



Studentische Zeitschrift für Rechtswissenschaft Heidelberg

AUFSÄTZE

- 1 Franziska Grethe
Die Wirksamkeit von Tarifverträgen zur Steuerung des Marktverhaltens von Unternehmen
- 31 Quincy C. Lobach
Zivilrechtliche Aspekte des geplanten Verschleißes
- 62 Lucienne Schlürmann
Die Behandlung von Doppel- und Mehrstaatern im deutschen und europäischen IPR
- 93 David A. Carnal
EuGH, Urteil vom 10.09.2015 in der Rs. C-47/14 (*Holterman Ferho et al. ./ Spies von Büllesheim*) und die Auswirkungen für Haftungsklagen einer deutschen GmbH gegen ihren Geschäftsführer
- 122 Patrick Wambold
Die Eurohypothek: Der aktuelle Stand aus deutscher Sicht
- 148 Nick Marquardt
Das Insolvenzgeld außerhalb eines Insolvenzverfahrens
- 162 Garry Konrath
Zum Bremer Gesetz der Polizeikostenabwälzung im Rahmen gewinnorientierter Großveranstaltungen – insbesondere bei Profifußballspielen
- 181 Patrick Christian Otto
Das Vergaberecht in Deutschland unter Berücksichtigung des Vergaberechtsmodernisierungsgesetzes 2015

Studentische Zeitschrift für Rechtswissenschaft Heidelberg

Redaktion

Chefredakteure: David Carnal, Alexander Schäfer, Sebastian Schwind

Joel Ackermann	Marcel Kahl	Safak Saricicek
Michelle Adam	Selina Keller	Kira Schauer
Nicolas Avramov	Yoo-Jin Kim	Alina Scheja
Robin Azinovic	Florian Klein	Florian Schmid
Hanno Behrends	Nathanael Klosowski	Daniela Schmidt
Philipp Bender	Garry Konrath	Violetta Sefkow-Werner
Benedikt Bien	Leo Krause-Wichmann	Anna Souhradova
Elif Dabazoglu	Michelle Leppin	Jülide Sözen
Sarah Dinges	Marisa Machacek	Lilofee Stark
Paulina Fecht	Till Meier	Johannes Tegel
Jakob Feldkamp	Anahita Mousavi	Christian Uhlmann
Louisa Gärtner	Anton Müller	Katharina Wagner
Esther Gothein	Alicia Pointner	Aaron Waible
Vanessa Grifo	Maren Raband	Alexander Walker
Nicolas Hartmann	Jasmin Rauch	Hendrik Wendland
Danya He	Lina Rees	Roman Wolf
Katja Hieber		Valentine Wanbing Zheng

Wissenschaftlicher Beirat

Prof. Dr. Christian Baldus	Dr. Steven Less, Esq.
Prof. Dr. Burkhard Binnewies	Prof. Dr. Thomas Lobinger
Prof. Dr. Martin Borowski	Prof. Dr. Ute Mager
Prof. Dr. Jens Bülte	Dr. Robert Magnus
Prof. Dr. Gerhard Dannecker	Prof. Dr. Boris P. Paal, M.Jur. (Oxon.)
Prof. Dr. Dieter Dölling	Prof. Dr. Ulrich Palm
Prof. Dr. Stefan Geibel	Prof. Dr. Andreas Piekenbrock
Prof. Dr. Bernd Grzeszick, LL.M. (Cantab.)	Prof. Dr. Dagmar Richter
Prof. Dr. Burkhard Hess	Dr. Felix Steffek, LL.M. (Cantab.)
Prof. Dr. Wolfgang Kahl, M.A.	Prof. Dr. Markus Stoffels
Prof. Dr. Friedemann Kainer	Prof. Dr. Christoph Teichmann
Prof. Dr. Christoph A. Kern, LL.M. (Harvard)	Prof. Dr. Christian Walter
Prof. Dr. Stephan Kirste	Prof. Dr. Marc-Philippe Weller
Prof. Dr. Hanno Kube, LL.M. (Cornell)	Dr. Nika Witteborg-Erdmann, M.A.
PD Dr. Christian Laue	

Ehemalige Chefredakteure:

Nicolas Nohlen, Thomas Straub, Caspar Behme, Anna-Katharina Hübler, Louisa Hansen, Till Wansleben, Laura Vásárhelyi-Nagy, Dominik Braun, Jan-Willem Prügel, Jonas von Göler, Björn Centner

Herausgeber

Studentische Zeitschrift für Rechtswissenschaft Heidelberg e.V.

Juristisches Seminar
Friedrich-Ebert-Anlage 6–10
69117 Heidelberg
www.studzr.de
E-Mail: verein@studzr.de

Zitiervorschlag: *Autor*, Titel, StudZR-WissOn 2016, S.

Franziska Grethe*

Die Wirksamkeit von Tarifverträgen zur Steuerung des Marktverhaltens von Unternehmen

Abstract

Der nachfolgende Beitrag setzt sich mit der Frage auseinander, inwiefern der Abschluss von (Haus-)Tarifverträgen, die auf das Marktverhalten eines Unternehmens zuzugreifen versuchen, möglich ist. Dabei stehen sich die Berufsfreiheit des Unternehmers und die Koalitionsfreiheit der Tarifparteien diametral entgegen. Grundsätzlich denkbar sind nach der hier vertretenen Auffassung jedenfalls schuldrechtliche Tarifverträge und außertarifvertragliche Vereinbarungen. Jene verstoßen jedoch regelmäßig gegen Art. 12 Abs. 1 GG als verfassungsrechtliche Grenze, sodass Arbeitskämpfe zur Durchsetzung der tariflichen Regelungen unzulässig sind. Im Gegensatz dazu sind freiwillig geschlossene Tarifverträge vielmehr Ausdruck der Berufsfreiheit des Arbeitgebers und somit zulässig.

* Die Verfasserin studiert Rechtswissenschaften an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg und arbeitet als studentische Hilfskraft bei Herrn Prof. *Dr. Marc-Philippe Weller* an der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg. Der vorliegende Beitrag wurde im Rahmen des Seminars im Schwerpunkt „Arbeit und soziale Sicherung“ unter der Leitung von Herrn Prof. *Dr. Sebastian Krebber* im WS 2015/16 an der Universität Freiburg angefertigt.

I. Einleitung

Tarifverträge zeichnen sich in klassischer Weise – und im Gegensatz zum Wettbewerbsrecht des freien Marktes – durch das „Gegenmachtprinzip“ zwischen Gewerkschaft- und Arbeitgeberseite aus.¹ Diese bilden gem. Art. 9 Abs. 3 GG Koalitionen und haben zum Ziel, Verträge auszuhandeln, die frei von staatlicher Einflussnahme über die Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen der Arbeitnehmer bestimmen sollen.² Was ist aber mit Tarifverträgen, die vielmehr das Marktverhalten von Unternehmen zu steuern versuchen, also das Spektrum des klassischen Regelungsbereichs von Arbeitsbedingungen verlassen? Ausgangspunkt ist dementsprechend zunächst die Frage, ob und inwiefern ein solcher „unüblicher“ Tarifvertrag geschlossen werden kann.

Zur Veranschaulichung werden zuerst die in diesem Beitrag näher untersuchten Beispielfälle erläutert (**II.**). Sodann gilt es herauszuarbeiten, was genau unter dem Marktverhalten von Unternehmen zu verstehen ist und ob dieses von der Reichweite der Zuständigkeit der Tarifvertragsparteien, mithin von den „Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen“, erfasst wird (**III. 1.**). Dann ist fraglich, ob diese entsprechenden Inhalte normativ oder schuldrechtlich tarifvertraglich geregelt werden können und für wen sie Wirkung entfalten (**III. 2.**). Zudem wird untersucht, ob hier eine tarifliche Regelungssperre greift oder vielmehr die Möglichkeit besteht, fernab des Tarifrechts marktsteuernde Inhalte vertraglich zu vereinbaren (**III. 3.**). Fraglich ist zudem, ob solche (Tarif-)Verträge mittels Arbeitskampf erstritten werden dürfen (**III. 4.**) und welchen verfassungsrechtlichen Grenzen sie unterliegen (**III. 5.**). Zuletzt soll noch ein Blick auf das Europarecht geworfen werden (**III. 6.**).

Um eine Ausuferung der Thematik zu vermeiden, beschränkt sich dieser Beitrag auf die Untersuchung der Fragestellung beim Abschluss von Haustarifverträgen. Da es den Rahmen dieses Beitrags sprengen würde, wird zudem weder näher auf die Anwendbarkeit des Kartellrechts³ noch auf das Betriebsverfassungsrecht im Hinblick auf die Rechte des Betriebsrates eingegangen.

¹ *Breideneichen*, Gütermarktregelnde Tarifvereinbarungen und Tariftreuerklärungen, Legitimation innerhalb des Kartells-, Verfassungs- und Europarechts, 2004, S. 12.

² BVerfGE 44, 322 (340 f.).

³ Trotz weitreichender Problematik zwischen den Grenzen von Wettbewerbs- und Tarifvertragsrecht findet dieses auf Haustarifverträge keine Anwendung, v. *Wallwitz*, Tarifverträge und die Wettbewerbsordnung des EG-Vertrages; Wettbewerbsbeschränkende Tarifverträge und das Kartellverbot des Art. 85 EGV, 1997, S. 65; *Krause*, Tarifverträge zur Begrenzung der Leiharbeit bei und zur Durchsetzung des Equal-Pay-Grundsatzes Rechtsgutachten für HSI, 2. Aufl. 2012, S. 103.

II. Beispielsfälle

Zur Veranschaulichung der hier untersuchten Fragestellung wird auf zwei Beispielsfälle zurückgegriffen: Zum einen soll die Regelung eines bestimmten Einsatzes und einer bestimmten Vergütung von Leiharbeitnehmern im Entleiherbetrieb durch die Tarifparteien des Entleiherbetriebs beleuchtet werden (im Folgenden „Leiharbeitnehmer“).⁴ Zum anderen wird näher auf das tarifpolitische Treueverlangen seitens der Gewerkschaft eingegangen.⁵ Dieser Fall findet sich z.B. bei Wäschereien. Hier wird versucht, das Unternehmen bei seinen Auftragsvergabeentscheidungen auf bestimmte Gewerkschaftsziele hin zu drängen; explizit soll der Unternehmer nur solche Vertragspartner wählen, die ihrerseits tariflich gebunden sind (im Folgenden „Wäschereien“).⁶

III. Wirksamkeit von Tarifverträgen zur Steuerung des Marktverhaltens von Unternehmen

1. Zuständigkeit der Tarifparteien

Um die Wirksamkeit der hier zu untersuchenden Tarifverträge zu prüfen, ist zunächst entscheidend, ob diese in die Regelungskompetenz der Tarifvertragsparteien fallen und insofern von der Koalitionsfreiheit gem. Art. 9 Abs. 3 GG erfasst werden. Die Verfassung schützt nicht nur die Bildung von Koalitionen, sondern auch deren Betätigungsfreiheit.⁷ Die Tarifautonomie ist wesentlicher Bestandteil der koalitionsspezifischen Betätigungsfreiheit und eröffnet den Tarifvertragsparteien die Möglichkeit zum autonomen Abschluss von Tarifverträgen.⁸ Der Schutzbereich des Art. 9 Abs. 3 GG umfasst zum einen den Zweck der Koalitionen, zum anderen die Grenzen der Kompetenz der Tarifautonomie.⁹

a) Marktverhalten von Unternehmen

Gegenstand dieses Beitrags ist die Wirksamkeit von Tarifverträgen zur Steuerung des Marktverhaltens von Unternehmen. Um die Reichweite des Koalitionszwecks hier bestimmen zu können, ist entscheidend, welche

⁴ Airbus-Zeitarbeits-Tarifvertrag zwischen Airbus Deutschland und der IG Metall vom 1.4.2003; vgl. Verbandstarifvertrag der nordwestdeutschen Eisen- und Stahlindustrie.

⁵ IG Metall Wäschereitarifverträge, wobei sich hier das Problem seit Einführung eines Mindestlohnvertrags 2009 weitestgehend erübrigt hat; §§ 4 Nr. 6, 6 Abs. 7 AentG.

⁶ Ausführlich zu „Sauber waschen mit Tarif“ Rieble, Unternehmerischer Marktmachteinsatz zur tarifpolitischen Lenkung von Kunden/Lieferanten, ZAAR 2010, 103 (106 f.).

⁷ Weyand, Die tarifliche Mitbestimmung im Bereich der Arbeitsorganisation, AuR 1991, 65 (67).

⁸ BVerfGE 4, 96 (106); BAGE 62, 171 (184).

⁹ Geiselhart, Tarifliche Regelungsmacht bei Haustarifverträgen und Unternehmerfreiheit, 2013, S. 23; Dietrich, in: ErfK, GG, 15. Aufl. 2015, Art. 9 Rn. 72.

Sachverhalte unter das *Marktverhalten* von Unternehmen im kollektiven Arbeitsrecht zu subsumieren sind. Unter Marktverhalten ist jede Tätigkeit auf einem Markt gemeint, durch die ein Unternehmer auf andere Marktteilnehmer einwirkt.¹⁰ In Betracht kommen hier unternehmerische Entscheidungen, die sich im Arbeits- bzw. Gütermarkt widerspiegeln. Der Unternehmer nimmt quasi eine „janusköpfige“ Doppelstellung ein, indem er auf der einen Seite als Arbeitgeber auf dem Arbeitsmarkt, auf der anderen Seite im Außenverhältnis unternehmerisch auf dem Gütermarkt tätig wird.¹¹ Davon abzugrenzen sind Tätigkeiten, die lediglich das individualarbeitsrechtliche Innenverhältnis zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber betreffen und keine Außenwirkung auf einen Markt haben, wie Lohnregelungen oder Regelungen über die Dauer der Arbeitszeit.¹² Fraglich ist, welche Sachverhalte konkret unter den Begriff Marktverhalten fallen. Zu unterscheiden sind hier das Arbeits- und das Gütermarktverhalten des Arbeitgebers.

aa) Arbeitsmarktverhalten

Das Arbeitsmarktverhalten des Unternehmens ist maßgeblich geprägt von der Arbeitgeber-Arbeitnehmer-Beziehung im innerbetrieblichen Bereich, die sich auf dem Arbeitsmarkt lediglich widerspiegelt.¹³ Es kann dann betroffen sein, wenn die Gewerkschaft versucht, solche Regelungen über das Verhalten des Unternehmens auf dem Arbeitsmarkt zu treffen, dass dieses seine Nachfrage nach eigenen Arbeitskräften aufrechterhält.¹⁴ Der Arbeitgeber kann zum Beispiel dazu verpflichtet sein, nur bestimmte Arbeitnehmer einzustellen oder in seinem Arbeitsvertragsverhalten so konditioniert werden, dass hier Mindest- und Höchstlöhne, etwa von den leitenden Arbeitnehmern, festgelegt sind.¹⁵ Darunter fallen zudem Standortfestlegungen, Produktionslinien sowie die Festlegung von Forschungs- und Entwicklungsprogrammen.¹⁶

bb) Gütermarktverhalten

Hingegen zeichnet sich das Gütermarktverhalten eines Unternehmens dadurch aus, dass es sich im Außenverhältnis auf den Güter- und Dienstleistungsmarkt erstreckt und damit Wettbewerbsparametern ausgesetzt ist.¹⁷ Es handelt sich also weder um Individualarbeitsbedingungen noch um betriebliche Fragen. Das

¹⁰ Köbler, in: KB UWG, 29. Aufl. 2001, § 4 UWG Rn. 11, 34.

¹¹ Breideneichen (Fn. 1), S. 14.

¹² Köbler (Fn. 10), Rn. 11.34.

¹³ v. Wallwitz (Fn. 3), S. 45 f.

¹⁴ Franzen, Kampfmiteinsatz für außertarifliche Regelungen, ZAAR 27 (2012), 119 (123).

¹⁵ Löwisch/Rieble, in: TVG, 3. Aufl. 2012, § 1 Rn. 1151.

¹⁶ Ebd., § 1 Rn. 216; 1151; Franzen (Fn. 14), 123.

¹⁷ v. Wallwitz (Fn. 3), S. 42 f.

Gütermarktverhalten des Unternehmens ist zum Beispiel dann betroffen, wenn die Gewerkschaft das Nachfrageverhalten des Unternehmens auf dem Gütermarkt in Bezug auf das Einkaufsverhalten hinsichtlich der Arbeitsmittel beeinflussen möchte.¹⁸ Auch geht es um die Frage, mit welchen Vertragspartnern der Arbeitgeber zusammenarbeitet sowie um Sachverhalte, die zum Beispiel Fremdvergaben betreffen.¹⁹ Zudem fällt darunter die Rekrutierung von Leiharbeitnehmern, da hier das Arbeitnehmer entleihende Unternehmen bezogen auf den Verleiher (der die arbeitsmarkttypischen Risiken trägt) auf dem Gütermarkt auftritt, um seine Nachfrage nach Arbeitnehmern zu stillen.²⁰ Dasselbe gilt für den oben (unter B.) bereits angesprochenen Versuch der Gewerkschaft, Regelungen über die Vergütung der Leiharbeitnehmer zu treffen, indem die Gewerkschaft des Entleiherbetriebs versucht, den Entleiher dazu zu verpflichten, den Equal-Pay-Grundsatz von Leiharbeitnehmern innezuhalten. Durch diesen Grundsatz soll sichergestellt werden, dass die Leiharbeitnehmer während ihres Einsatzes im Entleiherbetrieb den gleichen Entgeltbedingungen ausgesetzt sind, wie die dortigen Stammarbeitnehmer in vergleichbarer Position.²¹ Ferner sei hier der Versuch einer Gewerkschaft genannt, den Arbeitgeber dazu anzuhalten, nur solche Wäschebetriebe zu beauftragen, die ihrerseits an den Wäschetarif mit derselben Gewerkschaft gebunden sind.²²

b) Koalitionszweck

Um untersuchen zu können, ob marktbezogene Inhalte durch Koalitionen tariflich geregelt werden können, ist zunächst fraglich, ob solche Inhalte von Art. 9 Abs. 3 GG umfasst sind. Art. 9 Abs. 3 GG gewährleistet die „Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen“ durch die Vereinigungen.

aa) Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen

Maßgeblich ist, was man unter „Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen“ versteht. Nach h.M. sind damit alle Bedingungen gemeint, unter denen abhängige Arbeit geleistet sowie eine sinnvolle Ordnung des Arbeitslebens ermöglicht wird und die der generellen Regelung durch Tarifvertrag zugänglich

¹⁸ *Franzen* (Fn. 14), 122.

¹⁹ *Löwisch/Rieble* (Fn. 15), § 1 Rn. 1153; *Rieble* (Fn. 6), 114.

²⁰ *Franzen* (Fn. 14), 124; *Rieble* (Fn. 6), 114 Rn. 33.

²¹ BT-Drucks. 15/25, 5.11.2002, S. 39.

²² *Rieble* (Fn. 6), 106; *Giesen*, Grenzen schuldrechtlicher Vereinbarungsmacht über Unternehmerverhalten, ZAAR 27 (2012), 57 (61).

sind.²³ Dabei ist das Begriffspaar als funktionale Einheit zu verstehen.²⁴ So fallen darunter die nach § 1 TVG erfassten Regelungsgegenstände von Arbeitsbedingungen. Da Art. 9 Abs. 3 GG die Regelungsbefugnis lediglich generalklauselartig auf die Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen beschränkt,²⁵ können von der Zuständigkeit der Koalitionen zunächst nur allgemeine Lebenssachverhalte, die die private Lebensführung ohne Bezug zum Arbeitsleben betreffen, ausgenommen werden.²⁶ Fraglich ist, ob rein wirtschaftliche, unternehmerische Entscheidungen, die das Marktverhalten des Unternehmens prägen, von der Tarifautonomie erfasst sind. Reine Gütermarktregelungen sind den Tarifvertragsparteien verfassungsrechtlich verwehrt.²⁷ Wirtschaftsbedingungen des Unternehmens können einer tariflichen Regelung nur dann unterliegen, wenn sie einen erkennbaren Bezug zu Arbeitsbedingungen aufweisen.²⁸ Sofern eine unternehmerische Entscheidung abhängige Arbeit mitbetrifft, kann eine Zuständigkeit der Koalitionen also grundsätzlich in Betracht kommen. Der Grenzverlauf zwischen Tarifautonomie und unternehmerischer Entscheidung ist jedoch schwer zu ziehen und bedarf im Folgenden weiterer Erörterung.

bb) Marktverhalten und Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen

Fraglich ist, inwiefern das Marktverhalten des Unternehmens vom Schutzbereich der Tarifautonomie erfasst wird und damit in den Zuständigkeitsbereich der Tarifparteien fällt.

(1) Meinungsspektrum

Teilweise wird vertreten, dass von dem Begriff „Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen“ alle Maßnahmen umfasst werden, die als arbeitsrechtliche und soziale Daten gelten.²⁹ Durch die tarifvertragliche Festsetzung dieser Daten wird auf die unternehmerische Entscheidung dergestalt Einfluss genommen, dass sie Auswirkungen festlegt, die die unternehmerische Maßnahme im arbeitsrechtlichen Bereich hat, ohne dabei aber die Entscheidungsmöglichkeit des Unternehmers rechtlich zu beseitigen.³⁰ Andere gehen im Einklang mit der

²³ *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht, Band I, Grundlagen/Koalitionsfreiheit/Tarifvertrag/Arbeitskampf und Schlichtung, 1997, S. 219 ff.; *Dietrich* (Fn. 9), Art. 9 Rn. 23; *Geiselhart* (Fn. 9), S. 23.

²⁴ *Dietrich* (Fn. 9), Art. 9 Rn. 72 f.; *Gamillscheg* (Fn. 23), S. 219 ff.; *Geiselhart*, (Fn. 9), S. 23.

²⁵ BVerfGE 4, 96 (108 f.).

²⁶ *Dietrich* (Fn. 9), Art. 9 Rn. 74.

²⁷ *Löwer*, in: v. Münch/Kunig, GG I, 6. Aufl. 2012, Art. 9 Rn. 63.

²⁸ *Wiedemann*, Unternehmensautonomie und Tarifvertrag, RdA 1986, 231 (231 f.).

²⁹ *Biedenkopf*, Sinn und Grenzen der Vereinbarungsbefugnis der Tarifvertragsparteien, 46. DJT 1966, 97 (163).

³⁰ *Ebd.*, S. 162.

h.M. der Frage nach, ob die unternehmerische Maßnahme im Einzelfall den Rechtskreis des Arbeitnehmers unmittelbar tangiert oder lediglich mittelbar aufgrund einer Reaktion des Marktes.³¹ Tarifpolitische Gegenstände müssen einen erkennbaren Bezug zum Rechtskreis des Arbeitnehmers aufweisen.³² Darunter zu verstehen sei die Gesamtheit aller rechtlichen und sozialen Belange des Arbeitnehmers, die sich aus der abhängigen Arbeit ergeben.³³ In die allgemeine Geschäftspolitik dürften sich die Tarifparteien jedoch nicht einmischen.³⁴ Gleichwohl sei ihre Kompetenz aber auch nicht nur auf die Folgen der unternehmerischen Entscheidung beschränkt, sondern könne sich bereits auf die soziale Kehrseite als Teilinhalt der unternehmerischen Entscheidung erstrecken.³⁵ Danach beschränke sich die Zuständigkeitsbefugnis der Koalitionen auf den Gütermarkt, solange ein inhaltlicher Konnex zu arbeitsrechtlichen Fragen bestehe.³⁶ Wiederum andere Vertreter formulieren den von der Tarifautonomie umfassten Umfang der unternehmerischen Entscheidung sehr weit.³⁷ Weder der Wortlaut von Art. 9 Abs. 3 GG noch die Entstehungsgeschichte könnten eine präzise Auslegung ermöglichen.³⁸ Die unbestimmte grundrechtliche Formulierung erlaube keine abschließende Bestimmung des Autonomiebereichs der unternehmerischen Entscheidung.³⁹ Daher falle all das unter den Gegenstand tariflicher Bestimmungen, was auch nur entfernt dem Schutz der Arbeitnehmer diene.⁴⁰ Nach der Rspr. muss dem Unternehmer ein gewisser Kernbereich zur autonomen Betätigung seiner unternehmerischen Entscheidungen zustehen.⁴¹ Sodann könne eine weitere Differenzierung nur über den Grad der Auswirkungen der unternehmerischen Entscheidung auf den Arbeitnehmer erfolgen.⁴² Die Regelungskompetenz der Tarifparteien sei immer dann gegeben, wenn sich die wirtschaftliche und soziale

³¹ *Wiedemann*, Unternehmensautonomie und Tarifvertrag, in: FS-Rieselfeld, 1993, S. 301 (303); *Meik*, Der Kernbereich der Tarifautonomie, dargestellt am Funktionszusammenhang von Unternehmens-, Betriebs- und Tarifautonomie, SAR Band 86, 1987, S. 82 f.; *Beuthien*, Mitbestimmung unternehmerischer Sachentscheidungen kraft Tarif- oder Betriebsautonomie?, ZfA 1984, 1 (12).

³² *Wiedemann* (Fn. 28), 232; *ders.* (Fn. 31), S. 302.

³³ *Wiedemann* (Fn. 31), S. 303.

³⁴ *Ebd.*

³⁵ *Wiedemann* (Fn. 28), 233; *Beuthien* (Fn. 31), 15.

³⁶ *Wiedemann* (Fn. 31), S. 303; *Beuthien*, Die Unternehmensautonomie im Zugriff des Arbeitsrechts, ZfA 1988, 1 (8 f.).

³⁷ *Dünbler*, Das Grundrecht auf Mitbestimmung und seine Realisierung durch tarifvertragliche Begründung von Beteiligungsrechten, 1973, S. 328 ff.

³⁸ *Weyand* (Fn. 7), 68.

³⁹ *Ebd.*

⁴⁰ *Ebd.*, S. 70; *Runggaldier*, Kollektivvertragliche Mitbestimmung bei Arbeitsorganisation und Rationalisierung, Arbeiten zur Rechtsvergleichung, 1983, S. 92.

⁴¹ BVerfGE 29, 260 (266 f.); 50, 290 (366).

⁴² BAGE 64, 284 (296).

Seite nicht trennen ließen⁴³ und die Unternehmensentscheidung die rechtlichen, sozialen oder wirtschaftlichen Belange der Arbeitnehmer in ihrer abhängigen Beschäftigung berührt.⁴⁴

(2) Stellungnahme

Bisher konnte bei dieser Problematik weder das Schrifttum noch die Rspr. eine wirklich abschließende Definitionsbestimmung liefern. Der Unternehmer entscheidet zunächst einmal autonom über Investitionen, Produktion und Vertrieb.⁴⁵ Die Schwierigkeit der Bestimmung der Reichweite der Tarifautonomie liegt darin, den tariffernen Kernbereich der unternehmerischen Entscheidung abzugrenzen.⁴⁶ Insbesondere in den Fällen, in denen die unternehmerische Maßnahme am Markt und deren arbeitsrechtliche Folgen kaum mehr zu trennen sind, fällt diese Grenzziehung schwer.⁴⁷ Entscheidend ist jedoch, dass in diesen Fällen – neben dem marktregelnden Inhalt – der notwendige arbeitsrechtliche Bezug anerkannt ist, was sich in der Begriffswahl des janusköpfigen Tarifvertrags gerade widerspiegelt.⁴⁸ Eine zu enge Auslegung des Merkmals der „Wahrung und Förderung von Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen“ kann daher nicht überzeugen. Wäre der Bereich lediglich auf Lohn- und Arbeitsbedingungen beschränkt, wäre der Begriff „Wirtschaftsbedingungen“ überflüssig.⁴⁹ Der Gesetzgeber hat bewusst eine offene Begriffsdefinition gewählt, um den Tarifparteien die Möglichkeit zur autonomen Anpassung an soziale Gegebenheiten zu lassen.⁵⁰ Dem Begriffspaar der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen liegt kein alternatives, sondern vielmehr ein kumulatives Verständnis zugrunde.⁵¹ Letztlich ist es am überzeugendsten, Art. 9 Abs. 3 GG so zu verstehen, dass solche Wirtschaftsbedingungen erfasst werden, in denen sich die Arbeitsbedingungen der Arbeitnehmer mit den unternehmerischen Wirtschaftsbedingungen des Arbeitgebers in irgendeiner Form überschneiden.⁵² Das reicht soweit, dass wann immer eine Maßnahme des Unternehmers Auswirkungen auf die Arbeit hat, sie potenzieller Gegenstand kollektivrechtlicher Regelung ist und nicht aus dem Koalitionszweck des Art. 9 Abs. 3 GG

⁴³ BAGE 64, 284 (296).

⁴⁴ BAG, NZA 1990, 886 (889).

⁴⁵ Beuthien (Fn. 31), 13.

⁴⁶ Wiedemann (Fn. 28), 236.

⁴⁷ Ebd., S. 239.

⁴⁸ Breidenrechen (Fn. 1), S. 23.

⁴⁹ Hendriks, Arbeitsrechtliche Vereinbarungen und Kartellrecht, 1976, S. 86.

⁵⁰ Weyand (Fn. 7), 68; v. Walwitz (Fn. 3), S. 41; Zeibig/Zachert, in: Kempen/Zachert, TVG, 5. Aufl. 2014, § 1 Rn. 944.

⁵¹ Weyand (Fn. 7), 68.

⁵² Beuthien (Fn. 31), 14.

fällt.⁵³ So kann der gewährleistete Regelungsbereich nicht ausufern, sondern ist vielmehr an die arbeitsrechtlichen Parameter gebunden.⁵⁴ Somit sind janusköpfige Maßnahmen, d.h. Marktregelungen mit arbeitsrechtlichem Zusammenhang, vom sachlichen Umfang der Koalitionsfreiheit erfasst.⁵⁵

cc) Beispielfälle

(1) „Leiharbeitnehmer“

Hinsichtlich der Bedingungen des Einsatzes von Leiharbeitnehmern im Entleiherbetrieb ist fraglich, ob unter Berücksichtigung des Umstands, dass zwischen dem Entleiher und dem Leiharbeitnehmer gerade kein klassisches Arbeitsverhältnis besteht, eine Zuständigkeit der Tarifvertragsparteien des Entleiherbetriebs gegeben sein kann. Hier wird seitens der Gewerkschaft versucht, die Personalbeschaffung in eine bestimmte Bahn zu lenken,⁵⁶ zum Beispiel über die Durchsetzung des Equal-Pay-Grundsatzes. Dabei soll unmittelbar das Vertragsverhältnis zwischen Entleiher und Verleiher, mittelbar das Arbeitsverhältnis zwischen Verleiher und angestellten Leiharbeitnehmern sowie das Verhältnis zwischen Entleiher und Leiharbeitnehmer geregelt werden.⁵⁷ Im Folgenden wird nicht näher auf das Arbeitsverhältnis zwischen Verleiher und angestelltem Leiharbeitnehmer, sondern auf mögliche Regelungen zwischen Entleiher und Leiharbeitnehmer eingegangen. Teilweise wird angenommen, hier ginge es seitens des Entleihers lediglich um die Unterstützung der Regulierung fremder Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen der Leiharbeitnehmer,⁵⁸ zumal sich die Frage der Art und Weise der Zusammenarbeit des Unternehmers mit seinem Vertragspartner der arbeitsrechtlichen Kollektivregelungsbefugnis entziehe.⁵⁹ Eine Regelung, die den Einsatz von Leiharbeitnehmern im Entleiherbetrieb bestimmt, betrifft letztlich aber auch die Arbeitsorganisation in diesem Betrieb und hat so eine unmittelbare Auswirkung auf die Stammebelegschaft.⁶⁰ Zudem geht es bei der Durchsetzung des Equal-Pay-Grundsatzes auch um die Verfolgung von Eigeninteressen der Stammebelegschaft, Spannungen und Verdrängungsängsten

⁵³ Hensche, Tarifvertrag und Unternehmenspolitik, Von der Unantastbarkeit der Unternehmerfreiheit, AuR 2004, 443 (448).

⁵⁴ Hendriks (Fn. 49), S. 87.

⁵⁵ Kulka, Die kartellrechtliche Zulässigkeit von Tarifverträgen über das Ende der täglichen Arbeitszeit im Einzelhandeln, RdA 1988, 338 (345); Wiedemann (Fn. 28), 239; v. Wallwitz (Fn. 3), S. 42.

⁵⁶ Krause (Fn. 3), S. 45.

⁵⁷ Ebd.

⁵⁸ So Franzen (Fn. 14), 124.

⁵⁹ Grds. ablehnend Rieble (Fn. 6), 114.

⁶⁰ Geiselhart (Fn. 9), S. 28; Krause (Fn. 3), S. 44 f.

gegenüber den Leiharbeitnehmern vorzubeugen.⁶¹ Eine Einwirkung auf den „fremdnützigen“ Arbeitnehmerüberlassungsvertrag kann nicht schon deshalb zum Ausschluss aus dem Schutzbereich der Koalitionsfreiheit hin zur ausschließlichen Regulierung durch die Dienstleistungsmärkte führen.⁶² Fälle, in denen die Gewerkschaft versucht, auf das Nachfrageverhalten des Unternehmens Einfluss zu nehmen, sind von Art. 9 Abs. 3 GG gedeckt, da es hier um Wahrung und Förderung der eigenen Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen geht.⁶³ Gegenstand eines Tarifvertrags kann also die Regelung der Kriterien sein, nach denen der Verleiher vom Entleiherbetrieb (zur Umsetzung des Equal-Pay-Grundsatzes) auszuwählen ist.⁶⁴ Der Koalitionszweck des Art. 9 Abs. 3 GG bzgl. der Arbeitsbedingungen der Leiharbeitnehmer im Entleiherbetrieb ist folglich gegeben.

(2) „Wäscherei“

Verlangt die Gewerkschaft vom Unternehmen lediglich Vertragspartner zu beauftragen, die ihrerseits die tariflichen Standards ihrer Branche einhalten (sog. Tarifpolitisches Treueverlangen), so sind die Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen des Art. 9 Abs. 3 GG hinsichtlich der Beeinflussung des Gütermarktverhaltens des Unternehmens mittelbar betroffen.⁶⁵ Solche tarifpolitische Regelungen sind folglich nach Art. 9 Abs. 3 GG zulässig.

a) Fazit

Der Koalitionszweck ist weit zu verstehen. Tarifverträge, die die Steuerung des Marktverhaltens des Unternehmens zum Gegenstand haben, sind vom Schutz des Art. 9 Abs. 3 GG zur „Wahrung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen“ erfasst und können hier nicht von vorneherein ausgeschlossen werden. Dass solche Regelungen erhebliche Auswirkungen auf die unternehmerische Entscheidung und damit auf den Gütermarkt haben, steht dem nicht entgegen.⁶⁶ Das von der unternehmerischen Entscheidung geprägte Marktverhalten kann möglicherweise vielmehr über die Grundrechtspositionen, zum Beispiel Art. 12 Abs. 1 GG, im Wege der Abwägung adäquat vor einer überschießenden Tarifautonomie geschützt werden. Der Zuständigkeitsbereich der Koalitionen schließt Fragen zur Regelungen des Marktverhaltens von Unternehmen ein,

⁶¹ Krause (Fn. 3), S. 86 f., 114.

⁶² Krause, Tarifverträge zu Wiederherstellung von Equal-Pay, AuR 2012, 55 (58); ders. (Fn. 3), S. 76.

⁶³ Franzen (Fn. 14), 123.

⁶⁴ Berg, Die Auswirkungen der Leiharbeit auf die gewerkschaftliche Interessenvertretung, JbArbR 46 (2008), S. 69 (85).

⁶⁵ Franzen (Fn. 14), 123.

⁶⁶ Jarass, Tarifverträge und Verfassungsrecht; Grundlagen, dargestellt am Beispiel des Streits um den Ladenschluss, NZA 1990, 505 (506).

solange diese in einem inneren Zusammenhang zu den Arbeitsbedingungen stehen.⁶⁷ Durch diesen weitgefassten Zuständigkeitsbereich hat der Gesetzgeber zum Ausdruck gebracht, dass die Koalitionsbetätigung eine dynamische, auf die jeweilige Situation ausgerichtete Arbeits- und Sozialpolitik darstellen soll.⁶⁸ Eine grundsätzliche Regelungskompetenz der Koalitionen für Tarifverträge, die das Marktverhalten des Unternehmen (in den oben genannten Beispielfällen) steuern, ist gem. Art. 9 Abs. 3 GG gegeben. Davon zu trennen ist die Frage der Beschränkung der Reichweite der tarifvertraglichen Ausgestaltungsfreiheit der Parteien hinsichtlich dieser Sachverhalte.⁶⁹ Diese gilt es im Folgenden zu erörtern.

2. Tarifliche Regelbarkeit

Tarifverträge bestehen grundsätzlich aus einem normativen und einem schuldrechtlichen Teil.

a) Normative Regelungsbefugnis

Die Normsetzungsbefugnis ist in § 1 TVG statuiert. Nach § 1 TVG können die Tarifvertragsparteien Inhalts-, Abschluss-, Beendigungs- und (betriebs-) verfassungsrechtliche Normen zur Regelung der Arbeitsbedingungen festlegen sowie Vereinbarungen über gemeinsame Einrichtungen nach § 4 Abs. 2 TVG treffen, die sodann normative, unmittelbare und zwingende Wirkung auf die Tarifvertragsparteien entfalten (siehe § 4 Abs. 1, Abs. 2 TVG).⁷⁰ Umstritten ist, ob die in § 1 TVG aufgelisteten Regelungsbefugnisse abschließenden oder lediglich beispielhaften Charakter haben.

aa) Abschließende Regelungsbefugnis?

Teilweise wird die Auffassung vertreten, die in § 1 TVG aufgelisteten Normgruppen seien nicht abschließend zu verstehen.⁷¹ Es müsse deshalb auf die Generalklausel der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen gem. Art. 9 Abs. 3 GG zurückgegriffen werden.⁷² Dies leuchtet jedoch nicht ein. Hätte der Gesetzgeber lediglich eine beispielhafte Aufzählung gewollt, hätte er das sprachlich zum Ausdruck gebracht, wie beispielsweise in § 88 BetrVG durch das Wort „insbesondere“.⁷³ Zwar wurde das TVG vor dem Grundgesetz

⁶⁷ Hendriks (Fn. 49), S. 101.

⁶⁸ Weyand (Fn. 7), 68.

⁶⁹ Wiedemann (Fn. 31), 307.

⁷⁰ Krebber, in: AR Kommentar zum gesamten Arbeitsrecht, 7. Aufl. 2015, TVG, § 1 Rn. 1 f.

⁷¹ Gamillscheg (Fn. 23), S. 539; Weyand (Fn. 7), 71 f.

⁷² Gamillscheg (Fn. 23), S. 539.

⁷³ Löwisch/Rieble (Fn. 15), Gdl. Rn. 135.

verabschiedet.⁷⁴ Dieser Umstand schließt jedoch nicht aus, dass der Gesetzgeber die Normwirkung des TVG abschließend regeln wollte. Der Katalog des § 1 TVG hat daher abschließenden Charakter.⁷⁵ Die Normsetzungsbefugnis ergibt sich folglich aus den in § 1 Abs. 1 TVG genannten Arbeitsbedingungen.⁷⁶

bb) Inhaltsnormen

(1) „Leiharbeitnehmer“

Beim Airbus-Zeitarbeitstarifvertrag wurde Airbus dazu verpflichtet, durch Vereinbarung mit verschiedenen Verleiherfirmen sicherzustellen, dass die Leiharbeitnehmer von ihrem jeweiligen Arbeitgeber die bei Airbus betriebsübliche Vergütung erhalten.⁷⁷ Die Besonderheit liegt darin, dass die Regelungen zur Bezahlung von Leiharbeitnehmern mit dem entleihenden Unternehmen festgelegt wurden. Problematisch ist, dass zwischen Entleiher und Leiharbeitnehmer eben kein Arbeitsvertrag besteht, sondern lediglich ein tatsächliches Arbeitsverhältnis.⁷⁸ Ein Tarifvertrag bindet auf der Tarifseite nur denjenigen Arbeitgeber, der selbst Partei des Tarifvertrages ist.⁷⁹ Als Inhaltsnormen i.S.v. § 1 Abs. 1 TVG können grundsätzlich keine Sachverhalte erfasst sein, die die Tätigkeit als solche bzw. deren Umfang abstrakt regeln oder die Produktionsmethoden erfassen.⁸⁰ Leiharbeitnehmer unterfallen somit nur den tariflichen Inhaltsnormen im Verleiher-, nicht im Entleiherbetrieb.⁸¹ Für die Regelung der Arbeitsbedingungen der Leiharbeitnehmer fehlt dem Entleiher schlichtweg die Tarifmacht.⁸² Ein solcher Zeitarbeitstarifvertrag kann folglich keine normative Regelung entfalten.⁸³

bb) „Wäscherei“

Die Gewerkschaft will in diesen Fällen auf die Auswahl der Geschäftspartner des Unternehmers Einfluss nehmen. Auch wenn die oben skizzierte Unternehmensentscheidungen bezogen auf das Marktverhalten unter den

⁷⁴ *Gamillscheg* (Fn. 23), S. 539.

⁷⁵ *Löwisch/Rieble* (Fn. 15), Gdl. Rn. 135; *Säcker/Oetker*, Grundlagen und Grenzen der Tarifautonomie, erläutert anhand aktueller tarifpolitischer Fragen, 1992, S. 102.

⁷⁶ *Löwisch/Rieble* (Fn. 15), Gdl. Rn. 135 f.

⁷⁷ *Rieble*, Kollektivarbeitsrechtliche Regulierung beim Entleiher, ZAAR 15 (2009), 65 (75); Zusatztarifvertrag Airbus Deutschland und IG Metall vom 1.4.2003.

⁷⁸ *Krause* (Fn. 3), S. 57.

⁷⁹ *Ebd.*, S. 56.

⁸⁰ *Weyand* (Fn. 7), 71.

⁸¹ *Thüsing*, in: *Thüsing/Braun*, Tarifrecht, Handbuch, 1. Aufl. München 2011, 5. Kap. LeihAN Rn. 1.

⁸² *Rieble* (Fn. 77), 75.

⁸³ *Ebd.*; *Krause*, Tarifverträge zu Wiederherstellung von Equal-Pay, AuR 2012, 55 (56).

Koalitionszweck des Art. 9 Abs. 3 GG fallen, können sie nicht durch normativen Tarifvertrag bestimmt werden.⁸⁴ So zählen diese Arbeits- und Gütermarktverhalten weder zu Individualarbeitsbedingungen noch handelt es sich um betriebliche Fragen. Es ist demnach nicht unter § 1 Abs. 1 TVG regelbar.⁸⁵ Aufgrund des abschließenden Charakters des TVG können Inhalte, die ein solches Marktverhalten des Unternehmens betreffen, somit nicht mit normativer Regelungsbefugnis im Tarifvertrag vereinbart werden.

cc) Betriebsnormen

(1) „Leiharbeitnehmer“

Betriebsnormen nach § 1 Abs. 1 TVG regeln die Organisationsgewalt des Arbeitgebers bzw. Fragen der Betriebsgestaltung.⁸⁶ Gem. § 3 Abs. 2 TVG genügt hierbei die Tarifbindung des Arbeitgebers, um den betroffenen Normen im Betrieb Geltung zu verschaffen.⁸⁷ Teilweise wird vertreten, die Frage der Vertragspartnerwahl und Aushandlung von Vertragsbedingungen entziehe sich gänzlich den Regeln des TVG, da hier allein das Marktverhalten des Unternehmers auf dem Gütermarkt betroffen sei.⁸⁸ Da aber zum Beispiel Leiharbeitnehmer im Betrieb des Entleihers unmittelbar arbeiten, können diese nicht grundsätzlich von der Geltung der Betriebsnormen ausgenommen sein.⁸⁹ Knüpft die Norm an die Eingliederung an, so kann sie zudem für die Leiharbeitnehmer Wirkung entfalten.⁹⁰ Allerdings unterfallen den Betriebsnormen nur solche Regelungen, die im Betrieb einheitlich gelten können.⁹¹ Damit sind die Normen gemeint, die nicht das individuelle Rechtsverhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer zum Gegenstand haben. Dies ist zum Beispiel bei tariflichen Zeitarbeitshöchstquoten der Fall, da bei der Festlegung über den Leiharbeitnehmereinsatz letztlich über die Zusammensetzung der Belegschaft im Betrieb entschieden wird und somit über die Arbeitsorganisation.⁹² Bezogen auf den Equal-Pay-Grundsatz ist die Entgelthöhe eine den Inhaltsnormen zugewiesene Regelungsmaterie, die nur zwischen beidseitig gebundenen Vertragspartnern gelten kann.⁹³ Somit lässt sich die Durchsetzung des Equal-Pay-Grundsatzes in keine Betriebsnorm fassen.

⁸⁴ *Löwisch/Rieble* (Fn. 15), § 1 Rn. 215.

⁸⁵ *Ebd.*, § 1 Rn. 1151; 1153; *Giesen* (Fn. 22), 61.

⁸⁶ BAG, NZA 1987, 233 (234); *Weyand* (Fn. 7), 71.

⁸⁷ *Rieble* (Fn. 77), 76.

⁸⁸ *Rieble* (Fn. 6), 114.

⁸⁹ *Rieble* (Fn. 77), 77.

⁹⁰ *Thüsing* (Fn. 81), 5. Kap. LeihAN Rn. 1; *Geiselhart* (Fn. 9), S. 34.

⁹¹ BAG, NZA 1990, 850 (888 f.).

⁹² BAG, NZA 1991, 675 (677); *Geiselhart* (Fn. 9), S. 34; *Krause* (Fn. 3), S. 79 ff.

⁹³ *Krause* (Fn. 3), S. 67; *Rieble* (Fn. 77), 77.

(2) „Wäscherei“

Für das Tariftreueverlangen seitens der Gewerkschaft gilt das, was unter den Inhaltsnormen gesagt wurde. Die Vertragspartnerwahl kann weder mittels Inhalts- noch Betriebsnorm normativ tariflich geregelt werden.

a) *Schuldrechtliche Regelungsbefugnis*

Fraglich ist, ob gleiches für die schuldrechtliche Regelungsbefugnis gilt. Schuldrechtliche Abreden über die Rechte und Pflichten der Tarifvertragsparteien im Tarifvertrag können in Haustarifverträgen von Arbeitgeber und der Gewerkschaft geschlossen werden und entfalten keine Rechtsnormqualität gem. § 4 Abs. 1 TVG.⁹⁴ Solche schuldrechtlichen Vereinbarungen entfalten Rechte und Pflichten nur für die Vertragspartner.⁹⁵ Mangels normativer Wirkung bedarf es jedoch der Umsetzung in das Arbeitsverhältnis oder schuldrechtlich durch entsprechende Bezugnahme Klauseln der Tarifvertragsparteien.⁹⁶ Ob es sich bei der zwischen den Tarifvertragsparteien geschlossenen Vereinbarung um eine normative oder schuldrechtliche Bestimmung handelt, ist mittels Auslegung gem. §§ 133, 157 BGB zu ermitteln.⁹⁷

aa) Tarifliche Regelungssperre

Strittig ist, ob schuldrechtliche Verpflichtungen mittels Tarifvertrag eingegangen werden können, wenn sie normativ bereits nicht regelbar sind oder ob hier vielmehr eine tarifliche Regelungssperre greift.⁹⁸ Teilweise wird vertreten, dass was normativ nicht regelbar ist, auch nicht schuldrechtlich vereinbart werden könne.⁹⁹ Der Begriff der „Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen“ sei als funktionale Einheit zu verstehen, aufgrund derer die schuldrechtliche Gestaltungsbefugnis nicht weiter reichen könne als die Normsetzungsbefugnis der Tarifvertragsparteien, sonst drohe eine strukturelle Überprivilegierung.¹⁰⁰ Dem ist nicht zuzustimmen. § 1 Abs. 1 TVG statuiert keine Regelungssperre für nicht tarifliche Arbeitsbedingungen, sondern formuliert lediglich einen abschließenden Katalog für solche mit normativem Charakter.¹⁰¹ Über schuldrechtliche Regelungen außerhalb der Tarifordnung enthält das TVG

⁹⁴ *Franzen*, in: *ErfK zum Arbeitsrecht*, 15. Aufl. 2015, TVG, § 4 Rn. 1; *Löwisch/Rieble* (Fn. 15), § 1 Rn. 136.

⁹⁵ *Geiselhart* (Fn. 9), S. 37; *Franzen* (Fn. 94), TVG, § 1 Rn. 91.

⁹⁶ *Franzen* (Fn. 94), TVG, § 1 Rn. 80.

⁹⁷ *BAG*, NZA 2011, 808 (Ls.).

⁹⁸ Diskussion im Zusammenhang mit Differenzierungsklauseln *Giesen* (Fn. 22), 63 f.

⁹⁹ So *ebd.*, S. 64 ff., 73 bzgl. Steuerung unternehmerischen Verhaltens.

¹⁰⁰ *Ebd.*, 66 ff., 73; *Mayer-Maly*, *Gemeinsame Einrichtungen im Spannungsfeld von Tarifmacht und Organisationspolitik*, BB 1965, 829 (833).

¹⁰¹ *Löwisch/Rieble* (Fn. 15), Gdl. Rn. 136; § 1 Rn. 1116.

keine Aussage.¹⁰² Im Übrigen leuchtet es nicht ein, weshalb ein Unternehmen mit jedwedem Dritten eine schuldrechtliche Vereinbarung schließen darf, jedoch nicht mit einer Gewerkschaft.¹⁰³ Um die Reichweite der schuldrechtlichen Regelungsbefugnis bestimmen zu können, muss sich vielmehr an Art. 9 Abs. 3 GG orientiert werden: Fällt der vorliegende Sachverhalt noch unter das Begriffspaar „Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen“, darf dieser Inhalt tarifnormübergreifend geregelt werden.¹⁰⁴ Den Koalitionen bleibt so die Möglichkeit, die Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen mittels koalitionspezifischen Schuldrechtsvertrags zu regeln.¹⁰⁵

bb) Beispielfälle

Fraglich ist, wie sich die schuldrechtliche Regelungsbefugnis im Zusammenhang mit dem Einsatz von Leiharbeitnehmern und mit der tarifreuen Vertragspartnerwahl verhält.

(1) „Leiharbeitnehmer“

Weil schuldrechtliche Vereinbarungen nicht normativ gelten, können sie nur mit dem Entleiher direkt getroffen werden. Im Hinblick auf den Equal-Pay-Grundsatz ist fraglich, ob der Entleiher dazu verpflichtet werden kann, diesen im obligatorischen Teil des Tarifvertrags festzuschreiben und bei Nichteinhaltung dem Leiharbeitnehmer gegenüber zu haften.¹⁰⁶ Diese Koalitionsverträge können bei Haustarifverträgen den Leiharbeitnehmern als Verträge mit Schutzwirkungen zugunsten Dritter abgeschlossen werden. Eine solche Vertragskonstellation liegt vor, wenn der Dritte (hier der Leiharbeitnehmer) keine primären Leistungsansprüche erhält, der Versprechende (Entleiher) aber Verhaltenspflichten schuldet, deren Verletzung Schadensersatzansprüche auslösen können.¹⁰⁷ Dasselbe gilt für die tarifvertragliche Vereinbarung des Entleihers mit dem Verleiher, die Leiharbeitnehmer im Entleiherbetrieb unter den dort geltenden Tarifbedingungen arbeiten zu lassen.¹⁰⁸

¹⁰² *Lönisch/Rieble* (Fn. 15), § 1 Rn. 1116.

¹⁰³ *Rieble* (Fn. 6), 109.

¹⁰⁴ *Zachert*, Jenseits des Tarifvertrags- sonstige Kollektivvereinbarungen der Koalitionen, NZA 2006, 10 (13); *Kühning/Bertelsmann*, Tarifautonomie und Unternehmerfreiheit, Arbeitskampf aus Anlass von Standortentscheidungen NZA 2005, 1017 (1019).

¹⁰⁵ *Lönisch/Rieble* (Fn. 15), Gdl. Rn. 136; *Jacobs*, Tarifvertragsrecht, 1. Aufl. 2007, § 4 Rn. 165.

¹⁰⁶ *Krause* (Fn. 3), S. 75 f.

¹⁰⁷ *Grüneberg*, in: Palandt, 74. Aufl. 2015, § 328 Rn. 13; *Karthaus*, Der Kampf um die Leiharbeitslöhne hat gerade erst begonnen; Tarifvertrag zur Bezahlung von Leiharbeitnehmern in der nordwestdeutschen Eisen- und Stahlindustrie, AuR 2010, 494 (496).

¹⁰⁸ *Hensche/Henschmid*, in: Däubler, Tarifvertragsgesetz mit Arbeitnehmer-Entsendegesetz, 3. Aufl. 2012, TVG § 1 Rn. 793; *Thüsing* (Fn. 81), 5. Kap. LeihAN Rn. 2.

(2) „Wäscherei“

Fraglich ist, ob es sich der Befugnis der Tarifvertragsparteien entzieht, schuldrechtlich tarifvertraglich Einfluss auf die Auswahl der Geschäftspartner der Unternehmer in der Hinsicht zu nehmen, dass sich die Unternehmensleitung dazu verpflichtet, nur tarifgebundene Auftragnehmer auszuwählen, zum Beispiel tarifgebundene Wäschereien. Dem ist nicht so. Zwar ist das Gütermarktverhalten des Unternehmens dem normativen Teil des Tarifvertrags verschlossen, schuldrechtlich kann sich der Arbeitgeber hingegen auch in seinem Marktverhalten, konkret bei der Auswahl seiner Vertragspartner, binden.¹⁰⁹

c) Personelle Reichweite

Inwieweit Nichtorganisierte von den Vereinbarungen der Koalitionen im Bereich ihrer Tarifautonomie betroffen sein können, ist Frage der Auslegung des TVG im Lichte von Art. 9 Abs. 3 GG und bedarf besonderer Rechtfertigung.¹¹⁰ Das BAG betont den Grundsatz, dass die Tarifparteien bei arbeitsverhältnisbezogenen Regelungen zunächst keine Normsetzungsmacht gegenüber Außenseitern haben.¹¹¹ Eine Verpflichtung zur Übernahme von Vertragsinhalten in Arbeitsverhältnisse ist jedoch seit jeher möglich und Kernbestandteil des deutschen Tarifrechts.¹¹² Außenseiterklauseln in diesem Sinne sind Vereinbarungen in Tarifverträgen, wonach nichtorganisierte Arbeitnehmer (Außenseiter) den Organisierten gesamtvertraglich oder im Hinblick auf einzelne Regelungen gleichgestellt werden.¹¹³ Teilweise werden solche Klauseln für unzulässig gehalten.¹¹⁴ Diese Ansicht ist jedoch überholt.¹¹⁵ Die Gewerkschaft fordert regelmäßig auch die Außenseiter zum Arbeitskampf auf, für die entsprechend grundsätzlich die Möglichkeit bestehen muss, von der geforderten Vereinbarung erfasst zu sein.¹¹⁶ Somit sind Außenseiterklauseln, jedenfalls solange sie für den nichtorganisierten Arbeitnehmer vorteilhaft sind, zulässig.¹¹⁷ Solche Abreden gehören in den Bereich der Arbeits- und

¹⁰⁹ *Löwisch/Rieble* (Fn. 15), § 1 Rn. 1153.

¹¹⁰ BVerfGE 44, 322 (348); *Waltermann*, Zu den Grundlagen der Tarifautonomie, ZfA 2000, 53 (75).

¹¹¹ BAG, NZA 2011, 920 (924).

¹¹² *Thüsing*, in: Wiedemann, Tarifvertragsgesetz, 7. Aufl. 2007, § 1 Rn. 861.

¹¹³ *Thüsing* (Fn. 81), 5. Kap. Außenseiterklausel Rn. 1; *Lorenz*, in: Däubler, Tarifvertragsgesetz mit Arbeitnehmer-Entsendegesetz, 3. Aufl. 2012, TVG § 3 Rn. 274.

¹¹⁴ *Mayer-Maly* (Fn. 100), 833.

¹¹⁵ BAG, NJW 1968, 1903 (Ls.); *Lorenz* (Fn. 113), § 3 Rn. 274; *Löwisch/Rieble* (Fn. 15), § 1 Rn. 243.

¹¹⁶ *Thüsing* (Fn. 112), § 1 Rn. 862.

¹¹⁷ *Zeibig/Zachert* (Fn. 50), § 1 Rn. 955; *Lorenz* (Fn. 113), § 3 Rn. 274; *Thüsing* (Fn. 112), § 1 Rn. 965.

Wirtschaftsbedingungen und können als Vertrag zugunsten Dritter unmittelbare Ansprüche der Außenseiter begründen.¹¹⁸ Betriebsnormen nach § 1 Abs. 1 TVG gelten hingegen einheitlich in den jeweiligen Betrieben, unabhängig vom Organisationsgrad der Belegschaft.¹¹⁹

d) Fazit

Demnach können zur Steuerung des Marktverhaltens von Unternehmen schuldrechtliche Tarifverträge geschlossen werden. Einstellungshöchstquoten von Leiharbeitnehmern können sogar als Betriebsnormen normativ geregelt werden. Mittels Außenseiterklauseln können nicht organisierte Arbeitnehmer von solchen tarifvertraglichen Regelungen erfasst werden.

3. Tariflicher Rechtsformzwang

Darüber hinaus stellt sich die Frage nach einem tariflichen Rechtsformzwang, d.h., ob die Tarifvertragsparteien darüber hinaus Inhalte vertraglich festlegen können, die weder normativ noch schuldrechtlich tariflich regelbar sind. Solche Koalitionsvereinbarungen sind grundsätzlich nicht unzulässig.¹²⁰ Die Tarifvertragsparteien können frei entscheiden, ob sie zur „Wahrung und Förderung von Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen“ Tarifverträge oder sonstige schuldrechtliche Abreden abschließen möchten.¹²¹ Wird der Bereich der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen verlassen, fußen diese jedoch nicht mehr auf der Privilegierung des Art. 9 Abs. 3 GG,¹²² sondern leiten sich aus der allgemeinen Handlungsfreiheit gem. Art. 2 Abs. 2 GG ab und stellen somit kein koalitionspezifisches Recht der Betätigungsfreiheit dar.¹²³ Die Tarifparteien sind umfassend rechtsfähig und können schuldrechtliche Verträge außerhalb der Tarifautonomie abschließen.¹²⁴ Mittels Bezugnahme auf dieses Regelwerk können sich die Arbeitsvertragsparteien diesem Regelwerk im jeweiligen Arbeitsvertrag unterwerfen.¹²⁵ Darüber hinaus kann durch den echten Vertrag zugunsten Dritter gem. § 328 BGB jedem dritten Arbeitnehmer Ansprüche erwachsen,

¹¹⁸ *Thüsing* (Fn. 112), § 1 Rn. 965.

¹¹⁹ *Wiedemann*, Der nicht organisierte Arbeitnehmer im kollektiven Arbeitsrecht, RdA 2007, 65 (68); Streit zu personellen Grenzen bei Betriebsnormen; *Loritz*, Tarifautonomie und Gestaltungsfreiheit des Arbeitgebers, 1990, S. 41 ff.

¹²⁰ *Franzen* (Fn. 14), 136; a.A. *Mayer-Maly*, Leistungsdifferenzierung und Tarifmachtbegrenzung, BB 1966, 1067 (1069).

¹²¹ *Däubler*, in: *Däubler Tarifvertragsgesetz mit Arbeitnehmer-Entsendegesetz*, 3. Aufl. 2012, Einl. Rn. 872.

¹²² *Zeibig-Zachert* (Fn. 50), § 1 Rn. 947; *Franzen* (Fn. 94), TVG § 1 Rn. 3.

¹²³ *Meik* (Fn. 31), S. 154; *Franzen* (Fn. 14), 128 f.

¹²⁴ *Rieble* (Fn. 6), 115.

¹²⁵ *Löwisch/Rieble* (Fn. 15), § 1 Rn. 1119.

wodurch der Arbeitgeber unmittelbar vertraglich verpflichtet wird.¹²⁶ Diese Koalitionsverträge können bei Haustarifverträgen zum Beispiel den Leiharbeitnehmern als echte Verträge zu Gunsten Dritter gem. § 328 BGB Ansprüche gegenüber dem Entleiher begründen.¹²⁷ Grundsätzlich muss mittels Auslegung (nach §§ 133, 157 BGB) geklärt werden, ob ein normativer bzw. schuldrechtlich wirkender Tarifvertrag oder eine sonstige nicht tarifliche schuldrechtliche Vereinbarung vorliegt und die Parteien sich rechtlich mittels Vertrag zugunsten Dritter gem. § 328 BGB binden wollen.¹²⁸ Aufgrund der Relativität der Schuldverhältnisse kommt diesen schuldrechtlichen Vereinbarungen in Bezug auf das Arbeitsverhältnis des Arbeitnehmers keine unmittelbare Wirkung zu; vielmehr steht § 328 BGB neben diesem und kann mittels Bezugnahme Klausel übernommen werden.¹²⁹ Die Arbeitnehmer können die Gewerkschaft mittels Vollmacht (nach §§ 167 ff. BGB) darüber hinaus dazu ermächtigen, schuldrechtliche Verträge zu schließen, die zum Inhalt Regelungen haben, die tariflich nicht regelbar wären.¹³⁰ Beispiele hierfür sind unter anderem Vereinbarungen zum Umweltschutz, Produktgestaltungen, Festlegung von Produktpaletten und die Preisgestaltung.¹³¹ Danach ist auch die Festlegung der Auftragsvergabe des Unternehmens nach tarifpolitischen Zwecken, wie oben ausgeführt, zum Beispiel bei der Auftragsvergabe tarifgebundener Wäschereien, möglich.¹³² Darüber hinaus kann ein Vertrag mit Schutzwirkung zu Gunsten Dritter geschlossen werden, der dem Dritten zwar keinen eigenen Leistungsanspruch verschafft, jedoch einen vertraglichen Schadensersatzanspruch.¹³³ Ein solcher schuldrechtlicher Vertrag wurde durch die nordwestdeutsche Eisen- und Stahlindustrie geschlossen. Dieser beinhaltete die Verpflichtung des Entleihers, darauf hinzuwirken, dass dem Leiharbeiter während seines Einsatzes im Entleiherbetrieb seitens seines Verleihers das dort gewährte entsprechende Entgelt bezahlt werde.¹³⁴

4. Streikrecht

Die Tarifautonomie umfasst die Gewährleistung des Arbeitskampfes.¹³⁵ Alles was tariflich normativ regelbar ist, kann auch Gegenstand eines Arbeitskampfes

¹²⁶ Löwisch/Rieble (Fn. 15), § 1 Rn. 1121; Zeibig/Zachert (Fn. 50), § 1 Rn. 941.

¹²⁷ Rieble (Fn. 77), 79, Rn. 31, Krause (Fn. 3), S. 76.

¹²⁸ BAG, NZA 2005, 178 (180 f.); 1998, 654 (657 f.); Zeibig/Zachert (Fn. 50), § 1 Rn. 988.

¹²⁹ Löwisch/Rieble (Fn. 15), § 1 Rn. 1129.

¹³⁰ Giesen (Fn. 22), 77.

¹³¹ Franzen (Fn. 14), 129.

¹³² Rieble (Fn. 6), 115.

¹³³ BAGE 59, 177 (186); BGHZ 49, 350 (353).

¹³⁴ Zeibig/Zachert (Fn. 50), § 1 Rn. 988.

