das Privatvermögen der Gesellschafter gleich, soweit nicht auf Gestaltungsmöglichkeiten zurückgegriffen wird. Konsequenz davon ist zum einen die Aufdeckung der in diesem Vermögen liegenden stillen Reserven.[92] Zum anderen, und dies stellt ein erhebliches Hindernis der aktuellen Rechtslage dar,[93] steht ein daraus resultierender Rückbehalt funktional wesentlicher Betriebsgrundlagen einer Buchwerteinbringung des verbleibenden Betriebsvermögens entgegen, §§ 25 S. 1 iVm 20 UmwStG.[94] Zwar lässt sich dem durch eine – steuerneutrale (vgl. § 6 V 3 Nr. 2 EStG) – Übertragung des funktional wesentlichen Sonderbetriebsvermögens auf die optierende Gesellschaft begegnen, indes stellt dies freilich eine große Hürde der Optionsausübung dar.[95] *Wacker* plädiert daher mit Blick auf den Reformbedarf zu Recht für eine Lockerung der qualitativen Anforderungen für eine steuerneutrale Buchwerteinbringung im Sinne des § 20 UmwStG.[96]

b) Nachversteuerung nach § 34a VI 1 Nr. 2 EStG als Formwechselhemmnis

Ebenfalls im Gleichlauf mit einem echten soll der fiktive Formwechsel eine Nachversteuerung des nachversteuerungspflichtigen Betrages gem. § 34a VI Nr. 2 EStG auslösen.[97] Diese Regelung konstituiert nicht nur ein wesentliches Umwandlungshemmnis, sie überzeugt auch weder systematisch noch teleologisch. Seit Existenz der Sondertarifierungsnorm wird die Nachversteuerungspflicht in der Fachliteratur beharrlich und vor dem Hintergrund ihres eigentlichen Telos einer rechtsformneutraleren Belastung methodisch fundiert kritisiert.[98] Wurde in größerem Umfang von dem Sondersteuersatz – für Zwecke einer Belastungsangleichung – Gebrauch gemacht, so können sich im fiktiven Umwandlungsfall ganz erhebliche Liquiditätsbelastungen ergeben. Und dies, obwohl es im Falle eines (fiktiven) Formwechsels nicht zu einem Mitteltransfer auf die Gesellschafterebene kommt. Soweit die bislang bei der optierenden Gesellschaft thesaurierten Gewinne auf die fiktive Kapitalgesellschaft in Form von Eigenkapital übergehen und mithin den ausschüttbaren Gewinn erhöhen, müsste folgerichtig auch der nachversteuerungspflichtige Betrag an die weitere Bindung dieses Kapitals auf Gesellschaftsebene geknüpft werden. Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus einer etwaigen Divergenz in der Gewinnausschüttungsbelastung, da beide Regime weitgehend analog ausgestaltet sind. Auch Fälle unterschiedlicher Dividendenbesteuerung, namentlich bei im Betriebsvermögen gehaltenen Anteilen natürlicher Personen oder Kapitalgesellschaften, stellen kein grundsätzliches Problem der Beseitigung dieses Formwechselhemmnisses dar. Zwar erfolgt die Inanspruchnahme des § 34a EStG gesellschafterbezogen, während ein nachversteuerungspflichtiger Betrag bei der optierenden Gesellschaft zusammengefasst werden müsste, gleichwohl können die ggf. gesellschafterbezogen unterschiedlich hohen latenten Nachversteuerungslasten durch Ausgleichsverpflichtungen der Gesellschafter untereinander geregelt werden.[99] Im

[90] *Dorn/Dibbert,* DB 2021, 706, 707.

[91] Zu beachten sind aber die Grundsätze der Betriebsaufspaltung, vgl. § 1a III 4 KStG-E.

[92] *Schmitt*, in: Schmitt/Hörtnagl, UmwStG, § 25 Rn. 20.

[93] *Schiffers*, in: FS Herzig, S. 823, 832.

[94] St. Rspr. seit BFHE 180, 97 = BStBl. II 1996, 342.

[95] Ausführlich dazu *Werthebach*, FR 2021, 341, 344.

[96] Vgl. *Wacker*, DStR 2019, 585, 593, dessen Überlegungen auch innerhalb eines Optionsmodells entsprechend gelten; ebenso *Schiffers*, DStZ 2020, 885, 888; *Ebd.*, in: FS Herzig, S. 823, 832.

[97] Vgl. BR-Drs. 244/21, S. 23.