¹³⁵ Franzen (Fn. 14), 135.

sein.¹³⁶ Dementsprechend können Zeitarbeitshöchstquoten, die via Betriebsnormen beschlossen werden, erstreikt werden.

a) *Schuldrechtliche Tarifverträge*

Fraglich ist, ob schuldrechtliche Tarifvereinbarungen erstreikt werden dürfen. Teilweise wird vertreten, das Streikrecht beschränke sich auf die durch § 1 TVG geregelten Normen und sei deshalb für schuldrechtliche Vereinbarungen in den Tarifverträgen nicht gegeben.¹³⁷ Der Ausgangspunkt sei Art. 9 Abs. 3 GG und nicht § 1 TVG.¹³⁸ Ebenso wie bei der Argumentation gegen eine tarifliche Regelungssperre von schuldrechtlichen Koalitionsvereinbarungen, kann auch hier ein Ausschluss des Streikrechts nicht überzeugen. Schuldrechtliche Koalitionsverträge werden vielfach über Regelungstatbestände jenseits der klassischen Arbeitsbedingungen geschlossen; ein Streikverbot hierfür würde die Möglichkeiten der Gewerkschaften übermäßig einengen.¹³⁹ Solange der Regelungsinhalt von Art. 9 Abs. 3 GG geschützt wird, besteht die Möglichkeit der Durchsetzung der Interessen der Arbeitnehmer durch Arbeitskampf.¹⁴⁰ Bezogen auf das in diesem Beitrag untersuchte Beispiel der „Leiharbeiter“ steht die Friedenspflicht aus den Tarifverträgen mit der Verleiherseite dem Streikrecht nicht entgegen, solange es sich um die Durchsetzung des Equal-Pay-Grundsatzes auf Entleiherseite handelt.¹⁴¹ Demnach können tarifvertragliche Regelungen (über schuldrechtliche Vereinbarungen) zur Leiharbeit mit dem Entleiher (zur Durchsetzung des Equal-Pay-Grundsatzes) auch via Streik grundsätzlich durchgesetzt werden.¹⁴² Dasselbe muss für den Einfluss auf die tariffreie Vertragspartnerwahl gelten. Grundsätzlich besteht daher für schuldrechtliche Tarifvereinbarungen das Recht zu streiken.¹⁴³ Das gilt jedoch nicht uneingeschränkt, da hier die Außenschranke der Koalitionsfreiheit, insb. das durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützte Grundrecht des bestreikten Unternehmens auf unternehmerische Entscheidungsfreiheit, Grenzen aufzeigen kann.¹⁴⁴ Dies gilt es im Folgenden zu erörtern.

¹³⁶ BAGE 46, 322 (357).

¹³⁷ Greiner, „Tarifsozialplan“ bei Betriebsübergang?, NZA 2008, 1274 (1277); Giesen (Fn. 22), 69 f.; Mayer-Maly (Fn. 120), 1069.

¹³⁸ Giesen (Fn. 22), 69.

¹³⁹ Franzen (Fn. 14), 130.

¹⁴⁰ Franzen (Fn. 14), 147.

¹⁴¹ Berg (Fn. 64), 87; einschränkend Krause (Fn. 3), S. 130.

¹⁴² Berg (Fn. 64), 86.

¹⁴³ Franzen (Fn. 14), 134; Löwisch/Rieble (Fn. 15), § 1 Rn. 1167; Krause (Fn. 3), S. 126.

¹⁴⁴ Franzen (Fn. 14), 134 f.

b) Außertarifvertragliche schuldrechtliche Vereinbarungen

Da außertarifvertragliche schuldrechtliche Vereinbarungen nicht unter dem Schutz des Koalitionszwecks aus Art. 9 Abs. 3 GG stehen, ist hier das Streikrecht grundsätzlich ausgeschlossen.¹⁴⁵ Die Gewerkschaft handelt hier wie jedes andere Privatrechtssubjekt und ist so den hierauf anwendbaren Wertungskriterien des Zivilrechts (und des Kartellrechts) unterstellt.¹⁴⁶ Unter Zugrundelegung der Annahme einer Versagung der Möglichkeit, schuldrechtlich tarifvertragliche Regelungen zur Steuerung der tariffreien Vertragspartnerwahl zu vereinbaren (a.E. hier „Wäscherei“ III. 2. a) bb) (2)), ist fraglich, ob in diesen Fällen für die Möglichkeit des Arbeitskampfes ähnliche Kriterien wie zur Zulässigkeit von Unterstützungstreiks herangezogen werden können. Die Gewerkschaft setzt hier auf den Einfluss des direkt bestreikten Unternehmens als Adressat des Streiks; die Zulässigkeit des Unterstützungstreiks soll hier die Funktionsdefizite der Tarifautonomie im eigentlichen Regelungsbereich überwinden.¹⁴⁷ Dabei ist die mittels Androhung von Arbeitsniederlegungen erzeugte Einflussnahme auf das Nachfrageverhalten des Unternehmens, zum Beispiel für die Auswahl von tarifgebundene Wäschereien, im Verhältnis zum Unterstützungstreik ein weitaus schonenderes Mittel, da hier das angegangene Unternehmen – anders als beim Unterstützungstreik – entscheiden kann, ob es dem Gesuch der Gewerkschaft nachkommt oder nicht.¹⁴⁸ Da für die Zulässigkeit eines Unterstützungstreiks die Nähe zum Hauptstreik entscheidend ist,¹⁴⁹ gilt, dass ein solches tarifpolitisches Treueverhalten nur dann zulässig sein kann, wenn die Gewerkschaft ihre eigenen Tarifstandards stützen will.¹⁵⁰ Das ist für die Auswahl von tarifgebundenen Wäschereien aber gerade der Fall. Die IG Metall wollte hier die Auftragsvergabe auf solche Wäschereien beschränken, die ihrerseits an die IG Metall-Tarifverträge gebunden sind. Insofern kann man in diesem Fall von der grundsätzlichen Zulässigkeit des Arbeitskampfes ausgehen.

5. Verfassungsrechtliche Wirksamkeit von Tarifverträgen zur Regelung des Marktverhaltens von Unternehmen

Untersucht werden soll nun, welchen Wirksamkeitshemmnissen Tarifverträge unterliegen. Es stellt sich die Frage, ob und inwiefern Tarifverhandlungen über das Marktverhalten von Unternehmen geführt und somit die unternehmerische Entscheidungsfreiheit beschnitten werden darf. Hierin könnte ein Verstoß

¹⁴⁵ *Franzen* (Fn. 14), 129.

¹⁴⁶ *Ebd.*, S. 138.

¹⁴⁷ *Ebd.*, S. 140.

¹⁴⁸ *Ebd.*

¹⁴⁹ *BAG*, NZA 2007, 1055 (Ls).

¹⁵⁰ *Franzen* (Fn. 14), 141.

gegen höherrangiges Recht liegen. Die unternehmerische Freiheit könnte der Tarifautonomie entgegenstehen.

a) *Verstoß gegen externe Grenzen*

Fraglich ist, ob ein normativer bzw. schuldrechtlicher Tarifvertrag gegen Art. 12 Abs. 1 GG verstößt.

aa) Bindung an Grundrechte

Dazu müssten die Tarifvertragsparteien an die Grundrechte gebunden sein. Dabei gelten die Grundrechtsschranken für den Haustarifvertrag ebenso wie für den Verbandstarifvertrag.¹⁵¹ Aufgrund der schuldrechtlichen und normativen Doppelnatur der Tarifverträge ist sodann fraglich, ob die Grundrechtsschranken hier unmittelbare oder mittelbare Bindungswirkung entfalten.

(1) Unmittelbare Bindung

Teilweise wird vertreten, die Tarifvertragsparteien seien unmittelbar an die Grundrechte gebunden.¹⁵² Zum einen seien die Tarifnormen aufgrund der normativen Wirkung der §§ 1 Abs. 1, 4 Abs. 1 TVG als Gesetzgebung i.S.v. Art. 1 Abs. 3 GG anzusehen und so in gleichem Maße wie der Gesetzgeber an die Grundrechte gebunden.¹⁵³ Auch wird zum Teil in § 1 Abs. 1 TVG eine gesetzliche Anordnung der Grundrechtsbindung gesehen,¹⁵⁴ oder die Begründung mittels Eingliederung der Tarifnormen in die Normenhierarchie¹⁵⁵ bzw. der sozialen Macht der Verbände gegenüber deren Mitgliedern¹⁵⁶ gesucht.

(2) Mittelbare Bindung

Dem widerspricht die wohl h.M. in der Literatur und neuere Rechtsprechung: Die Tarifvertragsparteien seien keine Staatsgewalt und als Grundrechtsträger nur mittelbar an die Grundrechte gebunden.¹⁵⁷ Ansatzpunkt ist vor allem die sog. Schutzgebotslehre von *Canaris*¹⁵⁸ und dem *BVerfG*¹⁵⁹. Da Tarifverträge keine Akte öffentlicher Gewalt sind, unterlägen diese keiner unmittelbaren Grundrechtsbindung; die Schutzfunktion der Grundrechte sei vielmehr

¹⁵¹ *Löwisch/Rieble* (Fn. 15), § 1 Rn. 718.

¹⁵² Frühere Rspr. BAGE 1, 258 (262 ff.).

¹⁵³ BAGE 1, 258 (262 ff.); 4, 240 (250 ff.).

¹⁵⁴ *Löwisch*, Grundrechtsbindung der Tarifvertragsparteien, RdA, 2000, 310 (314).

¹⁵⁵ *Säcker/Oetker* (Fn. 75), S. 243.

¹⁵⁶ *Käppler*, Tarifvertragliche Regelungsmacht, NZA 1991, 745 (749).

¹⁵⁷ BAGE 88, 118, (123 f.); *BAG*, NZA 2004, 1399 (1399); *Spelge*, in: AR Kommentar zum gesamten Arbeitsrecht, 7. Aufl. 2015, GG Art. 9 Rn. 66.

¹⁵⁸ *Canaris*, Grundrechte und Privatrecht, AcP 1984, 201 (228).

¹⁵⁹ BVerfGE 81, 242 (254 f.); 89, 214 (229 f.).

mittelbar zu berücksichtigen.¹⁶⁰ Der h.M. ist zu folgen. Somit ergibt sich grundsätzlich eine mittelbare Grundrechtsbindung für Tarifverträge.

(3) Maßstab der Grundrechtsbindung

Fraglich ist, an welchem Maßstab sich die mittelbare Grundrechtsbindung orientiert. Teilweise wird von einer gegenüber der unmittelbaren Grundrechtsbindung geringeren Kontrollintensität ausgegangen.¹⁶¹ Die Kompetenzen der Tarifvertragsparteien reichen im Hinblick auf die auszuhandelnden Tarifinhalte um einiges weiter als die hoheitlichen, sodass lediglich ein Mindestschutz in Form eines Untermaßverbots gewährleistet sei.¹⁶² Andere legen hier keinen geringeren Kontrollmaßstab zugrunde, sondern halten die Tarifvertragsparteien im Hinblick auf die Normsetzung ebenso schutzwürdig wie gegenüber staatlichen Regelungen.¹⁶³ Gegen eine zu weite Einschränkung der Kontrollintensität der Grundrechtsbindung und damit für eine weitere Öffnung des Handlungsspielraums der Tarifvertragsparteien spricht deren Befugnis, Regelungen zu treffen, die der Staat eben nicht festlegen darf.¹⁶⁴ Letztlich entscheidend ist der Ausgleich der jeweiligen betroffenen Grundrechtsgüter, sodass weder die Tarif- noch die Unternehmensautonomie leerläuft.¹⁶⁵

(4) Besonderheiten bei schuldrechtlichen Verträgen

Da die oben geführte Diskussion im Zusammenhang mit den normativen Regelungen von Tarifverträgen geführt wird, stellt sich die Frage, wie sich die Grundrechtsbindung zum schuldrechtlichen Teil verhält. Auch hier gelten die Vereinbarungen mittels Verbandsgewalt gegenüber den Vertragsparteien, sodass eine unmittelbare Bindung der Grundrechte von vornherein ausscheidet.¹⁶⁶ Vielmehr lässt sich eine mittelbare Grundrechtsbindung über die zivilrechtliche Generalklausel in den §§ 138, 242 BGB herleiten.¹⁶⁷ Eine mittelbare Grundrechtsbindung gilt auch für die privatrechtlichen Schuldverträge, die zwischen den Koalitionen beschlossen werden.¹⁶⁸ Teilweise wird der haustarifvertragsabschließende Arbeitgeber jedoch als nicht grundrechts-

¹⁶⁰ Jarass/Pieroth, in: Jarass/Pieroth, GG Kommentar, 10. Aufl. 2009, Art. 1 Rn. 42; Löwisch/Rieble (Fn. 15), § 1 Rn. 582.

¹⁶¹ Dieterich, Grundgesetz und Privatautonomie im Arbeitsrecht, RdA 1995, 129 (134).

¹⁶² Ebd.; Zachert, Elemente einer Dogmatik der Grundrechtsbindung der Tarifparteien, AuR 2002, 330 (331).

¹⁶³ Franzen, Kampfverbote für einzelne Tarifinhalte? dargestellt am Beispiel von Tarifverträgen auf dem Gebiet der Betriebsverfassung, ZAAR 2 (2005), 142 (148).

¹⁶⁴ BAG, NZA 2007, 343 (345).

¹⁶⁵ BAG, NZA 1990, 886 (889).

¹⁶⁶ Franzen (Fn. 94), TVG, § 1 Rn. 86; Löwisch/Rieble, (Fn. 15), § 1 Rn. 589.

¹⁶⁷ Säcker/Oetker (Fn. 75), S. 249.

¹⁶⁸ Säcker/Oetker (Fn. 75), S. 249.

schutzwürdig angesehen, da ihm durch die autonome Vertragsgestaltung die für seine Schutzbedürftigkeit notwendige Fremdbestimmung seitens des Arbeitgeberverbandes fehle.¹⁶⁹ Dem ist – neben eines durch den Wegfall der Grundrechtsbindung drohenden schrankenlosen Überhangs der Tarifautonomie – allerdings entgegen zu halten, dass die besondere Schutzwürdigkeit zudem aus der Streikgefahr entspringt, die beim Verbandstarif, wie auch beim Haustarifvertrag, für den Arbeitgeber besteht und durch die sich ein strukturelles Übergewicht seitens der Gewerkschaft ergibt, welche die Schutzbedürftigkeit des Arbeitgebers mithin beim Haustarifvertrag begründet.¹⁷⁰ Somit sind schuldrechtliche Regelungen des Tarifvertrags und die privatrechtlichen Schuldverträge mittelbar an die Grundrechte gebunden.

bb) Eingriff in Art. 12 Abs. 1 GG

Zu klären ist, ob in der tarifrechtlichen Regelung des Marktverhaltens von Unternehmen ein Eingriff in das Grundrecht der Berufsfreiheit gem. Art. 12 Abs. 1 GG des Unternehmers liegt. Die Unternehmerfreiheit, die dem Marktverhalten von Unternehmen zu Grunde liegt, ergibt sich aus den Schutzbereichen der Art. 12 Abs. 1, Art. 14 und Art. 2 Abs. 1 GG.¹⁷¹ Der Schutzbereich der Tarifautonomie ergibt sich wie bereits dargestellt aus Art. 9 Abs. 3 GG. Bei freiwillig geschlossenen Haustarifverträgen kann die tarifvertragliche Bindung des Arbeitgebers nicht als Einschränkung der Unternehmensautonomie betrachtet werden. Vielmehr übt der Arbeitgeber in der Gestaltung der Kooperationsbedingungen mit der Arbeitnehmerseite gerade seine Berufsfreiheit aus.¹⁷² Ein Eingriff in Art 12 Abs. 1 GG liegt hier nicht vor.¹⁷³ Fraglich ist, ob sich im Falle eines drohenden Streiks rechtlich etwas anderes ergibt. Dies soll im Folgenden erörtert werden und spielt maßgeblich bei der Rechtfertigung eines möglichen Eingriffs in Art. 12 Abs. 1 GG eine Rolle. Durch Art. 12 GG wird generell die Freiheit der Auswahl und Ausübung jeglicher erwerbsbezogener Tätigkeiten als Teilhabe am Wettbewerb geschützt.¹⁷⁴ Im Einzelnen zählen dazu die Organisations-, Entgelt-, Vergütungs-, Arbeitsvertrags- und die Wettbewerbsfreiheit des Unterneh-

¹⁶⁹ Reuter, Zulässigkeit und Grenzen tarifvertraglicher Besetzungsregeln, ZfA 1978, 1 (41 f.); Weyand, Die tarifvertragliche Mitbestimmung unternehmerischer Personal- und Sachentscheidungen, 1989, S. 114.

¹⁷⁰ Geisshart (Fn. 9), S. 50.

¹⁷¹ BVerfGE 50, 290 (339 ff.).

¹⁷² Krause (Fn. 3), S. 90; Walker, Die freie Unternehmerentscheidung im Arbeitsrecht, ZfA 2004, 501 (531).

¹⁷³ Wolter, Standortsicherung, Beschäftigungssicherung, Unternehmensautonomie, Tarifautonomie, RdA 2002, 218 (222); Walker (Fn. 172), 531.

¹⁷⁴ Schmidt, in: ErfK zum Arbeitsrecht, 15. Aufl. 2015, GG, Art. 12 Rn. 9.

mers.¹⁷⁵ Demzufolge ist davon auch das Marktverhalten zur Betätigung des Unternehmens im Rahmen des Wettbewerbs sowie der Arbeitsorganisation erfasst, sodass hier grundsätzlich ein Eingriff in die Berufsfreiheit gem. Art. 12 Abs. 1 GG des Unternehmers vorliegt, wenn er die eben genannten Freiheiten nicht mehr autonom ausüben kann. Das gilt entsprechend zum Beispiel für die Vereinbarung von Höchstquoten beim Einsatz von Leiharbeitnehmern. Die tarifliche Begrenzung im Entleiherbetrieb in Form einer Besetzungsquote greift in die Autonomie des Unternehmers dergestalt ein, dass er über den Geld/Sachmittel- und Personaleinsatz nicht mehr gänzlich frei entscheiden kann.¹⁷⁶ Muss der Unternehmer aufgrund des Verbots, mehr Leiharbeitnehmer einzusetzen, auf andere Alternativen zurückgreifen, ist er erheblich in seiner Entscheidungsbefugnis eingeschränkt.¹⁷⁷ Dasselbe ergibt sich bei der Beeinflussung der Vertragspartnerwahl. Auch für die Durchsetzung des Equal-Pay-Grundsatzes und damit der Beschneidung der Arbeitgeberautonomie, über seine Geldmittel frei zu entscheiden, kann nichts anderes gelten.¹⁷⁸ Somit bedarf es bei einer Kollision der vorliegenden Grundrechtspositionen aus der Tarif- und Unternehmerfreiheit eines sachgerechten Ausgleichs im Wege einer praktischen Konkordanz.¹⁷⁹

cc) Rechtfertigung des Eingriffs

Fraglich ist, ob der Eingriff in die Berufsfreiheit des Arbeitgebers gerechtfertigt sein kann. Dazu ist zu untersuchen, inwieweit die geschützten Grundrechte der unternehmerischen Freiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG und die Tarifautonomie gem. Art. 9 Abs. 3 GG in diesem Zusammenhang zu einem Ausgleich zu bringen sind. Die Ausübung des einen Grundrechts darf dabei nicht das Leerlaufen des anderen zur Folge haben, sodass der jeweilige Kern erhalten bleiben muss.¹⁸⁰ Der Unternehmer muss grundsätzlich frei darüber entscheiden können, ob er seinen Beruf ausübt und welche unternehmerischen Ziele er dabei mit welchen Mitteln verfolgt.¹⁸¹ Daher könnte das Druckmittel eines erzwungenen Tarifvertrags diesem Kernbereich seiner unternehmerischen Freiheit entgegenstehen. Teilweise wird vertreten, die Möglichkeit des Arbeitskampfes stünde für alle tariflich regelbaren Inhalte offen.¹⁸² Dadurch würde der Gewerkschaft jedoch ein ausuferndes Recht zur zwangsweisen Durchsetzung eines eigentlich freiwillig geschlossenen Haustarifvertrags

¹⁷⁵ BVerfGE 50, 290 (363); *Geiselhart* (Fn. 9), S. 61 f.

¹⁷⁶ LAG, NZA-RR 2003, 592 (594); *Geiselhart* (Fn. 9), S. 79.

¹⁷⁷ *Geiselhart* (Fn. 9), S. 79.

¹⁷⁸ A.A. *Krause* (Fn. 3), S. 95.

¹⁷⁹ BVerfGE 39, 1 (43); *Schmidt* (Fn. 174), GG, Einl. Rn. 51.

¹⁸⁰ BAGE 64, 284 (295); *BAG*, NZA 1990, 886 (889).

¹⁸¹ *BAG*, NZA 1990, 886 (889); *Franzen* (Fn. 14), 134.

¹⁸² *Däubler* (Fn. 37), S. 428 f.; *Meik* (Fn. 31), S. 51 f.; wohl auch BAGE 46, 322 (357).

gewährt werden, was im Widerspruch zur grundrechtlich gewährten Unternehmerfreiheit stünde.¹⁸³ Bei konsequenter Anwendung dieser Ansicht könnte man den Tarifparteien zur Vermeidung des Zugriffs auf die unternehmerischen Entscheidungen mittels Arbeitskampf bereits die tarifliche Regelungsbefugnis für derartige Sachverhalte entziehen.¹⁸⁴ Dies kann aber nicht überzeugen (**III. 2. b.**). Fraglich ist hier also lediglich die Eingriffsintensität, d.h., ob die zwangsweise Durchsetzung eines Arbeitskampfes, geschützt durch die Koalitionsbetätigungsfreiheit nach Art. 9 Abs. 3 GG, hier unverhältnismäßig in die Berufsfreiheit des Unternehmers gem. Art. 12 Abs. 1 GG eingreift.

(1) „Leiharbeiter“

Fraglich ist, wie sich die widerstreitenden Grundrechtspositionen bei einer normativ tariflichen Vereinbarung von Höchstquoten bei der Leiharbeit verhalten. Die tarifliche Begrenzung im Entleiherbetrieb in Form einer Quote greift in die Unternehmerfreiheit des Arbeitgebers ein (**I. 5. a) bb**). Die Gewerkschaft übt hier einen erheblichen Einfluss auf die Personalentscheidungsfreiheit des Arbeitgebers aus. Demgegenüber könnte eine derartige Begrenzungsquote der Leiharbeiter – quasi als Besetzungsregel – dem Schutz der Stammarbeiter dienen:¹⁸⁵ Hierzu könnte man den Überforderungs- und Bestandsschutz anführen. Die Stammarbeiter würden durch eine Leiharbeiterquote davor geschützt, belastende Einarbeitungsaufgaben übernehmen zu müssen oder nach und nach durch Leiharbeiter ausgetauscht zu werden.¹⁸⁶ Allerdings ist die Entscheidung über die (Neu-) Besetzung von Arbeitsplätzen gerade Ausdruck der Unternehmerfreiheit des Arbeitgebers.¹⁸⁷ Mithin überwiegt hier letztlich die grundrechtlich geschützte Unternehmerfreiheit gegenüber der Koalitionsfreiheit der Gewerkschaft.

Im Hinblick auf die Durchsetzung des Equal-Pay-Grundsatzes versucht die Gewerkschaft auf das Vertragsverhalten zwischen Entleiher und Verleiher dergestalt Einfluss zu nehmen, dass der Entleiher auf die Einhaltung des Equal-Pay-Grundsatzes durch den Verleiher hinwirkt. Eine Rechtfertigungsmöglichkeit für den Eingriff in die Ausübung der Unternehmerfreiheit des Arbeitgebers ist hier nicht ersichtlich. Vielmehr müsste die Gewerkschaft mit der Verleiherseite entsprechende Verträge abschließen, um die Einhaltung des Grundsatzes adäquat sicherzustellen. Im Bezug auf den Einsatz von Leiharbeitern kann lediglich der Schutzgedanke der Stammarbeiter seitens der

¹⁸³ Geiselhart (Fn. 9), S. 110 f.

¹⁸⁴ Vgl. *ebd.*, S. 111.

¹⁸⁵ *Ebd.*, S. 80 f.

¹⁸⁶ *Ebd.*

¹⁸⁷ Geiselhart (Fn. 9), S. 80 f.

Gewerkschaft ins Gewicht fallen. Das Recht der Gewerkschaft, hier einen Arbeitskampf zu führen, überwiegt in der Abwägung mit dem Grundrecht des Arbeitgebers nach Art. 12 Abs. 1 GG nicht, zumal ein Verbot des Arbeitskampfes hier als deutlich milderer Mittel anzusehen ist, als ein gänzlich Verbot des Abschlusses von solchen tariflichen Befugnissen.¹⁸⁸ Vielmehr optimiert ein Verbot des Streikrechts beide hier betroffenen Grundrechtspositionen, die Tarifautonomie und die unternehmerische Freiheit.¹⁸⁹ Damit würde die kampfwise Durchsetzung tariflicher Regelungen zum Einsatz von Leiharbeitnehmern rechtswidrig in die Berufsfreiheit des entleihenden Arbeitgebers eingreifen.¹⁹⁰

(2) „Wäscherei“

Zweifelsohne kann für die Beeinflussung der Vertragspartnerwahl nichts anderes gelten. Der Arbeitgeber ist hier massiv im Kern in seiner Ausgestaltung der Unternehmerfreiheit beschnitten. Dies könnte nur durch eine ebenso schützenswerte Grundrechtsposition gerechtfertigt werden. Diese liegt hier jedoch nicht vor. Zwar gilt die tariftreue Auftragsvergabe dem Schutz der (hier in den „Wäschereien“) betroffenen Arbeitnehmer. Letztlich kann der tarifpolitische Zweck zur tariftreuen Vertragsgestaltung diesen massiven Eingriff in die Gestaltungsfreiheit des Arbeitgebers jedoch nicht rechtfertigen.¹⁹¹

a) Fazit

Vorliegend überwiegt zwischen den widerstreitenden Positionen mithin das Recht des Unternehmers, sodass bei den hier untersuchten Fällen Streikmaßnahmen der Gewerkschaft sämtlich unrechtmäßig in die Berufsfreiheit des Unternehmers gem. Art. 12 Abs. 1 GG eingreifen würden. Demzufolge wären solche erzwungenen Tarifverträge unwirksam.

6. Europarecht

Zuletzt gilt es herauszufinden, wie sich das geltende Unionsrecht zu Tarif- und sonstigen Verträgen mit marktbezogenem Inhalt verhält.

a) *Europarechtlicher Rahmen für Tarifverträge?*

aa) Europäisches Tarifvertragsrecht?

Tarifverträge müssen neben dem deutschen Recht auch mit dem Recht der Europäischen Union vereinbar sein und aufgrund des grundsätzlichen Vorrangs

¹⁸⁸ *Franzen* (Fn. 15), 135.

¹⁸⁹ *Walker* (Fn. 172), 532; *Franzen* (Fn. 14), 135.

¹⁹⁰ *Geiselhart* (Fn. 9), S. 118.

¹⁹¹ *Lönisch/Rieble* (Fn. 15), § 1 Rn. 973.

des Unionsrechts mithin unionskonform ausgelegt werden.¹⁹² Andererseits darf die Rechtsetzung der EU dabei nicht so weit gehen, dass dadurch die Kollektivvereinbarungsautonomie unangemessen beschnitten würde: Dies ergibt sich aus den sozialpolitischen Zielen der Union nach Art. 151 AEUV und der Bindung an die Grundrechte-Charta (GRC) gem. Art. 6 Abs. 1 S. 1 EUV, Art. 51 GRC, die in Art. 28 GRC die Kollektivvertragsautonomie gewährleistet.¹⁹³ Nach Art. 153 Abs. 5 AEUV kommt der EU in diesem Zusammenhang hinsichtlich des Koalitions- und Arbeitskampfrechts keine eigenständige Regelungskompetenz zu.¹⁹⁴ Das Tarifvertragsrecht ist stattdessen Angelegenheit der Nationalstaaten.¹⁹⁵ Das Europarecht hält – nicht zuletzt aufgrund der jeweils höchst unterschiedlichen Ausgestaltung der dortigen Systeme der Arbeitsbeziehungen – bisher keinen Rechtsrahmen zur Regelung europäischer Kollektivvereinbarungen bereit.¹⁹⁶ Somit kann das europäische Arbeitsrecht zur Beantwortung der Frage nach der Wirksamkeit von Tarifverträgen mit marktsteuerndem Inhalt bisher keinen adäquaten Regelungsrahmen liefern.

bb) Sozialvereinbarungen mittels sozialen Dialogs

Ein zentrales Werkzeug im Zusammenhang mit europäischen Kollektivverhandlungen stellt im Unionsrecht der „soziale Dialog“ dar. Nach Art. 155 Abs. 1 AEUV können die Sozialpartner mittels des sozialen Dialogs europäische Sozialvereinbarungen schließen.¹⁹⁷ Fraglich ist folglich, welche rechtliche Bedeutung dieser Befugnis zukommt, d.h., ob sich hieraus eventuell doch eine Rechtssetzungskompetenz nach EU-Recht ableiten lässt. Getrennt von der Frage der Regelungsbefugnis ist jedoch zunächst umstritten, wer unter den Begriff „Sozialpartner“ fällt.¹⁹⁸ Teilweise wird vertreten, dass davon nicht nur Akteure auf Unionsebene erfasst seien: Absatz 2 des Art. 155 AEUV spreche lediglich neutral von Sozialpartnern.¹⁹⁹ Zudem würde es der Vereinbarungsautonomie widersprechen, die Sozialpartner auf Unionsebene

¹⁹² Kocher, in: Kempfen/Zachert, TVG, 5. Aufl. 2014, Gdl. Rn. 393; Lissabon Vertrag ABl.C-115/344 v. 9.5.2008.

¹⁹³ Krebber, Soziale Rechte in der Gemeinschaftsordnung, RdA 2009, 224 (225 f.); Kocher (Fn. 192), Gdl. Rn. 395.

¹⁹⁴ Kocher (Fn. 192), Gdl. Rn. 395; Zimmer, Entwicklungsperspektiven transnationale Kollektivverhandlungen in Europa; Schaffung eines rechtlichen Rahmens für transnationale Kollektivverträge in der Europäischen Union, EuZA 2013, 247 (254); Löwisch/Rieble (Fn. 15), Gdl. Rn. 255.

¹⁹⁵ Zimmer (Fn. 194), 247.

¹⁹⁶ Ebd.

¹⁹⁷ Schiek, in: Däubler, Tarifvertragsgesetz mit Arbeitnehmer-Entsendegesetz, 3. Aufl. 2012, TVG Einl. Rn. 754.

¹⁹⁸ Ebd., Rn. 758 ff.

¹⁹⁹ Ebd., Einl. Rn. 802.

derart zu beschränken.²⁰⁰ Dem ist jedoch nicht zuzustimmen. Art. 155 Abs. 1 AEUV bezieht sich nur auf Sozialpartner auf Unionsebene.²⁰¹ Eine Erstreckung auf nationale Tarifvertragsparteien würde der Regelungssperre des Art. 153 Abs. 5 zuwiderlaufen.²⁰² Folglich sind die in diesem Beitrag untersuchten Haustarifverträge von vorneherein nicht von derartigen Sozialvereinbarungen nach Art. 155 Abs. 1 AEUV erfasst.

b) Sonstige Wirkung des Unionsrechts auf nationale Tarifverträge

Grundsätzlich gilt also für die in Deutschland geschlossenen Kollektivverträge das nationale Recht.²⁰³ Möglicherweise entfalten jedoch andere europäische Rechtsnormen Wirkung auf den nach nationalem Recht geschlossenen Tarifvertrag.²⁰⁴ Das Primärrecht der EU wirkt grundsätzlich unmittelbar für die Tarifvertragsparteien ohne zusätzliche Umsetzung in das jeweilige nationale Recht.²⁰⁵ Auf primärrechtlicher Ebene kommt zum einen Art. 28 GRC in Betracht. Dieser gewährleistet ausdrücklich die Kollektivvereinbarungsaufonomie.²⁰⁶ Laut *EuGH* können diese Grundrechte die Tarifparteien unmittelbar binden, soweit sie im Anwendungsbereich des Unionsrecht kollektive Regelungen treffen (Art. 153 AEUV).²⁰⁷ Einen konkreteren Regelungsrahmen kann Art. 28 GRC bezogen auf das Koalitionsrecht jedoch nicht gewährleisten, da dem die Regelungssperre des Art. 153 Abs. 5 AEUV entgegensteht.²⁰⁸

Darüber hinaus könnte man daran denken, dass der Koalitionszweck nach Art. 9 Abs. 3 GG auf unionsrechtlicher Ebene an einer strengeren Beurteilung zu bemessen ist, sodass Kollektivverträge, die das Marktverhalten von Unternehmen zu steuern versuchen, vielmehr den Maßstäben der Wettbewerbsfreiheit gem. Art. 101 AEUV unterliegen würden.²⁰⁹ Dies hat der *EuGH* nunmehr verneint.²¹⁰ Vielmehr muss das, was national durch das mitgliederschaftliche Tarifsystem gerechtfertigt ist, auch europarechtlich gelten.²¹¹ Die Reichweite

²⁰⁰ *Schiek* (Fn. 197), Einl. Rn. 802.

²⁰¹ *Krebber*, in: Callies/Ruffert EUV/AEUV-Kommentar, 4. Aufl. 2011, Art. 154 Rn. 9.

²⁰² *Ebd.*, Art. 154 Rn. 8.

²⁰³ *Kocher* (Fn. 192), § 4 Rn. 22.

²⁰⁴ Nicht angesprochen wird im Folgenden die Wirkungsreichweite des deutschen Tarifrechts auf ausländische Sachverhalte sowie die Anwendung ausländischer Tarifverträge in Deutschland, hierzu *Kocher* (Fn. 192), § 4 Rn. 24 ff.

²⁰⁵ *EuGH*, NZA-RR 2001, 20 (21 f.); NZA 2008, 124 (127 f.).

²⁰⁶ *Löwisch/Rieble* (Fn. 15), Gdl. Rn. 253; *Kocher* (Fn. 192), § 4 Rn. 18.

²⁰⁷ *EuGH*, NZA 2008, 124 (127 f.).

²⁰⁸ *Krebber* (Fn. 201), Art. 28 EU-GRC Rn. 7.

²⁰⁹ Umfassend zum EGV *Breidenreichen* (Fn. 1), S. 67 ff.

²¹⁰ Vgl. *EuGH*, DB 2000, 826 (827 f.); *Breidenreichen* (Fn. 1), S. 98.

²¹¹ *Breidenreichen* (Fn. 1), S. 98.

des Koalitionsschutzes findet hier unionsrechtlich somit keine andere Beurteilung.

Auf Sekundärebene des EU-Rechts sind keine weiteren Beschränkungen für die in diesem Beitrag untersuchten Tarifverträge ersichtlich.

c) Fazit

Es bleibt mithin abzuwarten, ob die EU in Zukunft einheitliche Regelungen zu transnationalen Kollektivvereinbarungen entwickeln wird. Aus all den oben genannten Normen lässt sich keine hinreichende Rechtsgrundlage für ein europäisches Tarifrecht und damit keinen eigenen rechtlichen Rahmen für Kollektivverträge auf europäischer Ebene ableiten.²¹² Für die in diesem Beitrag untersuchte Frage kann das Unionsrecht also derzeit keine weitergehende Antwort bieten. Somit ist auf die hier erarbeitete Rechtslage nach deutschem Koalitionsrecht zu verweisen.

IV. Gesamtbetrachtung

Zusammenfassend fallen Haustarifverträge, die inhaltlich das Marktverhalten von Unternehmen steuern wollen, zunächst in die Zuständigkeit der Tarifvertragsparteien und sind mithin vom Koalitionswert des Art. 9 Abs. 3 GG vom Begriffspaar der „Wahrung und Förderung von Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen“ erfasst, solange sie einen arbeitsrechtlichen Bezug aufweisen. Zwar entfällt in den allermeisten Fällen eine normative Regelungsbefugnis. Ausgenommen hiervon sind aber zum Beispiel Zeitarbeitshöchstquoten als Betriebsnormen gem. § 1 Abs. 1 TVG. Den Tarifvertragsparteien bleibt jedoch die Möglichkeit, marktsteuernde Inhalte über schuldrechtliche Tarifverträge festzulegen und über entsprechende Bezugnahme Klauseln im Arbeitsvertrag auch die nicht organisierten Arbeitnehmer zu binden. Darüber hinaus ist ein Rückgriff auf das allgemeine Vertragsrecht zulässig, der mittels Vertrag zugunsten Dritter gem. § 328 BGB oder mittels Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter für die Arbeitnehmer Wirkung entfalten kann. Zudem können außertarifvertragliche Schuldverträge geschlossen werden. Tarifverträge sind inhaltlich mittelbar an die Grundrechte der Tarifvertragsparteien gebunden. Grenzen bietet hier als verfassungsrechtliche Außenschranke die Berufsfreiheit des Unternehmers gem. Art. 12 Abs. 1 GG, die regelmäßig dem Recht der Gewerkschaft auf Ausübung der Tarifautonomie in den hier aufgeworfenen Fällen vorgeht. Janusköpfige Tarifverträge stellen somit bei Abschlüssen unter Streikdruck rechtswidrige Eingriffe in das von der

²¹² *Zeibig-Zachert* (Fn. 50), § 1 Rn. 987, § 4 Rn. 20; für Betriebsvereinbarungen s. *Rehberg*, Die kollisionsrechtliche Behandlung europäischer Betriebsvereinbarungen, NZA 2013, 73 ff.

unternehmerischen Entscheidung geprägte Marktverhalten des Unternehmers gem. Art. 12 Abs. 1 GG dar. Dem Recht auf Arbeitskampf zur Durchsetzung der tariflichen Regelungen als Ausdruck der Tarifautonomie steht die Unternehmerfreiheit entgegen, sodass solche Arbeitskämpfe unzulässig sind.²¹³ Das Europarecht stellt zudem bisher keinen Rechtsrahmen für etwaige Kollektivvereinbarungen zur Verfügung. Vielmehr gilt das jeweils nationale Kollektivrecht.

In Bezug auf die Ausgangsfrage, der Wirksamkeit von Tarifverträgen zur Steuerung des Marktverhaltens von Unternehmen, lässt sich festhalten, dass Tarifverträge, die das Marktverhalten von Unternehmen zu steuern versuchen und die unter Streikdruck zustande gekommen sind, regelmäßig unverhältnismäßig in die unternehmerische Entscheidungsfreiheit eingreifen. Die Möglichkeit, freiwillige Tarifverträge dieser Art zu schließen, ist damit nicht verwehrt. Vielmehr kommt hier gerade die Berufsfreiheit des Arbeitgebers zum Ausdruck.

²¹³ Geisshart (Fn. 9), S. 122.

Quincy C. Lobach, LL.M.*

Zivilrechtliche Aspekte des geplanten Verschleißes

Abstract

Bei geplanter Obsoleszenz handelt es sich um Produktions-, Verkaufs- und Vertriebsstrategien des Produzenten, deren gemeinsames Ziel es ist, die Gebrauchsdauer eines Produktes (geplant) zu verringern und in dieser Weise vorzeitige Ersatzkäufe durch den Abnehmer zu veranlassen. Der Beitrag untersucht, ob, inwiefern und unter welchen Umständen das geltende Zivilrecht Abnehmer vor der Problematik des geplanten Verschleißes zu schützen vermag. Nach einer Darstellung der verschiedenen Erscheinungsformen der geplanten Obsoleszenz werden das kaufrechtliche Gewährleistungsrecht, die Anfechtungsmöglichkeiten wegen Irrtums und arglistiger Täuschung, der mögliche Verstoß gegen die guten Sitten und Treu und Glauben, das Deliktsrecht sowie das ProdHaftG und das UKlaG thematisiert.

* Der Autor studierte Rechtswissenschaften an der University of Groningen (Niederlande) und absolviert derzeit einen Legum Magister an der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg. Der vorliegende Beitrag entstand im Rahmen des Seminars zum Vertragsrecht unter der Leitung von Prof. Dr. Dr. h.c. Thomas Pfeiffer an der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg.

I. Einleitung

1. Allgemein

Geplante Obsoleszenz¹ ist, in aller Kürze, ein Sammelbegriff für die Verwendung von Produktions-, Verkaufs- und Vertriebsstrategien durch Produzenten, deren gemeinsames Ziel es ist, die Gebrauchsdauer eines Produktes (geplant) zu verringern und folglich vorzeitige Ersatzkäufe durch den Abnehmer zu veranlassen.

Zunächst wurde die geplante Obsoleszenz in der politik-, sozial- und wirtschaftswissenschaftlichen Literatur behandelt.² Die ältere Literatur hat teilweise einen gesellschafts- und systemkritischen, gegen die Massenproduktion und den Konsumismus agierenden Charakter.³

Von Theoretikern mag die geplante Obsoleszenz eine kritisch betrachtete Problematik sein, empirische Beweise zu ihrer Existenz in der realen Welt gibt es kaum. 1976 hieß es dazu: „Niemand weiß Konkretes; viele haben aber das Gefühl oder glauben zu spüren, dass es irgendwo eine Strategie [des geplanten Verschleißes] geben müsse“.⁴ Ebenso heutzutage zeichnet sich die Diskussion noch durch „anekdotischen Reichtum und Faktenarmut aus“,⁵ denn ob geplante Obsoleszenz „tatsächlich existiert, konnte bisher noch nicht quantitativ und nachvollziehbar belegt werden“.⁶ Nichtsdestotrotz werden in der Literatur zahlreiche, durchaus plausible Einzelbeispiele von Produkten angeführt, die aufgrund der vom Produzenten gewählten Konstruktion besonders anfällig für einen schnellen Verschleiß sind.⁷

¹ Vom lateinischen *obsolescere*: abnutzen, veraltern; auch: eingebauter Produktverschleiß, geplanter Verschleiß, künstliche Veralterung, vgl.; *Wortmann*, Geplanter Produktverschleiß als Rechtsproblem, 1983, S. 5 ff.; zur Definition siehe unten **II. 1. a)**.

² *Gregory*, A Theory of Purposeful Obsolescence, *Southern Economic Journal* 14 (1947), No. 1, 24; *Packard*, Die große Verschwendung, 1960.

³ Vor allem *Packard* (Fn 2); siehe zu einem Überblick der früheren, hauptsächlich kritischen Literatur *Röper/Marfeld*, Gibt es geplanten Verschleiß?, 1976, S. 57 ff.

⁴ *Röper/Marfeld* (Fn. 3), S. 316; im Ergebnis konnte jedoch „für die Gegenwart bislang kein Beispiel von [geplantem Verschleiß] (...) ermittelt werden“, *dies.* (Fn. 3), S. 319.

⁵ *Woidasky*, in: Brönneke/Wechsler (Hrsg.), Obsoleszenz interdisziplinär, 2015, S. 107 (117).

⁶ *Ebd.*, S. 108.

⁷ *Ebd.*

Ausgenommen einiger, hauptsächlich älterer Beiträge,⁸ hat sich die geplante Obsoleszenz bedauerlicherweise keines großen Interesses der Rechtswissenschaft erfreuen dürfen.

2. Ziel des Beitrags und Gliederung

Der vorliegende Beitrag untersucht in erster Linie, ob, inwiefern und unter welchen Umständen das geltende Zivilrecht Abnehmer vor der Problematik des geplanten Verschleißes schützen kann.

Die geplante Obsoleszenz ist eine (juristisch) schwer zu fassende Thematik. Demzufolge sind zunächst eine Unterscheidung der verschiedenen Erscheinungsformen, eine Theoretisierung und eine dogmatische Einordnung der geplanten Obsoleszenz erforderlich. Ferner ist zu thematisieren, auf welchen Produktmärkten und unter welchen Umständen sich auf geplante Obsoleszenz abzielende Strategien umsetzen lassen.

Im Hauptteil der Abhandlung wird geplanter Verschleiß aus zivilrechtlicher Perspektive betrachtet. Der Beitrag erörtert das kaufrechtliche Gewährleistungsrecht, die Anfechtungsmöglichkeiten wegen Irrtums und arglistiger Täuschung, den möglichen Verstoß gegen die guten Sitten, den möglichen Verstoß gegen Treu und Glauben sowie das Deliktsrecht. Schließlich werden der Vollständigkeit halber das Produkthaftungsgesetz (ProdHaftG) und das Unterlassungsklagengesetz (UKlaG) in Kürze erläutert.

II. Das Phänomen der geplanten Obsoleszenz

1. Definition und Erscheinungsformen

a) Definition

Geplante Obsoleszenz wird in der Literatur aufgrund ihrer unterschiedlichen Erscheinungsformen nicht einheitlich definiert. Gleichwohl sind einige zentrale Merkmale der geplanten Obsoleszenz zu erkennen. Zumeist wird auf die gemeinsame Zielsetzung der geplanten Obsoleszenz als Produktstrategie abgestellt. Sie besteht darin, die Gebrauchsdauer eines Produktes zu verringern um somit vorzeitige Ersatzkäufe zu veranlassen.⁹ Es kann sich dabei sowohl

⁸ In letzter Zeit *Rudkowski*, Geplanter Verschleiß – Rechtslage und Optionen des Gesetzgebers, RW 6 (2015), 278.

⁹ *Bulow*, An Economic Theory of Planned Obsolescence, *The Quarterly Journal of Economics* 101 (1986), No. 4, 729; *Kreiß*, in: Brönneke/Wechsler (Hrsg.), *Obsoleszenz interdisziplinär*, 2015, S. 51 (51 f.); *Röper/Marfeld* (Fn. 3), S. 9; *Rudkowski* (Fn. 8), 278 f.; *Schmidt*, *Obsoleszenz und Mißbrauch wirtschaftlicher Macht*, WuW 1971, 868 (868 f.).

um die Unterlassung von aus technischer Sicht möglichen Verbesserungen, als auch um bewusst im Produkt eingebaute Schwachstellen handeln.¹⁰

Es erscheint vor diesem Hintergrund sinnvoll, die Produktstrategie der geplanten Obsoleszenz vielmehr anhand seiner verschiedenen Erscheinungsformen zu betrachten. Bei der Definition der geplanten Obsoleszenz spielt nicht zuletzt die normative Bewertung der Zulässigkeit der jeweiligen Strategie – aus welcher Sicht auch immer – eine Rolle.¹¹ Sie wird unter **II. 2.** und **II. 3.** ausführlicher thematisiert.

b) Erscheinungsformen

Grundlegend ist die Theorie von *Packard*, der in seiner 1960 erschienenen Monographie „The Waste Makers“ (in deutscher Übersetzung: „Die Große Verschwendung“) drei Oberkategorien der geplanten Obsoleszenz unterscheidet.¹²

aa) Funktionale Obsoleszenz

Bei funktionaler Obsoleszenz veraltet „[e]in vorhandenes Erzeugnis (...) durch die Einführung eines neuen, das seine Funktionen besser erfüllt“.¹³

Vor allem seit der industriellen Revolution ist die Beschleunigung eines Prozesses von funktionaler Verbesserung zu beobachten.¹⁴ Viele Produkte sind in funktionaler Hinsicht größtenteils obsolet geworden, so etwa Pferd und Kutsche seit der serienmäßigen Produktion des Autos und die Kerze seit der Erfindung der Glühbirne.

Es stellt sich die Frage, ob die funktionale Obsoleszenz zu problematisieren ist. Zunächst ist sie nicht tatsächlich als ‚geplant‘ anzusehen; vielmehr scheint sie von den Erfindungen der (angewandten) Wissenschaften abhängig. Insbesondere wirkt eine solche Art der Obsoleszenz in einer von Innovation und Fortschritt angetriebenen Wirtschaft auf den ersten Blick unproblematisch.¹⁵ Im Detail können sich jedoch bei der funktionalen Obsoleszenz Schwierigkeiten ergeben. Zum einen kann es schwer zu beurteilen sein, ob ein vom Produzenten als funktional verbessert angepriesenes Produkt tatsächlich als solches anzusehen ist oder ob es sich lediglich um eine Scheinverbesserung

¹⁰ Vgl. *Wortmann* (Fn. 1), S. 17.

¹¹ So auch *Wortmann* (Fn. 1), S. 11.

¹² *Packard* (Fn. 2).

¹³ *Ebd.*, S. 73.

¹⁴ Vgl. *Wortmann* (Fn. 1), S. 13 ff.

¹⁵ *Ebd.*

handelt.¹⁶ Zum anderen ist die funktionale Obsoleszenz vor allem in Hinblick auf Verzögerung bei der Durchführung von aus technischer Sicht bereits möglichen Verbesserungen, d.h. die Rückhaltung bestimmter neuer Techniken und deren Einsatz in der Zukunft, kritisch zu betrachten.¹⁷

bb) Qualitative Obsoleszenz

Qualitative Obsoleszenz liegt vor, wenn „[e]in Erzeugnis versagt oder verschleißt zu einem bestimmten, geplanten, gewöhnlich nicht allzu fernen Zeitpunkt“.¹⁸ Qualitative Obsoleszenz ist mit geplantem Verschleiß gleichzustellen.

Praktisch kann eine solche Form der Obsoleszenz in äußerst unterschiedlichen Situationen in Erscheinung treten. Zunächst kann es sich handeln um die Verwendung von Materialien minderwertiger Qualität (z.B. Plastik statt Metall)¹⁹ oder die Anfertigung bestimmter Teile aus Materialien, die zwar grundsätzlich für den Zweck des Teils geeignet sind, allerdings aufgrund der vom Produzenten gewählten Dicke, Länge oder Menge besonders anfällig für einen schnelleren Verschleiß sind (z.B. Autoreifen aus dünnerem Gummi). Auch mittels Produktionsmethoden, die zur Verhinderung einer späteren Reparatur führen (z.B. der Verklebung von Schuhsohlen),²⁰ kann der Produzent Ersatzkäufe veranlassen.

Problematisch in diesem Rahmen ist nicht nur, dass Qualität oft mangels technischer Kenntnisse schwer zu beurteilen sein kann, sondern auch, dass sich die Frage stellt, von welchem Qualitätsbegriff im Allgemeinen auszugehen ist.²¹ Des Weiteren ist es Produzenten nicht zumutbar, bei der Herstellung eines Produktes immer nur die bestmöglichen Materialien zu verwenden. Dies

¹⁶ Wortmann (Fn. 1), S. 13 ff.

¹⁷ Vgl. Röper/Marfeld (Fn. 3), S. 23; Wortmann (Fn. 1), S. 15 f.; siehe dazu unten III. 1. b) bb).

¹⁸ Packard (Fn. 2), S. 73.

¹⁹ Vgl. Wortmann (Fn. 1), S. 19.

²⁰ Schridde/Kreiß/Winzer, Geplante Obsoleszenz, 2015, S. 33, https://www.gruenebundestag.de/fileadmin/media/gruenebundestag_de/themen_az/umwelt/PDF/Studie-Obsoleszenz-aktuell.pdf (Stand: 23.5.2016).

²¹ Qualität kann als zeitliche Lebensdauer (z.B. in Stunden, Jahren usw.) oder als eine Menge von Nutzungsvorgängen in absolutem Sinne (x-Nutzungen) oder im Sinne einer bestimmten Einheit (z.B. Kilometer) definiert werden. Fraglich ist, ob z.B. die Qualität eines Pkws aus allgemeiner normativen Sicht in Jahren oder in Nutzungskilometern zu beurteilen ist (oder eine Kombination von beiden). Je nach Benutzungszweck (z.B. zur Ausübung eines Taxibetriebs oder für die wöchentlichen Einkäufe) kann die Betrachtungsweise im Einzelfall zur unterschiedlichen Bewertung der Qualität des Pkws führen. Zum Qualitätsbegriff siehe Wortmann (Fn. 1), S. 18.

entspricht bei Gattungssachen auch weitgehend der Wertung des Gesetzes (vgl. § 243 Abs. 1 BGB). Eine hochwertige Materialverwendung ist ferner nicht stets im Interesse des Verbrauchers, da höhere Materialkosten im Allgemeinen eine preissteigernde Wirkung haben und ein Teil der Verbraucher somit gewissermaßen aus dem Markt gepreist wird. Schließlich ist aus empirischer Forschung ersichtlich geworden, dass etwa 60% der Flachbildfernseher entsorgt werden, bevor sie funktionsunfähig geworden sind, weil die Verbraucher ein besseres Gerät wollten.²² Eine minderwertige Materialverwendung ist insofern unproblematisch, effizient und unter Umständen sogar umweltschonend.

cc) Psychische Obsoleszenz

Unter psychischer Obsoleszenz versteht *Packard* „[e]in Erzeugnis, das qualitativ und in seiner Leistung noch gut ist, (...) als überholt und verschlissen betrachtet [wird], weil es aus Modegründen oder wegen anderer Veränderungen weniger begehrenswert erscheint“.²³

Zu den Verkaufsstrategien, die auf psychische Obsoleszenz abzielen, zählen u.a. Marketing, Werbung sowie Stil- und Modelländerung.²⁴ Durch die Anwendung solcher Strategien wird der Absatz ohne Preisherabsetzungen und ohne Produktverbesserungen angeregt.²⁵ Zum einen wird versucht, die subjektive Bewertung der Funktionsfähigkeit des Produktes durch den Verbraucher negativ zu beeinflussen.²⁶ Zum anderen wird dem Verbraucher trotz gleichbleibenden Grundnutzens eine Zunahme der Zusatznutzen in Aussicht gestellt.²⁷ Vor allem in der Kleidungs- und Modebranche hat sich die Verkaufsstrategie der psychischen Obsoleszenz als besonderes effektiv erwiesen.²⁸

dd) Abgrenzung

Bei der Abgrenzung zwischen den verschiedenen Erscheinungsformen der Obsoleszenz können sich Schwierigkeiten ergeben. So ist die sog. optische Obsoleszenz, d.h. eine Strategie, bei der das Produkt technisch noch

²² *Prakash/Dehoust/Gsell/u.a.*, Einfluss der Nutzungsdauer von Produkten auf ihre Umweltwirkung: Schaffung einer Informationsgrundlage und Entwicklung von Strategien gegen „Obsoleszenz“, 2015, S. 17, <http://www.umweltbundesamt.de/publikationen/einfluss-der-nutzungs-dauer-von-produkten-auf-ihre> (Stand: 23.5.2016).

²³ *Packard* (Fn. 2), S. 73.

²⁴ Siehe dazu ausführlich *Röper/Marfeld* (Fn. 3), S. 37 ff.

²⁵ *Wortmann* (Fn. 1), S. 37.

²⁶ Vgl. *Röper/Marfeld* (Fn. 3), S. 24.

²⁷ Vgl. *Schmidt* (Fn. 9), 871.

²⁸ Siehe dazu ausführlich *Röper/Marfeld* (Fn. 3), S. 293.

funktionsfähig ist, äußerlich aber abgenutzt aussieht,²⁹ einerseits als eine Form des qualitativen Verschleißes einzuordnen, andererseits in gewisser Weise eine Art der psychischen Obsoleszenz. Ebenso enthält die in der neuen Literatur beschriebene ethische Obsoleszenz, d.h. eine Verkaufsstrategie, die an den nachhaltigen und wertorientierten Konsum der Verbraucher appelliert,³⁰ Merkmale verschiedener Obsoleszenzformen. Wird der Verbraucher beispielsweise wegen der Energieineffizienz des alten Produktes zum Kauf eines neuen, energieeffizienteren Produktes bewogen, so könnte es sich in bestimmten Fällen sowohl um psychische Obsoleszenz als auch um funktionale Obsoleszenz handeln.

2. Wettbewerb und geplante Obsoleszenz

Zwischen (mangelndem) Wettbewerb und der Anwendung einer Absatzpolitik, die auf geplante Obsoleszenz abzielt, besteht ein enger Zusammenhang: Je geringer die Wettbewerbsintensität, desto erfolgreicher lassen sich Strategien der geplanten Obsoleszenz auf einem Produktmarkt umsetzen.³¹ *Gregory* deutet geplanten Verschleiß demnach als das Fehlen von effektivem Wettbewerb.³²

Ist auf einem bestimmten Markt eine Vielzahl von Anbietern aktiv, so würde dies zu Qualitätswettbewerb führen. Produzenten würden im Vergleich zu anderen Anbietern entweder qualitativ gleichwertige Produkte zu einem niedrigen Preis oder qualitativ hochwertigere Produkte zum gleichen Preis anbieten. Mechanismen der Preissenkungen bzw. Qualitätsverbesserungen lassen sich letztendlich auf einen kontinuierlichen Preiswettbewerb zurückführen.³³

Handelt es sich jedoch um einen Produktmarkt mit oligopolistischen Charakteristiken, so hat jeder Marktteilnehmer bei einer Preissenkung bzw. Qualitätsverbesserung zu befürchten, dass auch die anderen auf dem Markt aktiven Oligopolisten ihre Preise weiter verringern bzw. weitere Qualitätsverbesserung durchführen. Statt eines solchen Preiskrieges mit anderen Marktteilnehmern auszulösen, können Produzenten versuchen, die verschiedenen Strategien der geplanten Obsoleszenz anzuwenden, um in dieser Weise ihre Absätze aufrechtzuerhalten. Insbesondere auf stagnierenden Märkten wird der Preiswettbewerb durch geplante Obsoleszenz – in welcher Form auch immer – ersetzt.³⁴ Vor allem kommen Strategien in Betracht, mit denen Anbieter

²⁹ Vgl. *Schridde/Kreiß/Winzer* (Fn. 20), S. 59.

³⁰ Vgl. *Schridde/Kreiß/Winzer* (Fn. 20), S. 60 ff.

³¹ Vgl. *Wortmann* (Fn. 1), S. 37; *Schmidt* (Fn. 9), 873.

³² Vgl. *Gregory* (Fn. 2), 38.

³³ *Ebd.*

³⁴ Vgl. *Röper/Marfeld* (Fn. 3), S. 95; *Wortmann* (Fn. 1), S. 37.

versuchen, ihre Produkte von denen der Konkurrenz zu unterscheiden, etwa durch Marketing in Kombination mit häufigen Produktwechslern.³⁵ Ebenso kann geplanter Verschleiß, sofern dieser unter der Wahrnehmungsschwelle der Akteure an der Nachfrageseite des Marktes bleibt,³⁶ umgesetzt werden. Gerade wegen dieses Merkmals sind Verbrauchsgüter besonders gut für die Anwendung von derartigen Produktstrategien geeignet, denn Verbrauchern mangelt es in der Regel an den für die Bewertung eines Produktes erforderlichen technischen Kenntnissen.

Im Extremfall stimmen Marktteilnehmer Produktionsstrategien untereinander ab. In der älteren Literatur wird häufig das sog. *Phoebus*-Kartell von mehreren (oligopolistischen) Herstellern von Glühlampen erwähnt, das zum Ziel hatte, die Brenndauer der von den Teilnehmern herzustellenden Glühbirnen auf etwa 1000 Stunden zu beschränken.³⁷ Unter Umständen können die Vorschriften des Wettbewerbsrechts bezüglich Kartellen oder Unternehmen mit einer marktbeherrschenden Stellung eingreifen.³⁸

3. Problematik und Abgrenzung

a) Problematik

aa) Allgemein

Die normative Wertung des geplanten Verschleißes wird kontrovers diskutiert. In den 30er Jahren des letzten Jahrhunderts wurde in der US-amerikanischen Literatur noch ein breiter Einsatz des geplanten Verschleißes als mögliche Lösung für die zur damaligen Zeit existierende Wirtschaftskrise vorgeschlagen.³⁹ Ebenso ist belegt worden, geplanter Verschleiß sei unter Umständen eine Voraussetzung für technologischen Fortschritt.⁴⁰ Heutzutage wird geplante Obsoleszenz deutlich kritischer betrachtet.

bb) Geplante Obsoleszenz aus der Sicht anderer Wissenschaftsdisziplinen

Geplanter Verschleiß führt zur Enttäuschung des Verbrauchers, nicht nur im Sinne eines negativen Empfindens, sondern auch aus wirtschaftlicher Sicht. Setzt man die wirtschaftliche Rationalität des Verbrauchers voraus, so stellt

³⁵ *Gregory* (Fn. 2), 39.

³⁶ Vgl. *Röper/Marfeld* (Fn. 3), S. 108; *Schmidt* (Fn. 9), 870; *Wortmann* (Fn. 1), S. 23 u. 33.

³⁷ *Röper/Marfeld* (Fn. 3), S. 232 sprechen vom Schulbeispiel des geplanten Verschleißes. Siehe auch *Wortmann* (Fn. 1), S. 23 u. 55 f.

³⁸ Dazu ausführlich *Schmidt* (Fn. 9), 875 ff.; *Wortmann* (Fn. 1), S. 75 ff.

³⁹ *London*, *Ending the Depression through Planned Obsolescence*, 1932.

⁴⁰ *Fishman/Gandal/Shy*, *Planned Obsolescence as an Engine of Technological Progress*, *The Journal of Industrial Economics* 41 (1993), No. 4, 361.

man fest, dass der Verbraucher, wäre er über den geplanten Verschleiß informiert gewesen, das von einer solchen Strategie betroffene Produkt nicht bzw. nicht zum gleichen Preis gekauft hätte.⁴¹ Aus volkswirtschaftlicher Perspektive ist geplanter Verschleiß ferner als suboptimale Allokation von Produktionsfaktoren und damit als eine Form von Wertvernichtung anzusehen.⁴² Insbesondere *Hillmann* brachte hervor, dass Obsoleszenz im Allgemeinen auf einem unverantwortlichen Umgang mit natürlichen Ressourcen beruht und die ständige Entsorgung funktionsunfähig gewordener Produkte eine Belastung für die Umwelt darstellt.⁴³ Schließlich wird die geplante Obsoleszenz moralisch und ethisch kritisch betrachtet.⁴⁴

In diesem Beitrag bleibt die Perspektive anderer Wissenschaftsdisziplinen im Übrigen außer Betracht. Auch aus rechtlicher Sicht bedarf das Thema jedoch einer Abgrenzung.

b) Abgrenzung: Geplanter Verschleiß als juristisches Problem

Zum einen ist zwischen den verschiedenen Erscheinungsformen der geplanten Obsoleszenz zu differenzieren. Die funktionale Obsoleszenz ist im Hinblick auf Fortschritt, Innovation und Effizienzverbesserungen grundsätzlich unproblematisch. Die psychische Obsoleszenz, wobei der Verbraucher nicht nur als ‚Opfer‘ der Industrie anzusehen ist, sondern den Kommerz auch willig vorantreibt,⁴⁵ könnte möglicherweise gesellschaftlich kritisch betrachtet, vom (bürgerlichen) Recht kann sie jedoch schwer erfasst werden.⁴⁶ Die qualitative Obsoleszenz, d.h. geplanter Verschleiß, ist hingegen kritisch zu diskutieren und stellt das Thema dieses Beitrags dar.

Zum anderen ist innerhalb der Rechtsordnung abzugrenzen. Das öffentliche Recht bleibt im Übrigen größtenteils außen vor. Zu erwähnen sind an dieser

⁴¹ Siehe zum Verhältnis zwischen Zahlungsbereitschaft der Verbraucher und Qualität ausführlich *Kurz*, in: Brönneke/Wechsler (Hrsg.), *Obsoleszenz interdisziplinär*, 2015, S. 59 (61 ff.).

⁴² Vgl. *Gregory* (Fn. 2), 39.

⁴³ *Hillmann*, *Das Obsoleszenzproblem in einer Zeit der Wachstums- und Umweltkrise*, *Jahrbuch der Absatz- und Verbrauchsforschung* 21 (1975), 21 (36 ff.); ebenso *Packard* (Fn. 2), S. 233 ff.; *Röper/Marfeld* (Fn. 3), S. 328.

⁴⁴ Vor allem *Packard* (Fn. 2), *passim*.

⁴⁵ Ebenso *Röper/Marfeld* (Fn. 3), S. 51 ff.; *Wortmann* (Fn. 1), S. 25.

⁴⁶ Vgl. *Wortmann/Schimikowski*, *Geplanter Produktverschleiß und bürgerliches Recht*, ZIP 1985, 978 (978 f.).

Stelle insbesondere das Wettbewerbs- (GWB, AEUV), Lauterkeits- (UWG)⁴⁷ und Produktsicherheitsrecht (ProdSG).⁴⁸

Im Folgenden wird die qualitative Obsoleszenz als zivilrechtliche Problematik abgehandelt. Da sich eine Strategie des geplanten Verschleißes, wie bereits verdeutlicht worden ist, vor allem auf Verbrauchsgüter umsetzen lässt, ist bei der Abhandlung stets von einer archetypischen Situation auszugehen, in der ein Verbraucher i.S.d. § 13 BGB eine von geplantem Verschleiß betroffene Sache i.S.d. § 90 BGB von einem Unternehmer i.S.d. § 14 BGB gekauft hat, sodass die Vorschriften über den Verbrauchsgüterkauf (§ 474 ff. BGB) eingreifen. Das Werkvertragsrecht (§ 631 ff. BGB) bleibt somit unbesprochen.

Sukzessiv sind das kaufrechtliche Gewährleistungsrecht (§§ 434 ff. BGB), die Anfechtung wegen Eigenschaftsirrtums (§ 119 Abs. 2 BGB), die Anfechtung wegen arglistiger Täuschung (§ 123 BGB), der Verstoß gegen die guten Sitten (§ 138 BGB), der Verstoß gegen Treu und Glauben (§ 242 BGB) und das Deliktsrecht (§§ 823 Abs. 1 und 2, 826 BGB), sowie einige weitere Institute (ProdHaftG, UKlaG) zu thematisieren.

III. Geplanter Verschleiß und Zivilrecht

1. Das kaufrechtliche Gewährleistungsrecht der §§ 434 ff. BGB

Für die Geltendmachung der in § 437 BGB aufgelisteten Gewährleistungsrechte des Käufers ist stets erforderlich, dass die Sache mangelhaft ist (vgl. § 437 BGB). Zunächst ist deshalb auf den Begriff der Sachmängel einzugehen.

a) *Sachmangel* in abstracto

Kurzweg ist maßgeblich, ob bei Gefahrübergang die Ist-Beschaffenheit negativ von der Soll-Beschaffenheit der Sache abweicht.⁴⁹ Bei der Beantwortung der Frage, ob ein Sachmangel vorliegt, kommt es demnach auf die Beschaffenheit der Sache an (vgl. § 434 Abs. 1 S. 1 und 2 BGB).

aa) Beschaffenheit

Der Inhalt des Beschaffenheitsbegriffs, insbesondere dessen subjektiver oder objektiver Charakter, ist seit langem umstritten.⁵⁰ Das Gesetz geht von einem

⁴⁷ Dazu *Fezer*, in: Brönneke/Wechsler (Hrsg.), *Obsoleszenz interdisziplinär*, 2015, S. 205.

⁴⁸ Vgl. *Rudkowski* (Fn. 8), 279.

⁴⁹ Vgl. *Oechsler*, *Vertragliche Schuldverhältnisse*, 2013, Rn. 95.

⁵⁰ Vgl. *Westermann*, in: *MüKo-BGB III*, 7. Aufl. 2016, § 434 Rn. 6; siehe in diesem Rahmen für das alte Kaufrecht *Wortmann/Schimikowski* (Fn. 46), 979.

gemischt subjektiv-objektiven Verständnis des Begriffs aus,⁵¹ jedoch ohne die Beschaffenheit zu definieren.⁵² Zur Beschaffenheit einer Sache gehören jedenfalls „tatsächliche, wirtschaftliche und rechtliche Bezüge (...), die ihren Grund im tatsächlichen Zustand der Sache selbst haben und ihr auf eine gewisse Dauer anhaften“.⁵³

Zunächst hängt die Beschaffenheit der Sache von den (konkludenten)⁵⁴ Vereinbarungen der Parteien ab (§ 434 Abs. 1 S. 1 BGB). Eine Parteivereinbarung kann insbesondere in einer Garantie (vgl. § 443 BGB) bestehen.⁵⁵

Mangels einer Parteivereinbarung ist auf die nach dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung der Sache (§ 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 BGB) abzustellen.⁵⁶ Praktisch liegt mit der Absprache über den Verwendungszweck häufig ebenfalls eine Beschaffenheitsvereinbarung vor, sodass insofern eine gewisse Überschneidung denkbar ist.⁵⁷

Lässt sich kein vertraglicher Verwendungszweck feststellen, so kommt es bei der Beurteilung der Beschaffenheit auf die gewöhnliche Verwendung von Sachen der gleichen Art an (§ 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB).⁵⁸ Der Beschaffenheitsbegriff des § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB wird auf Werbeangaben bestimmter Personen erweitert (§ 434 Abs. 1 S. 3 BGB).⁵⁹ Bei der Feststellung der gewöhnlichen Verwendung der Sache ist die durchschnittliche gebräuchliche Verwendung einer Sache der vorliegenden Art maßgeblich.⁶⁰ Dabei sind die übliche Beschaffenheit der Sache und die objektiv berechnete Käufererwartung von Bedeutung.⁶¹

bb) Gefahrübergang und Gewährleistungsfrist

Der Käufer hat zur Geltendmachung seiner Gewährleistungsrechte wegen eines Mangels typischerweise zwar zwei Jahre Zeit (vgl. § 438 Abs. 1 Nr. 3 BGB), für die Feststellung der Beschaffenheit der Sache bleibt jedoch der Zeitpunkt des

⁵¹ Vgl. *Matusche-Beckmann*, in: Staudinger, 2014, § 434 Rn. 73.

⁵² Vgl. *Weidenkauff*, in: Palandt, 75. Aufl. 2016, § 434 Rn. 9 ff.

⁵³ *Weidenkauff* (Fn. 52), § 434 Rn. 11.

⁵⁴ *Matusche-Beckmann* (Fn. 51), § 434 Rn. 64; *Westermann* (Fn. 50), § 434 Rn. 16.

⁵⁵ Vgl. *Matusche-Beckmann* (Fn. 51), § 434 Rn. 42.

⁵⁶ Vgl. *ebd.*, § 434 Rn. 73.

⁵⁷ Vgl. *Matusche-Beckmann* (Fn. 51), § 434 Rn. 18 u. 22.

⁵⁸ Vgl. *Matusche-Beckmann* (Fn. 51), § 434 Rn. 81.

⁵⁹ Vgl. *Matusche-Beckmann* (Fn. 51), § 434 Rn. 96 ff.; *Westermann* (Fn. 50), § 434 Rn. 27 ff.

⁶⁰ *Matusche-Beckmann* (Fn. 51), § 434 Rn. 24.

⁶¹ *Ebd.*

Gefahrübergangs ausschlaggebend.⁶² Die Gefahr geht in der Regel bei der Übergabe der Sache auf den Käufer über (§ 446 S. 1 BGB). Handelt es sich um einen Versendungskauf (vgl. § 447 BGB), so gilt für Verbraucher eine Sonderregelung (§ 474 Abs. 4 BGB).

cc) Beweislastumkehr bei Verbrauchsgüterkauf

Sofern es sich gemäß § 474 BGB um einen Verbrauchsgüterkauf handelt, gilt die widerlegbare Vermutung,⁶³ dass wenn ein Sachmangel sich innerhalb von sechs Monaten seit dem Gefahrübergang zeigt, die Sache bereits bei Gefahrübergang „zumindest im Ansatz“ mangelhaft war,⁶⁴ es sei denn, die Vermutung ist mit der Art der Sache oder des Mangels unvereinbar (§ 476 BGB).

b) Sachmangel und geplanter Verschleiß

Bei der Beantwortung der Frage, ob und inwiefern bei einem von geplantem Verschleiß betroffenen Produkt ein Sachmangel i.S.d. § 434 Abs. 1 BGB vorliegt, sei zunächst darauf hingewiesen, dass Obsoleszenzstrategien des Herstellers üblicherweise darauf ausgerichtet sind, dass das Produkt den kaufrechtlichen Gewährleistungsstandards (gerade) noch entspricht und der Verschleiß erst nach Ablauf der Gewährleistungsfrist ans Tageslicht tritt.⁶⁵ Demzufolge ist die Geltendmachung der Gewährleistungsrechte durch den Verbraucher keine einfache Angelegenheit. Nichtsdestotrotz könnte das Gewährleistungsrecht eingreifen und den Abnehmer vor geplantem Verschleiß schützen, wenn auf die Schwachstelle der Sache als solche – nicht auf die Wirkung der Schwachstelle, d.h. das Funktionsunfähigwerden des Produktes – als Mangel i.S.d. § 434 Abs. 1 BGB abgestellt wird.⁶⁶

Es ist davon auszugehen, dass bei einem Verbrauchsgüterkauf in der Regel keine Beschaffenheitsvereinbarung vorliegt (§ 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 BGB). Selbst wenn sich ein besonderer vertraglicher Verwendungszweck feststellen ließe, ist die von geplantem Verschleiß betroffene Sache bei Gefahrübergang – die künftige Entwicklung der Sache ist unerheblich⁶⁷ – typischerweise ohne Weiteres funktionsfähig und somit für deren Zweck geeignet. Im Regelfall wird es freilich auf die übliche Beschaffenheit der Sache ankommen. Dabei ist auf

⁶² *Matusche-Beckmann* (Fn. 51), § 434 Rn. 5.

⁶³ Vgl. *Matusche-Beckmann* (Fn. 51), § 476 Rn. 2.

⁶⁴ *EuGH*, C-497/13, ECLI:EU:C:2015:357 – *Faber/Hazet Ochten*; siehe dazu ausführlich unten **III. 1. c)** dd).

⁶⁵ Ebenso *Rudkowski* (Fn. 8), 280.

⁶⁶ *Ebd.*

⁶⁷ *Matusche-Beckmann* (Fn. 51), § 434 Rn. 56; *Westermann* (Fn. 50), § 434 Rn. 11.

Sachen gleicher Art und die berechtigte Käufererwartung abzustellen, bei der dem Stand der Technik eine besondere Bedeutung zukommt.

aa) Sachen gleicher Art; Vergleichsmaßstab

Mangels einer anderweitigen Vereinbarung ist der Verkäufer bei dem Gattungskauf – um den es sich in der Regel bei Verbrauchergütern handelt – zur Leistung von Sachen mittlerer Art und Güte verpflichtet (§ 243 Abs. 1 BGB).⁶⁸ Die Verweisung des § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB auf „Sachen der gleichen Art“ setzt eine Vergleichsgruppe voraus. Sie soll nicht zu eng verstanden werden, insbesondere nicht in dem Sinne, dass die sonstigen Produkte aus der gleichen Produktionsserie die Vergleichsgruppe bilden. Vielmehr sind ähnliche Sachen mit dem gleichen Verwendungszweck und in derselben Preisklasse heranzuziehen.⁶⁹ So war bei einer Streitigkeit über die Beschaffenheit eines Dieselfahrzeuges mit Partikelfilter weder auf Dieselfahrzeuge des gleichen Herstellers (zu eng), noch auf alle Dieselfahrzeuge (zu weit), sondern auf Dieselfahrzeuge mit Partikelfilter aller Marken abzustellen.⁷⁰

Falls nur die Kaufsache von geplantem Verschleiß betroffen ist, Sachen gleicher Art jedoch nicht, bleibt sie hinter den marktüblichen Qualitätsstandards zurück, fehlt die übliche Beschaffenheit und ist die Mangelhaftigkeit somit in der Regel zu bejahen⁷¹ Sind alle Sachen in der Vergleichsgruppe jedoch von geplantem Verschleiß betroffen – wenden also alle Produzenten einer bestimmten Sache derartige Strategien an – so kann das Vorliegen der üblichen Beschaffenheit nicht verneint werden. Dabei stellt sich die Frage, ob die Beschaffenheit der Sache in einer solchen Konstellation den Erwartungen des Käufers entspricht.

bb) Käufererwartung und Stand der Technik

In der Literatur ist umstritten, inwiefern dem Merkmal der Käufererwartung eigenständige Bedeutung zukommt.⁷² Dies wird zum Teil verneint, denn was der Käufer berechtigterweise erwarten könne, sei die marktübliche Beschaffenheit.⁷³ Dem ist jedoch entgegenzuhalten, abgesehen vom Wortlaut des § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB, der von Gleichrangigkeit der Merkmale durch die Konjunktion „und“ ausgeht,⁷⁴ dass gerade wenn geplanter Verschleiß zur

⁶⁸ Vgl. *Wortmann/Schimikowski* (Fn. 46), 979.

⁶⁹ *Matusche-Beckmann* (Fn. 51), § 434 Rn. 90; *Westermann* (Fn. 50), § 434 Rn. 25; *Rudkowski* (Fn. 8), 282.

⁷⁰ BGH, NJW 2009, 2056.

⁷¹ *Rudkowski* (Fn. 8), 282.

⁷² *Ebd.* und die dortige Verweisungen.

⁷³ So z.B. *Matusche-Beckmann* (Fn. 51), § 434 Rn. 93.

⁷⁴ Vgl. *Rudkowski* (Fn. 8), 283.

marktüblichen Beschaffenheit gehört, freilich nicht hingenommen werden dürfte, dass eine solche Beschaffenheit dadurch der Käufererwartung entspräche. Demzufolge ist denkbar, dass die geplant verschleißende Sache zwar die übliche Beschaffenheit im Vergleich zu Sachen gleicher Art aufweist hingegen nicht die von dem Käufer zu erwartende Beschaffenheit hat.⁷⁵ Welche Beschaffenheit der Käufer erwarten kann, ist objektiv zu bestimmen.⁷⁶ Dabei spielt der allgemeine Stand der Technik⁷⁷ eine Rolle.

Der Käufer kann grundsätzlich erwarten, dass die Sache dem Stand der Technik entspricht.⁷⁸ Gleichzeitig sind bei der Ausfüllung des Begriffs „Stand der Technik“ Zumutbarkeitserwägungen zugunsten des Herstellers zu berücksichtigen.⁷⁹ Nicht jede Schwachstelle führt zu dem Ergebnis, dass die Sache hinter dem Stand der Technik zurückbleibt, denn andernfalls würden Hersteller zu unzumutbaren Qualitätserhöhungen gezwungen werden.⁸⁰ Das technisch Höchstmögliche würde mit anderen Worten zum Marktstandard für alle derartigen Sachen erhoben werden.⁸¹ Ebenfalls spielt die Preisklasse, in der das Produkt positioniert ist, eine Rolle;⁸² von Sachen aus den niedrigeren Schichten eines Produktmarktes dürften die Erwartungen bezüglich der Leistungsfähigkeit des Produktes, auch im Hinblick auf dessen Lebensdauer, freilich nicht so hoch sein wie bei Luxussachen der gleichen Art.

Die Rechtsprechung geht indes davon aus, dass die Tatsache, dass „der Stand der Technik hinter der tatsächlichen oder durchschnittlichen Käufererwartung zurückbleibt“ nicht zur Bejahung der Mangelhaftigkeit der Sache führen kann.⁸³ Bezogen auf die kollektive Rückhaltung neuer Techniken durch Hersteller bedeutet dies, dass der Käufer sich mit den marktüblichen Standards zufrieden geben muss. Auch hier sind die obengenannten Unzumutbarkeitserwägungen zugunsten des Herstellers ausschlaggebend und ist die Rechtsprechung somit zu billigen.

cc) Zwischenergebnis zur Mangelhaftigkeit

Im Allgemeinen lässt sich schwer feststellen, ob eine von geplantem Verschleiß

⁷⁵ Im Ergebnis ebenso *Rudkowski* (Fn. 8), 283.

⁷⁶ Vgl. *Matusche-Beckmann* (Fn. 51), § 434 Rn. 95.

⁷⁷ Zum Begriff des Stands der Technik ausführlich mit Verweisungen *Rudkowski* (Fn. 8), 284 f.

⁷⁸ *Ebd.*

⁷⁹ *Ebd.*

⁸⁰ *Ebd.*

⁸¹ *Ebd.*

⁸² Vgl. *Matusche-Beckmann* (Fn. 51), § 434 Rn. 92.

⁸³ *BGH*, NJW 2009, 2056; billigend *Matusche-Beckmann* (Fn. 51), § 434 Rn. 90.

betroffene Sache mangelhaft i.S.d. § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB ist. Im Einzelfall scheint dies jedoch, insbesondere bei krassen Fällen von geplantem Verschleiß, nicht von vornherein ausgeschlossen zu sein. Gleichwohl zeigen sich weitere Schwierigkeiten bezüglich der Frist und der Beweislast, die der Geltendmachung der Gewährleistungsrechte praktisch häufig entgegenstehen.

dd) Verjährungsfrist und Beweislast

Die Schwachstelle der Sache als solche, auf die, so ist oben bereits verdeutlicht worden, abzustellen ist, muss erst einmal vom Käufer gefunden und bewiesen werden, und zwar, bevor die Wirkung der Schwachstelle zum Vorschein gekommen ist, denn der Art des geplanten Verschleißes nach ist es zu diesem Zeitpunkt in der Regel wegen Ablaufs der Verjährungsfrist bereits zu spät.⁸⁴ Die Beweislastumkehr des § 476 BGB hilft dem Käufer in der Regel nur bedingt.

In der deutschen höchstrichterlichen Rechtsprechung wird die Beweislastumkehr dahingehend ausgelegt, dass der Käufer beweisen muss, dass (i) binnen sechs Monaten nach Gefahrübergang (ii) ein Sachmangel aufgetreten ist (iii) dessen Ursache einen vertragswidrigen Zustand darstellt.⁸⁵ Insbesondere bei sog. latenten Mängeln, d.h. bereits in der Sache vorhandener Mängel, die sich zum Zeitpunkt des Gefahrübergangs noch nicht gezeigt haben,⁸⁶ so wie die geplante Schwachstelle in der Regel einzuordnen ist, kann die Ursache des Sachmangels zu Beweisschwierigkeiten führen. Gelingt es dem Käufer nicht, den Beweis bezüglich der Ursache des Mangels zu liefern, z.B. weil mehrere Ursachen in Betracht kommen, die teils schon und teils nicht eine vertragswidrige Beschaffenheit begründen, so geht dies zulasten des Käufers.⁸⁷ Im Hinblick auf Art. 5 Abs. 3 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie,⁸⁸ dessen Umsetzung die Beweislastumkehrvorschrift des § 476 BGB dient, scheint eine lediglich zeitliche Vermutung nicht haltbar.⁸⁹

Im *Faber/Hazet Ochten*-Urteil hat der *EuGH* angenommen, dass die Beweisvermutung nicht nur einen zeitlichen, sondern auch einen inhaltlichen Charakter

⁸⁴ Vgl. *Rudkowski* (Fn. 8), 285; *Wortmann* (Fn. 1), S. 121.

⁸⁵ *BGH*, NJW 2006, 434.

⁸⁶ Vgl. *Matusche-Beckmann* (Fn. 51), § 476 Rn. 17.

⁸⁷ *BGH*, NJW 2014, 1086.

⁸⁸ Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 25.5.1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter, ABIEG Nr. L 171 v. 7.7.1999, S. 12 ff.

⁸⁹ Vgl. *Pfeiffer*, in: NK-BGB II/2, 2. Aufl. 2012, Art. 5 Kauf-RL Rn. 5 ff.; ebenso *Brönneke*, in: *Brönneke/Wechsler* (Hrsg.), *Obsoleszenz interdisziplinär*, 2015, S. 185 (192 f.).

hat.⁹⁰ Beweist der Verbraucher, dass (i) die Sache nicht vertragsgemäß ist und (ii) diese Vertragswidrigkeit binnen sechs Monaten nach der Lieferung offenbar geworden ist, so greift die Vermutung ein, dass die Vertragswidrigkeit zumindest im Ansatz bereits bei der Lieferung der Sache vorlag, auch wenn sich diese erst später herausgestellt hat.⁹¹ Insbesondere muss der Verbraucher weder den Beweis für den Grund der Vertragswidrigkeit liefern, noch beweisen, dass die nicht vertragsgemäß erbrachte Leistung dem Verkäufer zuzurechnen ist.⁹²

c) Ergebnis zum kaufrechtlichen Gewährleistungsrecht

Produktstrategien des geplanten Verschleißes haben im Allgemeinen gerade die Umgehung des Gewährleistungsrechts zum Ziel, sodass das Kaufrecht üblicherweise keinen Schutz vor geplantem Verschleiß zu bieten vermag. Die Mangelhaftigkeit der von geplantem Verschleiß betroffenen Sache ist in der Regel nicht nur zu verneinen, sondern auch wenn ein Sachmangel vorliegt, wird der Käufer üblicherweise auf beweisrechtliche Schwierigkeiten stoßen.

2. Anfechtung wegen Eigenschaftsirrums (§ 119 Abs. 2 BGB)

Hat der Käufer sich über die im Verkehr als wesentlich angesehenen Eigenschaften der Person oder der Sache geirrt, so kann er seine Willenserklärung nach §§ 119 Abs. 2, 121, 142 Abs. 1, 143 BGB anfechten.

a) Konkurrenz; Verhältnis der Irrtumsanfechtung gemäß § 119 Abs. 2 BGB zum kaufrechtlichen Gewährleistungsrecht

Zwischen der Irrtumsanfechtung gemäß § 119 Abs. 2 BGB und dem kaufrechtlichen Gewährleistungsrecht kann eine Anspruchskonkurrenz bestehen, sofern der Käufer sich über eine wesentliche Eigenschaft der Kaufsache, die gleichzeitig eine vertragswidrige Beschaffenheit begründet, geirrt hat.⁹³ Im Verhältnis zur Irrtumsanfechtung stellen die §§ 434 ff. BGB eine Sonderregelung dar, die vorrangig zur Anwendung kommt, denn andernfalls würden zum einen mehrere Schranken des Kaufrechts – u.a. keine Lösung vom Vertrag bei grob fahrlässiger Unkenntnis vom Mangel (vgl. § 442 Abs. 1 S. 2 BGB) aber auch die Nachfristsetzung der §§ 437, 439, 323 BGB – unterlaufen werden. Zum anderen könnte die Verjährungsfrist des § 438 Abs. 1 Nr. 3 BGB (vgl. für

⁹⁰ EuGH, C-497/13, ECLI:EU:C:2015:357 – *Faber/Hazet Ochten*.

⁹¹ EuGH, C-497/13, ECLI:EU:C:2015:357 – *Faber/Hazet Ochten*, Rn. 68-72.

⁹² EuGH, C-497/13, ECLI:EU:C:2015:357 – *Faber/Hazet Ochten*, Rn. 70.

⁹³ *Armbriüster*, in: MüKo-BGB I, 7. Aufl. 2015, § 119 Rn. 29; *Singer*, in: Staudinger, 2012, § 119 Rn. 109.

die Anfechtung § 142 Abs. 1 BGB) umgangen werden.⁹⁴ Der Meinungsstreit bezüglich des Vorranges des Gewährleistungsrechts vor Gefahrübergang bleibt im Übrigen mangels praktischer Bedeutung für den geplanten Verschleiß an dieser Stelle unbesprochen.⁹⁵

Vor diesem Hintergrund muss eine Anfechtung wegen Irrtums über verkehrswesentliche Eigenschaften der Sache, während der Irrtum zugleich eine vertragswidrige Beschaffenheit und damit einen Mangel i.S.d. Kaufrechts begründet, ausscheiden. Auf das Vorliegen von geplantem Verschleiß bezogen wird dies in der Regel der Fall sein, sodass eine Irrtumsanfechtung nicht in Betracht kommt.⁹⁶

b) Nicht vom Gewährleistungsrecht gesperrte Konstellationen

aa) Preis

Möglicherweise könnte ein Eigenschaftsirrtrum des Käufers über den Preis der Sache eine Anfechtung gemäß § 119 Abs. 2 BGB begründen.

Eigenschaften sind alle wertbildenden Faktoren, nicht jedoch der Wert der Sache selbst.⁹⁷ Folglich sind Preisirrtümer insofern unbeachtlich. Eine dahingehende Argumentation, dass die von geplantem Verschleiß betroffene Sache für den Käufer preislich weniger wert ist, sodass er sich über den Preis der Sache geirrt habe, muss überdies aufgrund des der Marktwirtschaft zugrunde liegenden Systems der freien Preisbildung von vornherein ausscheiden.⁹⁸ Anders ist es, wenn der Käufer sich über die Gebrauchsdauer der Sache Vorstellungen gemacht hat und diese Erwägungen sich kausal auf die Bereitwilligkeit zur Zahlung des Preises ausgewirkt haben. In einem solchen Fall kann die Gebrauchsdauer – nicht der Preis als solche – einen wertbildenden Faktor darstellen.⁹⁹

bb) Irrtum über die Lebensdauer der Sache als wertbildender Faktor

Sofern es sich um einen Irrtum bezüglich der Lebensdauer der Sache handelt, sodass für die Irrtumsanfechtung keine Sperrwirkung der §§ 434 ff. BGB anzunehmen ist, stellt sich die Frage, ob ein Irrtum des Erklärenden über die

⁹⁴ *Armbrüster* (Fn. 93), § 119 Rn. 29; *Oechsler* (Fn. 49), Rn. 478; *Westermann* (Fn. 50), § 437 Rn. 53.

⁹⁵ Dazu *Armbrüster* (Fn. 93), § 119 Rn. 32.

⁹⁶ Vgl. *Rudkowski* (Fn. 8), 289.

⁹⁷ Vgl. *Armbrüster* (Fn. 93), § 119 Rn. 103; *Ellenberger*, in: Palandt, 75. Aufl. 2016, § 119 Rn. 23 ff.

⁹⁸ *Armbrüster* (Fn. 93), § 119 Rn. 131.

⁹⁹ Vgl. *ebd.*

künftigen Entwicklungen der Sache ihn zur Anfechtung berechtigt. Dies ist unter Umständen zu bejahen, sofern der Anfechtende sich bei der Abgabe der Willenserklärung konkrete Fehlvorstellungen über künftige vertragsbezogene Entwicklungen gemacht hat.¹⁰⁰

Auf den geplanten Verschleiß bezogen wird eine Anfechtung jedoch ausscheiden, da sich der Erklärende bezüglich der Lebensdauer der Sache üblicherweise (gar) keine bzw. keine für seine Erklärung ursächliche Fehlvorstellungen gemacht hat. Darüber hinaus stellt die Gebrauchsdauer im Allgemeinen keine verkehrswesentliche Eigenschaft der Sache dar,¹⁰¹ sodass die Anfechtung auch aus diesem Grund nicht durchgeht. Selbst wenn enttäuschte Erwartungen vorliegen, wird es sich in der Regel „um eine bloße Prognose für die weit nach Abgabe der Vertragserklärungen liegende Zukunft, nicht um eine im Zeitpunkt des Vertragsschlusses objektiv nachweisebare Tatsache“ handeln.¹⁰² Der Erklärende trägt somit üblicherweise das Risiko für seine unerfüllten Erwartungen.¹⁰³ Dieses Ergebnis ist auch zu billigen, denn der Verkäufer hat nicht uneingeschränkt das Risiko für die Lebensdauer der Sache zu tragen, zumal die Langlebigkeit des Produktes nach der Übergabe insbesondere von dem Umgang mit der Sache durch den Käufer abhängig ist.¹⁰⁴

c) Ergebnis zur Anfechtung wegen Eigenschaftsirrums

In der Regel wird die Anfechtung wegen Eigenschaftsirrums bei geplantem Verschleiß vom kaufrechtlichen Gewährleistungsrecht gesperrt, da der Irrtum sich auf die Beschaffenheit der Sache bezieht. Denkbar ist jedoch, dass die Gebrauchsdauer der Sache einen wertbildenden Faktor darstellt. Für den Verbrauchsgüterkauf ist dies freilich unrealistisch. Die praktische Bedeutung der Anfechtung wegen Eigenschaftsirrums für die vorliegende Problematik ist somit beschränkt.¹⁰⁵

3. Anfechtung wegen arglistiger Täuschung (§ 123 Abs. 1 Var. 1 BGB)

Wurde der Erklärende arglistig getäuscht, so ist er innerhalb eines Jahres nach Entdeckung der Täuschung zur Anfechtung seiner Willenserklärung berechtigt (§§ 123 Abs. 1, 124 Abs. 1 und 2 S. 1, 142 Abs. 1, 143 BGB).

¹⁰⁰ Armbrüster (Fn. 93), § 119 Rn. 117.

¹⁰¹ Vgl. Ellenberger (Fn. 97), § 119 Rn. 23 ff.

¹⁰² Rudkowski (Fn. 8), 290.

¹⁰³ Armbrüster (Fn. 93), § 119 Rn. 117.

¹⁰⁴ Rudkowski (Fn. 8), 290.

¹⁰⁵ Im Ergebnis ebenso Wortmann (Fn. 1), S. 115 f.

a) Abgrenzung und Konkurrenz

aa) Abgrenzung zur Irrtumsanfechtung des § 119 Abs. 2 BGB

Kann der Käufer sowohl wegen arglistiger Täuschung (§ 123 Abs. 1 Var. 1 BGB) als auch wegen Irrtums (§ 119 Abs. 2 BGB) anfechten, ist aus seiner Sicht die erstgenannte Alternative freilich zu bevorzugen. Nicht nur bezüglich der Anfechtungsfrist (ein Jahr nach Entdeckung der Täuschung durch den Erklärenden, §§ 123, 124 Abs. 1 und 2 BGB gegenüber „unverzüglich“ nachdem der Anfechtungsberechtigte vom Irrtum Kenntnis erlangt, §§ 121 Abs. 1, 119 Abs. 2 BGB) sondern vor allem im Hinblick auf die mögliche Schadensersatzpflicht des Anfechtenden wird der Käufer die Anspruchsgrundlage des § 123 BGB präferieren.¹⁰⁶ Bei der Anfechtung wegen arglistiger Täuschung macht sich der Anfechtende dem Erklärungsempfänger gegenüber nicht schadensersatzpflichtig. Ficht der Käufer jedoch wegen Irrtums an, so ist er dem Anfechtungsgegner gegenüber zum Ersatz des negativen Interesses verpflichtet (§ 122 Abs. 1 BGB), es sei denn, der Geschädigte kannte den Grund der Anfechtbarkeit oder musste ihn kennen (§ 122 Abs. 2 BGB). Letzteres wird bei geplantem Verschleiß in der Regel nicht der Fall sein, denn Hersteller und Verkäufer sind meist nicht identisch, sodass der Verkäufer die Schwachstelle regelmäßig weder kennt, noch ihm diesbezüglich fahrlässige Unkenntnis vorgeworfen werden kann (vgl. § 122 Abs. 2 BGB).

bb) Konkurrenz zum kaufrechtlichen Gewährleistungsrecht

Anders als § 119 Abs. 2 BGB wird die Anfechtung wegen arglistiger Täuschung (§ 123 Abs. 1 Var. 1 BGB) mangels Schutzwürdigkeit des arglistig täuschenden Erklärungsempfängers nicht durch die Vorschriften des Gewährleistungsrechts (§§ 434 ff. BGB) gesperrt.¹⁰⁷

b) Voraussetzungen der arglistigen Täuschung

Eine arglistige Täuschung liegt nur dann vor, wenn der Täuschende die Unrichtigkeit der Angaben kennt und den Getäuschten wissentlich und willentlich (i.S.d. *dolus eventualis*)¹⁰⁸ durch die Falschangaben zur Abgabe einer Willenserklärung bewegt, die der Getäuschte sonst nicht oder nicht mit gleichem Inhalt abgegeben hätte.¹⁰⁹ Dabei kann es sich sowohl um Falschangaben des Täuschenden (positiv) als auch um die Unterlassung einer

¹⁰⁶ Vgl. *Armbrüster* (Fn. 93), § 123 Rn. 1 f.

¹⁰⁷ Vgl. *ebd.*, § 119 Rn. 89; *Westermann* (Fn. 50), § 437 Rn. 55.

¹⁰⁸ *Armbrüster* (Fn. 93), § 123 Rn. 14.

¹⁰⁹ *Ebd.*, § 123 Rn. 13.

angebrachten Aufklärung (negativ) handeln.¹¹⁰ § 123 Abs. 1 Var. 1 BGB setzt folglich eine Aufklärungspflicht des Täuschenden voraus.¹¹¹

aa) Arglistige Täuschung durch positive Falschangaben

Beim geplanten Verschleiß ist im Allgemeinen davon auszugehen, dass der Verkäufer den Käufer nicht durch positive Erregung des Irrtums getäuscht hat; vielmehr könnte eine Täuschung durch Verschweigen vorliegen.¹¹² Sie setzt eine Offenbarungspflicht voraus.¹¹³

bb) Arglistige Täuschung durch Verschweigen; Offenbarungspflicht

Grundsätzlich trägt jede Partei die Verantwortung und das Risiko für alle Umstände, welche für sie im Hinblick auf die Abgabe der Willenserklärung erheblich sind. Insofern kennt das Kaufrecht keine allgemeine Offenbarungspflicht bezüglich derartiger Umstände.¹¹⁴ Insbesondere die gegenläufigen Interessen der Parteien und die bereits erwähnten Grundsätze der Marktwirtschaft stehen der Offenbarungspflicht entgegen.¹¹⁵ Nichtsdestotrotz kann sich unter Umständen nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrsanschauung eine Aufklärungspflicht ergeben.¹¹⁶ Eine Offenbarungspflicht bezieht sich auf wesentliche, dem Verkäufer bekannte Umstände, „die den Vertragszweck (des Käufers) vereiteln oder erheblich gefährden können (...), sofern er die Mitteilung nach der Verkehrsauffassung erwarten darf“.¹¹⁷

c) Arglistige Täuschung und geplanter Verschleiß

Zunächst ist festzustellen, dass in der modernen, von Arbeitsaufteilung geprägten Wirtschaft der Verkäufer und Hersteller der von geplantem Verschleiß betroffenen Sache oft nicht die gleiche Person sind, sodass eine Offenbarungspflicht wegen fehlender Kenntnisse bezüglich der Konstruktion und Lebensdauer der Sache seitens des Verkäufers nicht angenommen werden kann.¹¹⁸ Aus den gleichen Gründen können von dem Verkäufer ebenfalls nicht dieselben Fachkenntnisse wie die des Herstellers verlangt werden,¹¹⁹ sodass

¹¹⁰ *Armbrüster* (Fn. 93), § 123 Rn. 13.

¹¹¹ Vgl. *ebd.*, § 123 Rn. 30 ff.

¹¹² Ebenso *Rudkowski* (Fn. 8), 288.

¹¹³ Vgl. *Armbrüster* (Fn. 93), § 123 Rn. 30 ff.

¹¹⁴ *Armbrüster* (Fn. 93), § 123 Rn. 31.

¹¹⁵ *Ebd.*, § 123 Rn. 36.

¹¹⁶ *Ebd.*, § 123 Rn. 32.

¹¹⁷ *Ebd.*, § 123 Rn. 36; *Rudkowski* (Fn. 8), 288; so bereits RGZ 91, 80 (82).

¹¹⁸ Vgl. *Rudkowski* (Fn. 8), 288.

¹¹⁹ *BGH*, NJW 2004, 2301.

auch eine Anfechtung wegen einer von einem Dritten – hier dem Produzenten – verübten Täuschung gemäß § 123 Abs. 2 BGB ausscheidet.

Es stellt sich die Frage, ob die Tatsache, dass die Sache für geplanten Verschleiß anfällig ist, den Vertragszweck des Käufers vereitelt oder zumindest gefährdet. Im Allgemeinen ist dies zu verneinen, denn trotz geplanten Verschleißes ist die Sache in der Regel durchaus funktionsfähig, sodass der Vertragszweck insofern erreicht wird. Falls die Gebrauchsdauer der Sache Teil des Vertragszwecks ist, ist die Gewichtigkeit dieses Merkmals freilich zu gering, um diesbezüglich eine nach den Verkehrsauffassungen berechnete Mitteilung des Verkäufers erwarten zu dürfen.¹²⁰

Die divergente Interessenlage führt indes dazu, dass dem Verkäufer aus Gründen der Funktion der Marktwirtschaft nicht zumutbar ist, dass er den Käufer darüber aufklärt, ob und inwiefern die Sache hinsichtlich ihrer Lebensdauer preiswert ist oder ob sie anderweitig ohne erhöhte Anfälligkeit für geplanten Verschleiß zu beschaffen ist.¹²¹

d) Ergebnis zur Anfechtung wegen arglistiger Täuschung

Bezüglich des geplanten Verschleißes kann aufgrund der Interessenlage und der Funktion der Marktwirtschaft weder zulasten des Verkäufers noch zulasten des Herstellers eine Offenbarungspflicht angenommen werden. Eine Anfechtung wegen arglistiger Täuschung über den geplanten Verschleiß scheidet also in der Regel aus.¹²²

4. Verstoß gegen die guten Sitten (§ 138 BGB)

Verstößt ein Rechtsgeschäft gegen die guten Sitten, so ist es nichtig (§ 138 Abs. 1 BGB). § 138 Abs. 2 BGB regelt den Wucher als Sonderfall der Sittenwidrigkeit.¹²³

a) Normzweck, Maßstab der guten Sitten und Konkurrenz

aa) Normzweck

Die Rechtsordnung verleiht aus ethischen, moralischen und sittlichen Gründen verwerflichen Rechtsgeschäften keine Rechtskraft.¹²⁴ Die Generalklausel des

¹²⁰ Vgl. *Rudkowski* (Fn. 8), 288.

¹²¹ Vgl. *ebd.*, S. 288 f.

¹²² Im Ergebnis ebenso *Wortmann* (Fn. 1), S. 116 f.

¹²³ Vgl. *Ellenberger* (Fn. 97), § 138 Rn. 65 ff.

¹²⁴ Vgl. *Armbrüster* (Fn. 93), § 138 Rn. 1 u. 11.

§ 138 BGB verweigert derartigen Rechtsgeschäften Geltung, wenn sie nicht bereits anderweitig durch besondere Normen vom Gesetz erfasst werden.¹²⁵

bb) Maßstab der guten Sitten

Der Begriff der guten Sitten hat einen besonders abstrakten Charakter und ist deshalb ausfüllungs- und konkretisierungsbedürftig.¹²⁶ Die Rechtsprechung versteht die guten Sitten als das „Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden“.¹²⁷ Diese Formel ist wegen ihres ebenso wenig konkreten Charakters kritisiert worden.¹²⁸ Zugleich ist festzustellen, dass sich der Begriff schwer in einen praktikablen Maßstab fassen lässt,¹²⁹ sodass vor allem an die in der Rechtsprechung entwickelten Fallgruppen anzuknüpfen ist. Für den geplanten Verschleiß ist vor allem die Fallgruppe der Äquivalenzstörungen von Bedeutung.¹³⁰

Es ist stets erforderlich, das Rechtsgeschäft in seiner Gesamtheit, d.h. „nach seinem aus der Zusammenfassung von Inhalt, Beweggrund und Zweck zu entnehmenden Gesamtcharakter“,¹³¹ zu beurteilen.

cc) Konkurrenz

Ist die Kaufsache mangelhaft und besteht die Äquivalenzstörung lediglich darin, dass der Käufer einen zu hohen Preis für eine nicht vertragsgemäß erbrachte Leistung bezahlt hat, so kann die Sittenwidrigkeit des Rechtsgeschäfts nicht bejaht werden, sondern das kaufrechtliche Gewährleistungsrecht greift ein.¹³² Insbesondere kommt in vorkommenden Fällen die Minderung des Kaufpreises gemäß § 441 BGB in Betracht.

b) *Äquivalenzstörungen und geplanter Verschleiß*

aa) Wucher nach § 138 Abs. 2 BGB

Nicht jedes Leistungsmissverhältnis führt zur Sittenwidrigkeit des betroffenen Rechtsgeschäfts.¹³³ Erforderlich ist, dass Leistung und Gegenleistung in einem groben Missverhältnis stehen.¹³⁴ Obwohl das deutsche Recht die durch die

¹²⁵ Vgl. *Ellenberger* (Fn. 97), § 138 Rn. 1.

¹²⁶ Vgl. *Armbrüster* (Fn. 93), § 138 Rn. 14 ff.

¹²⁷ RGZ 48, 114 (124).

¹²⁸ Vgl. *Armbrüster* (Fn. 93), § 138 Rn. 14.

¹²⁹ Vgl. *ebd.*, § 138 Rn. 15.

¹³⁰ Vgl. *Rudkowski* (Fn. 8), 285.

¹³¹ BGH, NJW 2001, 1127; vgl. *Armbrüster* (Fn. 93), § 138 Rn. 30.

¹³² Vgl. *Armbrüster* (Fn. 93), § 138 Rn. 113.

¹³³ Vgl. *ebd.*, § 138 Rn. 112.

¹³⁴ *Ellenberger* (Fn. 97), § 138 Rn. 35.

Kanonisten im Mittelalter weitverbreitete Lehre des *ustum pretium* im Hinblick auf den Grundsatz der Vertragsfreiheit abgelehnt hat und grundsätzlich keine normative Beurteilung der Preisgerechtigkeit des Rechtsgeschäfts vornimmt,¹³⁵ geht die Rechtsprechung davon aus, dass Sittenwidrigkeit vermutet wird,¹³⁶ wenn der Wert der Leistung das Doppelte bzw. die Hälfte des Wertes der Gegenleistung beträgt.¹³⁷ Bei der Quantifizierung der Wertdifferenz werden objektiver Marktwert und vereinbarter Kaufpreis zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses miteinander verglichen.¹³⁸

Bei geplantem Verschleiß mag die Sache wegen ihrer Anfälligkeit für schnelleren Verschleiß weniger wert sein, ein grobes Missverhältnis zwischen den Leistungen der Parteien wird dies in der Regel allerdings nicht darstellen.¹³⁹

bb) Wucherähnliches Geschäft nach § 138 Abs. 1 BGB

Ist nicht die Rede von einem groben Missverhältnis, kann dennoch die Sittenwidrigkeit bejaht werden und eine Korrektur im Einzelfall erfolgen, sofern ein auffälliges Missverhältnis in Kombination mit weiteren Umständen, insbesondere einer verwerflichen Gesinnung seitens des Begünstigten, vorliegen.¹⁴⁰ Eine solche verwerfliche Gesinnung kann unter anderem darin bestehen, dass der Begünstigte „die wirtschaftlich schwächere Position des anderen Teils bewusst zu seinem Vorteil ausgenutzt oder sich zumindest leichtfertig der Erkenntnis verschlossen hat, dass sich der andere nur unter dem Zwang der Verhältnisse auf den für ihn ungünstigen Vertrag eingelassen hat“.¹⁴¹

Bezogen auf den geplanten Verschleiß sei zunächst darauf hingewiesen, dass hier erneut die Erwägung einschlägt, dass Verkäufer und Hersteller der von geplantem Verschleiß betroffenen Sache häufig nicht die gleiche Person sind, sodass der Verkäufer weder über Kenntnisse bezüglich der Schwachstelle verfügt noch dieselben von ihm erwartet werden können. Eine verwerfliche Gesinnung seitens des Verkäufers liegt deshalb meist nicht vor.¹⁴² Zudem ist die Tatsache, dass eine Sache von geplantem Verschleiß betroffen ist, freilich nicht hinreichend erheblich, um die Sittenwidrigkeit des Rechtsgeschäfts

¹³⁵ Vgl. *Schlosser*, Neuere Europäische Rechtsgeschichte, 2012, S. 107 f.

¹³⁶ Zur Reichweite der Vermutung siehe *BGH*, NJW 2010, 363.

¹³⁷ Zunächst für Grundstücke, *BGH*, NJW 1995, 2635; erweitert auf den Kauf beweglicher Sachen, sofern es sich um ähnlich hohe absolute Beträge handelt wie beim Grundstückkauf, *BGH*, NJW-RR 1998, 1065; vgl. *Armbrüster* (Fn. 93), § 138 Rn. 114.

¹³⁸ *BGH*, NJW 2000, 1254.

¹³⁹ Ebenso *Rudkowski* (Fn. 8), 285 f.

¹⁴⁰ Vgl. *Armbrüster* (Fn. 93), § 138 Rn. 115 ff.; *Ellenberger*, (Fn. 97), § 138 Rn. 34 ff.

¹⁴¹ *BGH*, NJW 2001, 1127.

¹⁴² Vgl. *Rudkowski* (Fn. 8), 286.

bejahen zu können.¹⁴³ Dafür spricht ferner, dass der Käufer sich im Verhältnis zum Verkäufer im Allgemeinen zwar in einer schwächeren Position befindet, ihm aber gleichzeitig im Hinblick auf den Hersteller und das Produkt Alternativen zur Verfügung stehen und insofern nicht von einer Zwangslage die Rede sein kann.¹⁴⁴ Trotz des geplanten Verschleißens der Sache ist es schließlich sehr wohl möglich, dass der Hersteller aus dem vorzeitigen Ersatzkauf des Abnehmers keine wirtschaftlichen Vorteile zieht, weil letztgenannter die Ersatzsache anderweitig, d.h. nicht beim gleichen Produzenten bzw. Verkäufer, bezieht.¹⁴⁵

c) Ergebnis zur Sittenwidrigkeit gemäß § 138 BGB

Die Tatsache, dass eine Sache geplant verschleißt, stellt in der Regel keine Äquivalenzstörung dar. Dem Käufer stehen nicht nur Alternativen zur Verfügung, vorstellbar ist zudem, dass der Verkäufer trotz des geplanten Verschleißens des Produktes keine wirtschaftlichen Vorteile genießt. Die Sittenwidrigkeit des Rechtsgeschäfts ist somit bei geplantem Verschleiß üblicherweise zu verneinen.

5. Verstoß gegen Treu und Glauben (§ 242 BGB)

a) Norm und Normzweck

Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu erbringen, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern (§ 242 BGB). Die Norm ist als Grundlage für die richterliche Rechtsfortbildung von besonders großer Bedeutung; gleichwohl soll sie nicht als eine Ermächtigung zur allgemeinen Billigkeitsjustiz verstanden werden.¹⁴⁶ Stets ist eine Abwägung im Einzelfall unter Berücksichtigung aller Interessen erforderlich.¹⁴⁷

b) Geplanter Verschleiß und Treu und Glauben

Obwohl die Beurteilung im Einzelfall anders ausfallen mag, ist im Allgemeinen daran festzuhalten, dass die Problematik des geplanten Verschleißes sich nicht auf der Grundlage des § 242 BGB im Rahmen der richterlichen Rechtsfortbildung beheben lässt. Dies würde eine erhebliche Abweichung vom geltenden (Kauf-)Recht durch den Richter voraussetzen (z.B. indem die Verjährungsvor-

¹⁴³ Zum gleichen Ergebnis kommen *Rudkowski* (Fn. 8), 286; *Wortmann/Schimikowski* (Fn. 46), 982.

¹⁴⁴ Ebenso *Wortmann* (Fn. 1), S. 118; *Wortmann/Schimikowski* (Fn. 46), 982.

¹⁴⁵ Vgl. *Rudkowski* (Fn. 8), 287.

¹⁴⁶ Vgl. *Grüneberg*, in: Palandt, 75. Aufl. 2016, § 242 Rn. 2; *Schubert*, in: MüKo-BGB II, 7. Aufl. 2016, § 242 Rn. 30 f.

¹⁴⁷ Vgl. *Grüneberg* (Fn. 146), § 242 Rn. 5; *Schubert* (Fn. 146), § 242 Rn. 50.

schrift des § 438 Abs. 1 Nr. 3 BGB außer Anwendung gelassen wird), welche hinsichtlich der Interessen des Verkäufers und der Wertung des Gesetzgebers für unzulässig gehalten werden muss. Des Weiteren ist, ebenso wie im Rahmen des § 138 BGB, fraglich, ob der geplante Verschleiß eine gewisse Erheblichkeitsschwelle überschreitet.¹⁴⁸ Ebenso Treu und Glauben vermag den Käufer somit nicht vor geplantem Verschleiß zu schützen.

6. Deliktsrecht

a) § 823 Abs. 1 BGB

aa) Allgemein

Die bereits mehrmals erwähnte Problematik, dass der Hersteller und Verkäufer der von geplantem Verschleiß betroffenen Sache nicht identisch sind, während eine Wissenszurechnung bezüglich der Schwachstelle seitens des Verkäufers im Allgemeinen nicht in Betracht kommt, ist im deliktischen Bereich *prima facie* weniger prägnant. Bei näherer Betrachtung stellt man jedoch fest, dass auch diese Anspruchsgrundlage nicht zum vom Käufer begehrten Ergebnis führen kann. Ansprüche des Verbrauchers gegen den Hersteller aus § 823 Abs. 1 BGB setzen eine Verletzung der dort aufgezählten Rechtsgüter voraus.¹⁴⁹ Das Vermögen wird in diesem Rahmen nicht geschützt und ist namentlich kein sonstiges Recht i.S.d. § 823 Abs. 1 BGB.¹⁵⁰ Auf den geplanten Verschleiß bezogen, stellt sich somit die Frage, ob die Tatsache, dass die Sache von geplantem Verschleiß betroffen ist, als eine Eigentumsverletzung anzusehen sein könnte.

bb) Geplanter Verschleiß als Eigentumsverletzung

(1) Fallgruppe der Weiterfresserschäden

Bei der deliktischen Eigentumsverletzung ist für die vorliegende Thematik die Fallgruppe der sog. Weiterfresserschäden, d.h. Schäden, die wegen eines Defektes, der bereits bei der Auslieferung der Sache vorhanden war, entstehen,¹⁵¹ von großer Bedeutung. Die in der Rechtsprechung entwickelte Lehre zur Weiterfresserschäden wird in der Literatur besonders heftig diskutiert.¹⁵² Bei der Beantwortung der Frage, ob dem Käufer deliktische Ansprüche aus § 823 Abs. 1 BGB wegen Eigentumsverletzung zustehen,

¹⁴⁸ Im Ergebnis ebenso *Wortmann* (Fn. 1), S. 119 ff.; *Wortmann/Schimikowski* (Fn. 46), 982; zu § 138 BGB siehe oben **III. 4. b) bb**).

¹⁴⁹ Vgl. *Sprau*, in: Palandt, 76. Aufl. 2016, § 823 Rn. 1 f.

¹⁵⁰ Vgl. *Wagner*, in: MüKo-BGB V, 6. Aufl. 2013, § 823 Rn. 247 ff.

¹⁵¹ *Wagner* (Fn. 150), § 823 Rn. 189.

¹⁵² Siehe *Wagner* (Fn. 150), § 823 Rn. 193 ff. und die dortige Verweisungen.

kommt es darauf an, ob die Integritätsinteressen des Käufers durch den latenten Mangel berührt worden sind.¹⁵³ Das Kaufrecht dient dem Schutz der Äquivalenzinteressen des Käufers, während das Deliktsrecht die Integritätsinteressen desselben schützt.¹⁵⁴

(2) Äquivalenz- und Integritätsinteresse des Käufers; Kriterium der Stoffgleichheit

Für die Anwendung des § 823 Abs. 1 BGB kommt es darauf an, ob „das Interesse des Käufers am unversehrten Bestand seiner Rechtsgüter und Interessen“ verletzt worden ist.¹⁵⁵ Das Äquivalenzverhältnis hingegen bezieht sich auf das Interesse des Käufers an einer vertragsgemäßen Kaufsache.¹⁵⁶ Bei der Unterscheidung zwischen beiden Interessen kommt es darauf an, ob der Schaden mit dem ursprünglichen Mangel eine Stoffgleichheit aufweist.¹⁵⁷ Bei dem Kriterium der Stoffgleichheit ist das Institut der Minderung des § 441 Abs. 3 BGB heranzuziehen.¹⁵⁸ Sofern der Mangel bereits bei Gefahrübergang eine wertmindernde Wirkung auf die Kaufsache hatte, ist der Minderwert mit dem späteren Schaden stoffgleich und ist lediglich das Äquivalenzinteresse des Käufers berührt. Der Anspruch aus § 823 Abs. 1 BGB scheidet in einem solchen Fall demzufolge aus.

(3) Stoffgleichheit bei geplantem Verschleiß?

Bei geplantem Verschleiß ist davon auszugehen, dass lediglich die Äquivalenzinteressen des Käufers berührt werden.¹⁵⁹ Die geplante Schwachstelle macht in der Regel das ganze Produkt funktionsunfähig, sodass sich der Mangel auf die ganze Sache weiterfrisst und mit dem Schaden als stoffgleich anzusehen ist.¹⁶⁰

cc) Ergebnis zum § 823 Abs. 1 BGB

Ansprüche des Käufers gegen den Produzenten aus § 823 Abs. 1 BGB scheidet mangels einer Verletzung des Integritätsinteresses des Käufers aus.

Die in der Rechtsprechung entwickelte Beweislastumkehr bei der deliktischen Haftung des Produzenten bezieht sich lediglich auf dessen Verschulden, setzt jedoch eine Rechtsgutsverletzung durch ein fehlerhaftes Produkt voraus (§ 823

¹⁵³ Vgl. *Sprau* (Fn. 149), § 823 Rn. 10

¹⁵⁴ Vgl. *Looschelders*, Schuldrecht BT, 10. Aufl. 2015, Rn. 1213 ff.

¹⁵⁵ *Ebd.*, Rn. 182.

¹⁵⁶ Vgl. *Wagner* (Fn. 150), § 823 Rn. 191.

¹⁵⁷ BGHZ 67, 359 – Schwimmerschalter; *BGH*, NJW 1992, 1678.

¹⁵⁸ *Wagner* (Fn. 150), § 823 Rn. 191.

¹⁵⁹ Ebenso *Rudkowski* (Fn. 8), 290 f.

¹⁶⁰ Vgl. *Brönneke* (Fn. 89), S. 196 f.; *Looschelders* (Fn. 154), Rn. 183.

Abs. 1 BGB). Infolgedessen ist die Beweislastumkehr für die vorliegende Problematik angesichts der Verneinung der Eigentumsverletzung ohne Bedeutung.¹⁶¹

b) § 823 Abs. 2 BGB

Anders als der erste Absatz des § 823 BGB schützt Absatz 2 desselben auch vor Vermögensschäden, sofern ein Schutzgesetz verletzt worden ist.¹⁶² Schutzgesetz im Rahmen des § 823 Abs. 2 BGB kann jede Rechtsnorm mit Individualschutzzweck sein (vgl. Art. 2 EGBGB).¹⁶³

Für den geplanten Verschleiß ist charakteristisch, dass die Sache den Qualitätsstandards, etwa im Produktsicherheitsrecht, entspricht, sodass es üblicherweise an einer Schutzgesetzverletzung fehlt. Ferner sei darauf hingewiesen, dass, sofern die Sache hinter z.B. den DIN-Normen zurückbleibt, dies nicht zur Bejahung einer Schutzgesetzverletzung führen kann, da derartige Normen nicht im Rahmen der staatlichen Rechtsetzung, sondern durch Privatinitiative zustande gekommen sind. Sie stellen deshalb keine gesetzliche Normen i.S.d. Art. 2 EGBGB dar und sind *a fortiori* keine Schutzgesetze i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB.¹⁶⁴

c) § 826 BGB

Wer in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise einem anderen vorsätzlich Schaden zufügt, macht sich dem Geschädigten gegenüber schadenersatzpflichtig (§ 826 BGB). Anders als § 823 Abs. 1 BGB schützt § 826 BGB auch das Vermögen.¹⁶⁵

aa) Verhältnis zu § 138 BGB

Obwohl auch im Rahmen des § 826 BGB für das Merkmal der guten Sitten auf das „Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden“ abgestellt wird, ist die Ausfüllung des Begriffs der Sittenwidrigkeit des § 826 BGB nicht mit dem des § 138 BGB deckungsgleich.¹⁶⁶ Ebenso hinsichtlich ihrer Funktion und Rechtsfolgen unterscheiden sich beide Normen.¹⁶⁷ Während § 138 BGB zur Nichtigkeit eines sittenwidrigen Rechtsgeschäfts führt, handelt es sich bei

¹⁶¹ BGHZ 51, 91 – Hühnerpest; siehe dazu *Looschelders* (Fn. 154), Rn. 1256 ff.

¹⁶² Vgl. *Wagner* (Fn. 150), § 823 Rn. 385.

¹⁶³ Vgl. *Looschelders* (Fn. 154), Rn. 1282 ff.; *Sprau* (Fn. 149), § 823 Rn. 56 ff.; *Wagner* (Fn. 150), § 823 Rn. 389 ff.

¹⁶⁴ Vgl. *Wagner* (Fn. 150), § 823 Rn. 396.

¹⁶⁵ Vgl. *Looschelders* (Fn. 154), Rn. 1288 f.

¹⁶⁶ Vgl. *Oechsler*, in: *Staudinger*, 2014, § 826 Rn. 44.

¹⁶⁷ Vgl. *Ellenberger* (Fn. 97), § 138 Rn. 17.

§ 826 BGB um eine Schadensersatzpflicht für vorsätzliche sittenwidrige Schädigungen.¹⁶⁸ Der geplante Verschleiß ist somit an dieser Stelle zu thematisieren.¹⁶⁹

bb) Tatbestandsmerkmale

§ 826 BGB setzt zunächst voraus, dass durch die sittenwidrige Handlung ein Schaden entstanden ist.¹⁷⁰ Die Schädigung muss in sittenwidriger Weise geschehen sein.¹⁷¹ Schließlich muss sie vorsätzlich (i.S.d. *dolus eventualis*) erfolgt sein.¹⁷²

cc) Geplanter Verschleiß als vorsätzliche sittenwidrige Schädigung

Für den geplanten Verschleiß ist festzustellen, dass das Verursachen eines Schadens freilich zu bejahen ist. Der Schaden besteht darin, dass die Sache funktionsunfähig, d.h. ihre Lebensdauer künstlich verringert wird und dem Geschädigten somit Vermögenseinbußen zulasten fallen. Unproblematisch ist zudem das Merkmal der vorsätzlichen Schädigung – Vorsatz in Bezug auf die Sittenwidrigkeit ist nach h.M. nicht erforderlich –,¹⁷³ denn obwohl bedingter Vorsatz ausreicht,¹⁷⁴ scheint beim geplanten Verschleiß unter Umständen sogar *dolus malus* vorzuliegen.

Zu problematisieren ist an dieser Stelle jedoch die Voraussetzung der Sittenwidrigkeit. Man stellt fest, dass die zur Verneinung der Sittenwidrigkeit im Rahmen des § 138 BGB aufgeführten Argumente bei der vorliegenden Norm größtenteils nicht einschlägig sind. Da sich der Anspruch aus § 826 BGB gegen den Hersteller richtet, ist unerheblich, dass dieser mit dem Verkäufer nicht identisch ist. Zulasten des Produzenten könnte freilich eine verwerfliche Gesinnung angenommen werden. Während dem Käufer im rechtsgeschäftlichen Rahmen alternative Vertragspartner und Produkte zur Auswahl standen, ist bei geplantem Verschleiß aus deliktischer Sicht für den Hersteller nur die Identität des künftigen Geschädigten ungewiss: *Dass* durch die geplante Schwachstelle Schäden eintreten, ist hingegen eine Gegebenheit. Schließlich ist zu beachten, dass bei der vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung des § 826 BGB, anders als im Rahmen des § 138 BGB, aufgrund deren unterschiedlicher Funktionen, unerheblich ist, ob der Schädiger aus dem vorzeitigen Ersatzkauf

¹⁶⁸ Vgl. *Looschelders* (Fn. 154), Rn. 1293.

¹⁶⁹ Anders: *Rudkowski* (Fn. 8), 291, die zu Unrecht von einem einheitlichen Begriff der Sittenwidrigkeit ausgeht und Ansprüche aus § 826 somit von vornherein scheitern lässt.

¹⁷⁰ Vgl. *Sprau* (Fn. 149), § 826 Rn. 3.

¹⁷¹ Vgl. *Sprau* (Fn. 149), § 826 Rn. 4.

¹⁷² Vgl. *Oechsler* (Fn. 166), § 826 Rn. 75.

¹⁷³ Vgl. *Sprau* (Fn. 149), § 826 Rn. 8 f.

¹⁷⁴ Vgl. *Oechsler* (Fn. 166), § 826 Rn. 75.

wirtschaftliche Vorteile zieht oder ob die Ersatzsache anderweitig beschaffen wird.

Fraglich bleibt jedoch die Erheblichkeit der Sittenwidrigkeit. Wird die Lebensdauer durch den Produzenten nur beschränkt verringert, sodass die Sache längere Zeit durchaus funktionsfähig ist, ist die Sittenwidrigkeit vermutlich dennoch zu verneinen.

7. Sonstige Ansätze

a) Produkthaftung (ProdHaftG)

Das ProdHaftG ermöglicht dem Käufer grundsätzlich (auch) Ansprüche gegen den Hersteller des Produktes, nicht lediglich gegen dessen Vertragspartei, geltend zu machen (vgl. § 1 Abs. 1 S. 1 ProdHaftG). Erforderlich ist allerdings, dass durch den Fehler eines Produktes jemand getötet, sein Körper oder seine Gesundheit verletzt oder eine Sache beschädigt wird (§ 1 Abs. 1 S. 1 ProdHaftG). In letzterem Fall wird lediglich die Schädigung einer anderen Sache als das fehlerhafte Produkt vom ProdHaftG erfasst (§ 1 Abs. 1 S. 2 ProdHaftG).¹⁷⁵

Ansprüche des Käufers aus dem ProdHaftG scheiden somit von vornherein aus, denn üblicherweise wird bei dem geplanten Verschleiß lediglich die betroffene Kaufsache funktionsunfähig, nicht jedoch eine andere Sache beschädigt.¹⁷⁶ Die Haftung des Herstellers des zu verschleißenden Teilproduktes ist in der Regel ausgeschlossen, denn der Fehler lässt sich auf dem ersten Blick zwar auf das Teilprodukt zurückführen, beruht allerdings auf einem durch den Produzenten des Endproduktes verübten Konstruktionsfehler (vgl. § 1 Abs. 3 ProdHaftG).¹⁷⁷

b) Unterlassungsklagen (UKlaG)

Im Vergleich zur gerichtlichen Durchsetzung der Ansprüche des einzelnen Käufers gegen den Verkäufer bzw. Produzenten aufgrund einer der obengenannten Anspruchsgrundlagen, sofern sie überhaupt in Betracht kommen, hat eine Verbandsklage den Vorteil, dass sie nicht lediglich eine Wirkung *inter partes* hat. In der Literatur ist deshalb mehrfach dafür plädiert worden, Verbraucherverbänden ein eigenständiges Klagerecht einzuräumen.¹⁷⁸

¹⁷⁵ Vgl. *Oechsler*, in: Staudinger, ProdHaftG, 2014, § 1 Rn. 7 ff.

¹⁷⁶ Ebenso *Brünneke* (Fn. 89), S. 194; *Rudkowski* (Fn. 8), 291.

¹⁷⁷ Siehe ausführlich *Oechsler* (Fn. 175), § 1 Rn. 10 ff.

¹⁷⁸ So bereits *Wortmann* (Fn. 1), S. 124; *Wortmann/Schimikowski* (Fn. 46), 983.

De lege lata besteht ein solches Klagerecht jedoch nicht. Zwar gewährt § 2 Abs. 1 UKlaG Verbraucherschutzverbänden (vgl. § 3 UKlaG) auch bei verbraucherschutzgesetzwidrigen Praktiken ein Klagerecht,¹⁷⁹ bei geplantem Verschleiß hingegen werden mangelhafte Sachen in den Verkehr gebracht, sodass derartige Praktiken lediglich – wenn überhaupt – gegen § 434 BGB verstoßen würden. § 434 BGB ist jedoch kein Verbraucherschutzgesetz i.S.d. § 2 Abs. 2 UKlaG, namentlich nicht i.S.d. § 2 Abs. 2 Nr. 1 lit. c UKlaG, der sich auf die §§ 474 ff. BGB bezieht.¹⁸⁰

IV. Schlussbemerkungen

1. Ergebnis

Dem geltenden Zivilrecht gelingt es nicht, die Problematik des geplanten Verschleißes zu bewältigen. Im Einzelfall mag die Mangelhaftigkeit der Sache bejaht werden können, im Allgemeinen greift das kaufrechtliche Gewährleistungsrecht jedoch nicht ein. Eine Anfechtung wegen Eigenschaftsirrtums scheidet ebenfalls aus. Diese ist in der Regel vom Kaufrecht gesperrt und hat auch in übrigen Fällen keine große praktische Relevanz, denn die Lebensdauer der Sache stellt keinen wertbildenden Faktor dar. Die Anfechtung wegen arglistiger Täuschung kommt mangels einer Offenbarungspflicht nicht in Betracht. Da beim geplanten Verschleiß keine Rechtsgutsverletzung – insbesondere keine Eigentumsverletzung – vorliegt, stehen dem Käufer keine deliktische Ansprüche gegen den Verkäufer bzw. Produzenten gemäß § 823 Abs. 1 BGB zu. Mangels Verletzung eines Schutzgesetzes begründet § 823 Abs. 2 BGB ebenfalls keine Ansprüche desselben. Eine vorsätzliche sittenwidrige Schädigung ist zu verneinen, sodass auch § 826 BGB den Käufer nicht vor geplantem Verschleiß schützt. Ansprüche des Käufers aus dem ProdHaftG scheitern von vornherein, da üblicherweise lediglich die Kaufsache, nicht jedoch auch eine andere Sache funktionsunfähig wird. Schließlich ist auch mithilfe des UKlaG die Problematik des geplanten Verschleißes nicht zu beseitigen.