[98] *Schiffers*, in: FS Herzig, S. 823, 827 ff. m.w.N; aktuell *Hey* (Fn. 51), S. 32.

[99] Zu weiteren Lösungsmöglichkeiten *Schiffers*, in: FS Herzig, S. 823, 829 f.

Ergebnis zeigt sich, dass dieses Formwechselhindernis gerade nicht Ausdruck folgerichtiger Ausgestaltung größerer Rechtsformneutralität ist und eine Übergangsmöglichkeit des nachversteuerungspflichtigen Betrags im Sinne einer system- und zweckgerechten Ausgestaltung eines (fiktiven) Formwechsels zu begrüßen wäre.[100]

c) Grenzüberschreitende Auswirkungen

Kritisiert wird ferner, dass das Optionsmodell im internationalen Kontext zu einer Zunahme von DBA-rechtlichen Fragen des Rechtstypenvergleichs sowie positiver und negativer Qualifikationskonflikte und damit einhergehenden Entstrickungsfragen führen wird.[101] Zu Recht weist *Kraus* jedoch darauf hin, dass diese auch derzeit kein unbekanntes Phänomen darstellen und insbesondere auch gegenüber bedeutenden Staaten bestehen, die Personengesellschaften bereits optional oder sogar zwingend nach dem Trennungsprinzip besteuern.[102] Freilich erfordert das Optionsmodell eine Anpassung grenzüberschreitender Konstellationen, ein unüberwindbares Hindernis stellt diese jedoch nicht dar.

IV. Würdigung

Größere Rechtsformneutralität ließe sich im Wege der Optionslösung herstellen.[103] Das Wahlrecht ermöglicht es Unternehmen *de lege ferenda,* sich verzerrungsfrei für die Rechtsform einer Personenhandels- oder Partnerschaftsgesellschaft zu entscheiden. Mit der KSt liegt auch ein bewährtes Besteuerungssystem vor, dass den zivilrechtlichen Strukturen von rechtlich verselbständigten Gesellschaften am besten entspricht.[104] Zwar sind Übergangsprobleme zu erwarten. Diese sind aber bei Reformkonzeptionen geläufig und sprechen nicht *per se* gegen einen Systemwechsel. Insbesondere hängen sie mit der konkreten Ausgestaltung zusammen und stellen daher keine systemimmanente Schwäche des Optionsmodells dar.[105] Auch ausländische Vorbilder, wie ein rechtsvergleichender Blick zeigt, zeugen davon, dass ein Optionsmodell offenbar nicht völlig unpraktikabel ist.

Gleichwohl ist nicht davon auszugehen, dass das nun im Gesetzentwurf konkretisierte Optionsmodell mit offenen Armen willkommen geheißen wird. Zwar ist realpolitisch zu erwarten, dass ein nicht unwesentlicher Teil der Literatur es im Lichte des dargestellten, seit Jahrzehnten methodisch fundiert aufgezeigten und dennoch unbeantwortet gebliebenen Reformbedarfs unseres Unternehmensteuerrechts, begrüßen wird. Indes stehen dem Konzept erhebliche steuersystematische Bedenken entgegen. Der Prüfungsmaßstab der Option entspricht dem der Unternehmensbesteuerung *de lege lata*. Auch der Entwurf des Optionsmodells ist folglich an Art. 3 I GG sowie den daraus abgeleiteten Prinzipien der Folgerichtigkeit und der gleichmäßigen Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit zu messen.[106]

1. Maßstab des Gleichheitssatzes

a) Gleichbehandlung von Körperschaften

Problematisch ist insbesondere, dass das Optionsmodell in seiner konkreten Ausgestaltung nur einseitig Optionsgesellschaften die Möglichkeit einräumt, sich der Körperschaftsteuer zu unterwerfen.[107] Dies überzeugt weder in Zweck- noch Rechtmäßigkeit. Dem Gebot der Rechtsformneutralität wird es nicht gerecht, wenn wirtschaftlich vergleichbar leistungsfähige Gesellschaften (z.B. GmbH & Co. KG und GmbH) nur einseitig wahlweise hinter dem Thesaurierungssatz von 29,83 % (bei geringer Progression) zurückbleiben können.[108] Auch für ertragsschwache Körperschaften kann eine Besteuerung mit den persönlichen Tarifen der jeweiligen Gesellschafter günstiger sein. Diese werden unmittelbar von dem einseitigen Optionsrecht diskriminiert, ohne dass dies aus Leistungsfähigkeitsgesichtspunkten gerechtfertigt werden könne.[109]