2. Ausblick

Vor diesem Hintergrund ist fraglich, ob der Gesetzgeber tätig werden sollte. *De lege ferenda* könnte eine Verlängerung der sechsmonatigen Beweisvermutung des § 476 BGB oder der Verjährungsfrist des § 438 Abs. 1 Nr. 3 BGB in Betracht kommen.¹⁸¹ Ebenso wäre die gesetzliche Festlegung einer Mindestlebensdauer

¹⁷⁹ Vgl. Köhler, in: Köhler/Bornkamm, UKlaG, 31. Aufl. 2013, § 2 Rn. 1 und 22.

¹⁸⁰ Vgl. *ebd.*, § 2 Rn. 4.

¹⁸¹ Vgl. Rudkowski (Fn. 8), 294 ff.

für bestimmte Produkte denkbar.¹⁸² Auf die Möglichkeit der Einführung einer Verbandsklage wurde bereits hingewiesen.¹⁸³ In Frankreich ist die Anwendung von Strategien des geplanten Verschleißes, d.h. „*techniques par lesquelles un metteur sur le marché vise à réduire délibérément la durée de vie d'un produit pour en augmenter le taux de remplacement*“, sogar strafbar gestellt worden (vgl. Art. L213-4-1 Code de la consommation).¹⁸⁴

Für das Tätigwerden des Gesetzgebers wäre allerdings zunächst erforderlich, die Existenz des geplanten Verschleißes mittels empirischer Daten zu belegen und gegebenenfalls Problembereiche herauszuarbeiten. Erst auf einer solchen Grundlage könnte sinnvoll über eine verhältnismäßige legislative Intervention zur Bewältigung der Problematik des geplanten Verschleißes diskutiert werden.

¹⁸² Vgl. *Schridde/Kreiß/Winzer* (Fn. 20), S. 91 ff.

¹⁸³ Siehe oben **III. 7. b**).

¹⁸⁴ Art. 99 Gesetz Nr. 2015-992 v. 17.8.2015, JORF Nr. 0189 v. 18.8.2015, S. 14263 ff.
Art. L213-4-1 Code de la consommation

I.- L'obsolescence programmée se définit par l'ensemble des techniques par lesquelles un metteur sur le marché vise à réduire délibérément la durée de vie d'un produit pour en augmenter le taux de remplacement.

II.- L'obsolescence programmée est punie d'une peine de deux ans d'emprisonnement et de 300 000 € d'amende.

III.- Le montant de l'amende peut être porté, de manière proportionnée aux avantages tirés du manquement, à 5 % du chiffre d'affaires moyen annuel, calculé sur les trois derniers chiffres d'affaires annuels connus à la date des faits.

Lucienne Schlürmann*

Die Behandlung von Doppel- und Mehrstaatern im deutschen und europäischen IPR

Abstract

Weltweit wächst die Zahl der Menschen mit mehrfacher Staatsangehörigkeit. Der deutsche Gesetzgeber hat mit dem Wegfall der Optionspflicht für junge Erwachsene auf diese Entwicklung reagiert. Fälle, in denen die Staatsangehörigkeit allein als Anknüpfung im IPR versagt, dürften hierdurch weiter zunehmen. Das deutsche IPR räumt dagegen in Art. 5 Abs. 1 S. 2 EGBGB seit 30 Jahren unverändert der deutschen Staatsangehörigkeit den Vorrang ein und erweist sich so, wie der Beitrag zeigt, mit Blick auf den allgemeinen „Trend“ zur Multinationalität als nicht mehr zeitgemäß. Auf europäischer Ebene beeinflusst besonders der Übergang zur Regelanknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt die herkömmlichen Lehren zur Behandlung von Doppel- und Mehrstaatern. Dieser Beitrag beleuchtet daher aktuelle Probleme der mehrfachen Staatsangehörigkeit im nationalen und europäischen Kollisionsrecht.

The number of people with multiple nationalities is rising worldwide. As a reaction to this development, the German legislator abolished the law stipulating that young adults have to choose a single nationality. This will likely result in an increasing number of cases in which the nationality as a connecting factor fails in PIL. Surprisingly the German PIL – as stated in the second sentence of Article 5(1) EGBGB – has prioritised the German nationality for the last 30 years. The purpose of this work is to argue that, in light of the current trend towards multiple nationalities, that law is outdated. On the European level the transition from nationality to habitual residence as the main connecting factor particularly affects the common doctrine of multiple nationalities. This article therefore discusses current problems arising from multi-national citizenship within national and European conflict of laws.

* Die Verfasserin ist wissenschaftliche Hilfskraft am Lehrstuhl von Prof. Dr. Marc-Philippe Weller, Universität Heidelberg. Der Beitrag wurde im Sommersemester 2015 im Rahmen des Seminars „Das Personalstatut natürlicher und juristischer Personen – Einflüsse der Europäisierung und Globalisierung auf das IPR“ bei Prof. Dr. Jan von Hein an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg verfasst.

I. Einführung

Knapp 4,1 Millionen Menschen besaßen in Deutschland im Jahr 2011 neben der deutschen noch eine weitere Staatsangehörigkeit. Die Zahl der Ehepaare, in der mindestens ein Partner eine ausländische Staatsangehörigkeit besitzt, belief sich im Jahr 2013 auf rund 1,2 Millionen.¹ Die weltweit wachsende „Vernetzung zwischen den Gesellschaften“² sowie das „ewige Streben der Menschheit nach grenzenloser Mobilität“³ führen zu einer stetig wachsenden Zahl sog. Doppel- oder Mehrstaater. Die Ursachen dafür sind zahlreich: Neben der Überschneidung verschiedener staatsangehörigkeitsrechtlicher Anknüpfungen (*ius soli*-Erwerb bzw. *ius sanguinis*-Erwerb) können auch Neueinbürgerung oder Eheschließung zum Erwerb einer weiteren Staatsangehörigkeit führen.

Das internationale Privatrecht steht damit vor neuen Herausforderungen. Im deutschen autonomen IPR knüpft das Personalstatut im Sinne kontinental-europäischer Tradition noch vorrangig an die Staatsangehörigkeit an. Während der Gesetzgeber von 1900 ein so „anomales Verhältnis“⁴ wie die Mehrfachstaatsangehörigkeit noch nicht einmal für regelungsbedürftig hielt, zeigen seit der Kodifikation des Art. 5 Abs. 1 EGBGB besonders die Reformen des Staatsangehörigkeitsrechts immer mehr die Tendenz zur Hinnahme mehrfacher Staatsangehörigkeit. Aktuell wird mit dem weitgehenden Wegfall der Optionspflicht⁵ dieser Weg fortgesetzt. Einzig der kollisionsrechtliche Vorrang der deutschen Staatsangehörigkeit in Art. 5 Abs. 1 S. 2 EGBGB scheint noch nicht in dieses Bild einer Öffnung hin zur Multinationalität zu passen. Angesichts der darin begründeten Gefahr sog. „hinkender“ Rechtsverhältnisse stellt sich berechtigterweise die Frage nach dem Gewinn einer umfassenden globalen Rechtsordnung, solange diese einer Person nicht einmal eine einheitliche Namensführung ermöglichen kann.⁶

Die Bestimmung des Personalstatuts berührt für gewöhnlich einen politisch hoch sensiblen und kulturell stark national geprägten Bereich. Besonders dem Kollisionsrecht der Europäischen Union stellt sich daher die schwierige Aufgabe der Kompromissfindung und Interessenabwägung. Seit der Relativierung des Binnenmarkerfordernisses des Art. 81 Abs. 2 AEUV durch den Lissabon-

¹ Vgl. die Pressemitteilungen des Statistischen Bundesamtes vom 10.4.2014 – 135/14 bzw. vom 18.2.2015 – 53/15.

² Baylis/Smith/Owens, *The globalization of the world politics: an introduction to international relations*, 5. Aufl. 2011, S. 7.

³ Basedow, *Das IPR in Zeiten der Globalisierung*, in: FS Stoll, 2001, S. 405 (408).

⁴ Niemeyer, *Zur Vorgeschichte des IPR im deutschen BGB*, 1915, S. 368.

⁵ Vgl. 2. Änderungsgesetz bezüglich des Staatsangehörigkeitsrechts vom 13.11.2014, BGBl. 2014, S. 1714.

⁶ Lehmann, *What's in a name? Grunkin Paul an beyond*, YPIL 10 (2008), 135 (138).

Vertrag ist auch die Vereinheitlichung des europäischen internationalen Kollisionsrechts bezüglich des Personalstatuts mit zunehmender Geschwindigkeit zu beobachten.⁷ Die Regelanknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt hat hierbei die Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit überholt. Auch wenn es den bisherigen Rechtsakten des EU-Gesetzgebers noch an einer allgemeinen Regelung für Mehrstaater fehlt, so könnte diese aktuell zu beobachtende Europäisierung des internationalen Personen-, Familien- und Erbrechts (vgl. die Rom III-VO oder den EuGüVO-E) unter Umständen aber Rückschlüsse auf das autonome deutsche IPR zulassen.

Der vorliegende Beitrag soll daher die Regelung des Art. 5 Abs. 1 EGBGB mit Bezügen zum neuen Staatsangehörigkeitsrecht und unter den Gesichtspunkten der zunehmenden Toleranz mehrfacher Staatsangehörigkeit im Kontext des autonomen wie des europäischen Kollisionsrechts näher beleuchten.⁸

II. Doppel- und Mehrstaater im autonomen deutschen IPR

Das Staatsangehörigkeitsprinzip ist bis heute von zentraler Bedeutung für das autonome internationale Familien-, Personen- und Erbrecht.⁹ Es erweist sich gegenüber dem gewöhnlichen Aufenthalt als stabiles, schwer manipulierbares und leicht ermittelbares Anknüpfungskriterium.¹⁰ Besitzt eine Person die doppelte oder sogar mehrfache Staatsangehörigkeit, versagt diese Anknüpfung jedoch und es muss hilfsweise auf andere Kriterien zurückgegriffen werden. In Deutschland oblag die Lösung dieses Konflikts mangels Kodifizierung im EGBGB zunächst der am Einzelfall orientierten Entscheidungsfreiheit und somit dem Ermessen des Richters.¹¹ Art. 5 Abs. 1 EGBGB unterscheidet nun seit dem Gesetz zur Neuregelung des IPR¹² für die Zusatzanknüpfung grundsätzlich zwei Konstellationen: Besitzt die Person mehrere Staatsangehörigkeiten, darunter jedoch nicht die deutsche, so gilt das Prinzip der „engsten Verbindung“ (1.). Ist die Person jedoch auch Deutscher, so geht diese Rechtsstellung vor (2.).

⁷ Vgl. *Dutta*, Europäische Integration und nationales Privatrecht nach dem Vertrag von Lissabon: die Rolle des internationalen Privatrechts, *EuZW* 2010, 530 (531 f.).

⁸ Ausgenommen ist daher die Problematik im Rahmen kollisionsrechtlicher Staatsverträge.

⁹ *Basedow*, Das Staatsangehörigkeitsprinzip in der Europäischen Union, *IPRax* 2011, 109.

¹⁰ *Rauscher*, Heimatlos in Europa? – Gedanken gegen eine Aufgabe des Staatsangehörigkeitsprinzips im IPR, in: *FS Jayme*, 2012, S. 730.

¹¹ *Niemeyer* (Fn. 4), S. 254 f., 367 f.

¹² *BGBI.* 1986 I, S. 1142.

1. Art. 5 Abs. 1 S. 1 EGBGB

Art. 5 Abs. 1 S. 1 EGBGB stellt für ausländische Mehrstaater auf das Recht des Staates ab, mit dem die Person am engsten verbunden ist. Dabei geht es diesem Grundsatz der „effektiven Staatsangehörigkeit“ nicht nur darum, eine ineffektive, lediglich formell fortbestehende Staatsangehörigkeit auszuschalten, sondern von zwei Staatsangehörigkeiten die stärkere, die relativ effektivere zu bestimmen.¹³ Die Norm gründet sich damit auf einem Grundgedanken des IPR.

a) Prinzip der engsten Verbindung

Das Prinzip der engsten Verbindung im Sinne der Suche nach dem Recht, zu dem der Sachverhalt die stärkste Beziehung hat, ist grundsätzlich Aufgabe und Leitprinzip des Internationalen Privatrechts.¹⁴ Es lässt sich im Ursprung auf *Friedrich Carl von Savigny* und seine Vorstellung vom „Sitz des Rechtsverhältnisses“¹⁵ zurückführen. Diese Fokussierung auf das Lebensverhältnis und nicht auf die inländische Rechtsnorm wirkte der intuitiven Tendenz entgegen, die inländische Rechtsnorm für qualitativ überlegen zu halten.¹⁶ *Savigny* ging damit als einer der ersten Rechtswissenschaftler von der Gleichwertigkeit aller Rechtsordnungen aus. Ziel war ein internationaler Entscheidungseinklang in dem Sinne, dass „die Rechtsverhältnisse, in Fällen einer Kollision der Gesetze, dieselbe Beurteilung zu erwarten haben, ohne Unterschied, ob in diesem oder jenem Staate das Urteil gesprochen wird“.¹⁷ In ähnlicher Weise sah auch *Otto von Gierke* die Anwendung fremden Rechts als „Gebot der Gerechtigkeit“ und forderte in Abwesenheit einer Kollisionsnorm die Suche nach „dem Schwerpunkt der räumlichen Beziehung des zu beurteilenden Rechtsverhältnisses“.¹⁸ Diesen Grundsatz hat der Gesetzgeber schließlich selbst zur Anknüpfungsnorm erhoben und mit der Neuregelung des IPR 1986 in Art. 5 Abs. 1 S. 1 EGBGB kodifiziert.¹⁹

b) Effektive Staatsangehörigkeit

Ihre ersten Ansätze findet die Theorie der effektiven Staatsangehörigkeit schon bei *Brocher* 1880 und *Neumann* 1896. Sie setzte sich bis zur IPR-Neuregelung

¹³ *Bausback*, in: Staudinger, 2013, Art. 5 EGBGB Rn. 13.

¹⁴ *v. Bar/Mankowski*, Internationales Privatrecht, Band I: Allgemeine Lehren, 2. Aufl. 2003, S. 617 Rn. 109; *v. Hoffmann/Thorn*, Internationales Privatrecht, 9. Aufl. 2007, S. 3 Rn. 12 f.

¹⁵ *Savigny*, System des heutigen Römischen Rechts, Bd. VIII, 1849, S. 108.

¹⁶ *Weller*, Anknüpfungsprinzipien im Europäischen Kollisionsrecht: Abschied von der „klassischen“ IPR-Dogmatik?, IPRax 2011, 429 (431).

¹⁷ *Savigny*, System des heutigen Römischen Rechts, Band VIII, 1849, S. 27.

¹⁸ *v. Gierke*, Deutsches Privatrecht I, Allgemeiner Teil und Personenrecht, 1865, S. 217.

¹⁹ *Geisler*, Die engste Verbindung im IPR, 2001, S. 9.

1986 als die hinsichtlich der Behandlung ausländischer Mehrstaater allgemein dominierende Auffassung durch.²⁰ Dabei wurden zur Bestimmung der Effektivität von Anfang an überwiegend objektive Kriterien herangezogen. Einige wenige frühe, allerdings erfolglose Gegenvorschläge stellten zur Ermittlung der heranzuziehenden Rechtsordnung beispielsweise auf einen psychologischen Zusammenhang, das heißt die subjektive Willensentscheidung des Einzelnen für eine Staatsangehörigkeit, ab.²¹ Andere forderten für den Mehrstaater ein Optionsrecht zugunsten einer Rechtsordnung.²²

Zur Konkretisierung der engsten Verbindung nennt Art. 5 Abs. 1 S. 1 EGBGB „insbesondere“ den gewöhnlichen Aufenthalt einer Person oder den Verlauf ihres Lebens. Diese Präzisierungen sind dem Wortlaut nach nur beispielhaft und nicht abschließend.²³ Das Gesetz nennt lediglich die Anknüpfung in der sich *typischerweise* die stärkste Beziehung manifestiert,²⁴ es ist daher nach Abwägung aller Umstände des Einzelfalls letztlich das Gesamtbild ausschlaggebend. Hinweise geben zum Beispiel Sprache, Schulausbildung, berufliche und familiäre Beziehungen, die Ausübung staatsbürgerlicher Rechte und Pflichten, aber auch Vermögensdispositionen oder Konfession.²⁵ Dies verhindert es indes nicht, auch subjektive Merkmale wie Willensäußerungen der Betroffenen einzubeziehen. Sie können die Indizwirkung dieser Kriterien verstärken und so Eingang in die Abwägung finden.²⁶ Inhaltlich geht es der Suche nach der effektiven Staatsangehörigkeit jedoch allein um die kollisionsrechtliche Bestimmung des anwendbaren Rechts. Eine Kontrolle fremden Staatsangehörigkeitsrechts findet nicht statt.²⁷

Diese Vorgehensweise wurde seitens der Literatur jedoch auch kritisiert.²⁸ Die Lehre von der effektiven Staatsangehörigkeit ermögliche aufgrund der Unbe-

²⁰ *Mansel*, Personalstatut, Staatsangehörigkeit und Effektivität, 1988, Rn. 107 ff. m.w.N.

²¹ *Frankenstein*, Internationales Privatrecht, Band I, 1926, S. 89, 92.

²² *Isay*, Die mehrfache Staatsangehörigkeit, JW 1924, 1481 (1483 f.); *Schnurre*, Die Behandlung mehrfacher Staatsangehörigkeit in der Rechtsprechung internationaler Gerichte, JW 1928, 1175; ähnlich heute *Gulati*, Resolving dual and multiple nationality disputes in a globalised world, JIANL 2014, 27 (45).

²³ *Thorn*, in: Palandt, 74. Aufl. 2015, Art. 5 EGBGB Rn. 2.

²⁴ *v. Bar/Mankowski* (Fn. 14), § 7 Rn. 112.

²⁵ *BayOLG*, ZEV 2005, 165; *Bausback* (Fn. 13), Art. 5 EGBGB Rn. 15; *v. Hein*, in: MüKo-BGB XX, 6. Aufl. 2015, Art. 5 EGBGB Rn. 57.

²⁶ *Sonnenberger*, Anerkennung der Staatsangehörigkeit und effektive Staatsangehörigkeit natürlicher Personen im Völkerrecht und im Internationalen Privatrecht, in: Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht, Heft 29, 1988, S. 9 (19).

²⁷ *Schulze*, in: Nomos Kommentar BGB I, 2. Aufl. 2012, Art. 5 EGBGB Rn. 22.

²⁸ *Sturm*, Deutsch wie Vater oder Mutter, Zum Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 21.5.1974 und einer lex ferenda, FamRZ 1974, 617 (622 f.); *Scholz/Pitschas*, Effektive Staatsangehörigkeit und Grundgesetz, NJW 1984, 2721 (2724); *Martiny*,

stimmtheit ihrer Kriterien keine sicheren Ergebnisse. Viele Betroffene fühlten sich jedem ihrer Heimatstaaten verbunden, womit ihr objektives Verhalten häufig zu jedem gleichermaßen hindeute.²⁹ Es sei daher für Mehrstaater ein grundsätzlicher Wechsel der Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt notwendig.³⁰

Nach dem heutigen Stand der Rechtsprechung bietet die Hilfsanknüpfung jedoch inzwischen hinreichend entwickelte Kriterien: Einerseits sind sie einer objektiven Bestimmung ohne besondere Schwierigkeit zugänglich. Andererseits werden sie durch ihre Flexibilität dem Streben nach einzelfallorientierten Lösungen gerecht, welche die Mehrstaaterfälle aufgrund ihrer vielseitigen Erscheinungsformen innerhalb der heutigen „multinationalen“ Gesellschaft erfordern. Dem gewöhnlichen Aufenthalt kommt hier eine zentrale Rolle zu, er ist jedoch nicht alleiniges Indiz für eine stärkere Heimatverbundenheit.

Das Effektivitätsprinzip stößt nur dort an seine Grenzen, wo sich auch nach der Gesamtbetrachtung aller Umstände keine effektive Staatsangehörigkeit ermitteln lässt. Viele Lösungsansätze standen hierzu schon im Raum: Neben einer Anknüpfung an die zuletzt erworbene Staatsangehörigkeit,³¹ wurden u.a. die Anknüpfung an das der *lex fori* ähnlichste Heimatrecht³² sowie der Vorrang einer kumulativen Anknüpfung an alle Heimatrechte im Falle materieller Identität³³ erwogen. Die nunmehr wohl herrschende Meinung wählt als Ersatzanknüpfung den gewöhnlichen bzw. schlichten Aufenthalt analog Art. 5 Abs. 2 EGBGB.³⁴ Diese Lösung überzeugt. Sie greift die Verweisung des Art. 5 Abs. 1 EGBGB auf den gewöhnlichen Aufenthalt auf. Eine Lösung nach dem der *lex fori* ähnlichsten Recht läuft dem Gleichrang der Rechtsordnungen als Folge des Prinzips der engsten Verbindung zuwider. Auch eine vorgeschaltete Prüfung der ausländischen Rechte in Bezug auf ihre materiell-rechtliche Identität erscheint angesichts des hohen Ermittlungsaufwandes impraktikabel und steht der Rechtssicherheit und Vorhersehbarkeit des Ergebnisses für die Betroffenen entgegen.

Probleme der Doppelstaatsangehörigkeit im deutschen Internationalen Privatrecht, JZ 1993, 1145 (1147).

²⁹ BayOblGZ 1978, 162 (168 f.); *Samtleben*, Mehrstaater im Internationalen Privatrecht, RabelsZ 42 (1978), 456 (468).

³⁰ *Samtleben* (Fn. 29), 472.

³¹ *Ferid*, Der Neubürger im internationalen Privatrecht, Band 1: Allgemeine Grundlagen, 1949, S. 58.

³² *Kegel*, in: Soergel, 12. Aufl. 1996, Art. 5 EGBGB Rn. 12.

³³ *Mansel* (Fn. 20), Rn. 406, 410.

³⁴ OLG *Frankfurt*, FamRZ 1994, 715 (716); *Hobloch*, in: Erman, 14. Aufl. 2014, Art. 5 EGBGB Rn. 5; *Lorenz*, in: BeckOK-BGB, Ed. 37, Stand: 1.8.2015, Art. 5 Rn. 7.

Gleichwohl ist die effektive Staatsangehörigkeit letztlich eine konsequente Weiterentwicklung des Staatsangehörigkeitsprinzips im Lichte international-privatrechtlicher Leitgedanken und somit eine „systemimmanente Lösung“³⁵ des Mehrstaaterkonflikts im autonomen deutschen IPR.

2. Art. 5 Abs. 1 S. 2 EGBGB

Für Personen, die bei mehrfacher Staatsangehörigkeit auch die deutsche besitzen, sieht Art. 5 Abs. 1 S. 2 EGBGB eine bis heute umstrittene Vorrangregelung zugunsten der deutschen Staatsangehörigkeit vor.

a) Historischer Hintergrund

Nachdem auch für diesen Fall zunächst keine Regelung Eingang in das EGBGB gefunden hatte, bejahte die deutsche Literatur bis in die 50er Jahre hinein überwiegend den Vorrang der Staatsangehörigkeit des *forum*.³⁶ Wohl aus Sorge um die Wirksamkeit und Durchsetzungskraft der eigenen Staatsangehörigkeit und einer damit gegebenenfalls einhergehenden Schwächung der Staatssouveränität hatte auch die Rechtsprechung darauf beharrt, der deutsche Richter habe die ausländische Staatsangehörigkeit außer Betracht zu lassen.³⁷ Nach und nach setzte sich aber, maßgeblich aufgrund des Einflusses *Ferids* und seiner Lehre vom „organischen Zusammenhang“,³⁸ die Auffassung durch, für auch-deutsche Mehrstaater ebenfalls auf die effektive Staatsangehörigkeit abzustellen. Begründet wurde dies mit dem Wandel des Verständnisses und der Bedeutung der Staatsangehörigkeit: Die Staatsangehörigkeit sei nun „weltbürgerlich-rational“ als sachlich notwendige, nüchtern förmliche Zugehörigkeit zum Staatsverband und nicht mehr als Privileg oder „Schicksalsband“ zu betrachten.³⁹ Davon überzeugt zeigte sich letztendlich neben den Empfehlungen und Gutachten zur Neuregelung des IPR auch der *BGH*.⁴⁰ Unter Rückbesinnung auf die Gedanken *Savignys* verwies er auf die kollisionsrechtliche Sachgerechtigkeit im Sinne der Suche nach dem Schwerpunkt des Rechtsver-

³⁵ *Mansel* (Fn. 20), Rn. 175.

³⁶ *Mansel* (Fn. 20), Rn. 112 m.w.N.

³⁷ RGZ 150, 374 (382); BGHZ 3, 178 (181).

³⁸ *Ferid*, Zur kollisionsrechtlichen Behandlung von Inländern mit zugleich ausländischer Staatsangehörigkeit, *RabelsZ* 23 (1958), 498 (508).

³⁹ *Ebd.*

⁴⁰ *Lauterbach*, Vorschläge und Gutachten zur Reform des deutschen internationalen Personen- und Sachenrechts, vorgelegt im Auftrag der 2. Kommission des Deutschen Rates für internationales Privatrecht, 1972, Einl. S. 5; *MPI Hamburg*, Kodifikation des deutschen Internationalen Privatrechts, Stellungnahme des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Privatrecht zum Regierungsentwurf von 1983, *RabelsZ* 47 (1983), 595 (609); BGHZ 75, 32 (33, 41); *BGH*, IPRspr. 1980 Nr. 126, S. 407.

hältnisses und den damit begünstigten Entscheidungseinklang.⁴¹ Die Anknüpfung an die effektive Staatsangehörigkeit sei so auch bei Beteiligung einer deutschen Staatsangehörigkeit die folgerichtige und systemgetreue Lösung.⁴²

Dieser Entwicklung völlig entgegenstehend, kehrte der Gesetzgeber jedoch mit der Neuregelung des IPR 1986 zum Vorrang der deutschen Staatsangehörigkeit für auch-deutsche Mehrstaater zurück. Zur Begründung wurden insbesondere die internationale Üblichkeit sowie die Rechtssicherheit und Praktikabilität der Lösung für die standesamtliche Praxis angeführt.⁴³ Diese Kehrtwende des Gesetzgebers, oftmals als „Rückschritt“ bezeichnet, gilt in der Literatur bis heute als rechtspolitisch verfehlt, auch da sich durch die Reformen des StAG in den letzten Jahren die Tendenz zur Toleranz der mehrfachen Staatsangehörigkeit abgezeichnet hat.⁴⁴

b) Vorrangregel und Tendenz zur Mehrstaatigkeit

Die genannten Argumente sind daher im Lichte der aktuellen Veränderungen erneut zu überprüfen. Galt die Mehrstaatigkeit wegen bereits benannter Schwierigkeiten lange Zeit als abzuwendendes „Übel“,⁴⁵ so kann heute nicht mehr davon gesprochen werden, der Gesetzgeber setze alles daran, ihre Entstehung zu vermeiden.⁴⁶ Gerade die Einführung des beschränkten *ius soli*-Erwerbs der deutschen Staatsbürgerschaft (§ 4 Abs. 3 StAG) im Jahr 1999 sowie der weitgehende Wegfall der Optionspflicht für in Deutschland geborene Kinder ausländischer Eltern zum 20.12.2014 (§ 29 StAG n.F.) zeigen, dass die Hinnahme mehrfacher Staatsangehörigkeit von der „Ausnahme zur erklärten Regel“⁴⁷ wird. Fraglich ist zudem, inwieweit der kollisionsrechtliche Vorrang der deutschen Staatsangehörigkeit dieser Entwicklung im Wege steht.

aa) Rechtssicherheit, internationale Üblichkeit und standesamtliche Praxis

Die *Rechtsunsicherheit* der Effektivitätslösung könne, so der Gesetzentwurf von 1986, nur in Abwesenheit einer einfachen und klaren Lösung hingenommen

⁴¹ BGHZ 75, 32 (41).

⁴² *Beitzke*, in: Lauterbach (Fn. 40), S. 182.

⁴³ BT-Drs. 10/504, S. 40 f.

⁴⁴ Vgl. *Bausback* (Fn. 13), Art. 5 EGBGB Rn. 21; *Schulze* (Fn. 27), Art. 5 EGBGB Rn. 26; *Dethloff*, Doppelstaatsangehörigkeit und Internationales Privatrecht, JZ 1995, 64 (73); *Fuchs*, Neues Staatsangehörigkeitsgesetz und Internationales Privatrecht, NJW 2000, 489 (492). A.A. *Helwig*, Die Staatsangehörigkeit als Anknüpfung im deutschen IPR, in: Schriften zum Staats- und Völkerrecht, Band 29, 2001, S. 229.

⁴⁵ BVerfGE 37, 217 (254).

⁴⁶ Dafür spricht u.a. die Kündigung des Straßburger europäischen Übereinkommens über die Verringerung von Mehrstaatigkeit vom 6.5.1969 durch die Bundesrepublik, vgl. BGBl. 2002 II, S. 171.

⁴⁷ So schon BT-Drs. 12/5684, S. 2.

werden. Dies biete nun gerade aber der Vorrang der *lex fori*.⁴⁸ Dem ist jedoch erstens, wie oben,⁴⁹ entgegenzusetzen, dass die Kriterien der Effektivitätsprüfung heute insbesondere durch den gewöhnlichen Aufenthalt mit hoher Sicherheit zur Feststellung einer effektiven Staatsangehörigkeit führen. Zweitens wurde sogar in selbigem Gesetzentwurf die Beibehaltung des Staatsangehörigkeitsprinzips gegenüber dem Aufenthaltsprinzip mit dem Vorzug gerechtfertigt, jenes berücksichtige in hohem Maße die Heimatverbundenheit einer Person.⁵⁰ Genau diese enge Beziehung wird jedoch durch die Regel des Art. 5 Abs. 1 S. 2 EGBGB untergraben. Dies widerspricht nicht nur dem Sinn und Zweck der Staatsangehörigkeitsanknüpfung,⁵¹ sondern auch grundsätzlich der o.g. Lehre *Savignys* und damit einem der Grundprinzipien des Kollisionsrechts schlechthin.⁵²

Dies erkennt auch der *BGH* in seinem Grundsatzurteil: Zwar sieht er die Schutzfunktion der Staatsangehörigkeit und die Praktikabilität der Vorranglösung, im Ergebnis überwiegt aber die kollisionsrechtliche Sachgerechtigkeit.⁵³

Ein kurzer Blick ist auch auf den Aspekt der *internationalen Üblichkeit* zu werfen. Bedauerlicherweise zeigt sich, dass die Ergebnisse der schon in den 80er Jahren aufgestellten Länderberichte⁵⁴ bis heute im Wesentlichen unverändert geblieben sind. In Ländern wie Österreich (§ 9 IPRG v. 1978), Ungarn (§ 11 Gesetzes-VO Nr. 13/1979) und Spanien (Art. 9 Código Civil i.d.F. v. 1981) ist es bei den mit Art. 5 Abs. 1 S. 2 EGBGB vergleichbaren Regelungen geblieben. Aber auch in „modernere“ IPR-Kodifikationen hat die Vorrangregel weiterhin Eingang gefunden, so zum Beispiel in Italien (Art. 19 Gesetz v. 31.5.1995), Belgien (Art. 3 Code de droit international privé v. 2004) und der Türkei (Art. 4 IPRG v. 27.11.2007).⁵⁵ Eine Ausnahme bildet bis dato nur die Schweiz, deren Art. 23 Abs. 2 des IPRG seit 1987 für das anwendbare Recht bei Mehrstaaten auf die engste Verbindung abstellt. Damit ist leider noch immer nur ein „internationaler Konsens über den Dissens“⁵⁶ festzustellen. Bei gleichzeitig

⁴⁸ BT-Drs. 10/504, S. 40.

⁴⁹ Vgl. I. 1. b).

⁵⁰ BT-Drs. 10/504, S.31.

⁵¹ v. *Hein* (Fn. 25), Art. 5 EGBGB Rn. 62.

⁵² v. *Bar/Mankowski* (Fn. 14), S. 619 Rn. 113; *Schulze* (Fn. 27), Art. 5 EGBGB Rn. 26.

⁵³ BGHZ 75, 32 (41).

⁵⁴ Vgl. *Mansel* (Fn. 20), Rn. 119 ff.

⁵⁵ Vgl. *Riering*, IPR-Gesetze in Europa, Textausgabe in Originalsprache mit deutschen Übersetzungen, 1997; Für Belgien siehe: http://www.ejustice.just.fgov.be/cgi_loi/change_lg.pl?language=fr&la=F&cn=2004071631&table_name=loi. Für die Türkei in dt. Übersetzung abrufbar unter: <http://www.tuerkei-recht.de/downloads/iprg-2007.pdf>; alle zuletzt abgerufen am 26.5.2016.

⁵⁶ *Bausback* (Fn. 13), Art. 5 EGBGB Rn. 21.

europaweit zunehmender Tendenz zur Mehrstaatigkeit⁵⁷ droht damit die Gefahr einer immer weiter wachsenden Zahl hinkender Rechtsverhältnisse.

Auch dem internationalen Entscheidungseinklang ist diese „Politisierung“⁵⁸ des IPR nicht zuträglich. Zwar mag die überwiegende Anwendung der Vorrangregel Deutschland hier nicht schlechter dastehen lassen als andere europäische Staaten, einer erneuten eingehenden Auseinandersetzung mit der Problematik und gegebenenfalls einer Anpassung des Kollisionsrechts, sozusagen als „europäisches Vorbild“⁵⁹ steht dies jedoch nicht im Wege.

Hinsichtlich der in der Gesetzesbegründung angeführten *standesamtlichen Praxis* ist zu vermuten, dass mit fortschreitendem elektronischen Daten- und Dokumentenaustausch die internationale Zusammenarbeit und damit die Durchführung ausländischer Rechtsvorgaben auch bei den Standesamtsbehörden heute schon weitaus einfacher ist als früher. Materiell dürften die Standesämter aufgrund zunehmender Rechtswahlmöglichkeiten immer mehr mit der Anwendung ausländischen Rechts vertraut sein.⁶⁰ Schon die Stellungnahme des Bundesverbandes der Deutschen Standesbeamten begründete die Forderung nach einer Vorrangregelung ihrerseits nur mit einer Ungleichbehandlung deutscher Staatsangehöriger sowie der internationalen Üblichkeit und nicht etwa mit der drohenden Verkomplizierung der standesamtlichen Praxis.⁶¹ Zumal ist zu bezweifeln, dass das IPR sich in einem solchen Maße von der Prämisse der einfacheren Anwendung für inländische Richter und Beamte leiten lassen sollte.⁶²

bb) Verfassungsrechtliche Bedenken

Gegen die Anwendung der Lehre von der effektiven Staatsangehörigkeit auf auch-deutsche Mehrstaater bestehen aber seit jeher auch verfassungsrechtliche Bedenken. Mancherorts wurde angeführt, die Effektivitätstheorie laufe dem Prinzip der Statusgleichheit aller Deutschen (insbesondere Art. 3 und 16 Abs. 1 GG) zuwider, da dem Mehrstaater im Falle einer effektiven ausländischen Staatsangehörigkeit der gerade mit dem Status als deutscher Staatsangehöriger

⁵⁷ Vgl. *Sturm*, Europa auf dem Weg zur mehrfachen Staatsangehörigkeit, StAZ 1999, 225 (227 f.).

⁵⁸ *Rebbinder*, Zur Politisierung des Internationalen Privatrechts, JZ 1973, 151.

⁵⁹ *Fuchs* (Fn. 44), 491.

⁶⁰ *Mörsdorf-Schulte*, Europäische Impulse für Namen und Status des Mehrstaaters (zu EuGH, Urteil v. 2.10.2003, C-148/02 – *Garcia Avelló*), IPRax 2004, 315 (324).

⁶¹ *Bundesverband der Deutschen Standesbeamten e.V.*, Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts (Kühne-Entwurf), StAZ 1981, 165.

⁶² *Troge*, Europarecht und das Staatsangehörigkeitsprinzip im internationalen Privatrecht, 2009, S. 201.

verbundene Schutz durch das deutsche Recht verwehrt bleibe.⁶³ Daher sei den Betroffenen in diesem Fall zumindest ein Optionsrecht einzuräumen. Im Übrigen drohe ein Verstoß gegen die rechtsstaatlichen Grundsätze der Bestimmtheit und Verhältnismäßigkeit.⁶⁴

Dem wurde zurecht entgegengehalten, dass vielmehr die Einräumung eines Optionsrechts den deutschen Mehrstaater, mit Blick auf Art. 3 Abs. 1 GG, ungerechtfertigt gegenüber „nur“-deutschen Staatsangehörigen bevorzuge.⁶⁵ Das subjektive Element der Option berücksichtigt die Effektivitätstheorie bereits in dem Sinne, als dass der Mehrstaater die objektiven Kriterien in der Regel, zum Beispiel durch Wahl des gewöhnlichen Aufenthaltsortes, beeinflussen kann. Gleichzeitig wird der Status als Deutscher im Sinne des Art. 16 Abs. 1 GG auch bei effektiver ausländischer Staatsangehörigkeit nicht bestritten, allerdings kann daran nicht pauschal die Geltung des deutschen Zivilrechts gekoppelt sein.⁶⁶ Das Argument rechtlicher Unbestimmtheit ist, wie oben dargelegt, ebenfalls unzutreffend.

Das IPR ist im Verhältnis zum öffentlichen Recht und insbesondere den Grundrechten sicher keine werteneutrale Teilrechtsordnung.⁶⁷ Jedoch sollte ihm ein autonomes Verständnis der Staatsangehörigkeit zugrunde liegen, das von dem im öffentlichen Recht unter Umständen sachgemäßen Interesse des Staates an der Durchsetzung seiner eigenen Staatsangehörigkeit zu unterscheiden ist.⁶⁸ Die Staatsangehörigkeitsanknüpfung im IPR erfolgt nicht mehr weil sie einen öffentlich-rechtlichen Status in einem nationalen Verband begründet, sondern weil sie als das Element betrachtet wird, das idealtypisch einen stabilen Heimatbezug einer Person verkörpert.⁶⁹ Das öffentliche Recht setzt dem IPR beispielsweise in *ordre public*-Klauseln Grenzen. Es kann aber das Streben nach der kollisionsrechtlich sachgerechtesten Lösung nicht seinem Interesse am Vorrang der eigenen Staatsangehörigkeit unterordnen.

cc) Parteiinteresse und neues Staatsangehörigkeitsrecht

Die scharfe Kritik an der Regelung des Art. 5 Abs. 1 S. 2 EGBGB findet folglich in der modernen Kollisionsrechtsordnung verstärkt ihre Berechtigung.

⁶³ *Scholz/Pitschas* (Fn. 28), 2726; *Mikat*, Zur Diskussion um die Lehre vom Vorrang der effektiven Staatsangehörigkeit, 1983, S. 40 f.

⁶⁴ *Mikat* (Fn. 63), S. 40 f.

⁶⁵ *Mansel*, Verfassungsrechtlicher Gleichheitssatz, deutsche Doppelstaater und die Lehre von der effektiven Staatsangehörigkeit im Internationalen Privatrecht, NJW 1986, 625 (631).

⁶⁶ *Ebd.*

⁶⁷ BVerfGE 31, 58 (72 f., 86); *Mansel* (Fn. 65), 626.

⁶⁸ So schon *Ferid* (Fn. 38), 507.

⁶⁹ *Sonnenberger* (Fn. 26), S. 13.

Insbesondere aber seit der ersten Reform des Staatsangehörigkeitsrechts⁷⁰ ist zu beobachten, wie das System der Vorschrift immer weiter an Kohärenz einbüßt. Zwar sind die mit Einführung der Optionspflicht geäußerten Bedenken der Zunahme von Statutenwechseln – wegen der durch die Pflicht „befristeten“ Staatsangehörigkeit – durch den aktuellen Optionszwangsentfall wohl zukünftig auf einige wenige Fälle begrenzt worden.⁷¹ Der Optionszwangsentfall an sich nimmt den betroffenen auch-deutschen Mehrstaatern aber insoweit ein „Entscheidungsrecht“, als sie nun kollisionsrechtlich in jedem Fall nach deutschem Recht behandelt werden. Das Zugeständnis des Gesetzgebers, durch Wegfall der Optionspflicht dauerhaft mehrfache Staatsangehörigkeit zuzulassen, ist dann, in Abwesenheit einer Rechtswahl, kollisionsrechtlich wenig wert.

Dies zeigen auch Beispielsfälle, in denen auf seit Jahren im Ausland lebende und keinerlei nähere Beziehung zu Deutschland pflegende auch-deutsche Mehrstaater plötzlich wegen Art. 5 Abs. 1 S. 2 EGBGB deutsches Recht angewandt werden muss.⁷² Dagegen wäre wohl ein Statutenwechsel zum deutschen Recht bei Beurteilung nach Art. 5 Abs. 1 S. 1 EGBGB durch einen Wechsel der effektiven Staatsangehörigkeit, beispielsweise bei einem Umzug nach Deutschland, für die Betroffenen weitaus nachvollziehbarer.

Deutlich wird die Benachteiligung der Parteiinteressen überdies in Mehrpersonenverhältnissen: Wird, wie in Art. 14 Abs. 1 Nr. 1 EGBGB, auf die gemeinsame Staatsangehörigkeit der Ehegatten abgestellt und ist nur einer von ihnen auch Deutscher, so reicht dies aus, um die *Kegele*'sche Anknüpfungsleiter um eine Stufe zu verkürzen. Denn die Ehegatten sind *de lege lata* selbst bei einer gemeinsam-effektiven ausländischen Staatsangehörigkeit als Ehegatten ohne gemeinsame Staatsangehörigkeit zu beurteilen.⁷³

So zeichnet sich letztlich eine beachtliche Beeinträchtigung des Parteiinteresses als „Grundlage des Staatsangehörigkeitsprinzips“⁷⁴ zugunsten der Anwendung der *lex fori* ab, deren Verhältnismäßigkeit doch höchst zweifelhaft erscheint. Der Gesetzgeber hat sich mit dem Optionszwangsentfall die vorigen Entscheidungsschwierigkeiten der Betroffenen selbst „aufgeladen“. Nun erscheint es

⁷⁰ BGBl. 1999 I, S. 1618.

⁷¹ So aber noch *Benicke*, Auswirkungen des neuen Staatsangehörigkeitsrechts auf das deutsche IPR, IPRax 2000, 171 (174); *Fuchs* (Fn. 44), 491; *Schulze* (Fn. 27), Art. 5 EGBGB Rn. 26.

⁷² *Weishaupt*, Die einseitige Anknüpfung bei deutsch-ausländischen Doppel- und Mehrstaatern: Ein ewiges Ärgernis für die Konsularpraxis, in: FS MPI, 2001, S. 457 (458).

⁷³ *Stoll*, Bemerkungen zu den Vorschriften über den „Allgemeinen Teil“ im Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Neuregelung des IPR, IPRax 1984, 1 (3); v. *Hein* (Fn. 25), Art. 5 EGBGB Rn. 62, 66.

⁷⁴ *Sonnenberger* (Fn. 26), S. 20.

zwar einfach, aber bei Weitem nicht gerechtfertigt, diesen Konflikt im autonomen Kollisionsrecht weiter über Art. 5 Abs.1 S. 2 EGBGB zu lösen.

c) Teleologische Reduktion

Aus diesen Gründen wurde von einigen Stimmen der Literatur schon früh eine teleologische Reduktion des Art. 5 Abs. 1 S. 2 EGBGB erwogen. Dieser sollte demnach nicht zur Anwendung kommen, wenn der auch-deutsche Mehrstaater eine offensichtlich wesentlich engere Beziehung zu einem anderen Staat hat und der Anwendungsvorrang des deutschen Rechts somit durch eine grobe Fehlanwendung zu einem kollisionsrechtlich widersinnigen Ergebnis führen würde.⁷⁵ Diese Forderung verstärkte sich mit Einführung der Optionsregelung.⁷⁶ Dem ist jedoch zu Recht entgegenzuhalten, dass der klare Gesetzeswortlaut und der ausdrückliche Wille des Gesetzgebers für eine teleologische Reduktion keinen Raum lassen.⁷⁷ Man mag Art. 5 Abs. 1 S. 2 EGBGB zwar nicht als „sinnvoll gegebenes Recht“⁷⁸ bezeichnen können. Die Gesetzesanwendung steht jedoch in dem Fall nicht zur Disposition des Rechtsanwenders, in dem es offensichtlich schon an einer planwidrigen Regelungslücke oder den Voraussetzungen zu einer Rechtsfortbildung fehlt.⁷⁹

3. Ausnahmebereiche

Einige Bereiche sind schließlich von der Anwendung des Art. 5 Abs. 1 EGBGB auszunehmen.

Dies gilt ausdrücklich für die in Art. 10 Abs. 2 Nr. 1, Abs. 3 Nr. 1, 14 Abs. 2 sowie Art. 26 Abs. 1 Nr. 1 EGBGB vorgesehene Rechtswahl. Hier kann folglich auch eine nicht-effektive oder gegebenenfalls nicht-deutsche Staatsangehörigkeit gewählt werden, da bei Vorliegen einer von den Parteien getroffenen Wahl eine objektive Kollisionsnorm überflüssig ist und den Betroffenen so eine möglichst umfassende Parteiautonomie gewährt wird.⁸⁰ Indes ist umstritten, inwieweit dies analog auch auf Art. 15 Abs. 2 EGBGB anzuwenden ist. Ablehnend wird argumentiert, der Gesetzgeber habe hier durch Unterlassen einer Nennung des Art. 5 Abs. 1 EGBGB im Umkehrschluss zu dem entsprechenden Verweis in oben genannten Normen die

⁷⁵ v. Bar/*Mankowski* (Fn. 14), 623 f. Rn. 119; *Sonnenberger* (Fn. 26), S. 21; *Mansel* (Fn. 20), Rn. 272.

⁷⁶ *LG Karlsruhe*, StAZ 2001, 111; *Gruber*, Kollisionsrechtliche Implikationen des neuen Staatsangehörigkeitsrechts, IPRax 1999, 426 (429); *Benicke* (Fn. 71), 179.

⁷⁷ *OLG Hamm*, IPRspr 1993, Nr. 77, S. 184; v. *Hein* (Fn. 25), Art. 5 EGBGB Rn. 64; *Bausback* (Fn. 13), Art. 5 EGBGB Rn. 25.

⁷⁸ So aber *Hobloch* (Fn. 34), Art. 5 EGBGB Rn. 6.

⁷⁹ *Schulze* (Fn. 27), Art. 5 EGBGB Rn. 28.

⁸⁰ v. *Hein* (Fn. 25), Art. 5 EGBGB Rn. 67.

Rechtswahl gerade nicht auf eine ineffektive oder nicht-deutsche Staatsangehörigkeit ausweiten wollen.⁸¹ Zudem gehe es in Art. 14 Abs. 2 im Gegensatz zu Art. 15 Abs. 2 entscheidend darum, dass eine gemeinsame Staatsangehörigkeit die Grundlage des gesamten Familienstatuts bilde.⁸² Dem ist jedoch zu entgegnen, dass es umgekehrt höchst befremdlich wäre, die Wahlmöglichkeit des gesamten Ehwirkungsstatuts und damit mittelbar auch des Ehegüterstatuts als „Gesamtkomplex“ weiter zu fassen als eine rein isolierte Wahl des Güterstatuts gem. Art. 15 Abs. 2.⁸³ Die übereinstimmende Interessenlage der Betroffenen beider Konstellationen sowie Sinn und Zweck der Regelung lassen eine analoge Anwendung der Rechtswahlmöglichkeit daher zu.⁸⁴ Dies entspricht, wie Teil II der Untersuchung zeigen wird, insbesondere auch der europäischen Rechtsentwicklung.

Ebenso wurde die Anwendung des Art. 5 Abs. 1 EGBGB im Rahmen des IZVR bereits von Seiten des Gesetzgebers ausdrücklich ausgeschlossen.⁸⁵ Die Zuständigkeit ist im IZVR bei grundsätzlichem Gleichrang aller Staatsangehörigkeiten immer dann gegeben, wenn eine darunter die deutsche ist.⁸⁶ Dies entspricht dem Bedürfnis des IZVR, in erster Linie nicht nach der engsten Verbindung zu suchen, sondern grundlegend eine rechtssichere und leicht feststellbare Bestimmung der internationalen Zuständigkeit zu gewährleisten.⁸⁷

4. Zwischenergebnis

Vorerst ist festzustellen, dass in Art. 5 Abs. 1 EGBGB bis heute, trotz gewichtiger Bedenken und gegenläufiger Entwicklungen im Staatsangehörigkeitsrecht, an einer höchst fragwürdigen Vorrangregelung zugunsten der *lex fori* festgehalten wird. Sie ist im autonomen deutschen IPR *de lege lata* zunächst als solche zu akzeptieren. Ob sie jedoch mit den Prinzipien der EU zu vereinbaren und in diesem Zusammenhang für Mehrstaater im europäischen und internationalen Kontext noch haltbar ist, wird im Folgenden zu untersuchen sein.

⁸¹ Dethloff (Fn. 44), 68; Thorn (Fn. 23), Art. 5 EGBGB Rn. 4.

⁸² Mankowski, in: Staudinger, 2010, Art. 15 EGBGB Rn. 134.

⁸³ Mansel (Fn. 20), Rn. 412.

⁸⁴ Zustimmung: Hobloch (Fn. 34), Art. 5 EGBGB Rn. 7; Schulze (Fn. 27), Art. 5 EGBGB Rn. 30; Kropholler, Internationales Privatrecht, 6. Aufl. 2006, S. 267; Rauscher, Internationales Privatrecht mit internationalem Verfahrensrecht, 4. Aufl. 2012, Rn. 760.

⁸⁵ BT-Drs. 10/504, S. 41 spricht hier von „anderen, teils erheblich abweichenden Folgen“ mehrfacher Staatsangehörigkeit im IZVR.

⁸⁶ Mörsdorf-Schulte, in: Prütting/Wegen/Weinreich, BGB, Art. 5 EGBGB Rn. 28.

⁸⁷ Kropholler (Fn. 84), S. 612.

III. Doppel- und Mehrstaater im europäischen Kollisionsrecht

Auch auf Unionsebene steigt die Zahl der Mehrstaater stetig. Bereits 13% aller Eheschließungen sowie Ehescheidungen in der EU hatten im Jahr 2010 ein sog. „internationales Element“.⁸⁸ Als Reaktion auf diese Tendenz zeichnet sich im Kollisionsrecht, insbesondere dem Familienrecht, eine fortschreitende Vereinheitlichung ab.⁸⁹ Dennoch wird – wenngleich subsidiär zum gewöhnlichen Aufenthalt – weiterhin an der Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit festgehalten. Es fehlt allerdings an einer allgemeinen Regel zur Lösung der sich aus der Mehrstaatigkeit ergebenden Anknüpfungsproblematik.

1. Die Rechtsprechung des EuGH

Der *EuGH* hatte sich bisher besonders in den Rechtssachen *Micheletti*, *Garcia Avello* und *Hadadi* mit der Doppel- und Mehrfachstaatsangehörigkeit auf Unionsebene auseinanderzusetzen. Dennoch ist deren Bedeutung für das europäische Kollisionsrecht bis heute nicht eindeutig geklärt.

a) Die Urteile *Micheletti* und *Garcia Avello*

Im Fall *Micheletti*⁹⁰ verwehrte eine spanische Behörde dem argentinisch-italienischen Doppelstaater *Micheletti* eine dauerhafte Aufenthaltsgenehmigung zum Zwecke der Niederlassung in Spanien mit der Begründung, dass dessen argentinische Staatsangehörigkeit die effektive sei. *Micheletti* berief sich auf seine ihm als Unionsbürger zustehende Niederlassungsfreiheit. Der *EuGH* stellte fest, dass nach internationalem Recht die Festlegung der Voraussetzungen für den Erwerb und den Verlust der Staatsangehörigkeit zwar der Zuständigkeit der einzelnen Mitgliedstaaten unterliege. Von dieser sei jedoch unter Beachtung des Gemeinschaftsrechts Gebrauch zu machen. Es sei daher nicht Sache der nationalen Rechtsvorschriften, die Wirkung einer einmal von einem Mitgliedstaat wirksam verliehenen Staatsangehörigkeit dadurch zu beschränken, dass für die Ausübung der Grundfreiheiten eine Zusatzvoraussetzung zur Anerkennung jener verlangt werde.⁹¹ Der *EuGH* entwickelte so erstmals im Gemeinschaftsrecht einen „autonomen“ Standard in Bezug auf die mehrfache Staatsange-

⁸⁸ Vgl. Memo/10/100 der EU-Kommission: Clearer rules for international couples vom 24.3.2010.

⁸⁹ Vgl. nur den Vorschlag für eine Verordnung des Rates über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung und die Vollstreckung von Entscheidungen im Bereich des Ehegüterrechts, KOM (2011) 126 (EuGüVO-E), sowie den Vorschlag für eine Verordnung des Rates über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung und die Vollstreckung von Entscheidungen im Bereich des Güterrechts eingetragener Partnerschaften KOM(2011) 127 endg. (EuPartVO-E), jeweils vom 16.3.2011.

⁹⁰ *EuGH*, C-369/90, ECLI:EU:C:1992:295 – *Micheletti*.

⁹¹ *EuGH*, C-369/90, ECLI:EU:C:1992:295, Rn. 10 – *Micheletti*.

hörigkeit ohne auf die, wie im internationalen öffentlichen Recht bereits seit dem Fall *Nottebohm*⁹² üblich, effektive Staatsangehörigkeit zurückzugreifen.⁹³

Der Fall *Garcia Avello*⁹⁴ betraf das spanisch-belgische Ehepaar *Carlos Garcia Avello* und *Isabelle Weber*, deren zwei Kinder sowohl die spanische als auch die belgische Staatsangehörigkeit besitzen. Beide Kollisionsrechte räumen bezüglich der Anknüpfung an das Heimatrecht in Namensfragen bei Mehrfachstaatsangehörigkeit der jeweils inländischen Rechtsordnung den Vorrang ein. Damit entstand ein „hinkendes Namensrechtsverhältnis“ derart, dass die belgischen Geburtsurkunden auf den Namen „Garcia Avello“, die Eintragung beim Konsulardienst der spanischen Botschaft in Brüssel jedoch auf den Namen „Garcia Weber“ lauteten. Darin sah der *EuGH* eine Diskriminierung nach Art. 18 AEUV (ex-Art. 12 EG-V) insoweit, als hier ungleiche Sachverhalte, nämlich die Namensführung der Kinder nur belgischer Staatsangehörigkeit gegenüber Kindern mit einer weiteren EU-Staatsangehörigkeit, ohne Rechtfertigung gleich behandelt würden.⁹⁵

Die Beurteilung dieser Fälle im Hinblick auf ihren Einfluss auf das europäische IPR wurde kontrovers diskutiert. Zum Teil wird in *Micheletti* eine klare Linie des *EuGH* bei Mehrstaatern, die neben einer EU-Staatsangehörigkeit auch noch diejenige eines Drittstaats besitzen, gesehen: hier sei selbst eine effektive Drittstaatsangehörigkeit gegenüber der Unionsbürgerschaft unschädlich. Beide Entscheidungen zeigten, dass der *Gerichtshof* der dem IPR immanenten Rückführung der mehrfachen Staatsangehörigkeit auf eine einzige Nationalität, sei es die effektive oder die des *forums*, ablehnend gegenüberstehe.⁹⁶ Andererseits wurde dem *EuGH* gerade im Fall *Garcia Avello* „kollisionsrechtsblindes Vorgehen“⁹⁷ vorgeworfen. Er stelle die Gleichwertigkeit der beiden Staatsangehörigkeiten fest, ohne auf die nationalen Kollisionsnormen einzugehen.⁹⁸ Damit unterliege er dem fundamentalen Missverständnis, die Entscheidungsdivergenz im Namensrecht sei allein Fehler des belgischen Rechts, obwohl es

⁹² *IGH*, Urt. v. 6.4.1995 (Lichtenstein ./ Guatemala) – *Nottebohm*.

⁹³ *De Vido*, The relevance of double nationality to conflict-law issues relating to divorce and legal separation in Europe, CDT 4 (2012), 222 (224).

⁹⁴ *EuGH*, C-148/02, ECLI:EU:C:2003:539 – *Garcia Avello*.

⁹⁵ *EuGH*, C-148/02, ECLI:EU:C:2003:539, Rn. 32, 37, 41 – *Garcia Avello*.

⁹⁶ *Basedow* (Fn. 9), 111; a.A. *Frank*, Die Entscheidung des *EuGH* in Sachen *Garcia Avello* und ihre Auswirkungen auf das internationale Namensrecht, StAZ 2005, 161 (163).

⁹⁷ *Helms*, Europarechtliche Vorgaben zur Bestimmung des Namensstatuts von Doppelstaatern: Anmerkung zu *EuGH*, Urteil v. 2.10.2003, C-148/02 – *Garcia Avello*, GPR 2005, 36 (38).

⁹⁸ *Fuchs*, Mehrstaater im Internationalen Privatrecht, in: FS Martiny, 2014, S. 305 (314); so auch *Bariatti*, Multiple nationalities and EU private law: Many questions and some tentative answers, YJIL 13 (2011), S. 1 (8).

sich um eine systematische Schwäche nicht vereinheitlichter nationaler Kollisionsnormen handle.⁹⁹

Diese Zweifel sind durchaus berechtigt. Zwar stellt der *EuGH* in *Garcia Avello* fest, innerhalb der EU sei die Bevorzugung der eigenen Staatsangehörigkeit unzulässig. Dies geschieht jedoch nur unter Feststellung der negativen Folgen der hinkenden Namensführung und unter Verweis auf das *Micheletti*-Urteil.¹⁰⁰ Entscheidend ist demnach nur, ob das Ergebnis der Anwendung des nationalen Rechts eine Diskriminierung darstellt. Stehen den Betroffenen ausreichend Rechtswahlmöglichkeiten zur Verfügung, ist – aus Sicht des *EuGH* – die Ausgestaltung der nationalen Kollisionsnorm unerheblich.¹⁰¹

b) Die *Rechtssache* Hadadi/Mesko

Mit dem Urteil in der Sache *Hadadi/Mesko*¹⁰² erging die bisher einzige Entscheidung mit Bezug zum europäischen IPR im weiteren Sinne, das heißt im konkreten Fall hinsichtlich des IZVR im Rahmen der EuEheVO. In dem zugrunde liegenden Verfahren hatte die französische *Cour de cassation* über die Anerkennung eines ungarischen Scheidungsurteils bezüglich der Ehegatten Hadadi beziehungsweise Mesko zu urteilen. Der Ausgangsfall erwies sich in zweierlei Hinsicht als außergewöhnlich: Erstens besaßen beide Ehegatten sowohl die ungarische als auch die französische Staatsangehörigkeit. Mithin lag ein Fall der mehrfachen gemeinsamen Staatsangehörigkeit vor. Zweitens stellte sich den französischen Richtern die eigentliche Problematik – wegen des zwischenzeitlichen Beitritts Ungarns zur EU – erst im Rahmen einer ausnahmsweisen Prüfung der Anerkennungszuständigkeit gem. Art. 64 Abs. 2 EuEheVO. Es war somit zu entscheiden, ob das ungarische Gericht gem. Art. 3 Abs. 1 lit. b EuEheVO zuständig gewesen wäre. Das Instanzgericht hatte eine solche Zuständigkeit verneint, da nach französischem Kollisionsrecht die französische Staatsangehörigkeit Vorrang habe.

Zunächst stellte der *EuGH* fest, sowohl aus der einheitlichen Anwendung des Gemeinschaftsrechts als auch dem Gleichheitssatz folge, dass die Vorschriften des Gemeinschaftsrechts einer autonomen Auslegung bedürften. Die Verordnung unterscheide grundsätzlich nicht nach einfacher oder mehrfacher Staatsangehörigkeit. Die Staatsangehörigkeit des Ursprungsmitgliedstaats sei

⁹⁹ Helms (Fn. 97), 38.

¹⁰⁰ *EuGH*, C-148/02, ECLI:EU:C:2003:539, Rn. 28 – *Garcia Avello*; Mörsdorf-Schulte (Fn. 60), 324.

¹⁰¹ Fuchs (Fn. 98), S. 314; Heinrich, Das internationale Namensrecht auf dem Prüfstand des *EuGH*, in: FS Heldrich, 2005, S. 667 (673).

¹⁰² *EuGH*, C-168/08, ECLI:EU:C:2009:474 – *Hadadi/Mesko*.

daher von dem prüfenden Gericht zu beachten.¹⁰³ Des Weiteren ließen weder Wortlaut noch Sinn und Zweck der Vorschrift es zu, nur die effektive Staatsangehörigkeit bei der Anwendung zu berücksichtigen.¹⁰⁴

Der *EuGH* hat damit dem Vorrang der *lex fori* sowie der Effektivitätslehre auf zuständigkeitsrechtlicher Ebene eine Absage erteilt. Dies dürfte auch auf die Art. 5 Abs. 1 lit. d EuGüVO-E sowie Art. 6 EuUnthVO übertragbar sein.¹⁰⁵ Die Entscheidung wurde im Schrifttum überwiegend begrüßt.¹⁰⁶ Zum Teil wurde jedoch kritisiert, Erwägungsgrund 12 der EuEheVO erfordere eine hinreichend substantielle Verbindung der Parteien mit dem Gerichtsstand. Bei Mehrstaatern erfordere dies eine effektive Staatsangehörigkeit.¹⁰⁷ Zudem setze sich der Gerichtshof in seiner Entscheidung unzureichend mit der Gefahr des *forum shopping* auseinander.¹⁰⁸

Dennoch überzeugt die Entscheidung. Sie entspricht dem vom Kollisionsrecht abweichenden Bedürfnis des IZVR nach Rechtssicherheit sowie einfacher und zuverlässiger Justizgewährung. Die kritisierte Folge eines *race to the courthouse* ist in der EuEheVO angelegt, ihr kann jedoch über die Rechtshängigkeitsregelung des Art. 19 EuEheVO und die Kollisionsrechtsvereinheitlichung begegnet werden.¹⁰⁹ Dies ist mit Inkrafttreten der Rom III-VO für den Bereich der Ehescheidung eingetreten. Zudem ließe eine Effektivitätsprüfung, die sich in erster Linie auf den gewöhnlichen Aufenthalt gründet, die Anknüpfung an selbigen in Art. 3 lit. a EuEheVO leerlaufen. Ehegatten mit mehrfacher gemeinsamer Staatsangehörigkeit würde so das *forum patriae* entzogen.¹¹⁰

Inwieweit die in der Rechtssache *Hadadi* getroffenen Grundsätze auch auf das europäische IPR zu übertragen sind, ist umstritten. Die in *Hadadi* in erster Linie auf den Wortlaut, die Ziele sowie die Systematik der EuEheVO gestützte Argu-

¹⁰³ *EuGH*, C-168/08, ECLI:EU:C:2009:474, Rn. 38, 43 – *Hadadi/Mesko*.