Überdies könnte das Optionsmodell damit gegen das Folgerichtigkeitsgebot verstoßen. Es überzeugt nicht, die dualistische Besteuerung von Unternehmensgewinnen unter Verweis auf die zivilrechtlichen Rechtsformunterschiede zu rechtfertigen, sie jedoch dann einseitig zugunsten von Optionsgesellschaften aufzubrechen.[110] So ist hier insbesondere die Kritik von *Hey* an der Rechtfertigung der Ungleichbehandlung von Einzelunternehmern und Personengesellschaftern im Rahmen des § 15 III Nr. 1 EStG übertragbar, die es als Verstoß gegen das Folgerichtigkeitsgebot wertet, dass der Gesetzgeber einerseits an das Zivilrecht anknüpfend eine rechtsformabhängige Differenzierung der Steuerlasten statuiert, gleichzeitig dann aber die Rechtsformen punktuell ohne erkennbaren Maßstab wieder einander annähert.[111] Der Gleichheitssatz verliere jede Maßstabsfunktion, wenn Belastungsunterschiede einmal mit dem Dualismus, ein andermal mit seiner Überwindung gerechtfertigt werden können.[112] Folglich ist *Kraus* zuzustimmen, dass es folgewidrig sei, die Grundsatzentscheidung der strengen Rechtsformabhängigkeit des Unternehmensteuerrechts zugunsten des Selbstbestimmungsrechts einzelner Unternehmen aufzugeben, dieses Recht aber nur einseitig zu gewähren.[113] Erkennt der Gesetzgeber eine wirtschaftliche Vergleichbarkeit mit dem Optionsmodell an, verstößt eine Privilegierung nur von Optionsgesellschaften somit auch gegen das den Gleichheitssatz konkretisierende Folgerichtigkeitsgebot.[114]

b) Gleichbehandlung von Einzelunternehmern

Überdies ist sich die Fachliteratur uneinig, wie die Ausgrenzung des Einzelunternehmers aus verfassungsrechtlicher

[100] So auch die IDW-Positionspapiere (Fn. 88).
[101] *Wacker*, DStR 2019, 585, 589; ebenso *Dölker*, BB 2019, 2711, 2712.
[102] *Kraus* (Fn. 70), S. 242 f. legt sogar Vereinfachungspotential des Optionsmodells im internationalen Kontext dar.
[103] Ebenso *Hey*, DStJG 24 (2001), 155, 215.
[104] *Hennrichs*, FR 2010, 721, 727.
[105] Vgl. *Dorenkamp*, DStJG-Sonderband, 61, 81; *Hey*, in: FS Raupach, S. 479, 491.
[106] Speziell zu der Verfassungsmäßigkeit des Optionsmodells *Stein*, BB 2020, 1879 ff.; *Kraus* (Fn. 70), S. 288 ff.
[107] Ebenso damals *Hey*, DStJG 24 (2001), 155, 215 f.; *Lauterbach* (Fn. 3), S. 112; jüngst *Stein*, BB 2020, 1879, 1881 ff.
[108] Ausführlich hierzu *Stein*, BB 2020, 1879, 1881 ff.
[109] A.A. *Woerz* (Fn. 84), S. 25 ff., 217 f., der das Gebot der Rechtsformneutralität auf die Gleichbehandlung thesaurierter Gewinne beschränkt.
[110] *Kraus* (Fn. 70), S. 289 m.w.N.; bestätigend *Stein*, BB 2020, 1879, 1881 f.; *Weinelt* (Fn. 3), S. 138.
[111] *Hey*, in: FS Herzig, S. 7, 15.
[112] *Hey*, in: FS Herzig, S. 7, 15.
[113] *Kraus* (Fn. 70), S. 289 m.w.N.
[114] Zu dem Ergebnis kommt auch *Stein*, BB 2020, 1879, 1883.