¹⁰⁴ *EuGH*, C-168/08, ECLI:EU:C:2009:474, Rn. 51, 52 – *Hadadi/Mesko*.

¹⁰⁵ *Martiny*, Die Kommissionsvorschläge für das internationale Ehegüterrecht sowie für das internationale Güterrecht in eingetragenen Partnerschaften, IPRax 2011, 437 (447).

¹⁰⁶ *Dörner*, in: Saenger, ZPO, Art. 3 EheGVVO Rn. 17; *Hau*, Doppelte Staatsangehörigkeit im europäischen Eheverfahrensrecht (zu *EuGH*, Urteil v. 16.7.2009 Rs. C-168/08 – *Hadadi/Mesko*), IPRax 2010, 50 (53); *Dilger*, EuEheVO: Identische Doppelstaater und *forum patriae* (Art. 3 lit. b)), zu *EuGH*, Urteil v. 16.7.2009 Rs. C-168/08 – *Hadadi/Mesko*, IPRax 2010, 54 (58).

¹⁰⁷ *Kobler*, Anmerkung zu Urteil v. 16.7.2009 Rs. C-168/08 – *Hadadi/Mesko*, FamRZ 2009, 1574.

¹⁰⁸ *D'Avout*, Note de doctrine concernant l'arrêt CJUE du 16 juillet 2009 aff. C-168/08 *Hadadi*, JDI 2010, 163 (167 f.).

¹⁰⁹ *Dilger* (Fn. 106), 58; *Hau* (Fn. 106), 52.

¹¹⁰ *Fuchs* (Fn. 98), S. 316.

mentation lässt insoweit keine unmittelbaren Rückschlüsse auf die Behandlung des Mehrstaaterkonflikts im kollisionsrechtlichen Zusammenhang zu.¹¹¹

2. Art. 5 Abs. 1 EGBGB und das Primärrecht der EU

Der *EuGH* griff in seiner bisherigen Rechtsprechung überwiegend auf unionsrechtliche Grundprinzipien zurück. Diese üben folglich einen gewissen Einfluss auch auf die „internationalprivatrechtliche Komponente“¹¹² des nationalen Staatsangehörigkeitsbegriffs aus. Daher soll im Folgenden näher auf die Vereinbarkeit des Art. 5 Abs. 1 EGBGB mit dem europäischen Primärrecht und insbesondere mit dem allgemeinen Diskriminierungsverbot des Art. 18 AEUV eingegangen werden. Außerhalb des hier zu bewertenden Rahmens liegt jedoch die Frage, ob die Staatsangehörigkeit als Anknüpfungsmoment an sich unionsrechtswidrig ist.¹¹³

a) Art. 5 Abs. 1 S. 1 EGBGB und die Drittstaaterproblematik

Die Ermittlung der effektiven Staatsangehörigkeit gem. Art. 5 Abs. 1 S. 1 EGBGB bei Mehrstaatern anderer EU-Mitgliedstaaten dürfte mangels gegenteiliger Regelung im europäischen Kollisionsrecht und wegen des Erwägungsgrunds 22 der Rom III-VO mit dem Unionsrecht vereinbar sein.¹¹⁴ Dies bedeutet indes nicht, dass das Effektivitätsprinzip im EU-Sekundärrecht grundsätzlich bedenkenlos anzuwenden ist.¹¹⁵ Problematisch ist diese Lösung jedenfalls dann, wenn ein ausländischer Mehrstaater neben der ineffektiven Staatsangehörigkeit eines EU-Mitgliedstaats noch diejenige eines Drittstaats besitzt. Gemäß Art. 5 Abs. 1 S. 1 EGBGB wäre hier die effektive Staatsangehörigkeit des Drittstaats vorrangig. Hiergegen könnte jedoch die *Micheletti*-Rechtsprechung des *EuGH* sprechen.¹¹⁶ Danach dürfen dem Unionsbürger die Gewährleistungen des Unionsrechts nicht allein deshalb versagt werden, weil der Betreffende nach dem Recht des Aufnahmestaates als Staatsangehöriger des Drittstaats gilt.¹¹⁷ Der Vorrang der effektiven Staatsangehörigkeit wäre damit nicht anwendbar.¹¹⁸ Sollte dem Betroffenen hier wegen seiner effektiven

¹¹¹ v. Hein (Fn. 25), Art. 5 EGBGB Rn. 76.

¹¹² Vonk, Dual Nationality in the European Union – A Study on Changing Norms in Public and Private International Law and the Municipal Law of Four EU Members States, 2012, S. 161.

¹¹³ Die wohl h.M. lehnt eine Unionsrechtswidrigkeit ab, vgl. Bausback (Fn. 13), Anh. I zu Art. 5 EGBGB Rn. 19 ff.; a.A. Troge (Fn. 62), S. 272, 275.

¹¹⁴ Boele-Woelki, For better or for worse: The Europeanization of International Divorce Law, YPIIL 12 (2010), S. 1 (18 f.); v. Hein (Fn. 25), Art. 5 EGBGB Rn. 82.

¹¹⁵ Dazu unten II. 3. b) aa).

¹¹⁶ Bausback (Fn. 13), Anh. I zu Art. 5 EGBGB Rn. 33.

¹¹⁷ *EuGH*, C-369/90, ECLI:EU:C:1992:295, Rn. 15 – *Micheletti*.

¹¹⁸ Kruger/Verhellen, Dual nationality = Double trouble?, JPIL 7 (2011), 601 (613); Bariatti (Fn. 98), S. 15.

Drittstaatsangehörigkeit der Zugang zum Gemeinschaftsrecht verwehrt sein, wird alternativ eine Anknüpfung nach dem Günstigkeitsprinzip¹¹⁹ oder eine Rechtswahlmöglichkeit der Parteien¹²⁰ vorgeschlagen.

Dagegen sprechen jedoch gewichtige Argumente: Zunächst ist zu bezweifeln, dass der *EuGH* in der Sache *Micheletti* auch dem Effektivitätsprinzip im Sinne des IPR eine Absage erteilt hat.¹²¹ Zudem sind die Verordnungen des europäischen Kollisionsrechts als *lois uniformes* ausgestaltet.¹²² Ein ausreichender Schutz des Gemeinschaftsrechts im Privatrecht kann über den *ordre public* geleistet werden, ohne deshalb das gesamte materielle Recht des Drittstaats abzulehnen.¹²³ Eine Anwendung des Rechts des Drittstaats, auf das die effektive Staatsangehörigkeit verweist, ist daher zulässig. Diese Lösung bleibt dem System des Internationalen Privatrechts treu, indem sie das kollisionsrechtlich sachgerechte Ergebnis bevorzugt.

b) *Art. 5 Abs. 1 S. 2 EGBGB und Art. 18 AEUV*

Im Rahmen des Art. 5 Abs. 1 S. 2 EGBGB stellt sich die Frage, ob der Vorrang der deutschen Staatsangehörigkeit eines Mehrstaaters mit einer anderen effektiven EU-Staatsangehörigkeit mit dem Unionsrecht vereinbar ist.

Hierzu wird in Anlehnung an die *EuGH*-Rechtsprechung in der Sache *Garvia Avello* aus Sicht der Grundfreiheiten vertreten, ein Gemeinschaftsrechtsverstoß sei nur dann gegeben, wenn die Anwendung des deutschen Sachrechts zu ungünstigeren Ergebnissen führe.¹²⁴ Das deutsche Recht sehe in dieser Hinsicht aber ausreichend Rechtswahlmöglichkeiten vor, sodass Art. 5 Abs. 1 S. 2 EGBGB nicht *per se* als unionsrechtswidrig gelten könne.¹²⁵

Dem liegt jedoch eine Verkennung der Tragweite der *Garvia Avello*-Entscheidung sowie des allgemeinen Diskriminierungsverbots des Art. 18 AEUV zugrunde, der eine Diskriminierung nicht nur im Bereich der Ausübung der Grundfreiheiten verbietet. Denn eine sachfremde Ungleichbehandlung liegt schon in dem durch Art. 5 Abs. 1 S. 2 EGBGB aufgezwungenen deutschen

¹¹⁹ *Schulze* (Fn. 27), Art. 5 EGBGB Rn. 25.

¹²⁰ *Mörsdorf-Schulte* (Fn. 60), S. 323.

¹²¹ *Jayme/Kobler*, Das Internationale Privat- und Verfahrensrecht der EG nach Maastricht, IPRax 1992, 346 (349); vgl. *Tesouro, EuGH*, Schlussanträge v. 30.01.1992, C-369/90, Celex-Nr. 61990CC0369: „Vor allem dürfte es nicht erforderlich sein, das Problem bei der Wahl des anwendbaren Rechts unter dem Blickwinkel des internationalen Privatrechts anzusiedeln.“

¹²² *v. Hein* (Fn. 25), Art. 5 EGBGB Rn. 82.

¹²³ *Troge* (Fn. 62), S. 111 Fn. 518.

¹²⁴ *Bausback* (Fn. 13), Anh. I zu Art. 5 EGBGB Rn. 31.

¹²⁵ *Hobloch* (Fn. 34), Art. 5 EGBGB Rn. 6; *Thorn* (Fn. 23), Art. 5 EGBGB Rn. 3.

Personalstatut für auch-deutsche Mehrstaater im Gegensatz zu Unionsbürgern, die ausschließlich ausländische Mehrstaater sind.¹²⁶ Im Umkehrschluss kann aus der daraus resultierenden Gleichbehandlung gegenüber deutschen Monostaatern eine dem Gleichheitssatz widersprechende willkürliche Gleichbehandlung ungleicher Sachverhalte geschlossen werden.¹²⁷ Außerdem wird hierdurch für auch-deutsche Mehrstaater die Leiter der objektiven Anknüpfung des Art. 8 Rom III-VO, parallel zu dem zu Art. 14 Abs. 1 EGBGB Gesagten, um die „Sprosse“ der lit. c gekürzt.¹²⁸ Rechtssicherheit und Rechtspraxis können diese Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit nicht rechtfertigen. Eine geringere Arbeitsbelastung der inländischen Behörden steht außer Verhältnis zu den Konsequenzen, welche Betroffene aufgrund hinkender Rechtsverhältnisse zu tragen haben.¹²⁹ Einseitig protektionistische Maßnahmen sind gerade im Anwendungsbereich des AEUV kein legitimes Ziel zum Schutz der eigenen Staatsangehörigen. Den Maßnahmen, die das Prinzip der engsten Verbindung in solcher Weise außer Acht lassen, fehlt es sowohl an der Geeignetheit als auch an der Erforderlichkeit.¹³⁰

Die Auswirkungen der Entscheidung *Garcia Avello* auf die nationalen Kollisionsnormen sind zudem, wie oben gesehen, höchst umstritten. Der *EuGH* geht hier rein ergebnisorientiert und „ohne großes Gespür für das IPR“¹³¹ vor und stellt die Zulässigkeit des grundsätzlichen Vorrangs der *lex fori* letztlich nicht zur Debatte. Daraus lässt sich umgekehrt jedoch nicht schließen, dass der *EuGH* die Vorrangregel grundsätzlich für unionsrechtskonform hält solange „das Ergebnis stimmt“.

Das Argument, eine gegebenenfalls unerwünschte Anwendung des deutschen Rechts könne mit Hilfe der Rechtswahl überwunden werden, ist für das internationale Namensrecht sicher begründet, darüber hinaus wird es in der Realität des Familienrechts wohl oft am fehlenden Konsens der Parteien beispielsweise in einer bereits zerrütteten Ehe scheitern.¹³²

Im Ergebnis steht Art. 18 AEUV damit einer Anwendung des Art. 5 Abs. 1 S. 2 EGBGB gegenüber auch-deutschen Mehrstaatern der EU entgegen. Auch-deutsche Mehrstaater mit Drittstaatsangehörigkeit profitieren davon hingegen

¹²⁶ *Schulze* (Fn. 27), Art. 5 EGBGB Rn. 29.

¹²⁷ *Troge* (Fn. 62), S. 109.

¹²⁸ *v. Hein* (Fn. 25), Art. 5 EGBGB Rn. 84.

¹²⁹ *Fuchs* (Fn. 98), S. 312.

¹³⁰ *Troge* (Fn. 62), S. 202.

¹³¹ *Troge* (Fn. 62), S. 114 (auch wenn der Vorrang der *lex fori*, so *Troge*, der *ratio* der Entscheidung des *EuGH* widerspricht, vgl. S. 200).

¹³² *v. Hein* (Fn. 25), Art. 5 EGBGB Rn. 86; *Becker*, Die Vereinheitlichung von Kollisionsnormen im europäischen Familienrecht – Rom III, NJW 2011, 1543 (1544).

nicht. Einem Vorrang der deutschen Staatsangehörigkeit stünde *de lege lata* nichts im Wege.¹³³ *De lege ferenda* schließt sich hier gleichwohl der Kreis zur bereits in Teil I erörterten grundsätzlichen rechtspolitischen Verfehlung des Art. 5 Abs. 1 S. 2 EGBGB.

3. Die Verordnungen des Sekundärrechts

Aufschluss in Bezug auf den Anknüpfungskonflikt bei Mehrstaatern könnten aber auch die einschlägigen Verordnungsvorschriften geben.¹³⁴ Im vereinheitlichten Kollisionsrecht erfolgt die Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit bisher überwiegend nur in Zweipersonenverhältnissen.¹³⁵ Da es im Rahmen der subjektiven Anknüpfung regelmäßig ausreicht, wenn nur *einer* der beiden Ehegatten im Besitz der gewählten Staatsangehörigkeit ist, stellt sich hier die Frage, ob diese Staatsangehörigkeit einer weiteren Qualifizierung, beispielsweise durch ihre Effektivität, bedarf. Andererseits ergibt sich bei der objektiven Anknüpfung, bei der stets eine *gemeinsame* Staatsangehörigkeit der Ehegatten erforderlich ist, zusätzlich das Problem der mehrfachen gemeinsamen Staatsangehörigkeit.

a) Subjektive Anknüpfung

Die Rechtswahl bietet angesichts der Schwierigkeit, das anzuwendende Recht in einer mobilen Gesellschaft mit „multinationalen“ Familien objektiv zu bestimmen, eine sachnahe, rechtssichere und vorhersehbare Lösung.¹³⁶ Den Parteien ist damit ein Mittel zur Verfügung gestellt, die objektive Anknüpfung vorrangig an den gewöhnlichen Aufenthalt zu korrigieren. Insbesondere die Rom III-VO hat sich zum Ziel gesetzt, die Rechtswahl zur Regel und die objektive Bestimmung zur Ausnahme werden zu lassen.¹³⁷ Im Rahmen von Art. 5 lit. c Rom III-VO geht daher die inzwischen wohl herrschende Ansicht davon aus, dass zur Realisierung einer möglichst umfassenden Parteiautonomie im Sinne des Ordnungszieles das Recht eines Staates jeder Staatsangehörigkeit der Parteien wählbar ist, auch das einer gegebenenfalls ineffektiven.¹³⁸ Dies gilt

¹³³ So auch *Basedow* (Fn. 9), 116; a.A. *Hau*, Zur Durchführung der Rom III-VO in Deutschland, FamRZ 2013, 249 (253).

¹³⁴ Obige Ausführungen unter **II. 2. b)** zu Art. 5 Abs. 1 S. 2 EGBGB gelten entsprechend. Art. 5 Abs. 1 S. 2 EGBGB ist wegen Art. 18 AEUV im Rahmen des vereinheitlichten Kollisionsrechts nicht anwendbar.

¹³⁵ Sonderfall ist die EuErbVO. Hier wird aber nur bezüglich der Rechtswahl (Art. 22) und nicht bei der objektiven Anknüpfung auf die Staatsangehörigkeit abgestellt.

¹³⁶ *Coester-Waltjen/Coester*, Rechtswahlmöglichkeiten im Europäischen Kollisionsrecht, in: *Liber amicorum Schurig*, 2012, S. 33 (34).

¹³⁷ Vgl. Erwägungsgrund 15.

¹³⁸ *Thorn* (Fn. 23), Art. 5 Rom III Rn. 4; *Hobloch*, in: *Erman*, 14. Aufl. 2014, Art. 5 Rom III-VO Rn. 7; *Rauscher* (Fn. 84), Rn. 818; *Hau* (Fn. 133), 252.

wegen der universellen Anwendung der Rom III-VO insbesondere ebenfalls für das Recht eines Drittstaats.¹³⁹

Kritisch wird hier jedoch der Wortlaut des Erwägungsgrunds 22 der Rom III-VO angeführt, der sich ausdrücklich auf die gesamte Verordnung beziehe, und damit für die Mehrstaaterproblematik auf das nationale Kollisionsrecht verweise.¹⁴⁰ Dem sind jedoch Stellung sowie Systematik des Erwägungsgrunds entgegenzuhalten. Schon der Regierungsentwurf des Rom III-Anpassungsgesetzes betonte dessen Stellung nach den Erwägungsgründen über die Rechtswahl.¹⁴¹

Aber auch die Gegenansicht würde wohl nicht zu einer Anwendung des Art. 5 Abs. 1 S. 1 EGBGB führen. Ein Effektivitätserfordernis würde dem Sinn und Zweck der Rechtswahlbefugnis zuwiderlaufen, die Entscheidung über die engste Verbindung der Verantwortung der Parteien zu überlassen, und wäre zudem für die Ehegatten mit erheblichen Schwierigkeiten und Unsicherheiten bei der Ermittlung der Effektivität verbunden.¹⁴² Die Sicherstellung (irgend-) eines grundsätzlichen Bezugs der Parteien zu dem gewählten Recht ist schon durch die abschließende Aufzählung der wählbaren Rechte in Art. 5 Rom III-VO gewährleistet. Im Sinne dieser Argumentation dürfte der Grundsatz auch auf Art. 16 lit. c EuGüVO-E, Art. 8 HUP sowie Art. 22 EuErbVO übertragbar sein.¹⁴³ Erwägungsgrund 41 der EuErbVO steht dem nicht entgegen, da ihm schon dem Wortlaut nach kein eigener kollisionsrechtlicher Aussagegehalt beizumessen ist.¹⁴⁴

Im Rahmen der Rechtswahlmöglichkeiten des europäischen Kollisionsrechts überwiegen also Sinn und Zweck der Parteiautonomie gegenüber der objektiven Suche nach der engsten Verbindung. Eine Parallele zur *Hadadi*-Rechtsprechung des *EuGH* liegt hier nahe. In diesen Konstellationen handelt es sich folglich um einen „unechten“ Konflikt im Rahmen der Mehrstaaterproblematik, der nicht nach einer der in Frage stehenden Staatsangehörigkeiten aufgelöst werden muss.¹⁴⁵

¹³⁹ *Bariatti* (Fn. 98), S. 14.

¹⁴⁰ *Gruber*, Scheidung auf Europäisch – die Rom III-Verordnung, IPRax 2012, 381 (385).

¹⁴¹ BT-Drs. 17/11049, S. 8; *v. Hein* (Fn. 25), Art. 5 EGBGB Rn. 79.

¹⁴² So im Ergebnis *Hilbig-Lugani*, in: Nomos Kommentar BGB VI, 2. Aufl. 2015, Art. 5 Rom III Rn. 45a sowie *Helms*, Reform des internationalen Scheidungsrechts durch die Rom III-Verordnung, FamRZ 2011, 1765 (1771).

¹⁴³ *Martiny* (Fn. 105), 449.

¹⁴⁴ *v. Hein* (Fn. 25), Art. 5 EGBGB Rn. 78.

¹⁴⁵ Nach *Kruger/Verhellen* (Fn. 118), 625 f. sog. „false conflicts“.

b) Objektive Anknüpfung

Die objektive Anknüpfung an das Heimatrecht der Ehegatten ist, subsidiär zum gewöhnlichen Aufenthalt, bisher nur in Art. 8 lit. c Rom III-VO sowie Art. 17 Abs. 1 lit. b EuGüVO-E niedergelegt. Dabei sind grundsätzlich zwei Konfliktfälle denkbar: Erstens besitzen die Ehegatten nur eine gemeinsame Staatsangehörigkeit, diese ist aber für einen von ihnen oder sogar beide (insofern beide Mehrstaater sind) die jeweils ineffektive. Zweitens ist die *Hadadi*-Konstellation auch im anwendbaren Recht denkbar, wenn beide Ehegatten Mehrstaater sind und sogar mehr als eine gemeinsame Staatsangehörigkeit besitzen. Fraglich ist daher, ob die gemeinsame Staatsangehörigkeit im Sinne des Art. 8 lit. c Rom III-VO und Art. 17 I lit. b EuGüVO-E wie im autonomen Kollisionsrecht einer Effektivitätsprüfung bedarf und wie sich dies auf die Fälle mehrfacher gemeinsamer Staatsangehörigkeit auswirkt.

aa) Die „nationale“ Perspektive

Aus Sicht des deutschen Kollisionsrechts dürfte eine Anwendung des Art. 5 Abs. 1 S. 1 EGBGB insbesondere im Rahmen der Rom III-VO naheliegen. Danach müsste – parallel zu Art. 14 Abs. 1 Nr. 1 EGBGB – wohl für jeden Ehegatten isoliert eine Effektivitätsprüfung durchgeführt werden. Folglich liegt eine gemeinsame Staatsangehörigkeit nur dann vor, wenn diese für beide jeweils auch die effektive ist.¹⁴⁶

Dem steht auf den ersten Blick nichts im Wege. Art. 5 Abs. 1 S. 1 EGBGB dürfte unionsrechtlich nicht zu beanstanden sein. Das Effektivitätsprinzip geht grundsätzlich von einer Gleichwertigkeit der Staatsangehörigkeiten aus. Die Entscheidung zugunsten einer Rechtsordnung erfolgt dann aufgrund internationalprivatrechtlicher Wertungen.¹⁴⁷ Dass Art. 5 Abs. 1 S. 2 EGBGB wegen seines diskriminierenden Charakters nicht anwendbar ist, folgt indes schon aus Art. 18 AEUV.¹⁴⁸

Im Gegensatz zur Rechtswahl stellt sich die Ausgangssituation hier zudem grundlegend anders dar: Es geht nicht um die Parteiautonomie, sondern um die objektive Anknüpfung, von der beide Ehegatten ohne eigenen Einfluss betroffen sind. Eine ineffektive Staatsangehörigkeit dürfte regelmäßig keine ausreichende Verbindung *beider* Ehegatten zu dem betreffenden Recht

¹⁴⁶ *Thorn* (Fn. 23), Art. 8 Rom III Rn. 4; *Helms* (Fn. 142), 1771; *Gruber* (Fn. 140), 389; grundsätzlich für die Effektivitätslösung auch *Kruger/Verbellen* (Fn. 118), 626.

¹⁴⁷ *Fuchs* (Fn. 98), S. 320.

¹⁴⁸ Anders jedoch der Regierungsentwurf des Rom III Anpassungsgesetzes, der auf S. 8 von einer Anwendbarkeit des Art. 5 Abs. 1 S. 2 EGBGB ausgeht, vgl. BT-Drs. 17/11049.

herstellen.¹⁴⁹ Erwägungsgrund 21 a.E. der Rom III-VO stellt hier klar, dass die Wahl der objektiven Anknüpfungspunkte einen engen Bezug der Ehegatten zu der das Verfahren bestimmenden Rechtsordnung sicherstellen soll. Erwägungsgrund 22 der Verordnung verweist für die Mehrstaater-Fälle (unter Berücksichtigung der allgemeinen Unionsgrundsätze) auf die innerstaatlichen Regeln. Damit wäre eine Anwendung des Art. 5 Abs. 1 S. 1 EGBGB zumindest auf Art. 8 lit. c Rom III-VO legitimiert. Zutreffend erscheint außerdem, dass die Ausführungen des *EuGH* zur Rechtssache *Hadadi* wohl zur Lösung des Konflikts nicht unmittelbar übertragen oder sogar unter die „allgemeinen Grundsätze der Europäischen Union“ des Erwägungsgrunds 22 subsumiert werden können.¹⁵⁰

Wo im internationalen Zivilverfahrensrecht die konkurrierende Gerichtszuständigkeit dem Ziel der Justizgewährung geschuldet ist, sind die Vorschriften der objektiven Anknüpfung dem Prinzip der engsten Verbindung im Dienst der Rechtssicherheit und der Vermeidung des durch die Auswahl an Gerichtsständen geförderten *forum shopping* verpflichtet. Die „kumulative“ Anwendung zweier Rechtsordnungen kommt im Kollisionsrecht nicht in Betracht.¹⁵¹

Auch ein Fall mehrfacher gemeinsamer Staatsangehörigkeiten der Ehegatten müsste somit auf die isolierte Prüfung der jeweiligen Staatsangehörigkeiten hinauslaufen.¹⁵² Stimmen die jeweils effektiven Staatsangehörigkeiten nicht überein, so ist auf die nächste Anknüpfungsstufe überzugehen und damit gem. Art. 8 lit. d Rom III-VO das Recht des *forum* bzw. gem. Art. 17 Abs. 1 lit. c EuGüVO-E das Recht anzuwenden, mit dem die Ehegatten unter Berücksichtigung aller Umstände am engsten verbunden sind. Hierzu stünde jedoch Art. 17 Abs. 2 EuGüVO-E in einem klaren Widerspruch, da dieser für Fälle mehrfacher gemeinsamer Staatsangehörigkeiten *grundsätzlich* eine Nichtanwendung des Art. 17 Abs. 1 lit. b und somit einen Übergang zu lit. c anordnet.¹⁵³ Die Problematik wird hier also im Wege einer „*clear-cut solution*“¹⁵⁴ umgangen.

¹⁴⁹ *Winkler v. Mobrenfels*, in: MüKo BGB XX, 6. Aufl. 2015, Art. 8 Rom III Rn. 5.

¹⁵⁰ *Coester-Waltjen/Coester* (Fn. 136), S. 39; *Hilbig-Lugani* (Fn. 142), Art. 8 Rom III Rn. 19b.

¹⁵¹ *Franzina*, The law applicable to divorce and legal separation under regulation (EU) No. 1295/2010 of December 2010, CDT 3 (2011), 85 (116).

¹⁵² Im deutschen Schrifttum finden sich zu dieser Konstellation jedenfalls keine abweichenden Ausführungen. Nur dem *AG Freiburg* lag bisher ein solcher Fall vor (IPRax 2002, 223 m. Anm. *Jayme* im selben Heft S. 209). Laut *Jayme* zurecht, gaben hier die „individuellen effektiven Staatsangehörigkeiten den Ausschlag“.

¹⁵³ *Kruger/Verhellen* (Fn. 118), 620; Nach Erwägungsgrund 21 stellt die Verordnung für den Fall der objektiven Anknüpfung eine „hierarchisch gegliederte“ Liste von Anknüpfungspunkten zur Verfügung.

¹⁵⁴ *Bariatti* (Fn. 98), S. 16.

Die starre Anwendung des Effektivitätsprinzips lässt im Kontext der europäischen Verordnungen jedoch noch weitergehende Bedenken aufkommen, insbesondere mit Blick auf die Tendenz zur Regelanknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt.

bb) Die „europäische“ Perspektive

Gegen einen grundsätzlichen Rückgriff auf die nationalen Kollisionsnormen könnte sprechen, dass Erwägungsgründe nur der Interpretation des Verordnungstextes dienen, diesen aber nicht ändern oder ergänzen können.¹⁵⁵

Das Spannungsverhältnis zwischen staatlicher Souveränität und unionsrechtlichen Prinzipien wird schon im Wortlaut des Erwägungsgrunds 22 der Rom III-VO deutlich und könnte daher den Schluss zulassen, in ihm komme nur ein politischer Kompromiss zum Ausdruck.¹⁵⁶ Dem ist sicherlich im Kern Recht zu geben, zumal ein solcher Erwägungsgrund im Entwurf der EuGüVO bisher fehlt. Jedoch kann diese Feststellung allein die Auslegung zugunsten des Wortlauts und damit der nationalen Kollisionsnormen wohl nicht in Frage stellen, solange Erwägungsgrund 22 der einzige Anhaltspunkt für eine Regelung ist und es an einer gegenteiligen Position des Gesetzgebers fehlt.

Deutlich schwerer wiegen aber Überlegungen, die den Sinn und Zweck der jeweiligen Anknüpfungskaskade in den Blick nehmen.

Grundsätzlich kann im Rahmen des Art. 8 lit. c Rom III-VO bzw. Art. 17 I lit. b EuGüVO-E nur eine gemeinsame Staatsangehörigkeit in Betracht kommen, die nicht dem gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt der Ehegatten entspricht. Ansonsten wäre schon auf einer früheren Stufe der Anknüpfungsleiter ein Recht zu Anwendung berufen und der Rückgriff auf die gemeinsame Staatsangehörigkeit damit obsolet geworden. Wenn nun aber der gewöhnliche Aufenthalt als zentrales Merkmal der Effektivitätsprüfung entfällt, muss hier auf andere Kriterien zurückgegriffen werden, die für sich allein stehend unter Umständen beträchtlich an Bedeutung einbüßen.¹⁵⁷ Der Übergang zur Regelanknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt im europäischen Kollisionsrecht spricht folglich dafür, auch eine ineffektive Staatsangehörigkeit bei der Ermittlung der gemeinsamen Staatsangehörigkeit zu beachten. Diese Lösung favorisiert die Realisierung einer gemeinsamen Staatsangehörigkeit vor dem

¹⁵⁵ *Traar*, Rom III – EU-Verordnung zum Kollisionsrecht für Ehescheidungen, ÖJZ 2011, 805 (809).

¹⁵⁶ So *Kruger/Verhellen* (Fn. 118), S. 620.

¹⁵⁷ *Hammje*, Le nouveau règlement (UE) n° 1259/2010 du Conseil du 20 décembre 2010 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps, Rev. crit. DIP 2011, 291 (328).

Rückgriff auf die *lex fori* beziehungsweise allgemein auf die letzte Anknüpfungsstufe.¹⁵⁸ Allerdings stellt sich wiederum die Frage der mehrfachen gemeinsamen Staatsangehörigkeit. Art. 17 Abs. 2 EuGüVO-E könnte hier die „effektivitätsfeindliche“ Regel entnommen werden, dass in diesem Fall die Staatsangehörigkeitsanknüpfung scheitert und mithin auf ein anderes Anknüpfungsmoment zurückgegriffen werden muss.¹⁵⁹ Im Rahmen der Rom III-VO würde so letztlich doch gem. Art. 8 lit. d die *lex fori* zur Anwendung kommen.¹⁶⁰ Dies mag im Hinblick auf die von der Rom III-VO bezweckte Erhöhung der Rechtssicherheit und angesichts der zahlreichen konkurrierenden Gerichtsstände zwar bedenklich sein,¹⁶¹ die Wahl dieser Anknüpfung beruht aber insbesondere auf dem Bestreben, denjenigen EU-Staaten den Weg zum Beitritt zu Rom III-VO zu ebnen, die in Scheidungssachen traditionell die *lex fori* anwenden.¹⁶² Haben die Parteien ihre – wie oben gesehen inzwischen sehr weitgehende – individuelle Freiheit und damit auch in gewisser Weise die Verantwortung für die Entscheidung nach einer engsten Verbindung in ihrem Sinne aber nicht genutzt, scheint das „Heimwärtsstreben“ auf der letzten objektiven Anknüpfungsstufe gerechtfertigter zu sein, als dort, wo die Parteiautonomie äußerst begrenzt ist.¹⁶³ Die so ermittelte Anwendung der *lex fori* ist außerdem deutlich von der grundsätzlichen Bevorzugung des eigenen Rechts im Zuge einer Vorrangregelung abzugrenzen. Denn diese beruht lediglich auf staatlich motivierten Interessen, während jene das Ergebnis einer systematischen Anwendung der Anknüpfungskette ist. Art. 17 lit. c EuGüVO-E umgeht diese Problematik durch die Suche nach dem Recht, zu dem die Ehegatten *gemeinsam* die engste Verbindung haben, dagegen schon mit einer den Grundgedanken des IPR eher entsprechenden Lösung.

Umfassende Einigkeit besteht zumindest hinsichtlich der Konstellation, in der einer der Ehegatten Träger einer Staatsangehörigkeit ist, die er zuvor durch Eheschließung automatisch und ohne Verzichtsmöglichkeit erworben hat: Hier kann auf das Effektivitätserfordernis nicht verzichtet werden.¹⁶⁴ Gleichwohl

¹⁵⁸ *Corneloup*, Réflexion sur l'émergence d'un droit de l'Union européenne en matière de nationalité, JDI 2011, 491 (513).

¹⁵⁹ *De Vido* (Fn. 93), 229.

¹⁶⁰ Unter Rückgriff auf die *EuGH*-Rechtsprechung i.E. so auch: *Franzina* (Fn. 151), 117; *Bariatti* (Fn. 98), S. 16.

¹⁶¹ So *Basedow*, Das internationale Scheidungsrecht der EU, Anmerkungen zur Rom III-Verordnung, in: FS Posch, 2011, S. 17 (28).

¹⁶² *Helms* (Fn. 142), 1771.

¹⁶³ *Bariatti* (Fn. 98), S. 16; *Basedow* (Fn. 3), S. 413.

¹⁶⁴ *Basedow* (Fn. 9), 116; *Corneloup* (Fn. 158), 514.

beträfe diese Ausnahmeregelung nur noch äußerst seltene Fälle vornehmlich im afrikanischen Raum.¹⁶⁵

4. Aktuelle Entwicklungen

Wie die vorangehenden Ausführungen zeigen, bereitet eine einheitliche Lösung des Mehrstaaterkonflikts in den EU-Verordnungen große Schwierigkeiten. Ein internationales Regelungsinstrument, das diese Nationalitätskonflikte vollständig einheitlich löst, ist ob der großen staatlichen Souveränität in diesem politisch sensiblen Bereich nur schwer vorstellbar.¹⁶⁶ Dennoch wurde bereits an verschiedenster Stelle die Aufnahme einer Regel in einen möglichen „allgemeinen Teil“ des europäischen IPR angeregt.¹⁶⁷ Zwei Vorschläge der Rechtswissenschaft hierzu greifen in letzter Zeit auch die Mehrstaaterproblematik auf.

a) Der Lagarde-Entwurf

Ein Entwurf *Paul Lagardes* sieht in seinem Art. 114 die Festschreibung dreier „Grundprinzipien“ des Umgangs mit der Staatsangehörigkeit im internationalen Recht vor: Die Hoheitsgewalt der Staaten über die Bestimmungen der eigenen Staatsangehörigkeit, die Unschädlichkeit einer Drittstaatszugehörigkeit gegenüber den Rechten aus der Unionsbürgerschaft (vgl. *EuGH* Rs. *Micheletti*) sowie die Gleichwertigkeit aller Staatsangehörigkeiten im Rahmen des europäischen Verfahrensrechts (vgl. *EuGH* Rs. *Hadadi*).¹⁶⁸ Die eigentlich kollisionsrechtliche Problematik der Mehrfachstaatsangehörigkeit bleibt von dem Entwurf jedoch bedauerlicherweise ausgenommen.¹⁶⁹

b) Der GEDIP-Entwurf

In dieser Hinsicht aufschlussreicher präsentiert sich der Entwurf der „Europäischen Gruppe für IPR“ (GEDIP).¹⁷⁰ Das völkerrechtliche Prinzip der staatlichen Souveränität in Staatsangehörigkeitsfragen sowie die diese Souveränität beschränkenden Grundsätze des *EuGH* in Bezug auf die Verhältnismäßigkeit, das Diskriminierungsverbot sowie die Wahrung der Grundfreiheiten werden in Form von Erwägungsgründen vorangestellt. Gleich in Art. 3 des Entwurfs findet sich als allgemeine Regel die ausdrückliche Ablehnung des

¹⁶⁵ Vgl. die Länderaufstellung bei *Winkler v. Mobrenfels* (Fn. 149), Art. 8 Rom III Rn. 6.

¹⁶⁶ Ähnlich *Gulati* (Fn. 22), 36.

¹⁶⁷ *Jayme*, Kodifikation und Allgemeiner Teil im IPR, in: Leible/Unberath, Brauchen wir eine Rom 0-Verordnung?, 2013, S. 34 (42); *Lagarde*, En guise de Synthèse – Zusammenfassende Bemerkungen, in: Quelle architecture pour un code européen de droit international privé?, 2011, S. 365 (370).

¹⁶⁸ Vgl. den Abdruck in *RabelsZ* 75 (2011), 671 (673).

¹⁶⁹ v. *Hein* (Fn. 25), Art. 5 EGBGB Rn. 89.

¹⁷⁰ Abgedruckt in: *IPRax* 2014, 90 ff.

Vorrangs der Staatsangehörigkeit des *forum*. Die Art. 9 bis 11 sehen für das anwendbare Recht umfassende Rechtswahlmöglichkeiten für Mehrstaater vor. Diese entsprechen obigen Ausführungen, nach denen bei der Rechtswahl grundsätzlich das Recht *jeder* in Frage kommenden Staatsangehörigkeit gewählt werden kann. Eine eigene Regel bekommt in Art. 10 sogar der Fall, dass die Parteien das Recht einer gemeinsamen Staatsangehörigkeit wählen können und sie mehr als eine gemeinsame Staatsangehörigkeit besitzen. Dann soll hier die Auswahl unter den Rechten der gemeinsamen Staatsangehörigkeiten getroffen werden können. Die *Hadadi*-Konstellation, die im Übrigen in Art. 7 niedergelegt ist, wird so direkt auf die subjektive Anknüpfung übertragen.

Besonders interessant dürfte jedoch Art. 12 sein, der für die objektive Anknüpfung an die gemeinsame Staatsangehörigkeit jede Staatsangehörigkeit der Parteien genügen lässt und folglich keinerlei Anforderungen an deren Effektivität stellt. Eine Regelung für die Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit einer Einzelperson wurde auch hierbei noch mangels geeigneten Anwendungsfalls im bisher vereinheitlichten europäischen Kollisionsrecht bewusst ausgespart.¹⁷¹ Eine dem Art. 17 Abs. 2 EuGüVO-E entsprechende Regelung war zunächst vorgesehen, hat in den endgültigen Entwurf wohl aufgrund der geringen Verallgemeinerungsfähigkeit jedoch keinen Eingang gefunden.¹⁷² Damit bleibt der Konflikt der mehrfachen gemeinsamen Staatsangehörigkeit im Rahmen der objektiven Anknüpfung auch hier ungelöst.

Der GEDIP-Entwurf zeigt deutlich die Schwierigkeiten auf, die eine Kodifizierung allgemeiner Regeln für die Behandlung von Mehrstaatern im europäischen Kollisionsrecht aktuell mit sich brächte. Die Formulierung einer konsensfähigen, verordnungsübergreifenden und möglichst umfassenden Lösung scheint ohne vorherige klare Positionierung durch die Rechtsprechung oder den Gesetzgeber vorerst eine nahezu unlösbare Aufgabe zu bleiben.

IV. Fazit

Abschließend bleibt festzuhalten, dass Art. 5 Abs. 1 S. 1 EGBGB für das deutsche autonome IPR weiter die Lösung bietet, die dem Grundgedanken des IPR von der engsten Verbindung sowie den Parteiinteressen am ehesten gerecht wird. Mit Art. 5 Abs. 1 S. 2 EGBGB hält sich im autonomen IPR nun jedoch seit drei Jahrzehnten eine Vorschrift, die diesem Grundgedanken in hohem Maße zuwiderläuft. Sie wertet aus kollisionsrechtlicher Sicht die Errungenschaften des neuen Staatsangehörigkeitsrechts trotz des Wegfalls des

¹⁷¹ Vgl. die Zusammenfassung der Arbeitsgruppenberichte der 23. Tagung der GEDIP, abrufbar unter: <http://www.gedip-egpil.eu> → Comptes rendus des réunions → 23. Lausanne 2013 unter I.5. (zuletzt abgerufen am 28.2.2016).

¹⁷² Vgl. *ibid.* Art. 10. 2. des ersten Arbeitsgruppenentwurfs.

Optionszwangs ab, obwohl sich der Gesetzgeber bewusst für die Toleranz mehrfacher Staatsangehörigkeit entschieden hat. Die internationale Üblichkeit ist hier eine schwache Rechtfertigung. Das nationale Souveränitätsdenken, welches darin zum Ausdruck kommt, widerspricht dem „europäischen Gedanken“ einer internationalen Gemeinschaft und Rechtsvielfalt. Es hat sich außerdem gezeigt, dass dies mit dem Diskriminierungsverbot des Art. 18 AEUV unvereinbar ist.

Als ein weiterer „Schritt in die richtige Richtung“¹⁷³ wäre es wünschenswert, in diesem Sinne auch Mehrstaater mit einer Drittstaatsangehörigkeit gleichzustellen. Dies entspricht nicht nur dem Credo der universellen Anwendung der kollisionsrechtlichen Verordnungen. Überdies wäre damit das Ideal eines wirklich „internationalen“ Entscheidungseinklangs zu realisieren, in dem die Zahl hinkender Rechtsverhältnisse auf ein Minimum reduziert ist.

Auf Unionsebene hingegen nimmt durch die primäre Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt und die Stärkung der Parteiautonomie die Bedeutung des Staatsangehörigkeitsprinzips stetig ab.¹⁷⁴ Die Lösung des Konflikts mehrerer Staatsangehörigkeiten wird durch diese Entwicklung wiederum noch zusätzlich erschwert. In Zeiten einer immer rastloser und mobiler werdenden Gesellschaft bleibt die Anknüpfung an das Heimatrecht entscheidend für Fälle, in denen es an einem gewöhnlichen Aufenthalt fehlt.

Hierzu lassen sich derzeit keine klaren Lösungsansätze finden. Die Rechtsprechung des *EuGH* in der Sache *Hadadi/Mesko* lässt richtigerweise nur Rückschlüsse auf die subjektive Anknüpfung sowie den Leerlauf des gewöhnlichen Aufenthalts als Effektivitätskriterium zu. Im Rahmen der objektiven Anknüpfung scheint der Rückgriff auf nationale Kollisionsnormen naheliegend. Die Effektivitätsprüfung des Art. 5 Abs. 1 S. 1 EGBGB ist zumindest mit dem Primärrecht vereinbar. Dieser Sichtweise ist allerdings vorzuwerfen, dass sie den Mehrstaaterkonflikt hier zu sehr aus der eigenen Rechtstradition heraus betrachtet und damit den Paradigmenwechsel verkennt, der sich letztlich auch im europäischen Kontext des Personalstatuts vollzogen hat. Art. 8 Rom III-VO und Art. 14 Abs. 1 EGBGB knüpfen in jeweils genau umgekehrter Reihenfolge an die gemeinsame Staatsangehörigkeit bzw. den gewöhnlichen Aufenthalt an. Das zentrale Element des Effektivitätsprinzips der deutschen Kollisionsnorm wird im ersten Fall jedoch angesichts der Regelanknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt regelmäßig ins Leere gehen.

¹⁷³ *Hau* (Fn. 133), 253.

¹⁷⁴ *Fuchs* (Fn. 98), S. 323.

Gleichzeitig nimmt die Intensität der engsten Verbindung in einer Leiter subsidiärer Anknüpfungspunkte aus der Natur der Sache heraus ab.

Es ist daher letztlich eine Wertungsfrage, ob die Erhaltung der Staatsangehörigkeitsanknüpfung bei Mehrstaatern durch Einbezug *jeder* Staatsangehörigkeit gewährleistet werden soll oder einer Anwendung der *lex fori* oder eines sonstigen Rechts, zu dem die Ehegatten in enger Verbindung stehen, der Vorzug gegeben wird. Art. 17 Abs. 2 EuGüVO-E trifft hier nur für Fälle einer mehrfachen gemeinsamen Staatsangehörigkeit eine eindeutig „effektivitätsfeindliche“ Entscheidung. Im Lichte der ausgeprägten individuellen Freiheit, die den Parteien im Rahmen der Rechtswahlmöglichkeiten zur Verfügung steht, wäre eine Anwendung der *lex fori* im Rahmen der Rom III-VO für den Fall des Scheiterns jeglicher vorrangiger Anknüpfungen im Gegensatz zum autonomen IPR allerdings nachvollziehbar.

Eine allgemeingültige Regelung der Problematik ist auf Unionsebene dringend geboten. Auf dem Weg dahin bleibt zu hoffen, dass der *EuGH* zeitnah die Gelegenheit zu einer eindeutigen Positionierung erhält und diese auch nutzt. Besondere Aufmerksamkeit wird dem Art. 17 einer letztendlich verabschiedeten Fassung der EuGüVO zu schenken sein. Sollte auch das deutsche autonome IPR hinsichtlich des Personalstatuts schließlich zur Regelanknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt übergehen, bleibt mit Spannung zu erwarten, inwieweit dann ebenso für Art. 5 Abs. 1 EGBGB Anpassungsbedarf besteht.

David A. Carnal*

EuGH, Urteil vom 10.09.2015 in der Rs. C-47/14 (*Holterman Ferbo et al. ./.* *Spies von Büllersheim*) und die Auswirkungen für Haftungsklagen einer deutschen GmbH gegen ihren Geschäftsführer

Abstract

Die Bedeutung des internationalen Privat- und Verfahrensrechts in gesellschafts- und wirtschaftsrechtlichen Streitigkeiten nimmt angesichts der Globalisierung der Wirtschaft stetig zu. Eine an Bedeutung gewinnende Konstellation ist diejenige der Lokalisierung von Managern einer Gesellschaft in verschiedenen Staaten. Dies ist eine Konsequenz aus dem zunehmend internationaler werdenden Markt für Directors und Officers. Der Beitrag widmet sich diesem Themenfeld.

In an increasingly globalized economy the significance of Private International Law and International Civil Procedure is on the rise. As the market for directors and officers is becoming more international, a paradigmatic constellation is that of the localisation of corporate managers in different legislations. In this paper, the ECJ's ruling in C-47/14 (*Holterman Ferbo et al. ./.* *Spies von Büllersheim*) is critically examined. A prognostic opinion on Member States' and the ECJ's jurisdiction as well as various desiderata concerning the classification of directors as employees under German substantive law and Art. 8 Rome I Regulation are given.

* Der Verfasser, cand. iur., ist Chefredakteur dieser Zeitschrift und studentischer Mitarbeiter am Institut für ausländisches und internationales Privat- und Wirtschaftsrecht der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg (Lehrstuhl Prof. Dr. Christoph A. Kern, LL.M. (Harvard)). Der Beitrag entstand im Frühjahr 2016 als vierwöchige Examensstudienarbeit im Schwerpunktbereich Internationales Privat- und Verfahrensrecht bei Prof. Dr. Marc-Philippe Weller und wurde mit 15 Punkten bewertet.

I. Einführung

Als juristische Person¹ hat die GmbH an sich Rechtssubjektsqualität. Zusätzlich zu dieser wesentlich auf *Friedrich Carl von Savigny*² zurückgehenden Personifizierungsleistung bedarf sie, soll das so gedachte, sonst leblose „Rechtskleid“³ einen vernunftbegabten Träger finden, gewissermaßen einer nachgelagerten Personifizierung: Ohne die Vertretung durch natürliche Personen ist die GmbH als solche nicht handlungsfähig.

Beim Gedanken an Gesellschafter-Organpersonen nach deutschem GmbH-Recht scheint gleichwohl intuitiv und gesichert: Der Geschäftsführer *ist* diese Person im etymologischen Sinne, also eine Art Sprachrohr, und zugleich Teil der ohne sie nur „fiktiv“⁴ als äußeres Rechtskleid „subsistierenden“⁵ Person. Diese eigentümliche Stellung des Gesellschafter-Geschäftsführers als die eines Arbeitnehmers zu qualifizieren, läuft einem nach deutscher Dogmatik ausgebildeten Vorverständnis zuwider.

Just diese Möglichkeit tenoriert der *EuGH* in seiner am 10.09.2015 ergangenen Entscheidung in der Sache *Holterman Ferbo et al. ./.* *Spies von Billesheim*. Die Vorlage des *Hoge Raad der Nederlanden* betraf die Anwendbarkeit u.a. der Artt. 20 ff. EuGVVO⁶ in einer Innenhaftungskonstellation. Gesellschaften können demnach künftig gehalten sein, Klagen gegen ihre Geschäftsführer am Arbeitnehmergerichtsstand anhängig zu machen.

Die Untersuchung nimmt folgenden Lauf: Nach Vorstellung des Ausgangsrechtsstreits und der Vorlagefragen (II.) soll die sukzessive Entfaltung eines europäisch-autonomen Arbeitnehmerbegriffs, einschließlich der durch die vorliegende Entscheidung verliehenen Konturen, nachgezeichnet werden (III.). Es folgt ein Exkurs zur Rechtsstellung des GmbH-Geschäftsführers im

¹ Illustrativ und wohl vielfach verkannt: von lateinisch *persona* = Maske (des Schauspielers), zu *personare* = durch(er)tönen!

² Vgl. *Savigny*, System des heutigen römischen Rechts, Band II, 1840, S. 2, 236.

³ Vgl. *Weller*, Unternehmensmobilität im Binnenmarkt, in: FS Uwe Blaurock, 2013, S. 497 (511).

⁴ Zu den exegetischen Bedenklichkeiten der gemeinhin *Savigny* zugeschriebenen Fiktionstheorie *Thomale*, Rechtsfähigkeit und juristische Person als Abstraktionsleistungen, in: Gröschner/Kirste/Lembcke (Hrsg.), Person und Rechtsperson, 2015, S. 175 (185).

⁵ Nach *Quine*, On What There Is, in: Review of Metaphysics, 2 (1948/49), 21 (23).

⁶ Zum *Acquis communautaire*: Das Vorlageverfahren betraf noch die Artt. 18-21 EuGVVO a.F. (Verordnung (EG) Nr. 41/2001). In diesem Papier sollen die – im hier gegenständlichen Regelungsbereich korrespondierenden und bis auf Einführung des Art. 21 Abs. 2 EuGVVO unveränderten – Vorschriften der nunmehr geltenden Verordnung (EU) Nr. 1215/2012 (Brüssel Ia) global zugrunde gelegt werden.

deutschen Recht (IV.); sodann sind allfällige Auswirkungen des Judikats zu diskutieren (V.). Dabei ist ein breites Panorama – IPR und IZVR beiderseits berücksichtigend – in den Blick zu nehmen.

II. Ausgangsrechtsstreit⁷ und Vorlagefragen

Die Holdinggesellschaft Holterman Ferho Exploitatie, eine mit der deutschen GmbH vergleichbare⁸ *besloten vennootschap* (BV) niederländischen Rechts, hat drei in Deutschland ansässige Tochtergesellschaften, namentlich Ferho Bewehrungsstahl GmbH, Ferho Frankfurt GmbH und Ferho Vechta GmbH.⁹ Im April 2001 ernannte die Gesellschafterversammlung von Holterman Ferho Herrn *Freiherr Spies von Büllersheim*, einen deutschen Staatsangehörigen mit Wohnsitz in Deutschland, zu ihrem Direktor. *Spies von Büllersheim* war zugleich Geschäftsführer und Prokurist der drei Tochtergesellschaften und hielt 15 % der Anteile an Holterman Ferho.¹⁰ In einem im Mai 2001 unterzeichneten, in deutscher Sprache abgefassten Vertrag hielten die Parteien die Rechte und Pflichten der Geschäftsführertätigkeit *Spies von Büllersheims* fest.¹¹

Im Dezember 2005 und Dezember 2006 endeten die Vertragsverhältnisse zwischen Herrn *Spies* und Ferho Frankfurt respektive mit den übrigen drei Gesellschaften.¹² Da ihm sein Mitgesellschafter vorwarf, seine Aufgaben als Geschäftsführer nicht ordnungsgemäß erfüllt zu haben, reichten alle vier Gesellschaften bei der *Rechtbank Almelo* Klage auf Feststellung und Schadensersatz ein. Dabei stützten sie sich auf vertragliche¹³ und – hilfsweise – deliktische¹⁴ Grundlagen des niederländischen Bürgerlichen Gesetzbuchs.¹⁵

⁷ *Nota bene*: Der „Sachverhalt“ im Sinne von Tatsachen, die als Untersatz unter (hier) judikativ bestimmte Kriterien gezogen werden, stand in casu zum Entscheidungszeitpunkt, wie der *Gerichtshof* wiederholt festhält, noch nicht hinreichend fest bzw. er war noch nicht subsumtionsfähig. Das Verfahren soll aber generell zu dem Ende betrieben werden, die abstrakte Auslegung des Unionsrechts voranzutreiben; vgl. in diesem Sinne das Notat von *Mankowski*, RIW 2015, 821 (821).

⁸ Siehe (im Grunde *e contrario*) *Hinner*, Die Einführung der „Besloten vennootschap“ in den Niederlanden, 1976, S. 1.

⁹ *EuGH*, C-47/14, ECLI:EU:C:2015:574, Rn. 12 – *Holterman Ferho et al. ./.* *Spies von Büllersheim*.

¹⁰ *GA Cruz Villalón*, Schlussanträge C-47/14, ECLI:EU:C:2015:309, Rn. 12 bei Fn. 4 – *Holterman Ferho et al. ./.* *Spies von Büllersheim*. 85 % der Anteile wurden von Herrn *Holterman* gehalten, vgl. *EuGH*, C-47/14, ECLI:EU:C:2015:574, Rn. 16 – *Holterman Ferho et al. ./.* *Spies von Büllersheim*.

¹¹ *EuGH*, C-47/14, ECLI:EU:C:2015:574, Rn. 14 – *Holterman Ferho et al. ./.* *Spies von Büllersheim*.

¹² *Ebd.*, Rn. 17.

¹³ Die Kläger rekurrten sowohl auf Art 2:9 *Burgerlijk Wetboek* (NBW), der (§ 43 Abs. 1 GmbHG vergleichbar) Pflichtenstellung und Haftungsmaßstab des Geschäftsführers

Die Auffassung der ersten Instanz, der zufolge diese weder nach Art. 7 Nr. 1 noch nach Art. 7 Nr. 2 EuGVVO zuständig sei, bestätigte die Berufungsinstanz. Letztere ordnete den Vertrag von Mai 2001 als „individuellen Arbeitsvertrag“ i.S.v. Art. 20 Abs. 1 EuGVVO ein und hielt in der Konsequenz von Art. 22 Abs. 1 der Verordnung deutsche Gerichte für international zuständig. Während es hinsichtlich der Klage wegen nicht ordnungsgemäßer Geschäftsführung beim *actor sequitur forum rei*-Grundsatz des Art. 4 Abs. 1 EuGVVO sein Bewenden habe, schieden der Deliktsgerichtsstand (Art. 7 Nr. 2 EuGVVO) sowie der Gerichtsstand des Erfüllungsortes (Art. 7 Nr. 1 EuGVVO) nach Auffassung des *Gerechtshof te Arnhem* aus. Dies gelte wegen der besonderen Regeln über die Zuständigkeit für individuelle Arbeitsverträge (Kapitel II Abschnitt 5 EuGVVO) jedenfalls insoweit, als die Klage mit derjenigen aus dem Arbeitsvertrag verbunden sei.¹⁶

Sowohl die Begründung der gegen das Berufungsurteil eingelegten Kassationsbeschwerde als auch der angerufene *Hooge Raad der Nederlanden* in seinem Vorabentscheidungsersuchen (Art. 267 AEUV) kreisen um das reziproke Verhältnis zwischen den Zuständigkeitsregeln in Artt. 20-23 EuGVVO und jenen in Art. 7 Nrn. 1 lit. a und 2 EuGVVO. Im Interesse einer erschöpfenden Klärung der Zusammenhänge durch den *Gerechtshof* hat der *Hooge Raad* einen ganzen Fragenkomplex¹⁷ zur Vorabentscheidung vorgelegt. Diesem steht als Leitfrage vor:

1. „Sind die Bestimmungen von Kapitel II Abschnitt 5 (Art. [20] bis [23]) der [EuGVVO] dahin auszulegen, dass sie der Anwendung von Art. [7] Nr. 1 Buchst. a oder Art. [7 Nr. 2] dieser Verordnung in einem Fall wie dem vorliegenden entgegenstehen, in dem der Beklagte von einer Gesellschaft nicht nur in seiner Eigenschaft als ihr Geschäftsführer wegen nicht ordnungsgemäßer Wahrnehmung seiner Aufgaben oder wegen unerlaubter Handlung, sondern auch unabhängig von dieser Eigenschaft wegen Vorsatzes oder bewusster Fahrlässigkeit bei der Erfüllung des zwischen ihm und der Gesellschaft geschlossenen Arbeitsvertrags in Haftung genommen wird?
[...]"

und (wie § 43 Abs. 2 GmbHG) dessen Schadensersatzpflicht positiviert, sowie auf Art. 7:661, der die Arbeitnehmerhaftung auf Vorsatz und bewusste Fahrlässigkeit beschränkt.

¹⁴ Nach Art. 6:162 NBW.

¹⁵ *EuGH*, C-47/14, ECLI:EU:C:2015:574, Rn. 19 – *Holterman Ferbo et al. ./.* *Spies von Büllenheim*.

¹⁶ *Ebd.*, Rn. 21 ff.

¹⁷ *Ebd.*, Rn. 30.

Mit der zweiten und dritten Vorlagefrage erbat das höchste niederländische Gericht um Vorabentscheidung darüber, ob „verneinendenfalls“, wenn also die Haftung des Geschäftsführers keinen Arbeitnehmergerichtsstand begründen kann, ein Vertrags- oder Deliktsgerichtsstand nach Art. 7 Nr. 1 lit. a bzw. Art. 7 Nr. 2 EuGVVO gegeben sein könnte.

III. Unionsrechtlich-autonome Konturierung des Arbeitnehmerbegriffs

Im Zentrum der Schlussanträge wie der Entscheidung steht die Begrifflichkeit des Arbeitnehmers.¹⁸ Um die *Ferbo*-Entscheidung kontextual zu verorten und ihre Reichweite bestimmen zu können, ist zunächst ein Abriss bisheriger unions-judikativer Aussagen zu dem Terminus¹⁹ angezeigt. Die Betrachtung soll von der allgemeinen Definition ausgehen und sich über jene Entscheidungen vollziehen, aus welchen sich die besonderen Merkmale der Arbeitnehmer-eigenschaft von (Kapitalgesellschafts-)Geschäftsführern ergeben.

1. Primärrechtlicher Ausgangspunkt: Rechtssache *Lawrie-Blum*

In der Rs. *Lawrie-Blum*²⁰ legte der *EuGH* unter Auslegung von Art. 45 Abs. 1 AEUV (bzw. Art. 48 EWG-Vertrag) erstmals²¹ einen primärrechtlichen Begriff des Arbeitsverhältnisses vor. Dessen wesentliches Merkmal bestehe darin, „dass eine Person während einer bestimmten Zeit für eine andere nach deren Weisung Leistungen erbringt, für die sie als Gegenleistung eine Vergütung

¹⁸ Überwiegend (gerade in Kapitel II Abschnitt 5 der EuGVVO und Art. 8 Rom I-VO) begegnet der Begriff „Arbeitsvertrag“; dass dieser synallagmatisch in eine Arbeitgeber- und eine Arbeitnehmerkomponente zerfällt und dessen Vorliegen tendenziell einseitig vom Arbeitnehmerbegriff her bestimmt zu werden pflegt, erschließt sich leicht. Es folgt aus der Natur der Sache, dass das Arbeitsrecht vornehmlich um den Schutz des Arbeitnehmers kreist, mithin auch aus dessen Perspektive gedacht ist. Zwar hat sich der Verordnungsgeber für eine vom materiellen Verfahrensgegenstand her entwickelte Zuständigkeitsbegründung und gegen eine personalistische Variante entschieden (m.a.W. *contract* anstatt *status*), vgl. *Behr*, Internationale Zuständigkeit in Individualarbeitsrechtsstreitigkeiten nach Europäischem Verfahrensrecht, in: GS Blomeyer, 2004, S. 15 (28 f.). Daraus folgt aber nicht, dass sich der Typus des Arbeitsvertrages und der Arbeitnehmerstatus nicht gegenseitig dichotomisch bedingen (so aber wohl *Knöfel*, ZfA, 2006, 397 (429 f.)); vielmehr setzt der *EuGH* die Interdependenz der Begrifflichkeiten in der vorliegenden Rs. *expressis verbis* voraus (Rn. 34). Jedenfalls für die Zwecke der EuGVVO sind die Begriffe letztlich als zwei Seiten derselben Medaille zu verstehen.

¹⁹ Den unionsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff gibt es streng genommen nicht. Sekundärrechtlich finden sich vereinzelt Verweise auf die in den Mitgliedstaaten gebräuchlichen Arbeitnehmerbegriffe, etwa in Art. 2 Abs. 2 der Insolvenzschutzrichtlinie 2002/74/EG oder Art. 3 lit. a der Leiharbeitsrichtlinie 2008/104/EG. Monografisch hierzu *Ziegler*, Arbeitnehmerbegriffe im Europäischen Arbeitsrecht, 2011.

²⁰ *EuGH*, C-66/85, ECLI:EU:C:1986:284 – *Lawrie-Blum* ./ *Land BW*.

²¹ In der Rs. C-53/81 (*Levin* ./ *Staatssecretaris van Justitie*), Rn. 9 ff., näherte sich der *EuGH* dem Arbeitnehmerbegriff nur vorläufig, ohne eine echte Definition zu prägen.

erhält.“²² Prägendes Element dieser Definition ist das Merkmal der *Weisungsabhängigkeit*.²³ In Abstraktion hiervon ist impliziter Bestandteil der Formel ein gewisses Unterordnungsverhältnis.²⁴

2. Sekundärrechtlicher Ausgangspunkt

a) *Rechtssache Danosa*

Spezifisch den Status von (Fremd-)Geschäftsführern betreffend²⁵ betonten die Luxemburger Richter in der Sache *Danosa*²⁶ abermals das Kriterium der *Weisungsbindung*. Im Falle von Organmitgliedern seien konkret zu prüfen die Bedingungen, unter denen sie bestellt wurden und unter denen sie abberufen werden können, die Art der übertragenen Aufgaben und der Umfang der Befugnisse sowie inwieweit ein Organ der Kontrolle durch andere Organe unterliegt.²⁷

In casu nahm der *Gerichtshof* die Arbeitnehmereigenschaft der Betroffenen „dem ersten Anschein nach“ an, da sie nach lettischem Gesellschaftsrecht trotz weiter Ermessensspielräume bei der Durchführung ihrer Aufgaben einem anderen, von ihr nicht kontrollierten Organ Rechenschaft schuldete und

²² *EuGH*, C-66/85, ECLI:EU:C:1986:284, Rn. 16 – *Lawrie-Blum* ./ *Land BW*.

²³ Diese Grunddefinition – mit Ausnahme des Entgeltkriteriums – korrespondiert mit der im deutschen Recht geläufigen: § 84 Abs. 1 S. 2 HGB, wonach selbstständig der ist, „wer im wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann“, enthält eine (negativ formulierte) universalistische gesetzgeberische Wertung (*BAG*, AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 121, Ls. 1; *BAG*, NZA 1996, 1145 (1148); *BAG*, NJW 1984, 1985 (1986); *Preis*, in: Erfurter Kommentar zum ArbR, 16. Aufl. 2016, § 611 BGB Rn. 64 ff.; *Müller-Glöge*, in: MüKo-BGB IV, 6. Aufl. 2012, § 611 Rn. 174). Indizien liefert auch § 106 GewO, nach dem der Arbeitgeber „Inhalt, Ort und Zeit der Arbeitsleistung nach billigem Ermessen näher bestimmen“ kann. Gemein ist beiden – *scil.* der Auslegung von Art. 45 Abs. 1 AEUV und dem deutschen Begriff – das Merkmal der Weisungsgebundenheit als maßgebliches Kriterium zur Abgrenzung von Arbeitnehmer und Selbstständigem (St. Rspr., vgl. etwa *BAG*, AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 127, Rn. 16; *BAG*, AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 121 (*passim*); *BAG*, AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 104).

²⁴ Dieser Begriff begegnet erstmals im Rahmen der Erklärung der britischen Regierung, vgl. *EuGH*, C-66/85, ECLI:EU:C:1986:284, Rn. 14 – *Lawrie-Blum* ./ *Land BW*.

²⁵ Das Ausgangsverfahren betraf die Entlassung der schwangeren Fremdgeschäftsführerin einer lettischen Kapitalgesellschaft in der Form einer „SIA“ (strukturell mit einer deutschen GmbH vergleichbar, vgl. *Klaunberg*, Gesellschaftsrecht in Estland, Lettland und Litauen, 2004, S. 37 ff.; *Krafka*, in: MüKo-HGB I, 3. Aufl. 2010, § 13 e, Rn. 5). Das Bedürfnis der Klärung des Arbeitnehmerbegriffs entstand im Rahmen der Auslegung der Mutterschutzrichtlinie (Art. 10 92/85/EWG), auf welche sich die Klägerin berief.

²⁶ *EuGH*, C-232/09, ECLI:EU:C:2010:674 – *Dita Danosa* ./ *LKB Līzings SLA*.

²⁷ *Ebd.*, Rn. 47.

jederzeit gegen ihren Willen von der Gesellschafterversammlung abberufen werden konnte^{28,29}

Während mit dem Merkmal der *jederzeitigen Abberufbarkeit* der Kriterienkatalog eine an sich überzeugende Erweiterung erfahren hat, sind die Urteilsgründe in einem entscheidenden rechtskonstruktiven Zusammenhang unstimmig: Indem der *EuGH* die Abberufung (!) vom Amt des Geschäftsführers mit der „einseitige[n] Beendigung eines Geschäftsbesorgungsverhältnisses“³⁰ gleichsetzt, übergeht er den fundamentalen Unterschied³¹ zwischen Anstellung und Organbestellung. Dies ist wohl auch keine akzidentelle Ungenauigkeit, denn an anderer Stelle bezieht sich die *Kammer* auf Ausführungen des Generalanwalts, der das Verhältnis zwischen der Gesellschaft und ihrem Organ terminologisch mit einem (schuldrechtlichen) Arbeitsverhältnis gleichsetzt.³² Eine klare und kohärente Aussage über die Arbeitnehmereigenschaft von Fremdgeschäftsführern *allein* auf Grundlage des organschaftlichen Bestellungsverhältnisses lässt sich dem Judikat also nicht entnehmen.³³ Dabei war die zweite Vorlagefrage des lettischen *Augstākās Tiesas Senāts* eindeutig auf die Abberufung und nicht auf eine vertragliche Kündigung bezogen.³⁴

In jedem Fall aber konstatiert der *EuGH*, nationale Besonderheiten in den rechtlichen Beziehungen zwischen Geschäftsführern und der von ihnen vertretenen Gesellschaft seien für die Arbeitnehmereigenschaft im Sinne des Unionsrechts ohne Bedeutung.³⁵ An die Stelle nationaler Dogmatik tritt damit eine Gesamtbetrachtung des Rechtsverhältnisses zwischen Geschäftsführer und Gesellschaft. Auf diesem Boden kann insoweit ein Geschäftsführer einer

²⁸ *EuGH*, C-232/09, ECLI:EU:C:2010:674, Rn. 49-51 – *Dita Danosa* ./ LKB *Līzings SLA*.

²⁹ Dabei bestand zwischen der Klägerin des Ausgangsrechtsstreits und der Gesellschaft neben dem Organverhältnis kein schuldrechtliches Anstellungsverhältnis (*ibd.*, Rn. 22), obwohl dies auch im lettischen Recht üblich ist (vgl. *Mobr*, ZHR 2014, 326 (341)).

³⁰ *EuGH*, C-232/09, ECLI:EU:C:2010:674, Rn. 67 – *Dita Danosa* ./ LKB *Līzings SLA*.

³¹ Freilich hat schon das vorlegende Gericht nicht scharf zwischen den beiden Rechtsverhältnissen unterschieden, wie sich aus dem in Rn. 29 wiedergegebenen Wortlaut („Beschäftigungsverhältnis“) ergibt.

³² *GA Bot*, Schlussanträge C-232/09, ECLI:EU:C:2010:486, Rn. 83 f. – *Dita Danosa* ./ LKB *Līzings SLA*. Dabei musste der Generalanwalt davon ausgehen, dass entweder kein schuldrechtliches Verhältnis oder allenfalls ein Auftragsverhältnis zwischen den Parteien bestand, vgl. Rn. 34. Dies sehen auch *Preis/Sagan*, ZGR 2013, 26 (37).

³³ Symptomatisch hierfür ist, dass im Zuge der Rezeption des *Danosa*-Urteils Verwirrung darüber herrschte, ob der in Rede stehende Sonderkündigungsschutz für schwangere Geschäftsführerinnen sich nur auf das Anstellungs- oder auch auf das Bestellungsverhältnis erstreckt, vgl. *Preis/Sagan* (Fn. 32), 37 m.w.N.

³⁴ *EuGH*, C-232/09, ECLI:EU:C:2010:674, Rn. 30 – *Dita Danosa* ./ LKB *Līzings SLA*.

³⁵ *Ibd.*, Rn. 40.

Kapitalgesellschaft *trotz* der konträren Implikationen des zugrunde liegenden Bestellungsverhältnisses unionsrechtlich als Arbeitnehmer gelten.

b) *Rechtssache Balkaya*

Danosa hatte im hiesigen Schrifttum eine engagierte Diskussion³⁶ über die Geltung unionaler Arbeitnehmergrundsätze für GmbH-Geschäftsführer ausgelöst. Die Entscheidung in der Rs. *Balkaya*³⁷ gab Aufschluss über den Arbeitnehmerstatus³⁸ eines GmbH-Fremdgeschäftsführers: Der *Gerichtshof* stellte wie zuvor in *Danosa* fest, dass die mitgliedstaatlich abweichende Rechtsnatur des Beschäftigungsverhältnisses für die unionsrechtlichen Begrifflichkeiten keine Rolle spiele.³⁹ Das Vorliegen eines Unterordnungsverhältnisses müsse vielmehr anhand einer Einzelfallprüfung unter Berücksichtigung aller Gesichtspunkte und Umstände ermittelt werden.⁴⁰ Das Merkmal der Weisungsgebundenheit sei in Gestalt der jederzeitigen Abberufbarkeit des Geschäftsführers erfüllt, vgl. §§ 38 Abs. 1, 46 Nr. 5 GmbHG.⁴¹ Weiter unterliege der Geschäftsführer bei der Ausübung seiner Tätigkeit der Weisung und Aufsicht der Gesellschafterversammlung (§ 37 Abs. 1 GmbHG).⁴²

Damit bestätigt der *EuGH* seinen in *Danosa* entwickelten Gesamtbetrachtungsansatz. Ob sich eine Beteiligung des Geschäftsführers an der Gesellschaft auf dessen Arbeitnehmereigenschaft auswirkt, riss der *EuGH* zwar *obiter* an, ließ die Frage aber ausdrücklich offen.⁴³ Soweit zum unionsrechtlichen *status quo ante*.

3. Die Entscheidung des EuGH

In der hier gegenständlichen Entscheidung in der Rechtssache *Ferbo ./.* *Spies von Büllersheim* greift der *EuGH* seine *supra* nachgezeichneten Linien zur Arbeitnehmereigenschaft auf. Fragliche „Rechtsbegriffe in autonomer, allen Mitgliedstaaten gemeinsamer Weise auszulegen“ sei auch im vorliegenden

³⁶ *Preis/Sagan* (Fn. 32), 32 ff.; *Fischer*, NJW 2011, 2329 (2331); *Reiserer*, DB 2011, 2262 (2265); mit Weitsicht bereits vor Inkrafttreten der Rom I-VO *Harbarth/Nordmeier*, IPRax 2009, 393 (399).

³⁷ *EuGH*, C-229/14, ECLI:EU:C:2015:455 – *Balkaya ./.* *Kiesel GmbH*.

³⁸ Dieser stand in dem Verfahren in Rede, weil die Geltung des Geschäftsführers als Arbeitnehmer für die Erreichung des in § 17 Abs. 1 Nr. 1 KSchG (Umsetzung von Art. 1 Abs. 1 lit. a der Massenentlassungsrichtlinie 98/59/EG) niedergelegten Schwellenwertes von 20 Arbeitnehmern relevant war.

³⁹ *EuGH*, C-229/14, ECLI:EU:C:2015:455, Rn. 35 – *Balkaya ./.* *Kiesel GmbH*.

⁴⁰ *Ebd.*, Rn. 37.

⁴¹ *Ebd.*, Rn. 40.

⁴² *Ebd.*

⁴³ *Ebd.*

Kontext methodisch (*effet utile*) notwendig.⁴⁴ Dieses Verständnis bringen die Richter erneut auf die negative Formel, dass sich das zwischen *Spies von Bülllesheim* und der betroffenen Gesellschaft vorliegende *sui generis*-Rechtsverhältnis, gleich welcher nationalen Spielart, „nicht auf der Grundlage nationalen Rechts lösen [lässt]“.⁴⁵

Sodann überträgt der *EuGH* seine im Kontext der Arbeitnehmerfreizügigkeit und der Mutterschutzrichtlinie aufgestellten Grundsätze axiomatisch – d. h. ohne Würdigung der teleologisch disparaten Kontexte der verschiedenen, den Arbeitnehmerbegriff voraussetzenden Rechtsakte – auf Art. 20 EuGVVO.⁴⁶ Der lapidare Hinweis, die Zielsetzung der Zuständigkeitsbündelung in Kapitel II Abschnitt 5 EuGVVO bestehe im Schutz der schwächeren Partei (13. [a.F.] bzw. 18. [n.F.] Erwägungsgrund), gilt überraschenderweise (nur) der Fundierung des abschließenden Charakters dieser Bestimmungen.⁴⁷ Der Gedanke drängt sich geradezu auf, die eventualiter festzustellende Eigenschaft des Gesellschafter-Geschäftsführers als Arbeitnehmer gerade *im Sinne der EuGVVO-Vorschriften* vor dem Hintergrund von deren Funktion als Arbeitnehmerschutzregime⁴⁸ und dem diesen innewohnenden Telos zu hinterfragen (als Ergebniskontrolle etwa im gedanklichen Schritt von Rn. 48). Stattdessen „genügt“⁴⁹ es der *Dritten Kammer* – sie *begnügt* sich also *verbatim* damit – letztlich der Deklaration halber auf den 13. [18.] Erwägungsgrund zu verweisen.

Der Prüfungsmaßstab ist denn ein Mosaik aus den definitorischen Versatzstücken der zitierten Rechtsprechung. Neben die in den dargestellten gesellschaftsrechtlichen Zusammenhängen angewandten Bestandteile tritt aber noch das Merkmal des *in einer bestimmten Weise in den Betrieb des Unternehmens Eingegliedertseins*.⁵⁰ Dieses entnimmt der *Gerichtshof* seiner einschlägigen Rechtsprechung⁵¹ zu Art. 5 Nr. 1 EuGVÜ, der entfernt Grundlage für Kapitel II Abschnitt 5 EuGVVO war.

⁴⁴ Es gehe, in den Worten des *Gerichtshofs*, schlicht um die Gewährleistung der „volle[n] Wirksamkeit der [EuGVVO] und insbesondere ihres Art. 18 [Art. 20 n. F.]“, vgl. C-47/14, ECLI:EU:C:2015:574, Rn. 37 – *Holterman Ferbo et al. ./ Spies von Bülllesheim*.

⁴⁵ Wie in *Danosa* unter entsprechender Heranziehung der Rs. *Kiiski* (C-116/06, ECLI:EU:C:2007:536 Rn. 26), vgl. *EuGH*, C-47/14, ECLI:EU:C:2015:574, Rn. 36 – *Holterman Ferbo et al. ./ Spies von Bülllesheim*.

⁴⁶ Vgl. *EuGH*, C-47/14, ECLI:EU:C:2015:574, Rn. 42 – *Holterman Ferbo et al. ./ Spies von Bülllesheim*.

⁴⁷ *Ebd.*, Rn. 43.

⁴⁸ *Knöfel*, ZfA, 2006, 397 (429).

⁴⁹ *Ebd.*

⁵⁰ *EuGH*, C-47/14, ECLI:EU:C:2015:574, Rn. 39 – *Holterman Ferbo et al. ./ Spies von Bülllesheim*.

⁵¹ *EuGH*, C-266/85, ECLI:EU:C:1987:11, Rn. 16 – *Shenavai ./ Kreisler*.

Konkret gibt der *EuGH* dem vorlegenden Gericht somit auf zu prüfen, ob Herr *Spies von Büllersheim*

„in seiner Eigenschaft als Direktor und Geschäftsführer von *Holterman Ferho Exploitatie* während einer bestimmten Zeit für diese Gesellschaft und nach deren Weisung Leistungen erbrachte, für die er als Gegenleistung eine Vergütung erhielt, und zu dieser Gesellschaft in einer dauerhaften Beziehung stand, durch die er in einer bestimmten Weise in ihren Betrieb eingegliedert wurde.“⁵²

Überdies sei das Vorliegen des Unterordnungsverhältnisses auf Grundlage einer individuellen Gesamtbetrachtung zu prüfen.⁵³

Dieses ohnehin eklektische Prüfungsprogramm präzisiert der *EuGH* für den neuralgischen Fall des Gesellschafter-Geschäftsführers dahingehend, dass zu prüfen sei, „inwieweit [dieser] in seiner Eigenschaft als Anteilseigner [...] in der Lage [ist], auf die Willensbildung des Verwaltungsorgans [...] Einfluss zu nehmen.“⁵⁴ Aufschlussreicher sind diesbezüglich die Schlussanträge; Generalanwalt *Cruz Villalón* unterscheidet sorgfältiger als die Richter zwischen Anhaltspunkten, die sich aus der Gesellschafterstellung des Geschäftsführers ergeben und solchen, die auf Grundlage der Satzung und des Anstellungsverhältnisses zu ermitteln sind.⁵⁵ Diesem Ansatz, den auch das Urteil komprimiert wiedergibt, ist logisch eine zweistufige Prüfung⁵⁶ inhärent: Auf einer ersten Stufe ist danach zu fragen, ob *qua* Gesellschaftsstatut⁵⁷ und/oder Anstellungsvertrag abstrakt-prinzipiell ein Unterordnungsverhältnis derart vorliegt, dass der Geschäftsführer bei der Erfüllung seiner Aufgaben der Aufsicht eines anderen, nicht seiner Kontrolle unterliegenden Gesellschaftsorgans untersteht.

Auf Stufe zwei ist zu prüfen, ob der Geschäftsführer vermöge seiner Gesellschafterstellung konkret entscheidenden Einfluss auf die Weisungserteilung ausüben imstande ist. Plastisch gesprochen ist festzustellen, ob sich der

⁵² *EuGH*, C-47/14, ECLI:EU:C:2015:574, Rn. 45 – *Holterman Ferbo et al. ./.* *Spies von Büllersheim*.

⁵³ Unter Rückgriff auf seine *Balkaya*-Rechtsprechung, vgl. *ebd.*, Rn. 46.

⁵⁴ *Ebd.*, Rn. 47.

⁵⁵ Vgl. GA *Cruz Villalón*, Schlussanträge C-47/14, ECLI:EU:C:2015:309, Rn. 32 – *Holterman Ferbo et al. ./.* *Spies von Büllersheim*.

⁵⁶ So auch die Besprechung von *Mankowski*, RIW 2015, 821 (821 f.). *Mankowski* stellt unter Rekurs auf *EuGH*, C-413/13, ECLI:EU:C:2014:2411, Rn. 36 – *FNV Kunsten Informatie en Media ./.* *Staat der Nederlanden*, als weiteres Abgrenzungskriterium auf, dass Arbeitnehmer kein unternehmerisches Risiko tragen und keine eigene unternehmerische Freiheit haben dürfen (822). Dieses ziehen weder der Generalanwalt noch die Richter heran – mit gutem Grund, denn ein Verlustrisiko kann unabhängig von der Beteiligungsquote bestehen, vgl. *Kindler*, IPRax 2016, 115 (117). Kritisch ebenfalls *Lüttringhaus*, EuZW 2015, 904 (906).

⁵⁷ Dieses umfasst neben Gesetz auch die Gesellschaftssatzung.

Geschäftsführer förmlich „seinen eigenen Anweisungen und seinem eigenen Handlungsermessen unterstellt“⁵⁸ – und sozusagen „Insichweisungen“ erteilt.

Weiter nehmen sich die Richter der übergeordneten Frage nach dem Verhältnis der besagten Gerichtsstände an. Falls der *Hoge Raad* feststellen sollte, dass *Spies von Büllesheim* bei Erfüllung seiner Aufgaben für *Holterman Ferbo Exploitatie* keine Arbeitnehmereigenschaft zukam⁵⁹, könne die Klage wegen der ihm zur Last gelegten Verletzung gesellschaftsrechtlicher Pflichten vor dem Vertragsgerichtsstand gemäß Art. 7 Nr. 1 EuGVVO erhoben werden.⁶⁰ Zur Begründung heißt es, dass die Tätigkeit des Geschäftsführers eine enge Verbindung schaffe, die ihrem Wesen nach gegenseitigen Verträgen vergleichbar in der Vertragsfreiheit, im Konsens⁶¹ der Parteien wurzele.⁶²

Soweit das dem Geschäftsführer vorgeworfene Verhalten nicht als Verletzung seiner vertraglichen Verpflichtungen angesehen werden kann, sei allein der Gerichtsstand nach Art. 7 Nr. 2 EuGVVO eröffnet.⁶³ Demnach tritt der Deliktsgerichtsstand zurück, wenn sich zumindest *auch* ein Verstoß gegen vertragliche Pflichten konstruieren lässt.⁶⁴ Insgesamt besteht damit in einem Fall wie dem vorliegenden eine Stufenfolge zwischen den Gerichtsständen in Kapitel II Abschnitt 5, Art. 7 Nr. 1 und Art. 7 Nr. 2 EuGVVO.

IV. Rechtsstellung des GmbH-Geschäftsführers nach deutschem Recht

Da Untersuchungsgegenstand dieser Arbeit die Bedeutung des Urteils für deutsche Organhaftungsfälle mit Auslandsberührung ist, wird *erstens* ein genauer Blick auf die rechtskonstruktive Zwitterstellung erforderlich, die Geschäftsführer beschränkt haftender Kapitalgesellschaften im deutschen Recht einnehmen. *Zweitens* ist zu klären, ob und inwiefern sie im nationalen Kontext als Arbeitnehmer gelten können.

⁵⁸ GA *Cruz Villalón*, Schlussanträge C-47/14, ECLI:EU:C:2015:309, Rn. 31 – *Holterman Ferbo et al. ./.* *Spies von Büllesheim*.

⁵⁹ Vgl. *EuGH*, C-47/14, ECLI:EU:C:2015:574, Rn. 51 – *Holterman Ferbo et al. ./.* *Spies von Büllesheim*.

⁶⁰ *Ebd.*, Rn. 53.

⁶¹ Zum Konsens als Vertragsbegründungsvoraussetzung *Weller*, *Die Vertragstreue*, 2009, S. 67.

⁶² *EuGH*, C-47/14, ECLI:EU:C:2015:574, Rn. 53 f. – *Holterman Ferbo et al. ./.* *Spies von Büllesheim*, unter entsprechender Heranziehung des Urteils in der Rs. C-34/82, ECLI:EU:C:1983:87, Rn. 13 – *Peters Bauunternehmung ./.* *Zuid Nederlandse Aannemers Vereniging*.

⁶³ *EuGH*, C-47/14, ECLI:EU:C:2015:574, Rn. 70 f. – *Holterman Ferbo et al. ./.* *Spies von Büllesheim*. Damit wahrt der *EuGH* seinen Standpunkt in der Rs. C-548/12, ECLI:EU:C:2014:148, Rn. 24-27 – *Brogsitter ./.* *Fräßdorf et al.*

⁶⁴ Vgl. *Lüttringhaus* (Fn. 56), 907.

1. Trennung zwischen Anstellung und Bestellung

Die bisherige Darstellung setzte bereits stillschweigend voraus, dass das deutsche Recht die Unterscheidung zwischen der schuldrechtlichen Anstellung des Geschäftsführers einerseits und dessen organschaftlicher Bestellung (zum Vertreter der Gesellschaft gemäß § 35 GmbHG) andererseits kennt.⁶⁵ Normativ folgt dies aus § 38 Abs. 1 GmbHG⁶⁶, wonach die Bestellung der Geschäftsführer unbeschadet der Entschädigungsansprüche aus bestehenden Verträgen zu jeder Zeit widerruflich ist. Man kann mit der herrschenden Meinung von einem „Prinzip der Trennungstheorie“⁶⁷ sprechen, doch diese Etikettierung suggeriert eine deutsche Besonderheit, die komparativ⁶⁸ ausgelotet keine ist.

Wenngleich weder das anstellungsvertragliche Rechtsverhältnis *im Rechtsinne kausal* für den organschaftlichen Bestellsungsakt noch das Umgekehrte der Fall ist, so kann sich die Verpflichtung doch nur auf die Wahrnehmung einer in Organstellung ausgeübten Tätigkeit beziehen.⁶⁹ Dem Trennungsgrundsatz widerspricht auch nicht, dass die in ihrem Schicksal selbstständigen Rechtsverhältnisse insbesondere bei Beginn und Ende der Tätigkeit Überschneidungen aufweisen.⁷⁰ Ebensowenig folgt daraus, dass sie nicht sinnvoll aufeinander abzustimmen wären.⁷¹

2. Rechtsnatur des Anstellungsverhältnisses und Geltung von Arbeitnehmergrundsätzen

Die typologische Zuordnung des Anstellungsverhältnisses kann als gefestigt gelten, ist aber nicht unumstritten. Vereinzelt wurde es als Arbeitsvertrag

⁶⁵ Vgl. *Saenger*, Gesellschaftsrecht, 3. Aufl. 2015, Rn. 773.

⁶⁶ Vgl. *Jaeger*, in: MüKo-GmbHG II, 2. Aufl. 2016, § 35 GmbHG Rn. 391.

⁶⁷ So *Jaeger* (Fn. 65), § 35 GmbHG Rn. 248; ähnlich *Altmeyden*, in: Roth/Altmeyden, 8. Aufl. 2015, § 6 GmbHG Rn. 44; *Kleindiek*, in: Lutter/Hommelhoff, 18. Aufl. 2012, § 6 GmbHG, Anh. Rn. 2; st. Rspr., zuletzt *BGH*, NZG 2010, 827 (827 f.).

⁶⁸ Vgl. zur holländischen BV *Hinner*, Die Einführung der „Besloten vennootschap“ in den Niederlanden, 1976, S. 153 ff.; zum *Gérant* der französischen SARL *Maul*, RIW 2000, 364 (364 f.) (gleichwohl ist die deutsche GmbH vielfach Vorbild für ausländische Gesellschaftsformen gewesen).

⁶⁹ U.a. deswegen wird das Rechtsverhältnis von manchen als Einheit begriffen, vgl. u.a. *Reuter*, Bestellung und Anstellung von Organmitgliedern im Körperschaftsrecht, FS Zöllner I, 1998, S. 487 (496).

⁷⁰ *Altmeyden* (Fn. 67), § 6 GmbHG Rn. 44.

⁷¹ *Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2012, § 14 III (S. 417). Exemplarisch seien Koppelungsklauseln im Anstellungsvertrag genannt, vgl. *Jaeger* (Fn. 65), § 35 GmbHG Rn. 249.

qualifiziert.⁷² Mit dieser Linie verschlungen, aber nichtsdestotrotz kategorial und „dogmengeschichtlich“ hiervon zu unterscheiden ist die (einst herrschende⁷³) Ansicht, die auf Grundlage der jegliche Trennungsnotwendigkeit negierenden „Einheitstheorie“ einen monistisch gedachten „Geschäftsführungsvertrag“⁷⁴ annimmt. Ihre Fürsprecher arbeiten sich weniger an der Frage ab, aus welchen Gründen das Anstellungsverhältnis als genuiner Arbeitsvertrag einzuordnen ist, sondern nehmen eine Art wertende materielle Gesamtbetrachtung vor.⁷⁵ Deren Ergebnis kann denn in der Annahme eines Arbeitsvertrages bestehen.

Indessen haben das *RG*⁷⁶ schon früh, der *BGH*⁷⁷ und – etwas restriktiver – das *BAG*⁷⁸ die Feststellung getroffen, dass die Anstellung des Geschäftsführers dienstvertraglicher Natur ist. Dies wird von der dominanten Auffassung im Schrifttum⁷⁹ geteilt. Eine Stütze findet diese Ansicht in § 37 Abs. 1 GmbHG,

⁷² Vgl. etwa *Wank/Maties*, NZA 2007, 353 (354); *Wank*, Der Fremdgeschäftsführer der GmbH als Arbeitnehmer, in: FS Wiedemann, 2002, S. 587 ff.; *Annufß*, ZinsO 2001, 344 (345).

⁷³ Für einen historisch-chronologischen, gründlichen Abriss siehe *Baums*, Der Geschäftsleitervertrag, 1987, S. 9 ff.

⁷⁴ Vgl. *Diller*, Gesellschafter und Gesellschaftsorgane als Arbeitnehmer, 1994, S. 82 bei Fn. 85.

⁷⁵ Sämtliche Begründungsversuche kranken – bei allem scholastischen Scharfsinn – daran, dass sie die Arbeitnehmereigenschaft von Organmitgliedern geradezu frei phänomenologisch ausmachen wollen. Die trennende Betrachtung ist indes *nicht* von der oft monierten Künstlichkeit; vielmehr muss man gerade beide Rechtsverhältnisse im Blick haben, um den vertragliche Komponente, also den Anstellungsvertrag, richtig zu qualifizieren. Denn selbst wenn der schuldrechtliche Vertrag alle Merkmale eines Arbeitsverhältnisses aufweist, wird der Anstellungsvertrag vom organschaftlichen Bestellungsverhältnis *überlagert*: Alle wesentlichen Aufgaben des Geschäftsführer sind originär gesellschaftsrechtlich vermittelte, und der Abschluss eines Anstellungsvertrages *setzt* die Organstellung *voraus*. Hingegen ein „Primat der Organstellung“ ablehnend *Groß*, Das Anstellungsverhältnis des GmbH-Geschäftsführers im Zivil-, Arbeits-, Sozialversicherungs- und Steuerrecht, 1987, S. 103; der „Vorrangthese“ eine zu formalistische Denkweise vorwerfend *Hensler*, RdA 1992, 289 (292).

⁷⁶ RG, JW 01, 542.

⁷⁷ BGHZ 36, 142, 143; *BGH* NJW 1981, 1270; *BGH* NJW 2000, 1864 (1865). Vereinzelt wird noch auf den Geschäftsbesorgungscharakter der dienstvertraglichen Tätigkeit abgestellt, vgl. *BGH* NZG 2010, 827 (827 f.); *Zöllner/Noack*, in: Baumbach/Hueck, 20. Aufl. 2013, § 35 GmbHG, Rn. 172.

⁷⁸ *BAG*, NZA 2006, 366 (367). In Ausnahmefällen hält das *BAG* das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses für möglich, z.B. wenn dem Geschäftsführer in außergewöhnlicher, den Umfang der gesellschaftsrechtlichen Weisungen nach § 37 Abs. 1 GmbHG übersteigender Weise arbeitsbegleitende Weisungen erteilt und damit die genauen Modalitäten seiner Dienstleistung vorgegeben werden, vgl. *BAG*, NZA 1999, 987 (989).

⁷⁹ *Altmeppen* (Fn. 67), § 6 GmbHG Rn. 73; *Jaeger* (Fn. 65), § 35 GmbHG Rn. 278; *Kleindiek* (Fn. 67), § 6 GmbHG Anh. Rn. 3; *Zöllner/Noack* (Fn. 77), § 35 GmbHG Rn. 172; *Diller* (Fn. 74), S. 137 ff.

wonach die Bindung des Geschäftsführers an Weisungen der Gesellschaft nur die Pflichten aus dem organschaftlichen Bestellungsverhältnis betrifft. Außerdem nähmen Geschäftsführer gemäß dem Wesen ihrer Aufgaben ihrerseits funktional eine Arbeitgeberrolle ein (sie üben das Direktionsrecht des Arbeitgebers aus, nominell vermittelt über § 315 BGB).⁸⁰ Dem lässt sich zwar entgegensetzen, dass Geschäftsführern eben nur in Relation zu „einfachen“ Arbeitnehmern Arbeitgebereneigenschaft zukommt. Dies ist jedoch weniger ein Argument gegen den „nur“ dienstvertraglichen Charakter der *komplementär* zum Bestellungsverhältnis im Anstellungsvertrag geregelten Rahmenbedingungen, sondern geradezu eine Ebenenverwechslung, welche den Trennungsgrundsatz missachtet: Anstellungsbezogene Weisungen sind zwar denkbar, doch betreffen Weisungen in der Regel nur die Organeigenschaft und *konkretisieren* damit das Bestellungsverhältnis.

Weiter spricht gegen eine Einordnung als Arbeitnehmer, dass nur Organmitglieder nach § 35 Abs. 1 GmbHG zur Vertretung der Gesellschaft berufen sind und daher sie es sind, die gegenüber allen Arbeitnehmern die oberste Leitungsbefugnis ausüben. Schließlich wäre die Gesellschaft ohne diesen repräsentationsrechtlichen Umstand, wie eingangs dargestellt⁸¹, gar nicht handlungsfähig.

Auch korrespondiert diese Einordnung mit diversen gesetzlichen Bestimmungen. Zum einen stipuliert § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG, dass Mitglieder der Vertretungsorgane juristischer Personen aus arbeitsprozessrechtlicher Sicht nicht als Arbeitnehmer gelten. Diese unwiderlegliche Fiktion⁸² wird zum anderen durch materielle rechtliche Wertungen flankiert. So sind Kapitalgesellschaftsgeschäftsführer als Mitglieder von Vertretungsorganen nach § 14 Abs. 1 Nr. 1 KSchG vom allgemeinen Kündigungsschutz, nach § 17 Abs. 5 Nr. 3 KSchG vom Massenentlassungsschutz ausgeklammert.⁸³

⁸⁰ G. Hueck, Bemerkungen zum Anstellungsverhältnis von Organmitgliedern juristischer Personen, in: FS Hilger/Stumpf, 1983, S. 365 (375 f.); Martens, Vertretungsorgan und Arbeitnehmerstatus in konzernabhängigen Gesellschaften, in: FS Hilger/Stumpf, 1983, S. 437 (441); Jaeger (Fn. 65), § 35 GmbHG Rn. 278.

⁸¹ *Supra* unter I.

⁸² Hohmann, ArbGG, 3. Aufl. 2014, § 5 ArbGG Rn. 4.

⁸³ Obschon diese normativen Festlegungen gern als Beleg für die fehlende Arbeitnehmereigenschaft angeführt werden (Brachert, Organmitgliedschaft und Arbeitnehmerstatus, 1991, S. 86; A. Hueck, DB 54, 274 (275); Molitor, AG 1957, 193 (194)), folgt der Negativstatus streng genommen nicht *aus ihnen*. Vielmehr *korrelieren* die Bestimmungen mit der unabhängig davon begründbaren (und soeben begründeten) These, dass das Proprium der spezifischen Geschäftsführertätigkeit aus dessen Bestellung als Gesellschaftsorgan fließt und dieses gesellschaftsrechtliche Verhältnis das schuldvertragliche

Freilich ist die hier stark gemachte Position eine sehr formalistische; sie zieht ihr argumentatives Kapital aus dem „rechtstechnischen Handlungssystem der juristischen Person.“⁸⁴ Entsprechend hat sich – auch auf dem Boden der Trennungstheorie – eine eher materiell inspirierte Sichtweise formiert. Zuzugeben ist dieser, dass rechtstatsächlich ein „gravierendes Niveaufälle innerhalb der Anstellungskonditionen“⁸⁵ zu beobachten ist. Leitende Angestellte auf unteren Führungsebenen eines Großunternehmens seien teils „beruflich besser abgesichert“ als Geschäftsführer mittelständischer Unternehmen ohne Beteiligungsbesitz.⁸⁶

Eine gewisse Ambivalenz in der Verknennung des Arbeitnehmerstatus solcher „subalternen“ Geschäftsführer ist einzuräumen. Nimmt man diese wirtschaftlichen und soziologischen Realitäten ernst, sollte indessen das Kind auch nicht mit dem Bade ausgeschüttet werden: Mit einem Paradigmenwechsel gen Arbeitsvertragstypizität handelte man sich auch das arbeitsrechtliche Schutzprinzip ein, das mit einer Einschränkung der Vertragsfreiheit i.S.d. Art. 2 Abs. 1 GG einherginge. Wenn ein Geschäftsführer mit der ihn zu ihrem Organ bestellenden Gesellschaft explizit einen Arbeitsvertrag schließt, ist dies selbstverständlich möglich.

In der vorliegenden Untersuchung soll es aber nicht um kasuistische Atypik bzw. den Sollenzustand im deutschen Recht gehen, sondern es sollen die – als dogmatisch richtig und systemgerecht erachteten und/oder im Praktischen für wahrscheinlich gehaltenen – Auswirkungen des Urteils auf Grundlage der bisherigen nationalen Rechtsprechung erörtert werden. Daher wollen wir davon ausgehen, dass *erstens* die Zuordnung des Anstellungsverhältnisses zum Häufigkeitstyp⁸⁷ Dienstvertrag im Wege der Gesamtbetrachtung überwiegend

überlagert. Die Zweckrichtung etwa des § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG, im „Arbeitgeberlager“ (*Reinecke*, ZIP 1997, 1525 (1528)) angesiedelte „Hausstreitigkeiten“ (*BAG*, NJW 2003, 3290 (3291)) zu vermeiden, reicht für sich genommen nicht, um die Nichtarbeitnehmereigenschaft des Geschäftsführers zu begründen. Ein weiteres Beispiel: Im Falle des § 14 Abs. 1 Nr. 1 KSchG ist der Gesetzgeber davon ausgegangen, dass die dort bezeichneten Personengruppen regelmäßig als Arbeitgeber in Erscheinung treten, vgl. *Hergenröder*, in: MüKo-BGB IV, 6. Aufl. 2012, § 14 KSchG Rn. 1. Mehr als ein typisierendes Pauschalverdikt folgt aber aus dem Paragraphen nicht – hingegen ist die Arbeitgeberrolle im Rahmen der Qualifizierung des Anstellungsverhältnisses nur ein Gesichtspunkt unter mehreren.

⁸⁴ *Martens* (Fn. 80), S. 441.

⁸⁵ *Ebd.*

⁸⁶ *Ebd.*

⁸⁷ Dieser erhellende Begriff entspringt der Jurisprudenz *Oechslers* (vgl. *Gerechtigkeit im modernen Austauschvertrag*, 1997, S. 140, 303 ff. *et passim*).

zutrifft und *zweitens* Organmitgliedschaft und Arbeitnehmereigenschaft regelmäßig inkompatibel sind.

Trotzdem sei bemerkt, dass nach Ansicht des *Verfassers* nichts gegen eine konkrete gerichtliche Einzelfallbetrachtung⁸⁸ spricht; es ist schlicht nicht ersichtlich, warum ein deontologisches Einzelfall(gerechtigkeits)interesse in diesen Konstellationen mit teleologischer Folgenorientierung kollidieren müsste.

Es ist festzuhalten: Die Trennung zwischen *Anstellung* und *Bestellung* ist Signifikat der Rechtsstellung des GmbH-Geschäftsführers. Ein Widerruf der Bestellung schlägt nicht auf das schuldvertragliche Anstellungsverhältnis durch. Das Anstellungsverhältnis ist nach herrschender Meinung ein dienstvertragliches. In erster Linie aus dem (formalen) Primat des Bestellungsverhältnisses folgt, dass GmbH-Geschäftsführer im deutschen Recht – ungeachtet des Inhalts des (nicht als Arbeitsvertrag gewollten) Anstellungsvertrages – *keine* Arbeitnehmer sind. Im Falle von Regelungslücken können arbeitsrechtliche Bestimmungen analog konsultiert werden.⁸⁹

Diesem steht diametral gegenüber die *Gesamtbetrachtung* des *EuGH*, wonach das Trennungsdogma als interne Eigenheit für die nach autonom entwickelten Kriterien erfolgende Ermittlung der Arbeitnehmereigenschaft irrelevant ist. Konsequenz dieser neueren Rechtsprechung ist, dass auch die konkrete Ausgestaltung des Bestellungsverhältnisses für die Subsumtion unter den autonomen Arbeitnehmerbegriff maßgeblich sein kann.

V. Auswirkungen der Entscheidung

1. Prinzipielle Maßgeblichkeit des Gesellschaftsstatuts für die Erstfrage des Weisungsrechts

Ob zwischen einem Geschäftsführer und einer Gesellschaft ein Arbeitsvertrag i.S.v. Art. 20 EuGVVO vorliegt, ist nach der Rechtsprechung in *Danosa* und *Spies von Büllsheim* nur mittels Analyse der Weisungsgebundenheit und der Abberufungsmöglichkeiten im jeweiligen Einzelfall festzustellen. Die Frage nach dem Vorliegen eines solchen präjudiziellen Rechtsverhältnisses, die sich

⁸⁸ Eine solche Lösung wäre für den Umstand empfänglich, dass pauschale Schlüsse vom Faktischen auf die Rechtslage auf diesem Gebiet sehr problematisch sind, wie die Auswertung von *Diller* (Fn. 74; S. 131 f.) ergibt. Denn zahlreiche Schilderungen der wirtschaftlichen und autoritativen Stellung von Geschäftsführern sind nur darin signifikant, dass sie sich aufgrund der großen Bandbreite unterschiedlich großer Gesellschaften (v.a. in der Form der GmbH) eklatant widersprechen, vgl. ebd.

⁸⁹ Siehe z.B. BGHZ 91, 217. Wann eine Regelungslücke vorliegt, ist im Einzelnen hoch umstritten, vgl. *Baumann*, in: Oppenländer/Trörlitzsch, Praxishandbuch der GmbH-Geschäftsführung, 2. Aufl. 2011, § 13 Rn. 16 f.

gemeinhin im Tatbestand einer Kollisionsnorm stellt, ist nach geläufiger Terminologie eine *Erstfrage* (auch *kollisionsrechtliche Vorfrage* oder *Vorfrage i.m.S.*).⁹⁰ Ihr Auftreten im Rahmen einer Norm des Europäischen Zivilprozessrechts ist zwar selten⁹¹, doch stellt sie sich faktisch und ist dies rechtslogisch ohne Weiteres möglich⁹².

Den sachrechtlichen Schlüssel für die Bildung des Untersatzes⁹³ liefert, wie die vorstehenden Ausführungen gezeigt haben, tendenziell allein das Bestellungsverhältnis. Basal gesprochen erfolgt also kein Rückgriff auf das *prima vista* relevant erscheinende Arbeitsvertragsstatut, sondern auf das Gesellschaftsstatut. Dies ist methodisch kontraintuitiv, folgt aber – ausnahmsweise – aus der Natur der Sache: „Transmissionsriemen“ für diese Ausstrahlung des gesellschaftsrechtlich konstituierten Bestellungsverhältnisses auf das Vertragsrecht ist die Tatsache, dass die Suche nach einer prospektiven, Weisungen erteilenden Arbeitgeberentität notwendig in die Sphäre der Gesellschafterversammlung führt.⁹⁴ Umgekehrt wird, wenn ein Organ *qua* Gesellschaftsstatut keinen Weisungen unterliegt, kein anderes Organ existieren, das Weisungen erteilen könnte.⁹⁵

Es könnte freilich in Ermangelung eines europäisch einheitlichen Internationalen Gesellschaftsrechts vor den Gerichten verschiedener Mitgliedstaaten unterschiedliches Recht als Gesellschaftsstatut herangezogen werden. Für eine selbständige Erstfragenanknüpfung, d. h. *lege fori*, spricht in Bereichen des (noch) nicht harmonisierten Rechts wie dem Internationalen Gesellschaftsrecht,

⁹⁰ Der Begriff ist eine Prägung von Jochem, FamRZ 1964, 392 (392 ff.); vgl. ferner Kropholler, IPR, 6. Aufl. 2006, § 32 (S. 221 ff.); v. Bar/Mankowski, IPR I, 2. Aufl. 2003, § 7 Rn. 186; v. Hein, in: MüKo-BGB X, 6. Aufl. 2015, Einleitung IPR Rn. 161. Sehr kritisch Kegel/Schurig, 9. Aufl. 2004, IPR, § 9 II 1 (S. 381); Sturm/Sturm, in: Staudinger BGB, 2012, Einleitung IPR Rn. 290.

⁹¹ Schlicht deshalb, weil andere europäisch-autonom geprägte Systembegriffe für den Rechtsanwender vergleichsweise einfach zu handhaben sind („Vertrag“, „unerlaubte Handlung“, „Eigentum“ etc.).

⁹² Lorenz, in: BeckOK-BGB, Ed. 37, Stand: 01.11.2015, EGBGB Rn. 64; Mankowski, RIW 2015, 821 (822).

⁹³ IPR-methodisch zulässig wäre die Aussage, dass hier im Rahmen der Untersatzbildung eine Qualifikationsverweisung erfolgt, vgl. Mankowski, in: Rauscher I, 4. Aufl. 2015, Art. 20 Brüssel Ia-VO Rn. 29. Dieser auf Jayme (ZfRV 1976, 93 ff.) zurückgehende Begriff sollte hier aber – so zutreffend die Beobachtung ist – sorgsam benutzt werden, bezieht er sich doch gewöhnlich auf eine im Tatbestand einer Kollisionsnorm positiv niedergelegte Bestimmung, dass ein Begriff nach einer anderen Rechtsordnung zu qualifizieren ist (wie etwa in Art. 4 Abs. 2 RL 96/71/EG). Damit meint dieses Instrument eine Ausnahme von der funktional-teleologischen Qualifikation, wie sie auch (in problematischen Fällen) bei Vorfragen erfolgen kann.

⁹⁴ Vgl. Mankowski, RIW 2004, 167 (169 f.).

⁹⁵ Mankowski (Fn. 93), Art. 20 Brüssel Ia-VO Rn. 29.

dass der Unionsgesetzgeber eine Nähebeziehung zur *lex fori* gerade durch die Zuständigkeit hervorgehoben hat.⁹⁶ Zudem sind die Zuständigkeitsregelungen eines älteren Datums als das Europäische Kollisionsrecht.⁹⁷ Andererseits lässt sich eben eine solche Nähe – und dies wiederum unter Verweis auf den Gesetzgeber, nun in seiner Fakultät als gemeinsames Kollisionsrecht erlassender – zur *lex causae* postulieren.⁹⁸ Die Frage der Form der Anknüpfung dürfte aber müßig sein, wenn die *lex fori* ein (funktionelles) Äquivalent zur Trennungstheorie kennt.⁹⁹

Und nochmals: Das Gesellschaftsrecht *überlagert* hier, bildhaft gesprochen, das Arbeitsrecht.¹⁰⁰ Wären die Merkmale der Weisungsmodalitäten und Abberufbarkeit nicht prägende Bestandteile der europäisch-autonomen Arbeitnehmerdefinition, stellte sich im Rahmen von Art. 20 EuGVVO keine Erstfrage. Dass an dieser Stelle ein Ausgriff auf nur entfernt „benachbartes“ gesellschaftsrechtliches Terrain vonnöten ist, ist dem seltenen Umstand einer solch hybriden Definition geschuldet. Denkt man daher das Gesellschaftsstatut an die Stelle des Arbeitsvertragsstatuts, wird die Nähe der Erstfrage zum auf die Hauptfrage anzuwendenden Recht deutlich.

Die besseren Gründe sprechen somit auch für eine Vorfragenanknüpfung *lege causae*. In den denkbar häufigsten Fällen von Haftungsklagen einer deutschen GmbH gegen ihren Geschäftsführer wird die Auslandsberührung in dem Umstand eines externen Wohnsitzes des Leitungsorgans liegen, sodass bei Tätigkeit in Deutschland deutsches Gesellschaftsrecht zu befragen wäre. In Konstellationen, in denen eine als Holding operierende GmbH ihren Geschäftsführer vor einem ausländischen Gericht verklagt bzw. verklagen müsste, erscheint es ohnehin sachnäher, die Weisungsbindung „nach oben“ an den Unternehmensträger heranzuziehen. Darüber, wie die Gerichte tatsächlich vorgehen würden, lässt sich aber letztlich nur spekulieren.

⁹⁶ Gössl, ZfRv 2011, 65 (69).

⁹⁷ Das EVÜ wurde am 19.06.1980 erlassen, das EuGVÜ am 27.09.1968.

⁹⁸ Gössl (Fn. 96), 69; ablehnend Schurig, Die Struktur des kollisionsrechtlichen Vorfragenproblems, in: FS Kegel, 1987, S. 549 (576 f.).

⁹⁹ In den Niederlanden und Frankreich, den beiden wichtigsten europäischen Handelspartnern Deutschlands, ist dies beispielsweise der Fall.

¹⁰⁰ Vgl. Mankowski (Fn. 93), Art. 20 Brüssel Ia-VO Rn. 29.

2. Wenn Geschäftsführer Arbeitnehmer i.S.v. Art. 20 EuGVVO

a) Internationale Zuständigkeit bei Haftungsklagen einer deutschen GmbH gegen ihren Geschäftsführer

Bei Haftungsklagen ist gemäß dem Trennungsdanken zu unterscheiden zwischen der Haftung aus dem Anstellungsvertrag und der Organhaftung. Bei letzterer ist entlang den einzelnen Haftungstatbeständen zu differenzieren.

(aa) Organhaftung

(1) Schmälerung der Insolvenzmasse, § 64 Satz 1 GmbHG

Sieht man den Hauptzweck der insolvenzrechtlichen Masseschmälerung nach § 64 Satz 1 GmbHG mit der wohl herrschenden Meinung in der Wahrung des europaweit anerkannten *par conditio creditorum*-Grundsatzes (Gläubigergleichbehandlung), ist die Vorschrift insolvenzrechtlich zu qualifizieren.¹⁰¹ Wegen des prozessualen Interesses der Gläubiger und des Insolvenzverwalters unterliegen die diesbezüglichen Verfahren der *vis attractiva concursus* analog Art. 3 Abs. 1 EuInsVO.¹⁰² Entstand allerdings vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens ein als gesellschaftsrechtlich qualifizierter Haftungsanspruch unabhängig von der Insolvenz, bleibt das Gesellschaftsstatut maßgeblich.¹⁰³ Mit dieser Konstellation dürfte vor allem die Geschäftsführerhaftung nach § 43 Abs. 2 GmbHG angesprochen sein.

(2) Allgemeine Geschäftsführerhaftung, § 43 Abs. 2 GmbHG

Möchte eine deutsche GmbH ihren Geschäftsführer aus dem Generaltatbestand des § 43 Abs. 2 GmbHG in Haftung nehmen, war nach bisheriger praktischer Übung eine internationale Zuständigkeit gemäß Art. 7 Nr. 1 lit. b EuGVVO am Sitz der Gesellschaft gegeben.¹⁰⁴ Nach *Spies von Büllersheim* wird dieser Gerichtsstand zugunsten der Zuständigkeitskonzentration in den Artt. 20-23 EuGVVO weichen, wenn und soweit der Geschäftsführer Arbeitnehmer im unionalen Sinne ist. Dies ist bei Geschäftsführern einer deutschen GmbH der Fall, wenn den Gesellschaftern oder anderen Unternehmensorganen gegenüber dem Geschäftsführer Weisungsrechte zustehen. Das Merkmal der jederzeitigen Abberufbarkeit ist beim GmbH-Geschäftsleiter, wie das Urteil in *Balkaya* gezeigt hat, kraft §§ 38 Abs. 1, 46 Nr. 5 GmbHG stets erfüllt. Fremd-

¹⁰¹ Vgl. *Hübner*, IPRax 2015, 297 ff.; *Weller/Schulz*, IPRax 2014, 336 (338, 340); zuletzt *Weller/Harms*, IPRax 2016, 119 (121).

¹⁰² Wohl h.M., vgl. *Kindler*, in: MüKo-BGB XI, 6. Aufl. 2015, Art. 4 EuInsVO Rn. 87.

¹⁰³ *Weller*, MüKo-GmbHG II, 2. Aufl. 2016, Einleitung IntGesR, Rn. 403.

¹⁰⁴ Vgl. *LG Bonn*, BeckRS 2011, 21269.

geschäftsführer (§ 6 Abs. 3 Satz 1 Alt. 2 GmbHG) sind damit auf Begriffsebene der EuGVVO Arbeitnehmer.

Gesellschafter-Geschäftsführer (§ 6 Abs. 3 Satz 1 Alt. 1 GmbHG) mit Minderheitsbeteiligung gelten für die Zwecke der internationalen Zuständigkeitsbegründung als Arbeitnehmer, wenn sie keinen maßgeblichen Einfluss auf die Weisungserteilung nehmen können.¹⁰⁵ Prüfungslogisch erfolgt diese Untersuchung nach Feststellung des abstrakten Unterordnungsverhältnisses auf der zweiten Stufe des obig beschriebenen Schemas¹⁰⁶. Neben Umständen satzungrechtlichen und rein tatsächlichen Ursprungs bietet es sich im Sinne einer rechtsakts- und rechtsgebietsübergreifenden Systemkohärenz an, die in Umsetzung der Bilanzrichtlinie¹⁰⁷ kodifizierten Beherrschungsindizien in § 290 Abs. 2 HGB entsprechend heranzuziehen.¹⁰⁸ Nach dem Gedanken des § 290 Abs. 2 Nr. 1 HGB hätte demnach ein Gesellschafter beherrschenden Einfluss aufgrund seiner Stimmrechtsmehrheit in der Gesellschaft. Dies gilt *a maiore ad minus* genauso bei Gesellschaftern-Geschäftsführern, die über eine für die – auch nur potentielle – Ausübung einer satzungsmäßig zugelassenen Sperrminorität ausreichende Beteiligung verfügen. Ebenso könnte das Recht eines Gesellschafter-Geschäftsführers, „die Mehrheit der Mitglieder des die Finanz- und Geschäftspolitik bestimmenden Verwaltungs-, Leistungs- oder Aufsichtsorgans zu bestellen oder abzuberufen“ (§ 290 Abs. 2 Nr. 2 HGB) zum Ausschluss der Arbeitnehmereigenschaft führen.

(bb) Haftung aus dem Anstellungsvertrag

Wenn der Anstellungsvertrag die kraft Bestellung zustande kommende Organfunktion *präzisiert*, so leuchtet ein, dass organschaftliche Pflichten zu vertraglichen werden. Sofern die Pflichtenprogramme aus der Organstellung und dem Vertrag kongruent sind, verpflichtet sich der Geschäftsführer auch schuldrechtlich zur Wahrnehmung seiner Organpflichten.¹⁰⁹ In diesem Fall der kontraktualen Spiegelung von Organpflichten nimmt die Haftung aus § 43 Abs. 2 GmbHG jene aus dem Anstellungsvertrag als speziellere in sich auf.¹¹⁰

¹⁰⁵ GA Cruz Villalón, Schlussanträge C-47/14, ECLI:EU:C:2015:309, Rn. 31 – *Holterman Ferbo et al. ./ Spies von Büllersheim*.

¹⁰⁶ Siehe *supra* unter III. 3.

¹⁰⁷ RL 2013/34/EU.

¹⁰⁸ So auch *Kindler* (Fn. 56), 117.

¹⁰⁹ Vgl. *Haas/Ziemons*, in: Michalski II, 2. Aufl. 2010, § 43 GmbHG Rn. 5.

¹¹⁰ St. Rspr., vgl. *BGH*, NJW-RR 1989, 1255 (1256); zuletzt *BGH*, NJW-RR 2008, 484; *Altmeppen* (Fn. 67), § 43 GmbHG Rn. 2; *Fleischer*, in: MüKo-GmbHG II, 2. Aufl. 2016, § 43 Rn. 8; *Kleindiek* (Fn. 67), § 43 GmbHG Rn. 6; *Oetker*, in: Henssler/Strohn, 2. Aufl. 2014, § 43 GmbHG Rn. 3; *Zöllner/Noack* (Fn. 77), § 43 GmbHG Rn. 4; *Baums* (Fn. 73), S. 212; Vertreter einer Mindermeinung streiten für eine Idealkonkurrenz beider An-

Damit scheidet eine originäre Haftung aus dem Anstellungsvertrag aus, sei es auch, dass der Anstellungsvertrag in Erweiterung von § 43 Abs. 1 GmbHG einen Verschuldensmaßstab positiviert.

Der Geschäftsführer kann folglich daneben über § 280 Abs. 1 BGB ersatzpflichtig nur sein, wenn die Vertragspflichten keine sachliche Nähe zur Organstellung aufweisen.¹¹¹ Dies wird angenommen, wenn der Anstellungsvertrag Schutzwirkung für Dritte entfaltet oder gegenüber einem Dritten besteht.¹¹² Weiter kann den Gesellschafter-Geschäftsführer eine von § 43 Abs. 2 GmbHG unabhängige Haftung wegen Verletzung seiner mitgliederschäftlichen Treuepflicht treffen.¹¹³ Auch deliktischen Ansprüchen aus §§ 826, 823 Abs. 2 BGB i.V.m. einem Schutzgesetz (z.B. § 15a InsO) können sich Geschäftsführer ausgesetzt sehen.¹¹⁴

Diese Fälle der Haftung *aus dem Anstellungsvertrag* nehmen dem Beklagten aber nichts von seiner prospektiven Arbeitnehmereigenschaft im europäisch-autonomen Sinne. Nach gesetzlichen wie nach anstellungsvertraglichen Haftungsgrundlagen kann er in seiner Eigenschaft als Geschäftsführer betroffen sein. Diese Verwerfung der rechtlich binären Organkonstituiertheit ist gerade die Aussage der Gesamtbetrachtung des *EuGH*. Damit wirkt sich der Haftungsgrund nicht auf die internationale Zuständigkeit nach der EuGVVO aus.

b) Auswirkungen auf Art. 8 Rom I-VO und die arbeitsrechtliche Stellung von Organmitgliedern

Die Übertragung der eigentümlichen Konturen des unionsrechtlich-autonomen Arbeitnehmerbegriffs auf die EuGVVO legt nahe, dass der *EuGH* im Rahmen des Art. 8 Rom I-VO einen – in Bezug auf die gesellschaftsrechtlichen Spezifika – identischen Begriff zugrunde legen könnte.¹¹⁵ Leitmotivisch folgt dies aus Erwägungsgrund 7 Rom I-VO, wonach der materielle Anwendungsbereich und die Bestimmungen der Verordnung mit der EuGVVO und der Rom II-VO im Einklang stehen sollten.

sprüche (z.B. *Fleck*, ZIP 1991, 1269 (1270); *U. Hübner*, Managerhaftung, 1992, S. 37 f.), erstrecken jedoch die Verjährungsfrist des § 43 Abs. 4 GmbHG auf die Vertragshaftung, sodass die Unterscheidung rechtspraktisch ins Leere läuft, vgl. *Fleischer*, in *MüKo-GmbHG II*, 2. Aufl. 2016, § 43 GmbHG Rn. 8.

¹¹¹ *Fleischer*, ebd.

¹¹² *Zöllner/Noack* (Fn. 77), § 43 GmbHG Rn. 4.

¹¹³ *Paefgen*, in: *Ulmer/Habersack/Löbbecke II*, 2. Aufl. 2014, § 43 GmbHG Rn. 5; *Zöllner/Noack* (Fn. 77), § 43 GmbHG Rn. 62.

¹¹⁴ *Paefgen*, ebd.; *Zöllner/Noack* (Fn. 77), § 43 GmbHG Rn. 62a.

¹¹⁵ *Lüttringhaus* (Fn. 56), 906; *ders.*, *RabelsZ* (77) 2013, 31 (50).

Daraus, dass der Rechtsanwender für vordergründig semantische, eine innere Systematik suggerierende Überschneidungen in den Sekundärrechtsakten des europäischen Internationalen Privat- und Zivilverfahrensrechts empfänglich sein soll¹¹⁶, folgt jedoch nicht automatisch, dass den Rechtsbegriffen rechtsaktübergreifend um jeden Preis gleichlaufende Konturen zu verleihen sind. Im Folgenden ist umfassend zu diskutieren, ob und inwieweit genuin arbeitsrechtliche Streitgegenstände durch die Entscheidung eine andere Handhabung verdienen. Angesprochen ist hiermit die umgekehrte Konstellation zu *Spies von Büllenheim*, in der ein Geschäftsführer „seine“ GmbH verklagt.

aa) Verdrängung des Gesellschaftsstatuts durch das Arbeitsvertragsstatut

Soweit eine subjektive Anknüpfung mangels Rechtswahl (nach Art. 8 Abs. 1 i.V.m. Art. 3 Rom I-VO) ausscheidet, „unterliegt der Arbeitsvertrag dem Recht des Staates, in dem oder andernfalls von dem aus der Arbeitnehmer in Erfüllung des Vertrags gewöhnlich seine Arbeit verrichtet“, Art. 8 Abs. 2 Satz 1 Rom I-VO. Verfährt man nun bei konsequenter Übertragung der Erkenntnisse des *EuGH* zu Art. 20 EuGVVO, stellt sich zunächst die Erstfrage nach dem Vorliegen eines solchen Vertrages. Sie führt im Rahmen der materiellen Kollisionsnorm des Art. 8 Abs. 2 Satz 1 Rom I-VO, in ihrem „natürlichen Umfeld“, zu demselben Anknüpfungspunkt: Die für die relevanten Kriterien der Weisungsgebundenheit und der jederzeitigen Abberufbarkeit aufschlussreichen Umstände wären in Gemäßheit der Gesamtbetrachtung zu erforschen, also nicht nur anhand des Anstellungsvertrages, sondern maßgeblich nach den gesellschaftsrechtlichen Bestimmungen zum Verhältnis der Gesellschaft und ihrer Organe samt der satzungsmäßigen Ausdifferenzierung des Bestellungsverhältnisses. Kurzum, es wäre das Gesellschaftsstatut zu konsultieren.

Bei positivem Befund läge ein Arbeitsvertrag – auch – i.S.d. Art. 8 Rom I-VO vor. Versteht man diesen holistisch so, dass für die Zwecke einer einheitlichen europäisch-autonomen Arbeitnehmerdefinition die Rechtsstellung des Geschäftsführers gleichsam in diesem unionsrechtlich überformten Arbeitsvertragsbegriff aufgeht (Gesamtbetrachtung), könnte das Bestellungsverhältnis dem *qua* Art. 8 Rom I-VO berufenen Arbeitsvertragsstatut und *nur diesem* zuzuschlagen sein. Art. 8 Rom I-VO könnte, mit anderen Worten, auch im Bestellungsverhältnis Geltung beanspruchen.

¹¹⁶ *Mankowski* (Fn. 93), Art. 20 Brüssel Ia-VO Rn. 9: „Hilfe kann ein Blick auf Art. 8 Rom I-VO versprechen“.

bb) Mehrfachqualifikation als gesellschafts- und arbeitsrechtlich

Die vorgenannte Handhabung stellte allerdings eine „scharfe“ Lösung dar, denn das Bestellungsverhältnis unterfiele nicht mehr dem Gesellschaftsstatut, eventuell gar ausländischem Arbeitsrecht.¹¹⁷ Es erscheint nicht sachgerecht, dem Bestellungsverhältnis seine internrechtlich eindeutig gesellschaftsrechtliche Natur abzuspochen, nachdem man es im Rahmen der Erstfrage als korporationsrechtliches untersucht hat.

Das bei der kollisionsrechtlichen Qualifikation zu beachtende Gebot der Teleologie (Grundsatz der *funktionellen Qualifikation*¹¹⁸) kann auch eine heteronome Zweckrichtung des zu qualifizierenden Instituts bzw. Rechtssatzes erkennen lassen. Um diesem Umstand, dass einem Rechtsinstitut je nach situativem Kontext mehr als nur eine Funktion zukommen kann, Rechnung zu tragen, wird gelegentlich der Kunstgriff der *Mehrfachqualifikation*¹¹⁹ bemüht.¹²⁰ Methodisch ist eine solche jedoch nur in äußersten Ausnahmen ein probates Mittel, denn der „gordische Knoten“¹²¹ eines jeden Qualifikationskonfliktes will grundsätzlich durchbrochen werden.¹²² Insofern sollte ein Ausweichen vor der Qualifikationsentscheidung argumentativ belastbar abgesichert sein.¹²³

Eine Qualifikation des Bestellungsverhältnisses als gesellschafts- und arbeitsrechtlich wäre eventuell mit der damit einhergehenden konsequenten Verfolgung des Gesamtbetrachtungsansatzes des *EuGH* zu rechtfertigen. Als Arbeitnehmer gölten so auch Geschäftsführer einer deutschen GmbH, ohne dass Art. 8 Rom I-VO das Bestellungsverhältnis aus dem Anwendungsbereich des deutschen Gesellschaftsstatuts verdrängt. Dies würde die Anwendung von arbeitnehmerschützenden nationalen Vorschriften, die in Umsetzung von

¹¹⁷ Die Frage nach den sachrechtlichen Konsequenzen in solchen Konstellationen, v.a. ob ein über Richtlinienmaß hinausgehender Schutz greifen würde und ob sonstiges Arbeitsrecht des Forumstaates anwendbar wäre, ist der Rechtsvergleichung zu überlassen.

¹¹⁸ Vgl. etwa *Kropholler* (Fn. 90), § 17 I (S. 126 ff.); *Weller* (Fn. 103), Rn. 395; *Roth/Weller*, Handels- und Gesellschaftsrecht, 8. Aufl. 2013, Rn. 1080.

¹¹⁹ Der Terminus stammt aus der Feder von *Wengler*, Die Qualifikation der materiellen Rechtssätze im internationalen Privatrecht, in: FS Wolff, 1952, S. 337 (362).

¹²⁰ Vgl. *Kindler*, Die „Aschenputtel“-Limited und andere Fälle der Mehrfachqualifikation im Schnittfeld des internationalen Gesellschafts-, Delikts- und Insolvenzrechts, in: FS Jayme I, 2004, S. 209 ff.; *Weller*, Europäische Rechtsformwahlfreiheit und Gesellschafterhaftung, 2004, S. 247 ff., 274 f.

¹²¹ *Sturm/Sturm* (Fn. 90), Rn. 248.

¹²² v. *Bar/Mankowski* (Fn. 90), § 7 Rn. 178, die eine solche Lösung nur als „ultima ratio“ in Betracht ziehen.

¹²³ In diesem Sinne *Schotten/Schmellenkamp*, Das IPR in der notariellen Praxis, 2. Aufl. 2007, § 7 Rn. 288b.

Richtlinien geschaffen wurden¹²⁴, im ansonsten „unangetasteten“ Organverhältnis ermöglichen.

Als Prüfstein für die Vorzüge einer solchen Lösung kann der Streitgegenstand des Ausgangsverfahrens in der Rechtsache *Danosa*, auf der Mutterschutzrichtlinie¹²⁵ basierendes Recht, dienen. Z.B. kennt das deutsche Recht de lege lata „weder Rechtsvorschriften noch Gepflogenheiten [...], die die Abberufung schwangerer Geschäftsführerinnen regeln.“¹²⁶ Geht man trotz der gravierenden Inkonsistenzen¹²⁷ in der Urteilsbegründung mit der Tenorierung in *Danosa* davon aus, dass die *Abberufung* einer i.S.d. Richtlinie schwangeren Arbeitnehmerin mit Art. 10 Nr. 1 der Richtlinie 92/85 unvereinbar ist, stünde eine Qualifikation des Bestellungsverhältnisses als *auch arbeitsrechtlich* der Abberufung (nicht: der Kündigung!) der GmbH-Geschäftsführerin entgegen.