Perspektive zu werten ist. Während die Einbeziehung des Einzelunternehmers in den Optionsentwurf 2000 damals als eines der Kernprobleme desselbigen hervorgehoben wurde,[115] stößt die Ausgrenzung auf gleichsam viel Kritik.[116] Problematisch gestaltet sich, dass das Körperschaftsteuerecht auf der Trennung zwischen Rechtssphären der Gesellschaft und Gesellschafter basiert und somit den zivilrechtlichen Sachverhalt – auch von Personengesellschaften – konsequent nachvollzieht. Die Situation des Einzelunternehmers verläuft jedoch diametral.[117] Eine Integration in die KSt würde eine Aufspaltung des Einzelunternehmers in eine fiktive Gesellschaft und einen fiktiven 100 %-Anteilseigner sowie insbesondere fiktive Leistungsbeziehungen bedingen.[118]

Gleichwohl fordert das Gebot rechtsformneutraler Besteuerung auch hier, dass wirtschaftlich vergleichbare Erfolge einer Einmann-GmbH und eines Einzelunternehmers nicht unterschiedlich hoch belastet werden.[119] Auch für Letzteren sind adäquate, rechtsformbelastungsneutrale steuerrechtliche Strukturen zu entwickeln.[120] Solche kann das Optionsmodell in seiner konkreten Ausgestaltung allerdings nicht bieten.

c) Konzeption als Rechtsfolgen-Wahlrecht

Grundsätzlich kommen Wahlrechte Steuerpflichtigen zugute, sie erweitern zunächst Freiheitsgrade.[121] Allerdings konfligiert das Optionsmodell als steuerliches Rechtsfolgen-Wahlrecht naturgemäß mit dem Prinzip der Besteuerung nach der objektiven Leistungsfähigkeit.[122] So legt das Optionsmodell die konkrete Höhe der Steuerbelastung bei identischem wirtschaftlichem Sachverhalt und mithin identischer Leistungsfähigkeit in die Hände des Steuerpflichtigen; sie macht sie gestaltbar.[123] *Hey* bringt die massive Widersprüchlichkeit, die einer Optionslösung immanent ist, auf den Punkt: entweder sei die Rechtsform Indikator unterschiedlicher wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit mit der Folge, dass die Option dem Steuerpflichtigen die Möglichkeit gebe, eine leistungsfähigkeitswidrige Besteuerung zu wählen oder sie sei es nicht, dann würde ein leistungsfähigkeitsgerechter Zustand nicht durch den Gesetzgeber hergestellt, sondern von einer Handlung des Steuerpflichtigen abhängig gemacht.[124]

Folglich konfligiert das Optionsrecht ebenso mit einer gleichheitssatzkonformen Besteuerung, wie eine rechtsformabhängige, unterschiedliche Besteuerung. Das Optionsmodell verstößt somit gegen das Leistungsfähigkeitsprinzip.

[115] Vgl. *Hey*, DStJG 24 (2001), 155, 212, 215 f.; *Ebd.*, in: FS Raupach, S. 479, 491 f.
[116] Insb. *Stein*, BB 2020, 1879, 1881.
[117] Ausführlich dazu *Kraus* (Fn. 70), S. 240.
[118] *Hey*, in: FS Raupach, S. 479, 491 f.
[119] *Hey*, DStJG 24 (2001), 155, 212; *Desens*, in: H/H/R, EStG/KStG, Einf. zum KStG, Anm. 170 f.
[120] Ebenso *Stein*, BB 2020, 1879, 1881.
[121] Vgl. *Streck*, NJW 2000, 3692.
[122] Vgl. *Belser*, Verfassungsrechtliche Zulässigkeit steuerlicher Wahlrechte, 1986, S. 86 ff.; *Hey*, DStJG 24 (2001), 155, 216; *Kraus* (Fn. 70), S. 288; *Lauterbach* (Fn. 3), S. 111; *Weinelt* (Fn. 3), S. 270; jüngst *Stein*, BB 2020, 1879, 1883.
[123] Ebenso *Kraus* (Fn. 70), S. 288.
[124] *Hey*, DStJG 24 (2001), 155, 216.

2. Zwischenergebnis

Es bleibt festzuhalten, dass der Optionsentwurf gleichheitswidrige Bedenken hinsichtlich der Gebote der Rechtsformneutralität, Folgerichtigkeit und Leistungsfähigkeit hervorruft. Einigen von diesen könnte man zwar durch eine Ausweitung der Option auf Körperschaften sowie einer – angepassten – Einbeziehung von Einzelunternehmern begegnen. Indes kann das Bedürfnis nach leistungsfähigkeitsgerechter Besteuerung nicht durch ein Wahlrecht auf dieses befriedigt werden.

D. Weitere Reformmodelle

Es bleibt daher die Frage, ob und wie dem Reformbedarf durch alternative Modelle besser begegnet werden könnte.

I. Reform des § 34a EStG

Wie oben aufgezeigt bleibt die konkrete Ausgestaltung von § 34a EStG, entgegen seines Telos, zum Teil gravierend hinter der körperschaftlichen Thesaurierungsbelastung zurück, ohne dass dies rechtsformspezifische Unterschiede in der Leistungsfähigkeit rechtfertigen. Ein großer Teil der Reformforderungen nach einer rechtsformgerechten Unternehmensbesteuerung konzentrieren sich daher auf Modelloptimierungen der Sondertarifierungsvorschrift. Auch diese bieten den Charme, in die Besteuerungsstruktur *de lege lata* integrierbar zu sein und somit realpolitisch eine höhere Realisierbarkeit erwarten zu lassen, als Reformmodelle „außerhalb" des Dualismus. So wurden auch diese Bestrebungen zunächst von der Politik rezipiert, finden jetzt aber keinen Eingang in dem KöMoG-E.

1. Struktur und Inhalt

Im Fokus der Reformvorschläge steht die Thesaurierungs- und Entnahmebelastung. Weitgehend übereinstimmend wird gefordert, diese punktgenau an der Belastung thesaurierter Gewinne der Kapitalgesellschaften zu orientieren. Insbesondere bedarf es dafür der (oben aufgezeigten) Integration der Steuerentnahme in die Sondertarifierung.[125] Gleichsam prioritär wird gefordert (1) die Nachversteuerung nach dem Teileinkünfteverfahren möglich zu machen, (2) dem „lock-in-Effekt"[126] sog. regelbesteuerter Altrücklagen zu begegnen und (3) auf die – im Falle des Nebeneinanders von § 34a EStG und Optionsmodell auch die Optionsausübung betreffende – Nachversteuerung bei Umstrukturierungen zu verzichten.[127]

2. Wertung

Bei allen Unterschieden vorgeschlagener Reformmodelle herrscht in der Fachöffentlichkeit weitgehend Einigkeit, dass, wenn an § 34a EStG festgehalten werden soll, die aufgezeigten Nachbesserungen systematisch und teleologisch geboten sind.[128]

[125] *Niehus/Wilke*, in H/H/R, EStG, § 34a, Anm. 57.
[126] *Karrenbrock*, DStR 2020, 1, 5.
[127] Siehe zum ausführlichen Lösungsvorschlag *Hey* (Fn. 51), S. 26 ff.
[128] Eine Außenseiterposition vertritt *Wacker*, DStR 2019, 585, 591 ff., der die sonst übereinstimmend erhobenen Forderungen weitgehend zurückweist.

Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus den – teilweise als Rechtfertigung angeführten – steuerlichen Vorteilen der Rechtsform der Personengesellschaft.[129]

Unabhängig davon ist es jedoch schwer, der Sondertarifierungslösung den Vorzug vor dem Optionsmodell – sollte man sich für ein in den Dualismus integrierten Reformweg entscheiden wollen – zu geben.

Obwohl das Optionsmodell aus steuersystematischer Sicht unbefriedigend ist, versprechen körperschaftliche Integrationsmodelle grundsätzlich einen höheren Grad der Zielerreichung.[130] Trotz der oben genannten verfassungsrechtlichen Bedenken gegenüber dem einseitigen Wahlrecht des Optionsentwurfs bietet dieses in Fällen der Optionsausübung eine umfassendere Rechtsformneutralität als die auf bloße Thesaurierungsneutralität ausgerichtete Sondertarifierung.

Auch § 34a EStG kann nicht den Bedenken begegnen, dass ertragsschwächere Kapitalgesellschaften – trotz teilweise wirtschaftlich identischer Leistungsfähigkeit, insb. zwischen GmbH & Co. KG und GmbH – nicht wahlweise hinter dem Thesaurierungssatz zurückbleiben können. Im bestehenden System der teils begünstigenden, teils benachteiligenden Unterschiede ist es schwer, im Sinne der den Gleichheitssatz konkretisierenden Rechtsformneutraliät nur in einem Punkt Gleichbehandlung einzufordern.[131] Die Forderung nach Rechtsformneutralität lässt sich nämlich nicht auf „Thesaurierungsneutralität“ reduzieren.[132]

Das Optionsmodell trägt auch dem zivilrechtlichen Wandel, insbesondere vor dem Hintergrund des MoPeG, mehr Rechnung.[133] Es begünstigt eine zielnähere Verwirklichung. Nicht zuletzt bietet es den überzeugenden Vorteil, gerade auch mittelständischen, im internationalen Wettbewerb stehenden Personengesellschaften Zugang zu international anerkannten, klareren Besteuerungsstrukturen – frei von den vielfältigen Abgrenzungsfragen hinsichtlich des Sonderbetriebsvermögens, z.B. bei Betriebsaufspaltungs- oder mehrstöckigen Fällen – zu gewähren.[134]