Klagt etwa ein in Frankreich ansässiger Geschäftsführer einer deutschen GmbH gegen seine Kündigung und Abberufung, würde das Bestellungsverhältnis um den arbeitsrechtlichen Schutz ergänzt, unterläge aber sonst deutschem Gesellschaftsrecht. Bei einer Rechtswahl bezüglich des Anstellungsvertrages käme das Arbeitsrecht der gewählten Rechtsordnung zum Zuge und „färbte“ auf das Bestellungsverhältnis ab. Sofern man die so geartete „Interferenz“ des Arbeitsrechtsstatuts auf richtlinienbasiertes Recht begrenzt, zeitigte die Anwendung ausländischen Rechts jedenfalls im harmonisierten Mindestumfang identische Rechtsfolgen.

cc) Bedenken

Diese beiden Skizzierungen möglicher Praxisfolgen, die die monistische Vorstellung des *EuGH* vom (Gesellschafts-)Geschäftsführer als potentiellem Arbeitnehmer respektieren und akzentuieren, sind vor allem im Hinblick auf die Bereichsausnahme der „inneren Verfassung“ in Art. 1 Abs. 2 lit. f Rom I-VO zu überdenken.

Nach dieser sind „Fragen betreffend das Gesellschaftsrecht“ aus dem Anwendungsbereich der Verordnung ausgenommen. Darunter fällt, wie die Ausschlussnorm ausdrücklich präzisiert, u. a. die „innere Verfassung“ von Gesellschaften. Eindeutig betroffen sind davon „Vorschriften über die Bestellung, Abberufung und Rechtsstellung der Gesellschaftsorgane“¹²⁸. In

¹²⁴ *Sagan*, in: Preis/Sagan, Europäisches Arbeitsrecht, 2015, § 1 Rz. 112.

¹²⁵ RL 92/85/EWG.

¹²⁶ *Preis/Sagan* (Fn. 32), 38.

¹²⁷ *Ut supra*, unter III. 2. a.

¹²⁸ *Martiny*, in: MüKo-BGB X, 6. Aufl. 2015, Art. 1 Rom I-VO Rn. 67.

Konsequenz dessen unterfällt das Bestellungsverhältnis eigentlich nicht Art. 8 Rom I-VO.

Neben Aspekten, die aus teleologischen Gründen möglicherweise für eine Übertragung der Gesamtbetrachtung auf Art. 8 Rom I-VO streiten, ist man angesichts des klaren und unproblematischen Wortlauts in Art. 1 Abs. 2 lit. f Rom I-VO auf das Spannungsverhältnis verwiesen, in welchem die Ausschlussbestimmung im vorliegenden Kontext zu Erwägungsgrund 7 steht. Anders als die Gesetzgebungsmaterialien, die dem deutschen Juristen (meist in der Form von BT-Drucksachen) geläufig sind, sind die nach Art. 296 Abs. 2 AEUV verpflichtenden Begründungserwägungen mit dem Unionsrechtsakt in einer Urkunde vereint¹²⁹ und wesentlicher Bestandteil eines Rechtsaktes¹³⁰. Sie haben „Teil an der Autorität und Dignität des publizierten Normtextes“¹³¹ und nehmen eine prominente Stellung innerhalb der Auslegungs*canones* ein. Trotz des geradezu selbstverständlichen Rekurrerens des *Gerichtshofes* auf Begründungserwägungen kommt ihnen aber allenfalls eine Art mittelbar rechtssetzende Wirkung zu.

Die begründungserwägungskonforme Auslegung ist jedoch zugleich Schlüssel zum Telos des Rechtsaktes und – im Vergleich zum deutschen Recht in einer zugänglicheren Weise – *subjektiv-teleologisch*¹³² abgesichert. Eine derartige, normativ von den Erwägungsgründen zehrende Auslegungskultur macht eine Überwindung ihres jeweiligen Wortlauts folglich besonders rechtfertigungsbedürftig.

Gegen eine einheitliche Auslegung jedenfalls im Sinne des unter aa) Diskutierten spricht, dass Erwägungsgrund 7 Rom I-VO „nur“ eine Sollens-„vorschrift“ formuliert („sollten [...] im Einklang stehen“). Wiewohl der Gedanke des Verordnungsgebers, die im Europäischen Kollisionsrecht verwandten Systembegriffe kohärent zu verwenden, deutlich aus der 7. Begründungserwägung hervorgeht, spricht die eher milde Wortwahl¹³³

¹²⁹ *Krajewski/Rösslein*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim I, 57. EL, Stand: August 2015, Art. 296 AEUV Rn. 35.

¹³⁰ Vgl. *EuGH*, C-131/86, ECLI:EU:C:1988:86, Rn. 37 – *Vereinigtes Königreich ./.* *Kommission*.

¹³¹ *Königgen*, Die Rechtsquellen des Europäischen Privatrechts, in: Riesenhuber, Europäische Methodenlehre, 3. Aufl. 2015, § 6 Rn. 50.

¹³² Teilweise auch *historisch-teleologisch* genannt; für die wohl prägnanteste Darstellung in der Methodenlehre siehe *Kramer*, Juristische Methodenlehre, 4. Aufl. 2013, S. 124 f.

¹³³ Es hätte in der deutschen Fassung auch heißen können, dass der materielle Anwendungsbereich und die Bestimmungen mit den genannten Verordnungen in Einklang zu bringen *seien*; auch in den englischen (*should be* statt *shall be/are to be*) und französischen Fassungen (*devraient être cohérents*) ist ein entsprechendes semantisches Gefälle auszumachen.

a fortiori gegen eine Überwindung der Bereichsausnahme. Überdies hat sich ein konkreter Wille des Ordnungsgebers nur in Bezug auf die nicht nach Art. 1 Abs. 2 Rom I-VO ausgenommenen Gegenstände überhaupt materialisieren können; insoweit obwaltet kein luzider Gesetzgeberwille. Eine programmatisch unzweifelhaft bestehende Regelungsabsicht, zu der sich im verfügbaren Teil kein Korrelat findet, kann in der – wie auch immer geordneten – Rangfolge der *canones* nicht an erster Stelle stehen.¹³⁴

In der Summe spricht dies für eine Trennung zwischen *Anstellungs-* und *Bestellungsverhältnis* auch auf kollisionsrechtlicher Ebene. Einer Mehrfachqualifikation des Bestellungsverhältnisses steht der Umstand der Ausschlussnorm des Art. 1 Abs. 2 lit. f Rom I-VO nicht explizit entgegen. Eine heteronome Qualifikation¹³⁵ stellt sich vielmehr als Mittel dar, die sonst gebotene Trennung der Rechtsverhältnisse und damit die Ausnahme des Gesellschaftsstatuts aus dem Anwendungsbereich der Rom I-VO auf Rechtsfolgenebene zu modifizieren.

3. Wenn Geschäftsführer kein Arbeitnehmer i.S.v. Art. 20 EuGVVO

Die Aussagen des *EuGH* zur Zuständigkeit nach Art. 7 Nrn. 1 und 2 EuGVVO sind für Haftungsklagen einer deutschen GmbH relevant, wenn deren (ehemaliger) Geschäftsführer nicht als Arbeitnehmer i.S.v. Art. 20 EuGVVO einzustufen ist.

Die charakteristische Verpflichtung eines Geschäftsführers ordnet der *EuGH* als „Erbringung von Dienstleistungen“ ein, sodass der Erfüllungsort nach Art. 7 Nr. 1 lit. b zweiter Gedankenstrich EuGVVO zu lokalisieren sei.¹³⁶ Hierbei sei auf Bestimmungen des Anstellungsvertrags abzustellen¹³⁷, sowie hilfsweise auf die Satzung oder „alle anderen Dokumente“, aus denen hervorgeht, an welchem Ort der Geschäftsführer seine Dienstleistungen hauptsächlich erbracht hat¹³⁸.

¹³⁴ Vgl. *Riesenhuber*, Die Auslegung, in: ders., Europäische Methodenlehre, 3. Aufl. 2015, § 10 Rn. 38; nach ihm soll man eine solche Regelungsabsicht ohne parallele statutarische Entsprechung nicht berücksichtigen können.

¹³⁵ Nicht im Sinne des Duktus von *v. Bar/Mankowski* (Fn. 90), § 7 Rn. 142 f., sondern im Sinne einer zur Mehrfachqualifikation berechtigenden heteronomen Zweckrichtung.

¹³⁶ *EuGH*, C-47/14, ECLI:EU:C:2015:574, Rn. 58 – *Holterman Ferbo et al. ./.* *Spies von Büllenheim*.

¹³⁷ *Ebd.*, Rn. 60.

¹³⁸ *Ebd.*, Rn. 62.

Überdies bestätigt der *Gerichtshof* für die Geschäftsführerhaftung seine im *Brogssitter*-Urteil etablierte Linie einer regelrechten „*vis attractiva contractus*“¹³⁹. Konkurrieren vertragliche mit deliktischen Ansprüchen, ist eine auf außervertragliche Anspruchsgrundlagen gestützte Klage im Gerichtsstand des Art. 7 Nr. 2 EuGVVO nur zulässig, „wenn sie nicht an das vertragliche Rechtsverhältnis zwischen der Gesellschaft und dem Geschäftsführer anknüpft.“¹⁴⁰

Infolge dieses Exklusivitätsverhältnisses zwischen Vertrag und Delikt ist es denkbar, dass im Deliktsgerichtsstand in Anspruch genommene Beklagte unter Verweis auf die vertragliche Natur der Streitigkeit die Zuständigkeit des Gerichts rügen werden.¹⁴¹ Sollte der *EuGH* die einen Deliktsgerichtsstand begründenden Pflichten im Rahmen der EuGVVO weiter derart restriktiv demarkieren, kann dies eminente Rechtsschutzinteressen des Klägers beeinträchtigen: In Übergehung des Zwecks streitgegenstandsbezogener Gerichtsstände wird dem Kläger der sach- und beweisnähere Tatortsgerichtsstand abgeschnitten.¹⁴² Steht etwa eine deliktische Handlung in Rede, die im Ausland belegenes Gesellschaftsvermögen betrifft, scheint es kaum begründbar, auf den Gerichtsstand des inländischen Erfüllungsortes zu insistieren.¹⁴³ Eine sinnvolle Differenzierungslinie zwischen vertraglichen und nur deliktischen Pflichten i.S.d. EuGVVO könnte anzulehnen sein an eine Eigenständigkeit der außervertraglichen Haftungsgrundlage, die sich nicht mit den Pflichten des Anstellungsvertrages decken dürfte.¹⁴⁴ Es bleibt abzuwarten, ob und wie der *EuGH* seinem sehr weiten, sich im Substrat des Konsensprinzips erschöpfenden Vertragsbegriff im Hinblick auf Anspruchskonkurrenzen schärfere Konturen verleihen wird.

In Innenhaftungsfällen einer deutschen GmbH in der Konstellation, dass der Geschäftsführer seinen Wohnsitz in einem anderen Mitgliedstaat hat, wird der Erfüllungsort meist in der Bundesrepublik liegen. Knüpft der geltend gemachte Anspruch im Sinne der *Brogssitter*-Formel nicht an das Rechtsverhältnis zwischen Geschäftsleiter und Gesellschaft an, profitiert die klagende Gesellschaft nach

¹³⁹ *Lüttringhaus* (Fn. 56), 907.

¹⁴⁰ *EuGH*, C-47/14, ECLI:EU:C:2015:574, Rn. 70 – *Holterman Ferbo et al. ./.* *Spies von Büllsheim.*; vgl. *EuGH*, C-548/12, ECLI:EU:C:2014:148, Rn. 20 – *Brogssitter ./.* *Fräßdorf et al.*

¹⁴¹ *Lüttringhaus* (Fn. 56), 907.

¹⁴² Kritisch *Pfeiffer*, IPRax 2016, 111 (114).

¹⁴³ Dies umschreibt den Fall, dass der Geschäftsführer seinen Wohnsitz in wiederum einem anderen Mitgliedstaat hat, denn sonst stünde dem Kläger der allgemeine Beklagtengerichtsstand gemäß Art. 4 Abs. 1 EuGVVO offen.

¹⁴⁴ In diesem Sinne *M. Weller*, LMK 2014, 359127 (unter 3.).

dem Ubiquitätsprinzip von einer wahlweisen Deliktzuständigkeit¹⁴⁵ am Handlungs- oder Erfolgsort. Diese *loca* werden regelmäßig am Sitz der Gesellschaft liegen. Im Interesse der Vermeidung separater Verfahren sollten mangels einer Annexkompetenz im Zuständigkeitsrecht der EuGVVO¹⁴⁶ konkurrierende vertragliche und deliktische Ansprüche gemeinsam am Wohnsitz des Beklagten anhängig gemacht werden.¹⁴⁷

VI. Zusammenfassung zentraler Thesen

1. Mit seiner Entscheidung in der Rechtssache *Holterman Ferbo et al. ./.* *Spies von Büllersheim* verleiht der *EuGH* zunehmend einem unionsrechtlich-autonomen Arbeitnehmerbegriff Kontur. In Fortführung der in *Dita Danosa ./.* *LKB Līzings SLA* für Fremdgeschäftsführer präzisierten Arbeitnehmerdefinition erscheinen nun auch Gesellschafter-Geschäftsführer im Gesichtskreis der sekundärrechtlich mitunter als Arbeitnehmer geltenden Personen.
2. GmbH-Geschäftsführer sind bei Erbringung einer vergüteten Leistung Arbeitnehmer im Sinne der Artt. 20 ff. EuGVVO n.F., wenn sie den Weisungen der Gesellschafter unterliegen. Ausdruck des erforderlichen Unterordnungsverhältnisses ist ihre jederzeitige Abberufbarkeit (§§ 38 Abs. 1, 46 Nr. 5 GmbHG). Bei Gesellschafter-Geschäftsführern kommt es darauf an, ob sie in der Lage sind, maßgeblichen Einfluss auf die Weisungserteilung zu nehmen. Verfügen sie über eine Stimmrechtsmehrheit oder Sperrminorität, ist qualitativ eine die Arbeitnehmereigenschaft ausschließende „Insichweisung“ anzunehmen. Auch Bestellungs- und Abberufungsbefugnisse i.S.d. § 290 Abs. 2 Nr. 2 HGB können der Abgrenzung dienlich sein.
3. Die Stellung des Geschäftsführers innerhalb der GmbH ist nach dem Judikat explizit (auch) auf Grundlage des Bestellungsverhältnisses zu ermitteln. Die in diesem Zusammenhang angestellte monistische Gesamtbetrachtung des *Gerichtshofs* steht im Widerspruch zur etablierten Trennung zwischen *Anstellungs-* und *Bestellungsverhältnis* im deutschen Recht. In ihrer Eigenschaft als Einzelfallbetrachtung ist die Linie des *EuGH* zu begrüßen, stellt nämlich diese Herangehensweise aufgrund der zahlreichen

¹⁴⁵ Vgl. *Schack*, Internationales Zivilverfahrensrecht, 6. Aufl. 2014, Rn. 335.

¹⁴⁶ Grundlegend hierzu *EuGH*, C-189/87, ECLI:EU:C:1988:459, Rn. 19 – *Kalfelis ./.* *Schröder et al.*

¹⁴⁷ Vgl. *Jungemeyer*, jurisPR-IWR 4/2015 Anm. 1.

Nuancen der Rechtsstellung des GmbH-Geschäftsleiters nach hier vertretener Ansicht ein Desiderat auch für die deutsche interne Praxis dar.

4. Haftungsklagen einer deutschen GmbH gegen einen im Ausland ansässigen Geschäftsführer, der im Sinne der Verordnung als Arbeitnehmer einzustufen ist, sind in dessen Wohnsitzmitgliedstaat anhängig zu machen. Hiervon abweichende Zuständigkeitsvereinbarungen sind nach Art. 23 Nr. 1 EuGVVO unwirksam. Wollen Gesellschaften Auslandsprozesse nicht führen, bleibt – außer bei insolvenzrechtlichen Streitigkeiten – nur der Weg über die Geltendmachung konnexer Gegenansprüche, Art. 22 Abs. 2 EuGVVO. Verlegt der Geschäftsführer sein Domizil in einen Staat außerhalb der Union, ist eine Klageerhebung am Gesellschaftssitz (vorbehaltlich völkerrechtlicher Vereinbarungen mit dem Drittstaat) gemäß § 29 ZPO möglich.
5. Der Arbeitnehmerbegriff beansprucht auch im Arbeitskollisionsrecht (Art. 8 Rom I-VO) Geltung. Dies hat Folgen für die umgekehrte Konstellation von Klagen des Geschäftsführers gegen dessen Abberufung. Um richtlinienbasierten Arbeitnehmerschutz im Organverhältnis sicherzustellen, kommt angesichts der Bereichsausnahme des Gesellschaftsrechts in Art. 1 Abs. 2 lit. f Rom I-VO als kollisionsrechtliches Mittel eine Mehrfachqualifikation des Bestellungsverhältnisses in Betracht. Dies ist rechtskonstruktiv probat und teleologisch naheliegend, allerdings lässt sich eine entsprechende Handhabung in der Praxis nicht prognostizieren. Vergleichbare Auswirkungen auf das in Haftungsfällen anzuwendende Recht hat das Urteil nicht.
6. Wenn die Artt. 20-23 EuGVVO n.F. nicht vorgreiflich sind, kann eine deutsche GmbH ihren Geschäftsführer am Deliktsgerichtsstand nur verklagen, wenn der geltend gemachte Anspruch nicht an ein zwischen den Parteien bestehendes Vertragsverhältnis anknüpft. Es besteht eine Attraktivzuständigkeit des Art. 7 Nr. 1 EuGVVO im Sinne des in *Brogstetter ./.* *Fräßdorf et al.* Entschieden. Dies zeitigt Rechtsschutzbeeinträchtigungen insofern, als dem Kläger der sach- und beweisnähere Tatortsgerichtsstand abgeschnitten werden kann. Denkbar ist ferner, dass Beklagte die Zuständigkeit des Gerichts am Erfüllungsort (Art. 7 Nr. 1 lit. b EuGVVO) zu rügen geneigt sein werden. Mangels Annexkompetenz empfiehlt es sich, konkurrierende vertragliche und deliktische Ansprüche gemeinsam am Wohnsitz des Beklagten anhängig zu machen.

Patrick Wambold*

Die Eurohypothek: Der aktuelle Stand aus deutscher Sicht

Abstract

Die Mitgliedstaaten der Europäischen Union wachsen auf vielen verschiedenen Ebenen immer stärker zusammen. Besonderer Fokus liegt hierbei auf der Realisierung eines gemeinsamen Marktes ohne Hindernisse für die Teilnehmer. Zur Realisierung eines freien Kapitalverkehrs gibt es bereits seit den 60er Jahren Bestrebungen, ein gemeinsames Europäisches Grundpfandrechtssystem zu schaffen und so zum gemeinsamen Binnenmarkt entscheidend beizutragen. Der folgende Beitrag stellt die bisherigen Bestrebungen dar und beleuchtet die verschiedenen Möglichkeiten zur konkreten Ausgestaltung eines solchen gemeinsamen Grundpfandrechts. Insbesondere diskutiert werden Fragen der Akzessorietät und der Integration in die mitgliedschaftlichen Rechtssysteme.

The Member States of the EU are increasingly growing together in various aspects. A special focus lies on the realisation of a common market without obstacles. Since the 1960s efforts were made to realize the free movement of capital through creating a common property lien and to thus contribute significantly to the common market. This paper sums up past efforts and examines the various options shaping such a common property lien. In particular, questions concerning the scope of accessoriness and the integration into the different legal systems in the Member States are discussed.

* Der Verfasser ist *can. iur.* und studiert seit dem Wintersemester 2011/2012 Rechtswissenschaft an der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg. Der vorliegende Beitrag wurde als Seminararbeit im Rahmen des Seminars „Fragen des Insolvenz- und Zivilprozessrechts“ bei Herrn Prof. Dr. *Andreas Pickenbrock* verfasst.

I. Einleitung

Der Erwerb von Immobilien auch über bestehende Ländergrenzen hinaus ist keine neue Erscheinung. Die Finanzierung von Immobilien durch ausländische Kreditinstitute dagegen schon, da sie erst durch die Verwirklichung des Binnenmarktes innerhalb der EU und dem damit verbundenen Abbau rechtlicher Schranken ermöglicht worden ist.¹ Aus Sicht der Banken war die grenzüberschreitende Kreditvergabe für lange Zeit kein Thema von großer Bedeutung, da ihnen zum einen das notwendige Wissen um die ausländischen Immobilienmärkte und die dort herrschenden rechtlichen Rahmenbedingungen fehlte, und zum anderen, weil sich zu dieser Zeit die Wirtschaftskraft aus deutscher Sicht aufgrund der Wiedervereinigung Deutschlands stark auf das Inland konzentrierte.² Inzwischen sind aber die EU-Staaten auf einer wirtschaftlichen Ebene so stark zusammengewachsen, dass auch die Geschäfte mit Hypothekenkrediten nicht mehr vor Staatsgrenzen halt machen.³ Betrug der Anteil von Hypothekarkrediten⁴ innerhalb der Mitgliedstaaten der EU verglichen zum BIP der EU im Jahr 1996 noch knapp 30 %, ⁵ ist er bis zum Jahr 2012 auf einen Anteil von 52 %⁶ gewachsen.

Von grenzüberschreitender Kreditsicherung durch Grundstücke spricht man, wenn sich das betroffene Grundstück nicht im gleichen Wohnsitz- oder Niederlassungsstaat wie der Sicherungsnehmer befindet.⁷ Das im internationalen Sachenrecht allgemein anerkannte Belegenheitsstatut, die *lex rei sitae*,⁸ bestimmt Umfang, Bestand, Rangfolge sowie die Beurteilung von Bestandteilen und Zubehör an Grundstücken.⁹ Dadurch ist der Sicherungsnehmer – regelmäßig eine Bank – in

¹ *Stöcker*, Die grundpfandrechtl. Sicherung grenzüberschreitender Immobilienfinanzierungen: Die Eurohypothek – ein Sicherungsinstrument mit Realisierungschancen, WM 2006, 1941 ff.

² *Wachter*, Die Eurohypothek: Grenzüberschreitende Kreditsicherung an Grundstücken im Europäischen Binnenmarkt, WM 1999, 50; *Stöcker* (Fn. 1), 1941 ff.

³ *Wehrens*, Überlegungen zu einer Eurohypothek, WM 1992, 557 ff.

⁴ Langfristige, durch Eintragung einer Hypothek, Grund- oder Rentenschuld ins Grundbuch besicherte Kredite; <http://wirtschaftslexikon.gabler.de> (alle Internet-Quellen wurden zuletzt abgerufen am 26.5.2016).

⁵ Europäischer Hypothekenverband, Jahresbericht 1996, S. 141.

⁶ www.hypo.org.

⁷ *Kircher*, Grundpfandrechte in Europa: Überlegungen zur Harmonisierung der Grundpfandrechte unter besonderer Beachtung der deutschen, französischen und englischen Rechtsordnung, Diss. Berlin 2004, S. 37.

⁸ Vgl. Art. 43 Abs. 1 EGBGB; Art. 3 Abs. 3 Code Civile; *Kircher* (Fn. 7), S. 37.

⁹ *Stoll*, in: Staudinger, 1992, Art. 38 EGBGB Rn. 177 f.; BGHZ 1, 109; *Kircher* (Fn. 7), S. 37 f.

jedem Fall der grenzüberschreitenden Hypothekarkreditvergabe mit den nationalen Regelungen dinglicher Sicherheiten anderer Mitgliedstaaten konfrontiert. Deshalb ist es vor der Kreditvergabe notwendig, sich mit den Besonderheiten der fremden Rechtsordnung vertraut zu machen und die Kreditbedingungen und das Sicherungsrecht an die dort geltenden rechtlichen Rahmen anzupassen.

Die Kenntnis fremder Rechtssysteme kann auch bei Banken als typische Sicherungsnehmer nicht ohne Weiteres vorausgesetzt werden, sodass die durch den bankinternen Arbeitsprozess entstehenden Kosten den Kredit effektiv verteuern.¹⁰ Diese zusätzlichen Kosten stellen für die „externe“ Bank verglichen zu den im Belegenheitsstaat ansässigen Banken solch einen wirtschaftlichen Nachteil dar, dass grenzüberschreitende Kredite meist als geschäftlich unrentabel eingestuft werden.¹¹ Diese ungünstigen Kreditkonditionen lassen sich als faktische Marktzugangsschranken qualifizieren, welche den internationalen Wettbewerb zwischen den Banken stark behindern, wenn nicht sogar gänzlich ausschließen.¹²

In Art. 63 AEUV wiederum ist bestimmt, dass bestehende Beschränkungen des intereuropäischen Kapitalverkehrs zwischen den Mitgliedstaaten oder den Mitgliedstaaten und Drittstaaten beseitigt werden müssen, um den von Art. 26 Abs. 2 AEUV definierten europäischen Binnenmarkt zu fördern. Dieser Beitrag möchte im Folgenden kurz auf die wichtigsten Projekte zur besseren Integration des Hypothekarkreditmarktes und zur Schaffung eines gemeinsamen europäischen Grundpfandrechts eingehen¹³ und sodann einen möglichst umfassenden Einblick in den aktuellen Diskussionsstand zur sog. „Eurohypothek“ geben. Hierzu soll zunächst erläutert werden, wie das Fehlen eines einheitlichen Grundpfandrechts in der wirtschaftlichen Praxis kompensiert wird und ob die EU über eine entsprechende Kompetenz verfügt, um in die Souveränität der einzelnen Mitgliedstaaten einzugreifen und ein einheitliches Grundpfandrecht in allen Mitgliedstaaten zu etablieren.¹⁴ Im Mittelpunkt dieses Beitrags stehen ausgewählte Fragen zur Ausgestaltung eines solchen einheitlichen europäischen Grundpfand-

¹⁰ *Josipovic*, Die Harmonisierung der Immobiliarsicherheiten: Die Eurohypothek – Modell zur Integration des Hypothekarkreditmarkts der EU, in: FS Drobnig 2010, S. 71 (73); *Kircher* (Fn. 7), S. 37 f.; *Stöcker* (Fn. 1), 1941 f.

¹¹ *Stöcker* (Fn. 1), 1942; *Josipovic* (Fn. 10), S. 74.

¹² *Kircher* (Fn. 7), S. 38.

¹³ Siehe hierzu Abschnitt II.

¹⁴ Siehe hierzu Abschnitt III. 1. und 2.

rechts.¹⁵ Im Anschluss hieran werden zwei weitere Projekte vorgestellt, die in engem Zusammenhang mit der „Eurohypothek“ stehen und diese vermutlich in ihrem wirtschaftlichen Erfolg und ihrer Reichweite unterstützen werden.¹⁶

II. Vergangene Bemühungen zur Eurohypothek

1. Segré-Bericht, 1966

1966 ist von der Kommission der Europäischen Gemeinschaft eine Gruppe unabhängiger Experten mit der Frage betraut worden, zu untersuchen, aus welchem Grund die Integration der Kapitalmärkte in einen barrierefreien europäischen Binnenmarkt hinter den restlichen Grundfreiheiten zurücksteht.¹⁷ Untersuchungsgegenstand waren die mit der Umsetzung der Romverträge entstandenen Auswirkungen auf die Kapitalmärkte unter besonderer Berücksichtigung von Grundpfandrechten als wertbeständiges Sicherungsmittel für Kredite.¹⁸ Besondere Beachtung ist vor allem der deutschen Grundschuld als nicht akzessorischer und somit in Bestellung und Abtretung überaus flexibler Kreditsicherheit zugekommen.¹⁹ Der Abschlussbericht sah vor, die Einführung eines vergleichbaren Instruments in allen Mitgliedstaaten im Wege der Rechtsharmonisierung der die Grundpfandrechte betreffenden Normen zu prüfen.²⁰

2. Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht in Hamburg, 1971

Im Auftrag der EWG-Kommission erarbeitete das Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht in Hamburg 1971 den ersten Teil eines Gutachtens, welches Hindernisse auf dem Weg zu einem europaweitem einheitlichen Kapitalverkehr aufzeigen und Lösungsansätze präsentieren sollte. Hierzu hat man sich einer vergleichenden Analyse von das Grundeigentum als

¹⁵ Siehe hierzu Abschnitt III. 3. und 4.

¹⁶ Siehe hierzu Abschnitt III. 5.

¹⁷ Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Der Aufbau eines Europäischen Kapitalmarkts, Bericht einer von der WEG-Kommission eingesetzten Sachverständigen-gruppe, Brüssel 1966, zitiert als Segré-Bericht, S. 5, Vorwort; *Kircher* (Fn. 7), S. 418 f.

¹⁸ Segré-Bericht (Fn. 17), S. 151 ff., Kap. 7 Nr. 14-16; *Stöcker*, Die „Eurohypothek“, Diss. Berlin 1992, S. 217.

¹⁹ Segré-Bericht (Fn. 17), S. 152, Kap. 7 Nr. 16; S. 158, Kap. 7 Nr. 26 unter 4.

²⁰ Segré-Bericht (Fn. 17), S. 168 f., Kap. 8 Nr. 14; *Stöcker* (Fn. 18), S. 218.

Sicherungsmittel nutzender Rechtsinstrumente bedient und diese unter verschiedenen Gesichtspunkten vergleichend analysiert und dargestellt.²¹

3. Hypothekenverband bei der EG, 1970er

Anknüpfend an die Ergebnisse des „Segré-Berichts“ und eines Berichts der EG-Bankenvereinigung über die Eigentümerhypothek hat eine Arbeitsgruppe des Hypothekenverbandes bei der EWG in Brüssel ebenfalls Überlegungen zu einem gemeinschaftlichen Grundpfandrecht angestellt.²² Dieses sollte sich nicht an der deutschen Grundschuld orientieren, sondern als neue Form der Hypothek (sog Eigentümerhypothek) entstehen, da so an die lange Tradition und hohe Regelungsdichte innerhalb der EG-Staaten angeknüpft werden könne. Um aber bei diesem Rückgriff auf die Grundstruktur der bekannten und weit verbreiteten Hypothek nicht die Vorteile der nicht akzessorischen Grundschuld einzubüßen,²³ verlangten sie, dass sich das neu zu formende Instrument in einem rechtsbegründenden Titel konkretisiere, es sowohl in Entstehung und Erlöschen autonom – von einer Forderung losgelöst – stehe und die Übertragbarkeit des verbrieften Rechts möglichst formfrei möglich sei.²⁴

4. Internationale Union des Lateinischen Notariats (UINL)

Im Jahr 1987 legte die Union Internationale du Notariat Latin (Internationale Union des Lateinischen Notariats, UINL) dem EG-Ministerrat einen von ihr erarbeiteten Vorschlag zur Einführung eines europaweit einheitlichen, neben den nationalen Sicherungsmitteln stehenden Grundpfandrechts nach dem Vorbild des schweizerischen Schuldbriefes vor.²⁵ Bemerkenswert ist, dass mit dem Vergleich zwischen dem schweizerischen und dem deutschen Modell lediglich zwei abstrakte Grundpfandrechte betrachtet worden sind. Dies bedeutete eine Abkehr von der Harmonisierung der Rechtsordnungen in Europa und die Forderung nach einem

²¹ *Stöcker* (Fn. 18), S. 218 f.

²² *Stöcker* (Fn. 18), S. 222 f.; s. *Fédération Bancaire, Le crédit immobilier*, 1973 Rom.

²³ *Kiesgen*, Ein Binnenmarkt für den Hypothekarkredit – Der Vorschlag zur Einführung einer Eurohypothek unter besonderer Berücksichtigung des Sicherungsvertrages, Diss. Lohmar 2004, S. 39; *Stöcker* (Fn. 18), S. 223.

²⁴ *Stöcker* (Fn. 18), S. 223; *Kiesgen* (Fn. 23), S. 39.

²⁵ *Webrens* (Fn. 3), 559; *Kiesgen* (Fn. 23), S. 40.

vielseitig einsetzbaren, verkehrsfähigen und abstrakten alternativen Grundpfandrecht für jeden Mitgliedstaat der EWG.²⁶

5. „Basic Guidelines for a Eurohypothec“, 2005

Nach dem Anstoß durch die UINL ist das Thema „Eurohypothek“ wieder stärker in den Fokus der Wissenschaft gerückt. Die 1998 vom Verband Deutscher Pfandbriefbanken (vdp) ausgearbeiteten Leitlinien für ein mitteleuropäisches gemeinsames Grundpfandrecht²⁷ sind 2004 von der Expertengruppe „The Eurohypothec“ erweitert und schließlich als „Guidelines“ veröffentlicht worden.²⁸ Mit dem Bericht der von der EU-Kommission eingesetzten „Forum-Gruppe zum Hypothekarkredit“ findet die Idee der Eurohypothek erstmals direkten Zugang zur EU-Kommission.²⁹ Im Mai 2005 sind anschließend die sog. „Basic guidelines for a Eurohypotec“ als bis dahin konkretes und am besten ausgearbeitetes Modell zur Eurohypothek veröffentlicht worden.³⁰

6. Grünbuch der EU-Kommission

Auch die EU-Kommission hat die Bemühungen um die Eurohypothek wahrgenommen. In dem am 19. Juli 2005 veröffentlichten Grünbuch zu Hypothekarkrediten in der EU nimmt sie die zahlreichen Projekte zur Eurohypothek positiv zur Kenntnis und kündigt die Überprüfung der dort erarbeiteten Vorschläge in einer Auswirkungsstudie an.³¹

III. Die Eurohypothek als paneuropäisch einheitliches Grundpfandrecht

1. Momentane Situation

Auch ohne die Existenz eines einheitlichen Grundpfandrechts hat sich in Europa ein grenzüberschreitender Hypothekarkreditmarkt gebildet. Wie mit dem Fehlen eines gemeinsamen Sicherungsrechts umgegangen wird und welche Vorteile ein

²⁶ Kiesgen (Fn. 23), S. 40; Webrens (Fn. 3), 559.

²⁷ Wolfsteiner/Stöcker, Diskussionspapier: Nicht akzessorisches Grundpfand für Mitteleuropa, ZBB 1998, 264 ff.; Wolfsteiner, in: Staudinger 2009, Vorb. zu §§ 1991 ff. Rn. 304 ff.

²⁸ Stöcker, Die Eurohypothek, Jahresheft der Internationalen Juristenvereinigung Osnabrück (IJVO) Osnabrück 2007, S. 61 ff. (82); Stöcker (Fn. 1), 1946.

²⁹ Europäische Kommission – Forumgruppe zum Hypothekarkredit, Die Integration der Europäischen Hypothekarkreditmärkte, 2004, S. 30 Pkt. 116.

³⁰ Josipovic (Fn. 10), S. 102 f.; Stöcker (Fn. 28), 83.

³¹ Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Grünbuch – Hypothekarkredite in der EU, 2005, S. 15.

solches für den gemeinsamen Binnenmarkt mit sich bringen würde, wird im Folgenden beschrieben.

a) Welche Instrumente versuchen das Fehlen eines einheitlichen Grundpfandrechts auszugleichen?

- Internationale Kooperationsnetzwerke
- Grundpfandrechtl. Bürgschaftversprechen
- Repräsentanzen und Niederlassungen

Eine direkte grenzüberschreitende Kreditvergabe ist für Banken vor allem bei privaten Kreditnehmern mit einem erheblichen Kosten- und Anpassungsaufwand verbunden. Um diesen Kostenblock zu verringern und so einen breiteren Kundenkreis anzusprechen, haben sich Kreditinstitute zu internationalen Kooperationsnetzwerken zusammengeschlossen.³² Diese Netzwerke haben sich, genauso wie ein grundpfandrechtl. besichertes Bürgschaftversprechen einer ausländischen Bank, aufgrund der hohen Unterhaltungskosten nicht durchsetzen können.³³

Um auf dem europäischen Kreditmarkt mitwirken zu können, gründen Banken meist selbstständige Tochtergesellschaften in den betreffenden Mitgliedstaaten, welche dann grundpfandrechtl. besicherte Kredite an ihre Kunden vergeben.³⁴ Hierbei bedient man sich der Finanzierungstechniken des Aufnahmelandes, sodass von echter grenzüberschreitender Kreditfinanzierung kaum gesprochen werden kann. Die Parteien aus dem Hypothekarvertrag sind auf beiden Seiten inländische Personen (inländischer Schuldner und inländische, durch ausländische Bank gegründete Bank).³⁵

Echten, selbstständigen internationalen Hypothekarkreditverkehr findet man hingegen nur selten, weil dieser im Vorfeld der Kreditvergabe unverhältnismäßig hohe Kosten generiert und großen Arbeitsaufwand erfordert, sodass solche Kredite im Vergleich zu „inländischen“ Krediten wirtschaftlich unrentabel sind.³⁶

³² *Scholz*, Die Entwicklung der nationalen und internationalen Immobilienfinanzierung aus deutscher Sicht, DLK 1991, 101 ff. (105); *Kircher* (Fn. 7), S. 378.

³³ *Stöcker*, The Eurohypothec, in: the Future of European Property Law, 2012 S. 65 ff.; *Kircher* (Fn. 7), S. 378; *Wachter* (Fn. 2), 50.

³⁴ *Wachter* (Fn. 2), 50; *Stöcker* (Fn. 33), S. 66.

³⁵ *Josipovic* (Fn. 10), S. 72.

³⁶ *Stöcker* (Fn. 1), 1942; *Josipovic* (Fn. 10), S. 73.

b) Vorteile eines einheitlichen Grundpfandrechts

Generell dient die Bestellung von Grundpfandrechten als Sicherungsmittel der Risikoverminderung des kreditgebenden Instituts und kann aus aufsichtsrechtlicher Sicht aufgrund ihrer Werthaltigkeit die durch die Basel II- und Basel III-VO vorgeschriebene Eigenkapitalunterlegung der Bank für einen Kredit mindern.³⁷

Die Einführung eines europaweit einheitlichen Grundpfandrechtes zur besseren Integration des gemeinsamen Hypothekarkreditmarktes würde unweigerlich eine sukzessive Standardisierung von Arbeitsabläufen bei der Kreditvergabe in grenzüberschreitenden Situationen nach sich ziehen.³⁸ Diese gesteigerte Effizienz der Arbeitsprozesse ermöglicht günstigere Kreditkonditionen aufgrund gesunkener Kosten.³⁹ Effizientere Arbeitsabläufe und günstige Kreditkonditionen wiederum ermöglichen den Banken eine gesteigerte Präsenz im Retailgeschäft⁴⁰ und so einen Wettbewerb auf europäischer Ebene.⁴¹ Dieser Wettbewerb bleibt aber nicht auf wirtschaftliche Aspekte beschränkt. Auch ein systemischer Wettbewerb ist denkbar, wenn für die Eurohypothek ungünstige nationale Regelungen, etwa solche der Zwangsvollstreckung oder der Insolvenz, zur weiteren Verbesserung der Wirksamkeit und Effizienz angepasst werden.⁴²

Auch dem Kreditnehmer würde ein gemeinsames Grundpfandrecht Vorteile bringen. So stünden ihm wettbewerbsbedingt nicht nur günstigere Konditionen zur Verfügung. Er kann auch aus einem viel größeren Pool an Angeboten schöpfen, welche besser auf die Bedürfnisse des Einzelfalles abgestimmt sind.⁴³ Kreditgebende Banken profitieren von einem einheitlichen Grundpfandrecht insofern, als sie die auf diese Weise begebenen Kredite auf dem sekundären Finanzmarkt besser refinanzieren können. Auch für Investoren entstünden Vorteile. Ein europaweit

³⁷ *Stöcker*, Die Eurohypothek – Struktur einer ökonomischen Analyse, Immobilien & Finanzierung 2005, S. 766 ff. (767).

³⁸ *Stöcker* (Fn. 37), S. 767.

³⁹ *Josipovic* (Fn. 10), S. 110 f.; *Stöcker* (Fn. 37), S. 769.

⁴⁰ Standardisiertes Geschäft mit Privatkunden, meist zur Finanzierung von Retail- oder Konsumgütern.

⁴¹ *Nasarre-Aznar*, Eurohypothec & Eurotrust, 2008, S. 2; Europäische Kommission – Forumgruppe zum Hypothekarkredit (Fn. 29), S. 10 Pkt. 17.

⁴² Europäische Kommission – Forumgruppe zum Hypothekarkredit (Fn. 29), S. 10 Pkt. 17; *Nasarre-Aznar* (Fn. 41), S. 3; *Wächter* (Fn. 2), 56.

⁴³ *Nasarre-Aznar* (Fn. 41), S. 3; *Europäische Kommission – Forumgruppe zum Hypothekarkredit* (Fn. 29), S. 10 Pkt. 17.

einheitliches Grundpfandrecht lässt eine besser vergleichbare und durchschaubare Anlageklasse mit einer voraussichtlich hohen Marktkapitalisierung entstehen, da Eurohypotheken aus allen Mitgliedstaaten gebündelt werden könnten. Gegenwärtig ist insoweit § 13 PfandBG maßgeblich.

Das größere Angebot an zur Verfügung stehenden Möglichkeiten kann aber auch zu Verunsicherung oder sinkendem Einfluss der Kreditnehmer auf die genaue Ausgestaltung der Kreditbedingungen führen.⁴⁴ Diese Risiken sind jedoch durch eine bewusste Regulierung vermeidbar. Vor allem aber muss das enorme Potenzial betrachtet werden, welches in einem vollkommen integrierten, gesamteuropäischen Hypothekarkreditmarkt liegt und durch Einführung eines einheitlichen Grundpfandrecht erreicht werden kann. Nicht nur würde sich ein solches zwanglos in das Belegenheitsprinzip (*lex rei sitae*) einfügen;⁴⁵ man würde außerdem zur Verwirklichung des gesamteuropäischen Binnenmarktes beitragen und neues wirtschaftliches Potenzial freisetzen, sowohl auf einer primären als auch auf einer sekundären Ebene der Finanzmärkte.⁴⁶

2. Kompetenz der EU

Bevor über die konkreten Ausgestaltungsmöglichkeiten der Eurohypothek als europaweit einheitliches Grundpfandrecht diskutiert werden kann, muss zunächst die Kompetenz der EU zum Erlass einer solchen Maßnahme festgestellt werden.⁴⁷

a) Handlungsmöglichkeiten der EU

Der EU werden durch den AEUV verschiedene Handlungsmöglichkeiten zur Verwirklichung ihrer Aufgaben an die Hand gegeben. Für die Einführung eines einheitlichen Grundpfandrechts wie der Eurohypothek kommen die Richtlinie (Art. 288 Abs. 3 AEUV) und die Verordnung (Art. 288 Abs. 2 AEUV) als gesetzgeberisches Mittel in Betracht. Während die in allen Teilen verbindliche und in jedem Mitgliedstaat unmittelbar geltende Verordnung allgemeine Gültigkeit hat, ist die Richtlinie nur hinsichtlich ihres Ziels verbindlich. Sie überlässt den einzelnen

⁴⁴ Europäische Kommission – Forumgruppe zum Hypothekarkredit (Fn. 29), S. 11 Pkt. 18.

⁴⁵ Keszgen (Fn. 23), S. 36; Wachter (Fn. 2), 55.

⁴⁶ Stöcker (Fn. 37), S. 767 ff.; Europäische Kommission – Forumgruppe zum Hypothekarkredit (Fn. 29), S. 11 Pkt. 17.

⁴⁷ Stellungnahme BMJ zum Grünbuch der EC 2005, S. 24, www.ec.europa.eu; Scherber, Europäische Grundpfandrechte in der nationalen und internationalen Insolvenz im Rechtsvergleich, Diss. Frankfurt am Main 2004, S. 160.

Staaten die Wahl der Form und Mittel zur Umsetzung der formulierten Ziele. Ebenfalls denkbar ist eine unverbindliche Empfehlung an die Mitgliedsstaaten, harmonisierend tätig zu werden, Art. 288 Abs. 5 AEUV.

b) Ermächtigungsgrundlage/ Handlungskompetenz der EU

Der EU kommt nach dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung keine Generalkompetenz zu, Art. 5 Abs. 1, 2 EUV. Voraussetzung für ihr Tätigwerden ist stets eine Kompetenzzuweisung auf dem entsprechenden Gebiet.

aa) Art. 345 AEUV

Art. 345 AEUV bestimmt ausdrücklich, dass die Eigentumsordnungen der Mitgliedstaaten von den Regelungen der Verträge ausgenommen sind. Grundpfandrechte allgemein beeinflussen das Eigentum in seiner Ausübung, sind also Teil der Eigentumsordnung.⁴⁸ Möglicherweise ist dadurch bereits eine Regelungskompetenz der EU zur Einführung der Eurohypothek ausgeschlossen.

Die bereits bei Gründung der EWG aufgenommene Norm soll sicherstellen, dass die Gestaltung der Eigentumsordnung, vor allem Privatisierungen betreffend, Sache der einzelnen Mitgliedstaaten bleibt.⁴⁹ Nun kann aber nahezu jede Regelung des Gemeinschaftsrechts in irgendeiner Weise einen Berührungspunkt mit den Eigentumsordnungen haben, was zur Folge hätte, dass der EU keine Regelungsbefugnis zustünde. Als Teil des Vertrags muss Art. 345 AEUV allerdings auch im Zusammenhang mit den restlichen Normen gesehen werden, insbesondere mit denjenigen, welche Aufgaben und Ziele der Gemeinschaft bestimmen.⁵⁰ Soweit die Verwirklichung dieser Ziele Maßnahmen erfordert, welche auch in die Eigentumsordnung eingreifen, muss dies im Rahmen der gesetzgeberischen Kompetenzen möglich sein.⁵¹ Dies sollte umso mehr gelten, als mit der Einführung der Eurohypothek kein eigentumsrechtliches Instrument wegfällt, sondern dem vorhandenen Pool lediglich eines hinzugefügt wird. Art. 345 AEUV steht der Einführung der Eurohypothek durch EU-Rechtsakt also insgesamt nicht im Wege.

⁴⁸ Kircher (Fn. 7), S. 404; Wachter (Fn. 2), 54; Stöcker (Fn. 18), S. 288.

⁴⁹ Stöcker (Fn. 18), S. 288; Thorsten/Kingreen, in: Calliess/Ruffert, 4. Auflage 2011, Art. 345 AEUV Rn. 3; Kircher (Fn. 7), S. 404. Rn. 3; Kircher (Fn. 7), S. 404.

⁵⁰ Josipovic (Fn. 10), S. 123; Thorsten/Kingreen, in: Calliess/Ruffert, 4. Auflage 2011, Art. 345 AEUV Rn. 3; Kircher (Fn. 7), S. 404.

⁵¹ Kircher (Fn. 7), S. 405; Stöcker (Fn. 18), S. 289.

bb) Spezielle Ermächtigungsgrundlagen

Nachdem die Bestellung von Grundpfandrechten allgemein, also auch die Eurohypothek, der Kapitalverkehrsfreiheit und nicht der Dienstleistungsfreiheit zuzuordnen ist,⁵² sind die Art. 56, 58 AEUV keine einschlägigen Ermächtigungsgrundlagen und es muss auf die subsidiäre Ermächtigungsklauseln der Art. 114, 115 iVm Art. 26 AEUV zurückgegriffen werden.⁵³

cc) Maßnahmen nach Artt. 114, 115 iVm Art. 26 AEUV

Die Artt. 114, 115 AEUV sind Generalklauseln, die zur Angleichung von Rechts- und Verwaltungsvorschriften ermächtigen, wobei Art. 115 AEUV als allgemeinere Norm subsidiär zu Art. 114 AEUV ist.⁵⁴

Eine Handlungsbefugnis der EU aus Art. 114 AEUV ergibt sich für jede Art von Maßnahmen, welche für die Errichtung und den Erhalt der Funktionsfähigkeit des Binnenmarktes notwendig sind. Daraus ergibt sich, dass die Einführung der Eurohypothek für notwendig erachtet werden muss, um eines der Vertragsziele, insbesondere die Beseitigung der Hindernisse im freien Kapitalverkehr zwischen den Mitgliedstaaten im Bereich des Hypothekarkredits, zu erreichen. Ein Binnenmarkt für Hypothekarkredite kann nur dann entstehen, wenn durch Beseitigung von Abschottungswirkungen in allen Mitgliedsstaaten die gleichen Finanzierungstechniken angewendet werden können.⁵⁵ Solche Abschottungswirkungen bzw. Zugangerschwernisse sind im Bereich des Hypothekarkredits durchaus vorhanden. So sind beispielsweise in Rechtsordnungen mit streng-akzessorischen Grundpfandrechten variable Besicherungen von Krediten nicht oder nur mit enormem Kostenaufwand zu realisieren. Ein in allen Mitgliedsstaaten neben den nationalen Instrumenten stehendes, einheitlich geltendes Grundpfandrecht, welches zu den gleichen Bedingungen zur Verfügung steht, ermöglicht einen wahren grenzüberschreitenden Hypothekarkreditmarkt und fördert so eine bessere Integration in den Binnenmarkt.

⁵² EuGH, C-222/97, ECLI:EU:C:1999:143 – *Trummer und Meyer, Bieber/Epiney/Haag*, Die Europäische Union, Europarecht und Politik, 2013, § 11 Rn. 144.

⁵³ *Kiesgen* (Fn. 23), S. 53; *Kabl*, in: Calliess/Ruffert, 4. Auflage 2011, Art. 114 Rn. 11; vgl. *Müller-Graff*, Europäisches Gemeinschaftsrecht und Privatrecht: Das Privatrecht in der europäischen Integration, NJW 1993, 13 ff. (16 f.).

⁵⁴ *Kabl*, in: Calliess/Ruffert, 4. Auflage 2011, Art. 114 Rn. 9, 94.

⁵⁵ *Stöcker* (Fn. 18), S. 293; *Scherber* (Fn. 47), S. 161; *Josipovic* (Fn. 10), S. 121.

Art. 114 AEUV ist somit taugliche Ermächtigungsgrundlage für ein Tätigwerden der EU.⁵⁶

c) Gestaltung als Verordnung oder Richtlinie

Ausgehend von der Ermächtigungsnorm des Art. 114 AEUV besteht die Möglichkeit der Umsetzung sowohl durch eine Richtlinie als auch durch Verordnung. Will man den Mitgliedsstaaten ausreichend Freiraum gewähren, um die Eigenheiten der nationalen Rechtsordnungen in ausreichendem Maße zu berücksichtigen (v.a. in Staaten mit rein akzessorischen Grundpfandrechten), bietet sich die Regelung durch eine Richtlinie an.⁵⁷ Dies erscheint gerade deshalb sinnvoll, da neben dem Sachenrecht auch einige andere Rechtsgebiete wie das Insolvenzrecht, das Zwangsvollstreckungsrecht und das Bankenrecht betroffen sind. Durch die Richtlinie werden die maßgeblichen Punkte einheitlich verbindlich definiert und die übrigen Punkte der nationalen Rechtsetzung überlassen. Die in Anwendung des Verhältnismäßigkeitsprinzips (Art. 5 Abs. 4 EUV) notwendige Wahl des für die einzelnen Rechtsordnungen mildesten Mittels bei der Umsetzung von Regelungen, spricht ebenfalls für die Umsetzung als Richtlinie.

Dieser Argumentation kann entgegengehalten werden, dass die Einführung der Eurohypothek gerade nicht die nationalen grundpfandrechtlichen Instrumente ersetzen soll.⁵⁸ Nationale Elemente würden unverändert neben der Eurohypothek Bestand haben. Mittels einer Verordnung könnte dieses neue Rechtsinstitut schnell und einheitlich in den Mitgliedsstaaten seine Wirkung entfalten.⁵⁹ Eine Verordnung würde aufgrund ihrer unmittelbaren Geltung dafür Sorge tragen, dass sich Schuldner in verschiedenen Mitgliedsstaaten nicht veränderten rechtlichen Bedingungen anpassen müssten.

Es gibt sowohl für die Umsetzung als Richtlinie als auch für eine Verordnung gute Argumente. Eine Empfehlung nach Art. 288 Abs. 5 AEUV ist aufgrund ihres unverbindlichen Charakters eher ungeeignet. Welches Mittel am Ende gewählt wird, wird jedoch maßgeblich von der politischen Intention hinter der Einführung der Eurohypothek beeinflusst werden.

⁵⁶Kircher (Fn. 7), S. 416; Schneider, Europäische und internationale Harmonisierung des Bankvertragsrechts, NJW 1991, 1985 (1989); Stöcker (Fn. 18), S. 294.

⁵⁷ Stellungnahme des BMJ zum Grünbuch der EU, S. 24.

⁵⁸ Scherber (Fn. 47), S. 162; Wehrens (Fn. 3), 562.

⁵⁹ Kiesgen (Fn. 23), S. 55; Scherber (Fn. 47), S. 162.

3. Gestaltungsmöglichkeiten zur Eurohypothek

Neben der Diskussion um das Mittel der Umsetzung zur Einführung eines einheitlichen Grundpfandrechts steht die gleichberechtigte Frage nach der Art und Weise. Zum einen könnten die verschiedenen mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen einander angeglichen werden, sodass eine Art „gesamteuropäisches Privatrecht“ entsteht. Zum anderen ist eine Anerkennung von Grundpfandrechten anderer Mitgliedsstaaten gleichwertig zu den eigenen Immobiliarsicherheiten denkbar. Eine dritte Variante ist die Einsetzung der Eurohypothek als ein gleichberechtigtes gemeinsames Grundpfandrecht neben die verschiedenen mitgliedstaatlichen Instrumente.

a) Harmonisierung des europäischen Privatrechts

Teilweise wurde gefordert, dass zur Einführung der Eurohypothek die mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen im Bereich der Grundpfandrechte einander angeglichen werden sollten, da auf diese Weise die einheitliche Behandlung dieses Grundpfandrechts am besten erreicht würde.⁶⁰ Dies scheint auf den ersten Blick eine praktikable Lösung zu sein; jedoch wird man schnell feststellen müssen, dass es mit den bestehenden Rechtstraditionen kaum vereinbar ist. Grundpfandrechte sind als integraler Bestandteil der Zivilrechtssysteme sehr eng mit benachbarten Rechtsbereichen wie dem Vollstreckungs- oder Insolvenzrecht verknüpft. So würde eine isolierte Rechtsangleichung diese, zum Interessensausgleich geschaffenen Verzahnungen der verschiedenen Rechtsgebiete, auseinanderreißen und nachhaltig zu Lasten einer Partei verändern.⁶¹ Auch bestünde die Gefahr der Versteinerung des Marktes. So würden aufgrund der Rechtsidentität in Europa Fortschritt oder Innovation von Grundpfandrechten deutlich erschwert.⁶² Insgesamt ist eine Vollharmonisierung der Rechtssysteme auch wegen der immensen Umsetzungskosten nicht erstrebenswert.

⁶⁰ Habersack, Die Akzessorität: Strukturprinzip der europäischen Zivilrechte und eines künftigen europäischen Grundpfandrechts, JZ 1997, 857 (859); Mansel, Rechtsvergleichung und Europäische Rechtseinheit, JZ 1991, 529 (533).

⁶¹ Wachter (Fn. 2), 55.

⁶² Stürner, Das Grundpfandrecht zwischen Akzessorität und Abstraktheit und europäische Zukunft, in: FS Serick, 1992, S. 377 (387); Wachter (Fn. 2), 55.

b) Prinzip der gegenseitigen Anerkennung

Als weitere Möglichkeit kommt die Anwendung des Prinzips der gegenseitigen Anerkennung in Betracht. Hierfür ist es erforderlich, dass in jedem Mitgliedstaat die Grundpfandrechte sämtlicher anderen Mitgliedstaaten nicht nur wirksam bestellt, sondern im Sicherungsfall auch noch verwertet werden können. Dies, entgegen der Intention der Rechtsangleichung, führt viel eher zu einer Zersplitterung des gemeinsamen Marktes, da nunmehr mindestens 28 mehr oder weniger verschiedene Arten von Grundpfandrechten gleichzeitig Gültigkeit beanspruchen.⁶³ Aus diesem Grund scheidet eine Umsetzung durch gegenseitige Anerkennung aus.

c) Gemeinsamer Typ eines Grundpfandrechts

Eine dritte Möglichkeit zur Implementierung der Eurohypothek ist die Koordinierung der nationalen Sachenrechte auf einer europäischen Ebene.⁶⁴ Die Eurohypothek würde als eine von den Parteien wählbare Rechtsordnung, gleichberechtigt als „29. Regime“, neben die 28 nationalen Rechtsordnungen der EU-Mitgliedsstaaten treten. Sie würde so einen Rechtsrahmen schaffen, welcher die Sicherung von grenzüberschreitenden Finanzierungen erlaubt, ohne aber negative Auswirkungen auf die nationalen Märkte zu haben.⁶⁵ Das durch Sondervorschriften geregelte, in allen Mitgliedstaaten anwendbare Pfandrecht ermöglicht durch seinen supranationalen Charakter eine detaillierte Ausgestaltung aller relevanten Fragen wie Verbraucherschutz oder Vollstreckung, ohne auf die verschiedenen nationalen Bestimmungen Rücksicht nehmen zu müssen.⁶⁶ Als Beispiel der erfolgreichen Implementierung einer solchen Rechtsordnung lässt sich das UN-Kaufrecht von 1980 anführen.

Eine Einführung der Eurohypothek als zusätzliches Sicherungsinstrument in Form eines „29. Regimes“ scheint das geeignetste Mittel zu sein, nicht nur, weil es durch die gleichberechtigte Konkurrenz mit nationalen Pfandrechten einen Systemwettbewerb auslösen kann und so zu sinkenden Kreditpreisen führt,⁶⁷ sondern auch,

⁶³ Nasarre-Aznar (Fn. 41), S. 11; Wachter (Fn. 2), 55.

⁶⁴ Wachter (Fn. 2), 55; Webrens (Fn. 3), 560; Voigtländer/Demary/Schindler/Westerheide/Köndgen, EU-Binnenmarkt für Wohnbaufinanzierung, 2014, S. 2.

⁶⁵ Voigtländer/Demary/Schindler/Westerheide/Köndgen (Fn. 64), S. 4; Josipovic (Fn. 10), S. 76 f.

⁶⁶ Josipovic (Fn. 10), S. 76; Voigtländer/Demary/Schindler/Westerheide/Köndgen (Fn. 64), S. 2, 4.

⁶⁷ Voigtländer/Demary/Schindler/Westerheide/Köndgen (Fn. 64), S. 2; Wachter (Fn. 2), 55.

weil dieser Ansatz einen guten Ausgleich zwischen wünschenswerter Vielfalt und notwendiger Einheitsregelung auf europäischer Ebene bietet.⁶⁸

4. Ausgestaltung der Eurohypothek

Die einzelnen Projekte, welche sich mit der Einführung der Eurohypothek beschäftigt haben, stimmen in vielen Punkten überein, unterscheiden sich aber vor allem in der Umsetzung der von ihnen bevorzugten Merkmale. Als Leitfaden haben sich im Laufe der Diskussion zwei Grundmodelle herauskristallisiert, an welchen sich die rechtliche Ausgestaltung der Eurohypothek orientieren soll: Die deutsche Grundschuld und der schweizerische Schuldbrief.⁶⁹

a) Frage der Akzessorietät

Eine akzessorische bzw. nicht-akzessorische Ausgestaltung der Eurohypothek ist eine der entscheidenden Weichenstellungen in der Thematik um die Eurohypothek und wird maßgeblich über die Akzeptanz und praktische Verwendbarkeit des Grundpfandrechts entscheiden.

aa) Strenge Akzessorietät

Das Prinzip der Akzessorietät findet seinen Ursprung im römischen Recht und hat so Einzug in die meisten Rechtsordnungen der EU gefunden; sie ist ein gemeineuropäisches Prinzip des Sachen- und Bürgschaftsrechts.⁷⁰ Durch eine streng akzessorische Ausgestaltung der Eurohypothek kann die dem Sicherungsnehmer mit dem Grundpfandrecht eingeräumte überschießende Rechtsposition durch Kopplung des Grundpfandrechts an die gleichlaufende Forderung ausgeglichen werden.⁷¹ Auf diese Weise ist der Sicherungsgeber gegen „Übergriffe“ seines Gläubigers in gewisser Weise geschützt.⁷² Im Interesse des Sicherungsnehmers ist es sinnvoll, ähnlich dem § 1113 Abs. 2 BGB, das Akzessorietätsprinzip zu lockern und die Bestellung einer Eurohypothek auch schon für künftige und bedingte Forderungen zuzulassen.⁷³ Andernfalls könnte das Pfandrecht erst nach Entstehen

⁶⁸ Wachter (Fn. 2), 55.

⁶⁹ Josipović (Fn. 10), S. 78; Stürmer (Fn. 62), S. 387.

⁷⁰ Habersack (Fn. 60), 861. Vgl. auch EuGH, C-45/96, ECLI:EU:C:1998:111 – Dietzinger.

⁷¹ Köndgen/Stöcker, Die Eurohypothek: Akzessorietät als Gretchenfrage?, ZBB 2005, S. 112 ff. (116).

⁷² Habersack (Fn. 60), 862; Köndgen/Stöcker (Fn. 71), 116.

⁷³ Wachter (Fn. 2), 61; Habersack (Fn. 60), 862.

der Forderung bestellt werden, sodass der Gläubiger seinerseits zur ungesicherten Vorleistung gezwungen wäre.

Insgesamt würde die Eurohypothek sicherlich von einer akzessorischen Ausgestaltung profitieren. Wegen der breiten Akzeptanz des Akzessorietätsprinzips würde sie sich sehr leicht in die Rechtsordnungen der EU-Mitgliedsstaaten einfügen⁷⁴ und durch die starke Verbindung zwischen Sicherungsrecht und Forderung mehr Transparenz innerhalb der Vertragsverhältnisse schaffen.⁷⁵

bb) Nicht-Akzessorietät

Ein streng akzessorisches Grundpfandrecht ist allerdings von der deutschen Kreditpraxis kaum akzeptiert und aus der heutigen Sicht in vielerlei Hinsicht nicht mehr zweckdienlich, weil unflexibel und teuer.⁷⁶ Dahingegen kann ein nicht-akzessorisches Pfandrecht auch schon für zukünftige Forderungen bestellt werden und bietet für den Sicherungsnehmer gesteigerte Sicherheit, da es auch bei Unwirksamkeit der gesicherten Forderung fortbesteht.⁷⁷ Ebenso kann es ohne zusätzliche Kosten und Rangverlust wiederverwendet oder gesondert an Dritte veräußert werden.⁷⁸ Für den Sicherungsgeber besteht allerdings die Gefahr der doppelten Inanspruchnahme – aus der Forderung selbst und aus dem hiervon unabhängig veräußerten, abstrakten Grundpfandrecht.⁷⁹

cc) Konsolidierung – vertragliche Akzessorietät

Unter funktionalen Gesichtspunkten betrachtet, stellt man fest, dass sich Akzessorietät in verschiedene Facetten aufspalten lässt.⁸⁰ So lässt sich bei Grundpfandrechten eine Entstehens-, Bestands-, Durchsetzungs-, Zuständigkeits-

⁷⁴ Habersack (Fn. 60), 862; Wachter (Fn. 2), 63.

⁷⁵ Wachter (Fn. 2), 60.

⁷⁶ Baur/Stürner, Sachenrecht, 18. Auflage 2009, § 44 Rn. 6; Stöcker, Die Eurohypothek – ein Sicherungsinstrument der Zukunft, Immobilienmanager 2006, S. 9; Wolfsteiner, in: Staudinger 2009, Vor §§ 1191 Rn. 23; Köndgen/Stöcker (Fn. 71), 116 f.; Wunsch, Möglichkeiten und Grenzen eines europäischen Hypothekarkredits, Diss. Frankfurt a.M. 2009, 370.

⁷⁷ Wunsch (Fn. 76), S. 371; Wolfsteiner (Fn. 76), § 1191 Rn. 3; Stürner (Fn. 62), S. 380; Josipovic (Fn. 10), S. 92.

⁷⁸ Stöcker (Fn. 37), S. 768; Wunsch (Fn. 76), S. 371; vgl. auch BGHZ 166, 314, welche letztlich die Grundsuld fördert. Die Vormerkungswirkung tritt erst mit der Vereinigung von Eigentum und Grundsuld ein.

⁷⁹ Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Auflage 2012, Rn. 2311 ff.