II. Vereinfachung des steuerneutralen Formwechsels

Im Lichte des jüngstes Steuerreformdiskurses hat *Wacker* demgegenüber vorgeschlagen, rechtsformbedingten Belastungsunterschieden durch eine Vereinfachung des steuerneutralen Formwechsels zu begegnen.[135]

Während eine Verbesserung der steuerlichen Flexibilität durch Beseitigung von Umstrukturierungshemmnissen zu begrüßen ist, verkennt *Wacker*, dass dies lediglich eine Symptombekämpfung sein kann. Dem eigentlichen Problem der steuerlichen Rechtsformverzerrung kann damit nicht begegnet werden.[136]

III. Modelle „außerhalb“ des Dualismus der Unternehmensbesteuerung

Eine Abkehr vom Dualismus würde einen (weitgehenden) Verzicht auf entweder das Trennungs- (Teilhabersteuer) oder das Transparenzprinzip (Allgemeine Unternehmensteuer) erfordern.[137] Das Konzept der Allgemeinen Unternehmenssteuer[138] ermöglicht nicht nur weitgehende Rechtsformneutralität der Besteuerung, sondern auch eine Abkopplung des Unternehmens- vom Einkommensteuertarif und überzeugt somit auch steuerwettbewerbspolitisch.[139] Realpolitisch betrachtet ist jedoch zu konzedieren, dass der Gesetzgeber sich im Lichte des Leitgedankens von Steuerrecht als gewachsenes Recht wohl nicht für radikale Reformen entscheiden wird.

E. Fazit

Es hat sich also gezeigt, dass die deutsche Unternehmensbesteuerung dem ökonomischen und verfassungsrechtlichen Postulat der Rechtsformneutralität nicht standhält. Mit dem Optionsmodell befindet sich der Gesetzgeber auf einer Gratwanderung zwischen der Anerkennung des Reformbedarfs einerseits und einer Suche nach einem möglichst bequem anmutenden Ausweg andererseits.

Dabei ist das Optionsmodell eigentlich nicht mehr als Letzteres. Aus verfassungsrechtlicher Perspektive kann es kaum einen Schritt in eine rechtsformneutralere Unternehmensbesteuerung leisten. Wie gezeigt, wirft es vielmehr neue Gleichheitsbedenken auf.

Problematisch wäre, wenn der Gesetzgeber das geplante Optionsmodell, wie auch schon die letzte Unternehmensteuerrefom – trotz Zielverfehlung, als Anlass künftiger Ignoranz gegenüber den weitergehenden Forderungen nach Rechtsformneutralität in der Unternehmensbesteuerung nimmt.

Sieht der Gesetzgeber das Optionsmodell jedoch als „Interimslösung“, könnte es als solches eine Annäherung an das langfristig zu verfolgende Ziel einer allgemeinen Unternehmensteuer bieten und eine Überwindung des Dualismus fördern.

---

[129] Ausführlich *Hey* (Fn. 51), S. 17 f.; *Ebd.*, DStR 2007, 925, 929 ff.; *Ebd.*, AöR 2003, 226 ff.
[130] *Hey*, in: Tipke/Lang (Fn. 19), Rz. 13.185; *Schiffers*, GmbH-StB 2021, 56, 60 f.
[131] Vgl. dazu *Hey*, DStR 2007, 925, 931; *Wilk*, DStZ 2007, 216, 218.
[132] Ebenso *Hey*, DStJG 24, 155, 171.
[133] *Kilincsoy*, FR 2021, 248, 254.
[134] *Schiffers*, DStZ 2020, 885, 888.
[135] *Wacker*, DStR 2019, 585, 593; auch bereits *Schiffers*, in: FS Herzig, S. 823, 826 ff.; *Ebd,*, GmbH-StB 2021, 56, 61; *Ebd.*, DStZ 2020, 885, 888.
[136] Ebenso *Hennrichs*, in: Tipke/Lang (Fn. 19), Rz. 10.9.
[137] Zu einem Überblick *Hennrichs*, StuW 2002, 201, 210 ff.; *Hey*, in: FS Raupach, S. 479, 488 ff.
[138] Von der Kommission Steuergesetzbuch der Stiftung Marktwirtschaft.
[139] Ausführlich *Kraus* (Fn. 70), S. 300 ff, 339.