⁸⁰ Köndgen/Stöcker (Fn. 71), 116; Stöcker (Fn. 28), 64; Kircher (Fn. 7), S. 41 f.

und Erlöschensakzessorietät unterscheiden.⁸¹ Um von den positiven Aspekten der Akzessorietät profitieren zu können, ohne gleichzeitig auf die gesteigerte Flexibilität der nicht-akzessorischen Sicherungsrechte verzichten zu müssen, ist es möglich, die Verbindung von Sicherungsrecht und Forderung mittels eines schuldrechtlichen Vertrages dort herzustellen, wo es nützlich erscheint.⁸² Mit Hilfe dieses sog. Sicherungsvertrages wird die fehlende dingliche Verbindung der Forderung mit dem Sicherungsrecht auf der schuldrechtlichen Ebene hergestellt und so ein Ausgleich von Verkehrs-, Gläubiger- und Schuldnerinteressen geschaffen.⁸³ Das sachenrechtliche „Können“ des Sicherungsnehmers wird durch ein eingeschränktes schuldrechtliches „Dürfen“ abgestuft. An der Nichtakzessorietät des Grundpfandrechtes ändert sich durch diese Praxis nichts – es wird lediglich eine wirtschaftliche Verbindung zwischen Forderung und Sicherungsrecht hergestellt.⁸⁴

Allerdings bietet sich eine vertragliche Verbindung nicht in allen Teilaspekten der Akzessorietät an. Sicherlich sinnvoll ist eine Bindung an die Durchsetzbarkeit der zu sichernden Forderung.⁸⁵ Diese ergibt sich eigentlich schon aus dem Sicherungszweck des Grundpfandrechtes und stellt sicher, dass die Verwertung nur dann betrieben werden darf, wenn auch die gesicherte Forderung durchsetzbar ist. Erstreckt sich diese Beschränkung, wie für die deutsche Sicherungsgrundschuld in § 1192 Abs. 1a BGB geregelt, bei Abtretung des Sicherungsrechtes auch auf Dritte, ist der Sicherungsgeber zuverlässig gegen eine Inanspruchnahme über den Sicherungszweck hinaus geschützt, ohne dass die Flexibilität beeinträchtigt wäre.⁸⁶ Eine darüber hinausgehende Bindung auf die Entstehung, das Erlöschen oder die Zuständigkeit ist nicht zielführend, da sonst die Vorteile eines nicht-akzessorischen Sicherungsrechtes durch die schuldrechtliche Annäherung an die gesetzliche Akzessorietät wieder aufgehoben würden.

Somit kann durch genaue Vorgaben über die Ausgestaltung des Sicherungsvertrages präzise gesteuert werden, inwieweit die Verbindung von Sicherungsrecht und

⁸¹ *Kircher* (Fn. 7), S. 41; *Stöcker* (Fn. 28), 64; *Medicus*, Durchblick: Die Akzessorietät im Zivilrecht, JuS 1971, 496 (500).

⁸² *Köndgen/Stöcker* (Fn. 71), 116; *Wachter* (Fn. 2), 57.

⁸³ *Wehrens* (Fn. 3), 561; *Soergel/Stöcker*, EU-Osterweiterung und dogmatische Fragen des Immobiliarsachenrechts: Kausalität, Akzessorietät und Sicherungszweck, ZBB 2002, S. 412 (416); *Kircher* (Fn. 7), S. 564.

⁸⁴ *Josipovic* (Fn. 10), S. 91.

⁸⁵ *Kircher* (Fn. 7), S. 392; *Stöcker* (Fn. 28), 90.

⁸⁶ *Stürmer* (Fn. 62), S. 388; *Stöcker* (Fn. 28), 90; *Kircher* (Fn. 7), S. 392.

Forderung künstlich hergestellt werden soll, ohne die Verkehrsfähigkeit der Eurohypothek unnötig zu beschränken.

b) Sicherungsvertrag

Für eine erfolgreiche Umsetzung der vertraglichen Akzessorietät steht die Ausgestaltung der Sicherungsabrede im Mittelpunkt. Sie regelt die schuldrechtlichen Beziehungen zwischen Kreditgeber und Kreditnehmer, welche grundsätzlich auch den Parteien überlassen ist. Im Interesse der einheitlichen Errichtung sowie der Kostenminimierung bei Bestellung kann aber auch die Festsetzung von Mindeststandards für den Sicherungsvertrag sinnvoll sein.⁸⁷ Ebenso kann auf diese Weise der ungleichen Verhandlungsstärke der Marktteilnehmer entgegengewirkt⁸⁸ und die Ausgewogenheit des Vertrages zumindest im Minimum gewährleistet werden.⁸⁹

Die Vereinbarung der notariellen Form im Interesse des Schuldners ist denkbar, aber nicht praktikabel, da ein solcher Formzwang nicht nur für den ursprünglichen Vertrag, sondern auch für Änderungen und Anpassungen eine Beurkundungspflicht nach sich ziehen würde. Dadurch würden Vorteile wie Flexibilität, Schnelligkeit und geringe Kosten teilweise nivelliert werden.⁹⁰ Auch weil der Inhalt des Sicherungsvertrages in der Praxis typischerweise nicht zur Disposition steht, sondern formularmäßig vorgegeben ist, lohnt sich der Aufwand kaum, da auch der Notar nicht aktiv in die Vertragsgestaltung eingreifen, sondern nur auf Gefahren hinweisen kann.⁹¹

Gleichwohl sollte sich der Sicherungsvertrag nicht auf die beiden Grundverpflichtungen zwischen Schuldner und Gläubiger beschränken, sondern zumindest noch Regelungen darüber enthalten, dass der Sicherungsgeber das Pfandrecht bei Erlöschen oder Nicht-Entstehen der Forderung zurückverlangen kann,⁹² um so der Missbrauchsgefahr durch den Sicherungsnehmer vorzubeugen.

⁸⁷ Wunsch (Fn. 76), S. 375; vgl. Kiesgen (Fn. 23), S. 222 ff.

⁸⁸ Wachter (Fn. 2), 57.

⁸⁹ Wunsch (Fn. 76), S. 374; Wachter (Fn. 2), 58.

⁹⁰ Stöcker (Fn. 18), S. 277; Wachter (Fn. 2), 58.

⁹¹ Wachter (Fn. 2), S. 58.

⁹² Wunsch (Fn. 76), S. 374.

c) Bestellung und Übertragbarkeit

Eine wichtige Eigenschaft der Eurohypothek soll deren leichte Übertragbarkeit sein, um den möglichst flexiblen Umgang und die gleichzeitige Wahrung der erforderlichen Rechtssicherheit zu garantieren. Einigkeit unter den Literaturstimmen besteht darüber, dass die Bestellung einer Eurohypothek durch notarielle Beurkundung der Bewilligung des Eigentümers erfolgen soll und einer konstitutiven Eintragung in das Grundbuch oder ein sonstiges Register bedarf.⁹³

Übertragen werden soll die Eurohypothek durch einen Abtretungsvertrag zwischen dem bisherigen Pfandrechtsinhaber und dem neuen Gläubiger.⁹⁴ Ob an den Abtretungsvertrag noch weitere Anforderungen zu stellen sind, hängt davon ab, ob die Eurohypothek als ein Buch- oder ein Briefrecht ausgestaltet ist.

Bei einem Buchrecht ist für die wirksame Übertragung der Eintrag in das Grundbuch bzw. das entsprechende Register notwendig. Eintragungen werden, zumindest in Deutschland, nur vorgenommen, sofern die erforderlichen Erklärungen durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden nachgewiesen werden, § 29 GBO. Die Wahl als Registerrecht bietet den Vorteil, dass sich so auf einen Blick sämtliche Belastungen an einem Grundstück inklusive der Berechtigten und ihrer Reihenfolge einsehen lassen.⁹⁵ Problematisch ist der unmittelbare Registerzwang allerdings dort, wo noch kein Registersystem vorhanden ist, da der Aufbau eines solchen einen enormen Aufwand bedeutet – sowohl finanziell als auch logistisch.⁹⁶

Wird für die Eurohypothek jedoch ein Brief erstellt, so sind für die rechtlich voll wirksame Übertragung nur eine privatschriftliche Abtretungserklärung sowie die Übergabe des Briefes erforderlich. Die Verbriefung in einem fungiblen Papier ist ganz im Sinne der Verkehrsfähigkeit der Eurohypothek, ermöglicht die schnelle und unkomplizierte Sicherung von Forderungen und gewährt bessere Refinanzierungschancen auf dem Kapitalmarkt.⁹⁷ Auch bietet ein Briefrecht verglichen zu einem Registerrecht mit der Zeit einen erheblichen Kostenvorteil.⁹⁸ Die

⁹³ *Wolfsteiner/Stöcker* (Fn. 27), 266; *Scherber* (Fn. 47), S. 163; *Wunsch* (Fn. 76), S. 376.

⁹⁴ *Wolfsteiner/Stöcker* (Fn. 27), 266.

⁹⁵ *Kircher* (Fn. 7), S. 452; *Wachter* (Fn. 2), 68.

⁹⁶ *Kircher* (Fn. 7), S. 452.

⁹⁷ *Kiesgen* (Fn. 23), S. 45; *Wolfsteiner/Stöcker* (Fn. 27), 265; *Stöcker* (Fn. 18), S. 281.

⁹⁸ *Wunsch* (Fn. 76), S. 377; *Wachter* (Fn. 2), 57; *Kiesgen* (Fn. 23), S. 47.

Ausstellung des Briefes generiert nur einmalige Kosten, während Notar- und Eintragungskosten bei einem Registerrecht bei jeder Änderung erneut anfallen.⁹⁹

d) Rechtsstellung/ Rechtswirkung

Die wirtschaftliche Qualität eines Grundpfandrechts, mithin auch die der Eurohypothek, ist stark von der Effektivität ihrer zwangsweisen Verwertung abhängig.¹⁰⁰ In jedem Mitgliedsstaat finden sich Verfahrensvorschriften, wie aus einem Grundpfandrecht in eine Immobilie vollstreckt werden kann. Diese Regelungen sind regelmäßig Teil der allgemeinen Bestimmungen über die Zwangsverwertung, gelten somit gleichermaßen für Forderungen und Grundpfandrechte¹⁰¹ und steuern in der Praxis die Verteilung der Prozessführungslasten.¹⁰² Unterschiede zwischen den Mitgliedsstaaten bestehen insbesondere in den Voraussetzungen der Zwangsvollstreckung – in manchen Staaten ist das Grundpfandrecht sofort und selbstständig vollstreckbar¹⁰³ – sowie im Umfang des Haftungsverbandes.¹⁰⁴

Vom Haftungsverband ist in den großen Mitgliedstaaten wie Frankreich, Italien, Spanien, den Niederlanden sowie dem Vereinten Königreich (UK) stets das Grundstück selbst mit seinen wesentlichen Bestandteilen umfasst.¹⁰⁵ Aber bereits bei der Frage nach dem Zubehör zeigen sich gravierende Unterschiede zwischen den Mitgliedstaaten. Während in Deutschland das Zubehör in den Haftungsverband fällt, wenn es dem wirtschaftlichen Nutzen des Grundstücks gewidmet ist,¹⁰⁶ ist beispielsweise in der englischen Rechtsordnung eine körperliche Verbindung mit dem Grundstück notwendig.¹⁰⁷ Ebenso unterschiedlich geregelt ist die Erstreckung auf Miet- und Pachtforderungen in den Haftungsverband. In Deutschland sind gem. § 1123 BGB Miet- und Pachtforderungen generell von der Hypothek umfasst – es besteht lediglich eine Enthftungsmöglichkeit nach § 1124 BGB. Im spanischen Recht ist eine gesetzliche Inklusion nicht vorgesehen, sie ist aber als Individualabrede möglich.¹⁰⁸ Weiterhin herrschen große Unterschiede bei

⁹⁹ Wunsch (Fn. 76), S. 377; Wachter (Fn. 2), 65.

¹⁰⁰ Guidelines for a Eurohypothec, Warschau 2005, S. 20, www.pfandbrief.de.

¹⁰¹ Wachter (Fn. 2), 68; Köndgen/Stöcker (Fn. 71), 118.

¹⁰² Köndgen/Stöcker (Fn. 71), 118.

¹⁰³ Ebd.

¹⁰⁴ Wachter (Fn. 2), 69.

¹⁰⁵ Plappert, Dingliche Sicherungsrechte in der Insolvenz, Diss. Baden-Baden 2008, S. 120 ff.

¹⁰⁶ §§ 1113, 1120, 97 BGB.

¹⁰⁷ Plappert (Fn. 105), S. 121; Scherber (Fn. 47), S. 17.

¹⁰⁸ Art. 111 Ley Hipotecaria (LH); Plappert (Fn. 105), S. 122.

der dinglichen Mitbesicherung von fälligen Zinsansprüchen aus dem Grundpfandrecht. Während in Deutschland sämtliche Zinsen mitumfasst sind, besteht beispielsweise in Frankreich eine Beschränkung auf die letzten drei Jahre nach Einschreibung der Hypothek ins jeweilige Register.¹⁰⁹

Diese Unterschiede zeigen, dass für die erfolgreiche Einführung eines einheitlichen europaweiten Grundpfandrechts noch deutlich mehr Fragen zu klären sind als die bloße Art der Umsetzung oder der Grad der Vereinheitlichung. Es sind tiefgreifende vergleichende Analysen zu verschiedensten Rechtsfragen und -gebieten sowie die Einigung über eine gemeinschaftliche Lösungsoption von Nöten.

Die Frage nach der effektiven Verwertung kann auf europäischer Ebene auf zwei Arten umgesetzt werden. Entweder wird die Zwangsvollstreckung in die Hände der Mitgliedstaaten gelegt oder durch harmonisierende Rechtsetzung – d.h. starre Regelungen oder festgesetzte Mindeststandards – einheitlich geregelt.

Für die Eingliederung in die nationalen Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzsysteme spricht, neben dem für die Handlungen der EU in Art. 5 AEUV definierten Subsidiaritätsprinzip auch die in naher Zukunft nicht zu erwartende Angleichung auf europäischer Ebene¹¹⁰ sowie der enorme Einfluss der Eurohypothek auf die benachbarten Rechtsgebiete. Würden auch diese auf europäischer Ebene vereinheitlicht, wären die Mitgliedsstaaten ihres Gestaltungsspielraumes in großem Umfang beraubt.¹¹¹ Die tiefe Verstrickung mit den nationalen Vollstreckungs- und Insolvenzsystemen ist auch ein Grund, weshalb das jeweilige nationale Recht entscheiden sollte, unter welchen Voraussetzungen ein Vollstreckungsverfahren begonnen und durchgeführt werden kann – gleichgültig ob Eurohypothek oder nationales Grundpfandrecht.¹¹² Problematisch ist die Eingliederung in die nationalen Rechtsordnungen wiederum aufgrund der starken Unterschiede, da sich für Kreditgeber weiterhin eine Informationspflicht über die bestehende Rechtslage in jedem Mitgliedsstaat ergibt.¹¹³ Bildlich gesprochen besteht so die Gefahr, dass die Eurohypothek aufgrund der Zersplitterung von nationalen Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzordnungen mehr einer leeren Hülle als einem

¹⁰⁹ Deutschland: § 1118 BGB; Frankreich: Art. 2151 Code Civil frz.

¹¹⁰ Wunsch (Fn. 76), S. 378.

¹¹¹ Stellungnahme BMJ zum Grünbuch EC 2005, S. 24, www.ec.europa.eu.

¹¹² Köndgen/Stöcker (Fn. 71), 118.

¹¹³ Wunsch (Fn. 76), S. 378.

einheitlichen Grundpfandrecht gleicht.¹¹⁴ Bestrebungen nach angleichenden Regelungen sollten sich indes auf das Mindestmaß beschränken. So würden bereits die Beseitigung von Effizienzdefiziten und Unsicherheiten in Verwertungs- und Insolvenzrechten zu einer erheblichen Verbesserung der Situation führen.¹¹⁵

In jedem Fall aber sollten Regelungen zu Rangfragen und zum Umgang mit Privilegien für den Fall der Zwangsvollstreckung oder Insolvenz des Eurohypothekenschuldners getroffen werden. Aufgrund der zur Bestellung notwendigen Eintragung in die nationalen Liegenschaftsregister bietet es sich an, entsprechend der Eintragsreihenfolge des jeweiligen Registers vorzugehen.¹¹⁶ Dies entspricht dem Prioritätsprinzip. Gemäß § 10 Nr. 4 ZVG stehen grundpfandrechtlich besicherte Forderungen in der Zwangsvollstreckung an vierter Stelle nach Verfahrenskosten, WEG-Forderungen und öffentlich-rechtlicher Lasten des Grundstücks. Diese Regelung ist zwingender Natur und enthält eine abschließende Regelung der Verteilungsreihenfolge.¹¹⁷ Ein weiterer Faktor der oben angesprochenen Qualität der Eurohypothek ist der Umgang mit Privilegien und Vorrechten, welche nicht in die jeweiligen Register eingetragen sind und so den wirtschaftlichen Wert des Pfandrechts in der Verwertung schmälern.¹¹⁸ Jedes dieser nicht zwingend eintragungspflichtigen Befriedigungsvorrechte stellt einen Eingriff in das Prioritätsprinzip dar und widerspricht der europaweit angestrebten Transparenz dinglicher Rechte an Grundstücken. Auch drängt sich die Frage auf, ob diese rangverdrängenden Privilegien nicht sogar den Grundfreiheiten widersprechen.¹¹⁹ Eine Beeinträchtigung der Kapitalverkehrsfreiheit in Form des berechtigten Befriedigungsvorrechts eines dinglich gesicherten Gläubigers ist zumindest nicht ausgeschlossen. Daher dürfen diese Privilegien im Interesse der Rechtssicherheit, Transparenz und günstigen Kreditkonditionen nur dann Bestand haben, wenn es aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt ist.¹²⁰ Um die Effektivität der Eurohypothek zu gewährleisten, sollte die Eurohypothek in allen Mitgliedstaaten den gleichen privilegierten Rang haben oder aber, verglichen zu den nationalen Grundpfandrechten, mindestens auf der gleichen Stufe stehen.¹²¹ Auch sollten

¹¹⁴ *Wunsch* (Fn. 76), S. 378.

¹¹⁵ *Ebd.*

¹¹⁶ *Wachter* (Fn. 2), 65.

¹¹⁷ RGZ 71, 424; BGH, Rechtspfleger 1992, 533 (534).

¹¹⁸ *Wachter* (Fn. 2), 65 f.

¹¹⁹ *Wunsch* (Fn. 76), S. 376; *Wachter* (Fn. 2), 66.

¹²⁰ *Wachter* (Fn. 2), 66.

¹²¹ *Nasarre-Aznar* (Fn. 41), S. 12.

solche Eingriffe in das Prioritätsprinzip nur ausnahmsweise zulässig sein und im Interesse der Rechtssicherheit in einer Liste zur freien Einsicht publik gemacht werden.¹²²

5. Hilfsinstrumente zur Etablierung der Eurohypothek

Die Akzeptanz der Eurohypothek als neues Grundpfandrecht neben den etablierten Instrumenten wird abseits der Ausgestaltungsfragen auch stark davon abhängen, wie sie in das gesamteuropäische System eingegliedert wird und welche Hilfsinstrumente ihr zur Verfügung stehen.

a) EULIS

EULIS – European Land Information System – ist ein von der Europäischen Kommission angestrebter und seit November 2006 funktionierender Datenverbund zur Vernetzung der verschiedenen mitgliedstaatlichen Grundbuchsysteme. Entstanden ist die Idee zum EULIS-Projekt im Zuge der E-Justizbestrebungen innerhalb der EU. Das EULIS-Programm bietet für teilnehmende, ausschließlich professionelle Partner die Möglichkeit, in digitaler Form Einsicht in die Grundbuchsysteme anderer Mitgliedsstaaten zu nehmen.¹²³ Darüber hinaus möchte es durch ein Glossar dazu beitragen, dass unbekannte Begrifflichkeiten einheitlich erklärt werden. Das Hauptaugenmerk dieses Projekts ist es, die europaweite Zugänglichkeit von Registerinformationen zu gewährleisten, Sprachbarrieren abzubauen und mangelndem Wissen über Registerprozesse in anderen Mitgliedsstaaten entgegen zu wirken.¹²⁴ Die Beteiligung der Mitgliedsstaaten an diesem Projekt hat seit 2006 stetig zugenommen – an einer deutschen Beteiligung fehlt es allerdings noch. Von den 23 teilnehmenden Staaten sind die Grundbuchsysteme von sechs vollständig online abrufbar. Die restlichen Teilnehmer arbeiten an einer Echtzeitschaltung.¹²⁵ Eine deutsche Beteiligung ist aufgrund der abgeschlossenen Digitalisierung der Grundbuchsysteme zwar grundsätzlich denkbar, aber wohl dennoch eher theoretischer Natur. Nach dem Prinzip des Verwaltungsföderalismus obliegt die allgemeine Grundbuchverwaltung den Ländern, während die korrespondierende Gesetzgebungskompetenz beim Bund liegt. Gesetzgebungskompetenz und Gesetzesvollzug fallen also auseinander. Dies stellt zwar eine Hürde dar, diese

¹²² Wunsch (Fn. 76), S. 379; Wachter (Fn. 2), 66.

¹²³ Nasarre-Aznar (Fn. 41), S. 12.

¹²⁴ Europäische Kommission – Forumgruppe zum Hypothekarkredit (Fn. 29), Anhang V, S. 54 f.

¹²⁵ <http://eulis.org>.

ist jedoch im Parallelvergleich mit dem Handelsregister bei entsprechendem politischen Willen zu meistern. Allerdings statuiert § 133 GBO hohe Einsichtsbeschränkungen für Grundbucheinträge,¹²⁶ sodass ein entsprechender Wille gerade nicht zu erkennen ist. Unabhängig von einer deutschen Beteiligung erhöht das EULIS-Projekt die Zugänglichkeit von Registerinformationen zu Liegenschaften und ermöglicht so eine leichtere und sicherere Übertragung dieser Auskünfte, da sowohl Lasten als auch Berechtigte direkt online abgefragt werden können.¹²⁷

b) Eurotrust

Ergänzend zur Einführung der Eurohypothek hat die Forum-Gruppe der EU in ihrem Bericht aus dem Jahr 2004 gefordert, dass ein europaweites Trust-Recht eingeführt werden soll.¹²⁸ Bedingt durch die rechtlich-technische Trennung von Darlehensforderung und Grundpfandrecht (Nicht-Akzessorietät), kann mit der Eurohypothek ein europaweites Sicherungskonstrukt geschaffen werden, welches auf der alleinigen Abtretung der Forderung beruht, während das Grundpfandrecht treuhänderisch gehalten wird.¹²⁹ Für das Funktionieren eines solchen Konstrukts, dem sog. „Eurotrust“, ist es zwingend notwendig, dass das Treuhandverhältnis insolvenzfest ist, der von der Treuhand Begünstigte also auch bei Insolvenz des Treuhänders seine Rechtsposition voll behält.¹³⁰

Ein solches Ineinandergreifen von Eurohypothek und Eurotrust kann Synergieeffekte generieren, welche den Aufbau und Ausbau von europaweit diversifizierten Portfolios von Hypothekarkrediten nach sich ziehen.¹³¹ Auch die grenzüberschreitende Refinanzierung von Hypothekarkrediten durch Verbriefung sowie Syndizierung würden durch ein Instrument wie den Eurotrust verbessert¹³² und damit eine bessere Risikostreuung ermöglicht werden.¹³³

IV. Schlussfolgerung:

Die bisherigen Diskussionen und Arbeiten um die Eurohypothek haben gezeigt, dass das Projekt zur Einführung einer Eurohypothek einen großen Kreis an

¹²⁶ <http://www.presseportal.de>.

¹²⁷ Stellungnahme VDP zum Grünbuch der EC 2005, S. 10, www.pfandbrief.de.

¹²⁸ Europäische Kommission – Forumgruppe zum Hypothekarkredit (Fn. 29), S. 30 f. Pkt. 118.

¹²⁹ Nasarre-Aznar (Fn. 41), S. 21; Stöcker (Fn. 76), S. 9.

¹³⁰ Stöcker (Fn. 28), 91.

¹³¹ Nasarre-Aznar (Fn. 41), S. 22; Stöcker (Fn. 28), S. 92.

¹³² Stöcker (Fn. 28), 91; Nasarre-Aznar (Fn. 41), S. 21.

¹³³ Stöcker (Fn. 1), 1948; Stöcker (Fn. 28), 92.

Befürwortern hat. Diese sind sich, obwohl durch die verschiedenen nationalen Rechtsordnungen unterschiedlich geprägt, einig, dass das Grundmerkmal der Eurohypothek die Nicht-Akzessorietät sein soll. Sie stellt hierbei jedoch kein unumstößliches Dogma dar,¹³⁴ sondern soll die notwendige Flexibilität und Übertragbarkeit auf dem Finanzmarkt gewährleisten.¹³⁵ Obwohl die Sicherungsgrundschuld in Deutschland die Hypothek in der praktischen Anwendung fast vollkommen verdrängt hat,¹³⁶ besteht dennoch Bedarf nach einer Verbindung von Forderung und Sicherungsrecht.¹³⁷ Kommende Diskussionen werden sich folglich vor allem darum drehen, bis zu welchem Maß und in welchem Sinne die Nicht-Akzessorietät der Eurohypothek zu Gunsten des Eigentümerschutzes aufgeweicht werden soll.¹³⁸

Ein solches nicht-akzessorisches Grundpfandrecht würde sich in das deutsche System der Grundpfandrechte ohne größeren Aufwand einfügen lassen, da hier, im Gegensatz zu beispielsweise Frankreich,¹³⁹ nicht-akzessorische Grundpfandrechte bekannt und akzeptiert sind. An welchem der vorgeschlagenen Modelle – Schweizerischer Schuldbrief oder Deutsche Grundschuld – sich die zukünftigen Diskussionen orientieren, macht letztendlich kaum einen Unterschied. Die parallele Abgabe eines abstrakten Schuldversprechens, neben der Bestellung eines Grundpfandrechts zu Gunsten der kreditgebenden Bank, ist in Deutschland inzwischen absolut üblich.¹⁴⁰

Als Maßnahme zur Einführung der Eurohypothek bietet sich eine auf Art. 114 Abs. 1 AEUV fußende Richtlinie an. Sie stellt den Mitgliedstaaten die detaillierte Ausgestaltung frei und ermöglicht so eine effiziente und leichte Einbindung in die nationalen Systeme. Dem gegenüber steht eine weitgehende Harmonisierung des Rechts auf europäischer Ebene, wie sie durch eine unmittelbar wirkende Verordnung erreicht würde. Diese Rechtsangleichung sollte nach Möglichkeit gerade

¹³⁴ Köndgen/Stöcker (Fn. 71), 120.

¹³⁵ Josipovic (Fn. 10), S. 126.

¹³⁶ Wolfsteiner (Fn. 76), Vorbem. zu §§ 1191 ff. BGB Rn. 23.

¹³⁷ Die Sicherungsgrundschuld hat die abstrakte Grundschuld in ihrer Verwendungshäufigkeit in Deutschland fast vollkommen abgelöst. Vgl. Josipovic (Fn. 10), S. 90, 126.

¹³⁸ Köndgen/Stöcker (Fn. 71), 120; Josipovic (Fn. 10), S. 126.

¹³⁹ Soergel/Stöcker (Fn. 83), 416.

¹⁴⁰ Habersack, in: MüKo-BGB V, 6. Aufl. 2013, § 780 Rn. 32; Wolfsteiner (Fn. 76), Vorb. §§ 1191 Rn. 195.

vermieden werden, da sonst die Gefahr droht, den Hypothekenmarkt nicht weiter zu integrieren, sondern ihn im Gegenteil zu versteinern.¹⁴¹

Arbeiten um die Eurohypothek sind also in keinem Fall vergeblich. Sie können als Grundlagenarbeit stets zur Verbesserung zumindest der nationalen Grundpfandsysteme in Europa beitragen, wie einige ermutigende Ergebnisse aus Ost- und Mitteleuropa zeigen.¹⁴²

¹⁴¹ Vgl. oben unter **II. 3. a).**

¹⁴² *Stöcker* (Fn. 1), 1949.

Nick Marquardt*

Das Insolvenzgeld außerhalb eines Insolvenzverfahrens

Abstract

In jüngerer Vergangenheit sorgten die Insolvenzen von Branchenriesen wie Schlecker oder Karstadt für Aufsehen. Schlecker beschäftigte vor dem Insolvenzverfahren rund 47000 Mitarbeiter. 13000 Arbeitnehmer verloren ihre Arbeitsplätze, was bedrohliche Auswirkungen auf ihre Existenzgrundlage hatte. Dieses Risiko hat auch der Gesetzgeber längst erkannt und mit dem Insolvenzgeld ein soziales Sicherungsnetz geschaffen. Insolvenzgeld spielt aber nicht nur im Regelinsolvenzverfahren eine Rolle, sondern sorgt auch außerhalb desselben für ein Mindestmaß an Arbeitnehmerschutz. Insbesondere bei Unternehmensbeendigungen besteht für die Arbeitnehmer kaum Hoffnung, Ansprüche auf Arbeitsentgelt zu realisieren. Der folgende Beitrag setzt sich mit dieser Problematik auseinander und zeigt wesentliche Problemfelder des Insolvenzgeldes außerhalb von Insolvenzverfahren auf.

* Der Autor studierte an der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg und ist derzeit Referendar im OLG-Bezirk Naumburg.

I. Einleitung

Verswinden die Geschäftsführer eines Unternehmens unauffindbar, weil ihnen Strafverfolgung oder private Haftung droht, dann sind die Leidtragenden zumeist die Gläubiger. Insbesondere Arbeitnehmer bestreiten ihren Lebensunterhalt aus dem Arbeitsentgelt. Trotzdem erhalten sie in der Insolvenz regelmäßig nur die Insolvenzquote. Damit sich der Schaden für die Arbeitnehmer trotzdem in Grenzen hält, wurde das Insolvenzgeld eingeführt. Der Anspruch auf Insolvenzgeld besteht nicht nur bei der Eröffnung des Insolvenzverfahrens, sondern auch wenn der Antrag mangels Masse abgewiesen wird oder der Betrieb bereits beendet ist. Letzteres führt in der Praxis zu den größten Schwierigkeiten und soll daher nachfolgend genauer untersucht werden.

II. Der Anspruch auf Insolvenzgeld gem. § 165 Abs. 1 SGB III

1. Allgemeine Voraussetzungen

Jeder Anspruch auf Insolvenzgeld setzt unabhängig vom Insolvenzereignis ein Arbeitsverhältnis mit einer Inlandsbeschäftigung voraus. Außerdem muss ein Antrag auf Insolvenzgeld bei der Bundesagentur für Arbeit gestellt werden.

Zwischen dem Arbeitgeber und dem Arbeitnehmer muss ein Arbeitsverhältnis bestehen. Umstritten ist, welcher Arbeitnehmerbegriff in § 165 SGB III heranzuziehen ist, zumal die Regelungen zum Insolvenzgeld keine eigene Begriffsdefinition enthalten.

Einerseits stellt man auf den arbeitsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff ab.¹ Andererseits könnte man auch den sozialversicherungsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff heranziehen.² Beiden gemeinsam ist die Frage danach, ob die Erwerbstätigkeit in persönlicher Abhängigkeit zum Arbeitgeber ausgeübt wird.³ Eine solche Abhängigkeit liegt vor, wenn der Arbeitnehmer in den Betrieb eingegliedert ist und einem Weisungsrecht hinsichtlich Zeit, Ort und Dauer seiner Arbeitstätigkeit unterliegt.⁴ Es ergeben sich nur in den Randbereichen geringfügige Abweichungen. Eine Beschäftigung im Sinne des Sozialversicherungsrechts kann beispielsweise unabhängig vom Arbeitsverhältnis vorliegen.⁵

¹ *Mutschler*, in: Knickrehm/Kreikebohm/Waltermann, Sozialrecht, 3. Aufl. 2013, SGB III § 165 Rn. 3; *Kühl*, in: Brand, 6. Aufl. 2012, SGB III § 165 Rn. 13; *Schmid*, in: NK-SGB III, 2. Aufl. 2004, § 183 Rn. 6.

² *BSG*, SozR 3-4100 § 141 b Nr. 17; *Koch*, in: ArbR-HdB Schaub, 15. Aufl. 2013, § 94 Rn. 3.

³ *BSG*, SozR 2100 § 7 Nr. 7; *Mutschler* (Fn. 1), § 165 Rn. 4; *Schmidt* (Fn. 1), § 165 Rn. 7.

⁴ *BSG*, SozR 2100 § 7 Nr. 7; *Lakies*, Der Anspruch auf Insolvenzgeld, NZA 2000, 565 ff.; *Kühl* (Fn. 1), § 165 Rn. 14.

⁵ BSGE 80, 250 (251 f.); *Reiserer*, in: MAH Arbeitsrecht, 3. Aufl. 2009, § 6 Rn. 75 f.

Davon werden also insbesondere arbeitnehmerähnliche Tätigkeiten erfasst sowie die Tätigkeit eines GmbH-Geschäftsführers.⁶

Problematischer ist die Abgrenzung zwischen einer selbstständigen und einer abhängigen Tätigkeit. Diese Schwierigkeit tritt nicht nur beim Insolvenzgeld auf. Vielmehr beschäftigt sie die Sozialgerichte schon seit dem Beginn ihrer Tätigkeit.⁷ Eine detaillierte Darstellung der Kasuistik soll der entsprechenden Literatur überlassen und hier nicht weiter vertieft werden.⁸ Zusammengefasst kommt es stets auf diverse Indizien an, die für oder gegen eine Selbstständigkeit sprechen können. Diese geben dann im jeweiligen Einzelfall den Ausschlag. So kann beispielsweise der Geschäftsführer einer GmbH den tatsächlichen Umständen nach eher abhängig sein oder eher selbstständig. Hält er die Mehrzahl der Gesellschafteranteile, spricht das eher für eine Selbstständigkeit, während eine geringe Beteiligung eher für eine Abhängigkeit spricht.⁹

Bei der Bestimmung des Arbeitgebers kommt es darauf an, mit wem der Arbeitsvertrag geschlossen wurde und wem gegenüber die Arbeitsleistung im Sinne des § 611 BGB geschuldet wird.¹⁰ Maßgeblich ist, wer das Direktionsrecht aus dem Arbeitsvertrag ausübt.¹¹

Bei dem Beschäftigungsverhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer muss es sich um eine Inlandsbeschäftigung handeln. Zur Bestimmung des Begriffs der Inlandsbeschäftigung soll es darauf ankommen, wo der Schwerpunkt des Beschäftigungsverhältnisses liegt.¹² Jedoch ist der Begriff des Schwerpunkts wenig aussagekräftig, um die Voraussetzungen einer Inlandsbeschäftigung zu beschreiben. Inhaltlich ist der Begriff zwar zutreffend, aber terminologisch genauer wäre es, auf das Zentrum des Beschäftigungsverhältnisses abzustellen. Durch diese veränderte Terminologie werden zugleich die diversen Indizien angedeutet, die für ein inländisches Beschäftigungsverhältnis sprechen, wie beispielsweise ein Arbeitsvertrag mit einem deutschen Unternehmen oder die Vereinbarung des deutschen Gerichtsstandes. Bei der Frage, ob eine Inlandsbeschäftigung vorliegt, sind zudem die Vorschriften über die Aus- und

⁶ BSGE 80, 250 (251 f.); *Reiserer* (Fn. 5), § 6 Rn. 75 f.

⁷ Vgl. BSGE 3, 30 ff; 10, 41 ff.

⁸ Umfassend *Brand*, Die Behandlung des Problems „Scheinselbstständigkeit“ durch die Sozialgerichte, NZS 1997, 552 ff.; *Peters-Lange*, in: Spellbrink/Eicher, SGB III, 3. Aufl. 2013, § 8 Rn. 44.

⁹ Vgl. *Brand* (Fn. 8.), 553.

¹⁰ BSG, SozR 4100 § 141 b Nr. 27.

¹¹ *Schmidt*, in: Mutschler/Schmidt-De Caluwe/Coseriu, SGB III, 5. Aufl. 2013, § 165 Rn. 18.

¹² BSG, SozR 4100 § 141 b Nr. 28.

Einstrahlung (§§ 4 und 5 SGB Abs. 5) zu berücksichtigen.¹³ Demnach können sowohl ins Ausland entsendete Arbeitnehmer erfasst sein als auch im Inland beschäftigte Arbeitnehmer eines ausländischen Arbeitgebers.¹⁴

Zu diesen allgemeinen Voraussetzungen des Insolvenzgeldanspruchs muss noch eines der in § 165 Abs. 1 S. 2 SGB III aufgeführten Insolvenzereignisse treten. Die Insolvenzereignisse in § 165 Abs. I S. 2 Nr. 1-3 SGB III sind abschließend, sodass beispielsweise die Anordnung der vorläufigen Insolvenzverwaltung gem. § 21 Abs. 2 Nr. 1 InsO nicht als Insolvenzereignis zu qualifizieren ist.¹⁵

2. Formelle Insolvenzereignisse

a) Eröffnung des Insolvenzverfahrens gem. § 165 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 SGB III

Das erste in § 165 Abs. 1 S. 2 SGB III genannte Insolvenzereignis ist die Eröffnung des Insolvenzverfahrens durch das Gericht. Hierbei sind die Regeln des Insolvenzrechts entscheidend. Demnach muss gem. § 13 InsO ein Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens entweder durch den Gläubiger oder durch den Schuldner schriftlich gestellt werden.

Der Gläubiger muss gem. § 14 InsO ein rechtliches Interesse darlegen; weiterhin, dass ihm eine Insolvenzforderung zusteht und ein Eröffnungsgrund vorliegt.¹⁶ Eröffnungsgründe sind in diesem Fall die allgemeine Zahlungsunfähigkeit gem. § 17 InsO und bei juristischen Personen die Überschuldung gem. § 19 InsO.

Bei einem Antrag durch den Schuldner, dem sogenannten Eigenantrag, kommt als Eröffnungsgrund noch die drohende Zahlungsunfähigkeit gem. § 18 InsO hinzu. Es besteht nur bei haftungsbeschränkten Kapitalgesellschaften eine gesetzliche Pflicht zur Stellung eines Insolvenzantrages. Hier schreibt § 15a Abs. I InsO vor, dass spätestens drei Wochen nach Eintritt von Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung ein Eröffnungsantrag gestellt werden muss.

Die weiteren Zulässigkeitsvoraussetzungen eines Antrages richten sich nach § 4 InsO in Verbindung mit den allgemeinen Vorschriften der ZPO.

¹³ *Mutschler* (Fn. 1), § 165 Rn. 10.

¹⁴ Vgl. *ebd.*

¹⁵ *Sartorius*, in: MAH Sozialrecht, 4. Aufl. 2013, § 15 Rn. 21.

¹⁶ Ausführlich *Schmahl/Vuia*, in: MüKo-InsO, 3. Aufl. 2013, § 14 Rn. 17.

b) Abweisung mangels Masse gem. § 165 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB III

Als weiteres Insolvenzereignis normiert § 165 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB III die Abweisung des Insolvenzantrages mangels Masse. Ein Insolvenzantrag wird gem. § 26 Abs. I S. 1 InsO vom Insolvenzgericht mangels Masse abgewiesen, wenn die Vermögensmasse des Schuldners voraussichtlich nicht einmal ausreicht, um die Kosten für ein Insolvenzverfahren zu decken. Das Gericht muss alle dafür relevanten Tatsachen von Amts wegen ermitteln. Häufig wird es dafür einen Sachverständigen hinzuziehen. Kommt das Gericht nach eingehender Prüfung der Finanzlage zu dem Ergebnis, dass das Insolvenzverfahren nicht eröffnet werden kann, muss die Ablehnung gem. § 26 Abs. 1 S. 3 InsO öffentlich bekannt gemacht werden.¹⁷ Für den Arbeitnehmer ist die Ermittlungsarbeit des Gerichts von Vorteil. Schließlich kann er so beim Stellen eines Insolvenzgeldantrages beweisen, dass der Insolvenzantrag mangels Masse abgewiesen wurde.

III. Beendigung des Betriebes ohne Insolvenzverfahren gem. § 165 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 SGB III**1. Rechtsnatur der Vorschrift**

Neben den beiden formellen Insolvenzereignissen, die ihrer Natur nach eine Feststellung des Gerichts, einen formellen Akt, voraussetzen, existiert noch ein materielles Insolvenzereignis, nämlich die Beendigung des Betriebes ohne Insolvenzverfahren. Diese ist deshalb als materiell zu qualifizieren, weil es an einer Sachprüfung des Gerichts fehlt, es allein auf den Eintritt der materiellen Insolvenz ankommt. Die Beendigung des Betriebes knüpft dabei nicht an eine rechtliche Entscheidung an, sondern an tatsächliche Umstände außerhalb der Regelinsolvenz. Dadurch wird verhindert, dass allein das Insolvenzgericht einen Anspruch auf Insolvenzgeld mittels Abweisung oder Eröffnung des Verfahrens auslösen kann. Die Vorschrift ist für Betriebe gedacht, in welchen es mit hoher Wahrscheinlichkeit nicht zur Eröffnung eines Verfahrens kommen wird und schon ein Insolvenzantrag zu aufwändig wäre.

Demzufolge ist § 165 Abs. I S. 2 Nr. 3 SGB III ein Auffangtatbestand für alle Betriebseinstellungen außerhalb des eigentlichen Insolvenzrechts, die auf Zahlungsunfähigkeit beruhen.¹⁸ Dem liegt der Gedanke zugrunde, den Arbeitnehmerschutz nicht von einem Insolvenzantrag abhängig zu machen. Die Arbeitnehmer werden davor bewahrt, selbst aussichtslose und mit Kosten

¹⁷ Vgl. *Peters-Lange*, in: Gagel, 24. EL 2014, SGB III § 165 Rn. 38; *Voelzke*, in: Hauck/Noftz, SGB III, 2. Aufl. 2014, § 165 Rn. 68.

¹⁸ BSGE 53, 1, (3); *Voelzke* (Fn. 17), § 165 Rn. 72.

verbundene Insolvenzanträge gegen den Arbeitgeber zu stellen, obwohl keinerlei Chance besteht, eine Befriedigung der Forderungen zu erlangen.¹⁹ Außerdem werden die Gerichte entlastet, weil sie nicht über eine Vielzahl von aussichtslosen Anträgen entscheiden müssen.

Genau diese Vereinfachung ist zugleich die Schwäche der Vorschrift, denn ohne eine förmliche Überprüfung durch ein Gericht treten auf tatsächlicher Ebene Probleme auf. Ohne geregeltes Verfahren ist die praktische Handhabung des § 165 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 SGB III schwierig.²⁰ Die Voraussetzungen für das Insolvenzereignis gem. § 165 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 SGB III darzulegen, ohne Einblick in dementsprechende Unterlagen des Betriebes zu haben, kann heikel sein. Die Ermittlung kann nicht mithilfe von Betriebsunterlagen stattfinden, sondern nur aufgrund äußerer Betrachtung.

2. Voraussetzungen des § 165 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 SGB III

Der § 165 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 SGB III normiert die drei Voraussetzungen, die nötig sind, um eine vollständige Beendigung der Betriebstätigkeit im Inland anzunehmen. Erstens bedarf es der vollständigen Einstellung der Betriebstätigkeit, ohne dass zweitens bereits ein Insolvenzantrag gestellt wurde und drittens muss die antizipierte Insolvenzmasse offensichtlich unzulänglich sein.

a) *Vollständige Beendigung der Betriebstätigkeit*

aa) Grundsatz

Das BSG nimmt die Beendigung im Grundsatz zunächst an, wenn keine dem Betriebszweck dienenden Arbeiten mehr verrichtet werden.²¹ Weitergehend tritt neben die Beendigung des Betriebszweckes zumindest formal die Abwicklung. Gleichwohl dürfte die praktische Relevanz einer derartigen Abwicklung verschwindend gering sein, da es in den meisten Fällen kaum verteilbares Vermögen mehr gibt.

Im Ergebnis erkennt auch das BSG, dass Tätigkeiten, die allein der Auflösung dienen, einer vollständigen Beendigung im Sinne des § 165 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 SGB III nicht entgegenstehen.²² Das ist zutreffend, denn der Betrieb muss rechtlich trotz Vermögenslosigkeit je nach Rechtspersönlichkeit liquidiert werden. Das Liquidationsverfahren selbst ist ein allein auf Abwicklung

¹⁹ BSGE 70, 9 (12); BSG, SozR 4100 § 141 b Nr. 30.

²⁰ Eisenbeis/Mues, in: Handbuch des Fachanwalts InsR, 5. Aufl. 2012, Rn. 451.

²¹ BSG, SozR 4100 § 141 b Nr. 19.

²² BSG, SozR 4100 § 141 b Nr. 19; JG Detmold, BeckRS 2013, 73809.

zielender Schwebezustand.²³ Die Liquidation dient bei juristischen Personen der Gläubigerbefriedigung.²⁴ Alle weiteren Geschäfte, die diesem Zweck noch dienen, können einer vollständigen Beendigung nicht entgegenstehen. Die abschließende Abwicklung von Aufträgen, wie beispielsweise Restverkäufen, müssen daher möglich sein, ohne dass das Insolvenzereignis gem. § 165 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 SGB III ausgeschlossen wird. Die Liquidatoren behalten – jedenfalls theoretisch – einen Ermessensspielraum, denn sie tragen die alleinige Verantwortung für die Abwicklung.²⁵ Es gibt ansonsten niemanden, der außerhalb des Insolvenzverfahrens diese Aufgabe übernimmt. Bei einem zu engen Verständnis der Betriebsbeendigung müsste der Liquidator wirtschaftlich vorteilhafte Geschäfte unterlassen, um sich und den Arbeitnehmern den Insolvenzgeldanspruch zu sichern, obwohl er im Interesse aller Gläubiger und der Gesellschafter ein möglichst hohes Endvermögen erreichen muss.²⁶ Hierbei geht es nicht nur um die Sicherung der Arbeitnehmeransprüche, sondern auch um alle anderen Gläubiger, die von einer wirtschaftlich günstigen Abwicklung profitieren. Für eine weite Auslegung der vollständigen Beendigung spricht letztlich auch der Auffangcharakter des Merkmals, weshalb an die Beendigung keine überhöhten Anforderungen zu stellen sind.

bb) Mischbetriebe

Das bedeutet aber auch, dass bei einem Mischbetrieb, in dem sowohl produziert als auch verkauft wird, verbleibende Verkäufe allein nicht die vollständige Einstellung der Betriebstätigkeit hindern.

Das BSG hingegen meint, dass bei einem Mischbetrieb die Beendigung der Produktion nicht maßgebend sei, wenn produzierte Güter noch verkauft werden müssen.²⁷ Das heißt, die Betriebstätigkeit kann erst dann eingestellt sein, wenn auch der Verkauf abgeschlossen ist. Ein Betrieb, der mehrere Zwecke verfolgt, ist nur eingestellt, wenn keiner der Zwecke mehr verfolgt wird.²⁸

Grundsätzlich trifft das zwar zu, aber es muss genauer differenziert werden, denn es kann für eine bestmögliche wirtschaftliche Abwicklung gerade nötig sein, noch zu produzieren und zu verkaufen, ohne aber den Betriebszweck im

²³ Schmidt, Gesellschaftsrecht, 4. Auflage 2002, § 11 S. 315.

²⁴ Schmidt in: MüKo-HGB II, 2. Aufl. 2006, § 145 Rn. 30; Windbichler, Gesellschaftsrecht, 23. Auflage 2013, § 24 Rn. 4.

²⁵ Vgl. Windbichler (Fn. 24), § 24 Rn. 4; Weitbrecht in: MAH Gesellschaftsrecht, 3. Aufl. 2009, § 63 Rn. 1.

²⁶ Weitbrecht (Fn. 25), § 63 Rn. 23.

²⁷ BSGE 52, 40 (41); zust. Schneider (Fn. 27), § 165 Rn 47.

²⁸ Ebd., § 165 Rn. 47.

eigentlichen Sinn zu verfolgen. Die Abwicklung von Gesellschaften soll gerade verhindern, dass es zu einem überstürzten Produktionsabbruch kommt und wirtschaftliche Werte ungenutzt bleiben.²⁹ Die verbleibenden Gläubiger haben bei Zahlungsunfähigkeit ein berechtigtes Interesse daran, dass der Betrieb so ökonomisch wie möglich abgewickelt wird.³⁰ Stellt man darauf ab, dass der Betrieb erst beendet sein kann, wenn auch der Verkauf abgeschlossen ist, kann das diesem Interesse entgegenstehen. Die Arbeitnehmer haben dann keinen Grund Leistungen, die der Abwicklung dienen, zu erbringen, weil sie ja auch keinen Anspruch auf Insolvenzgeld erhalten. Das führt dazu, dass schon vorhandene Ressourcen nicht mehr genutzt werden dürfen, um den Anspruch auf Insolvenzgeld nicht zu verzögern. Die Zwecke eines Liquidationsverfahrens werden dadurch gänzlich unbeachtet gelassen. Die Liquidation muss aber nicht nur in der Zerschlagung und Einzelverwertung des Vermögens bestehen.³¹ Im Gegenteil, sogar die Eingehung neuer Geschäfte ist möglich, solange diese ausschließlich dem Liquidationszweck dienen.³² Stünde anstelle der Liquidatoren ein Insolvenzverwalter, könnte man diesem eine jedenfalls einstweilige Fortführung des Unternehmens ebenfalls nicht verwehren, solange diese der Gläubigerbefriedigung dient.

Aus diesen Gründen ist das Verständnis des *BSG* von der Beendigung von Mischbetrieben teilweise zu eng. Es ist schon an sich zweifelhaft, einerseits Abwicklungstätigkeiten für möglich zu halten,³³ während andererseits Verkäufe bei Mischbetrieben, die im weitesten Sinn ebenfalls einem Abwicklungszweck dienen können, einer Beendigung des Betriebes entgegenstehen sollen.³⁴ Wenn die Abwicklung aber allein im Verkauf besteht, führt das zu einer erklärungsbedürftigen Schlechterstellung von Mischbetrieben. Es ist zudem fragwürdig, ob und wie die Abgrenzung verbleibender „Verkaufsabwicklung“ und der Abwicklung infolge der Liquidation stattfinden soll. Es handelt sich dabei um eine künstliche Aufspaltung eines wirtschaftlich einheitlichen Vorgangs. Ein Betrieb, der produziert und verkauft, kann dadurch schwerer wirtschaftlich vorteilhaft abgewickelt werden, als ein Betrieb, der nur produziert. Gerade der Schutz der übrigen Gläubiger darf in dem vergleichsweise weitgehenden Schutz der Arbeitnehmer nicht ausgeklammert werden.

²⁹ *Windbichler* (Fn. 24), § 20 Rn. 25.

³⁰ *Schmidt*, in: *Scholz, GmbHG*, 10. Aufl. 2010, § 70 Rn. 15 f.

³¹ *Häsemeyer*, *Insolvenzrecht*, 4. Auflage 2007, Rn. 28; *Stürner*, in: *Leipold* (Hrsg.), *Insolvenzrecht im Umbruch*, 1991, S. 44 f.

³² *Weitbrecht* (Fn. 25), § 63 Rn. 28; vgl. *Schmidt* (Fn. 30), § 70 Rn. 16.

³³ *BSG*, *SozR* 4100 § 141 b Nr. 19.

³⁴ *BSGE* 52, 40 (41); vgl. *Schneider* (Fn. 27), § 165 Rn. 47.

Wird allein ein alter oder neuer Betriebszweck verfolgt, spricht das freilich gegen eine vollständige Einstellung der Betriebstätigkeit. Alle Geschäfte, die über den Abwicklungszweck hinausgehen, hindern den Anspruch auf Insolvenzgeld ohnehin. Sie sind geprägt von einem über die Gläubigerbefriedigung hinausgehenden Gewinnstreben.³⁵

cc) Abgrenzung zur Betriebsstillegung § 111 S. 3 Nr. 1 BetrVG

Die Betriebsbeendigung ist von der Betriebsstillegung zu unterscheiden, obwohl sowohl das *BSG* als auch das *BAG* ähnliche Begriffsbestimmungen vornehmen.³⁶ Tatsächlich wird man wohl eine gegenseitige Beeinflussung bei der Begriffsbildung nicht gänzlich von der Hand weisen können. Gemeinsam ist beiden Begriffen, dass der Betriebszweck eingestellt sein muss.³⁷

Die Betriebsstillegung setzt darüber hinaus aber noch die bewusste Auflösung der dem Betriebszweck dienenden Organisation voraus.³⁸ Genau diese Auflösungsstätigkeit erfordert die Beendigung des Betriebes nicht. Es genügt die schlichte Untätigkeit. Beide Begriffe, wenn auch ähnlichen Wortlautes, verfolgen einen unterschiedlichen Zweck. Die Betriebsstillegung hat vor allem den Fortbestand des Betriebes als organisatorische Einheit im Blick; die Betriebsbeendigung hingegen die Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers.³⁹

Allein der Inhaberwechsel ist daher zwar regelmäßig keine Stilllegung, kann aber mit Blick auf den konkreten Arbeitgeber eine Beendigung der Betriebstätigkeit sein.⁴⁰ Andererseits genügt es für eine Stilllegung, dass der Betriebszweck für eine ihrer Dauer nach unbestimmte, wirtschaftlich nicht unerhebliche Zeitspanne nicht weiterverfolgt wird.⁴¹ Hingegen wird man bei der Beendigung, wenn man den Wortlaut ernst nimmt, eine nur vorübergehende Einstellung durch den Arbeitgeber nicht ausreichen lassen können. Das Wort Beendigung verlangt eine gewisse Endgültigkeit. Letztlich unterscheiden sich beide Begriffe nur in den Randbereichen, weil hier den unterschiedlichen Regelungsbereichen der Vorschriften Rechnung getragen werden muss.

³⁵ Vgl. *Schneider* (Fn. 27), § 165 Rn. 47.

³⁶ Vgl. *BAG*, NZA 1991, 894; *BSG*, SozR 4100 § 141 b Nr. 19.

³⁷ Vgl. *Annuß*, in: *Richardi*, BetrVG, 15. Aufl. 2015, § 111 Rn. 56; *Kühl* (Fn. 1), § 165 Rn. 25.

³⁸ *Annuß* (Fn. 37), § 111 Rn. 60.

³⁹ Vgl. *Peters-Lange* (Fn. 17), § 165 Rn. 39 f.

⁴⁰ *Peters-Lange* (Fn. 17), § 165 Rn. 40 f.

⁴¹ *Linck* (Fn. 2), § 143 Rn. 41.

b) Fehlender Insolvenzantrag

Eine weitere Voraussetzung für den Eintritt des dritten Insolvenzereignisses ist das Fehlen eines Insolvenzantrages. Zum Zeitpunkt der vollständigen Beendigung der Betriebstätigkeit darf noch kein Eröffnungsantrag beim Insolvenzgericht gestellt worden sein. Dadurch wird die Auffangfunktion des § 165 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 SGB III deutlich, da das Stellen eines Insolvenzantrages zu einer vollständigen Sachprüfung durch das Gericht führt.⁴² Das ist nur konsequent. Für die Betriebsbeendigung ist in der Regel kein Platz mehr, weil das Gericht den Antrag entweder mangels Masse ablehnt oder aber das Insolvenzverfahren eröffnet.

Probleme können sich ergeben, wenn der gestellte Insolvenzantrag unzulässig ist und das Gericht in der Sache überhaupt nicht entscheidet oder noch nicht entschieden hat. Hier stellt sich die Frage, ob nur der zulässige Insolvenzantrag das Insolvenzereignis aus § 165 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 SGB III sperrt oder ob auch ein unzulässiger Insolvenzantrag Sperrwirkung entfaltet.

Das BSG geht davon aus, dass unzulässige Insolvenzanträge keinerlei Sperrwirkung entfalten.⁴³ Wird der Antrag aus anderen Gründen als der Masselosigkeit rechtskräftig abgewiesen, gilt er als nicht gestellt.⁴⁴ Andernfalls könnte das Insolvenzereignis aus § 165 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 SGB III nicht eintreten und der Schutz durch die Insolvenzgeldversicherung würde zulasten der Arbeitnehmer umgangen.⁴⁵ Deshalb gebiete es der Zweck des Insolvenzgeldes, unzulässigen Anträgen keinerlei Sperrwirkung beizumessen.⁴⁶

Diese Auffassung überzeugt nur auf den ersten Blick. Vielmehr muss auch ein unzulässiger Insolvenzantrag jedenfalls Sperrwirkung entfalten, solange das Insolvenzgericht darüber noch nicht entschieden hat. Der Wortlaut des § 165 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 SGB III sagt nämlich nichts über die Zulässigkeit des gestellten Insolvenzantrages aus. Dort steht wörtlich: „*wenn ein Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens noch nicht gestellt worden ist*“. Eine teleologische Reduktion der Vorschrift kommt aber nicht in Betracht, weil infolgedessen die Sozialgerichte über die Zulässigkeit von Insolvenzanträgen entscheiden könnten, solange das Insolvenzgericht noch keine Entscheidung getroffen hat.⁴⁷ Die Sperrwirkung durch den Insolvenzantrag wird dadurch funktionslos. Sinn der

⁴² Voelzke (Fn. 17), § 165 Rn. 77.

⁴³ BSG, SozR 4100 § 141 b Nr. 3; Nr. 7; Kübl (Fn. 1), § 165 Rn. 28.

⁴⁴ Estelmann, in: Eicher/Schlegel (Fn. 8), § 183 Rn. 75.

⁴⁵ BSGE 70, 9 (11); Peters-Lange (Fn. 17), § 165 Rn. 51.

⁴⁶ Vgl. BSGE 70, 9 (11).

⁴⁷ Schmidt (Fn. 1), § 183 Rn. 52.

Sperrwirkung ist es ja gerade, der Prüfung durch das Insolvenzgericht den Vorrang einzuräumen. Außerdem ist der Wortlaut des § 165 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 SGB III nicht erkennbar so weit gefasst, dass er völlig zweckwidrig wäre. Im Gegenteil trägt er doch dazu bei, dass Rechtssicherheit solange besteht, wie ein Insolvenzantrag gestellt wurde. Schon daher bedarf es einer wertungsmäßig gebotenen Differenzierung nicht.⁴⁸

Befürwortet man eine teleologische Reduktion durch die Gerichte, erlaubt man den Sozialgerichten eine faktische Ausdehnung ihrer Prüfungskompetenz auf Insolvenzanträge. Zudem kann es zu kaum aufzulösenden Konfusionen zwischen den einzelnen Gerichten kommen, wenn das Insolvenzgericht den Antrag für zulässig hält, während das Sozialgericht zuvor wegen eines vermeintlich unzulässigen Insolvenzantrags vom Eintritt des Insolvenzereignisses der Betriebsbeendigung ausgeht. Zwangsläufig muss eine der beiden Entscheidungen dann unrichtig sein. Es wird unklar, welches Insolvenzereignis das Ausschlaggebende sein soll, zumal beide einander widersprechende Voraussetzungen aufweisen. Dieser Konflikt beeinträchtigt nicht nur die Rechtssicherheit, sondern kann auch vom Gesetzgeber nicht beabsichtigt gewesen sein. Der anhängige Insolvenzantrag schließt daher die Beendigung der Betriebstätigkeit aus. Das Insolvenzgericht kann den Antragsteller ohnehin gem. § 139 ZPO zur Ergänzung des Antrags auffordern, wenn nach seiner Auffassung behebbare Mängel bestehen. So kann auch ein anfänglich unzulässiger Antrag noch zulässig werden.

Die Sperrwirkung darf daher erst mit einer rechtskräftigen Entscheidung des Insolvenzgerichts enden. Hat das Insolvenzgericht den Antrag einmal rechtskräftig als unzulässig zurückgewiesen, bedarf es der Sperrwirkung nicht mehr, weil das Insolvenzgericht den Antrag bereits geprüft hat. Hat das Insolvenzgericht aber noch nicht endgültig über die Zulässigkeit entschieden, muss das Sozialgericht die Sperrwirkung des Antrags auch bei dessen späterer Unzulässigkeit beachten. Demnach lässt sich die Aussage, dass unzulässige Insolvenzanträge keinerlei Sperrwirkung entfalten, jedenfalls nicht pauschal beurteilen.⁴⁹

In der Praxis stellte sich dieses Problem bisher kaum, weil die Bearbeitungszeiten zwischen Insolvenzgericht und Sozialgericht zu weit auseinander liegen. Es ist unwahrscheinlich, dass ein Sozialgericht früher über einen Insolvenz-

⁴⁸ Vgl. *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Auflage 1995, S. 369 f.

⁴⁹ So aber *BSG*, SozR 4100 § 141 b Nr. 3; Nr. 7; *Kühl* (Fn. 1), § 165 Rn. 28; *Mutschler* (Fn. 1), § 165 Rn. 21.

geldantrag entscheidet als ein Insolvenzgericht über die Eröffnung des Insolvenzverfahrens.

c) Offensichtlicher Mangel der Masse

Eine weitere Voraussetzung für die Beendigung des Betriebes ohne Insolvenzverfahren ist ein offensichtlicher Mangel der Insolvenzmasse. Hierfür muss ermittelt werden, ob die Aktivmasse die entstandenen und noch gem. § 54 InsO entstehenden Kosten für das Verfahren voraussichtlich decken wird.⁵⁰

Das ist streng zu unterscheiden vom Begriff der Masseunzulänglichkeit. Bei dieser werden zwar die Kosten des Verfahrens gedeckt, aber nicht darüber hinausgehende Masseverbindlichkeiten. Es kommt also darauf an, ob ein Insolvenzgericht den Antrag mangels Masse abweisen würde, und nicht, ob ein Insolvenzverwalter verpflichtet wäre die Masseunzulänglichkeit anzuzeigen.⁵¹

An die Überprüfung dürfen jedoch keine überhöhten Anforderungen gestellt werden.⁵² Wie bereits angedeutet ist die Arbeitsagentur gegenüber dem Betrieb ein außenstehender Dritter. Sie besitzt zur Überprüfung weniger Sachkunde als das Insolvenzgericht und ist auf leicht zugängliche Erkenntnisquellen beschränkt.⁵³ Diese Beweiserleichterung ergibt sich zum einen aus der Funktion des § 165 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 SGB III als Auffangtatbestand und zum anderen aus dem Wort „offensichtlich“. Trotz dieser Erleichterung kann der Nachweis eines offensichtlichen Mangels der Masse schwierig für den Arbeitnehmer sein. Er trägt aber grundsätzlich die Feststellungslast.⁵⁴ Dem könnte mit einer Antragstellung vor Eintritt des Insolvenzereignisses Abhilfe geschaffen werden.

3. Antragserfordernis gem. § 323 SGB III

Die Notwendigkeit eines Antrages ergibt sich aus §§ 323 f. SGB III. Problematisch ist aber, ob ein Antrag bereits vor Eintritt des Insolvenzereignisses möglich ist.

Eine Ansicht führt an, dass nur bei Existenz der Insolvenzgeldvoraussetzungen ein Antrag erfolgen kann, und beruft sich dabei auf den Wortlaut des § 324 Abs. 3 S. 1 SGB III, wo deutlich klargestellt wird, dass der Antrag innerhalb

⁵⁰ Häsemeyer (Fn. 31), Rn. 7; vgl. Keller, in: Schmidt, InsO, 18. Aufl. 2015, § 26 Rn. 9 ff.

⁵¹ Vgl. zu den unterschiedlichen Begriffen Wittig/Tetzlaff (Fn. 16), § 285 Rn. 5; Frege/Keller/Riedel, Insolvenzrecht, 7. Auflage 2008, Rn. 719.

⁵² LSG Bayern, Urteil v. 29.01.2015 – L 9AL/12/12.

⁵³ BSG, SoZR 4100 § 141 b Nr. 21; Jabraus (Fn. 1), § 165 Rn. 56.

⁵⁴ BSG, SoZR 4100 § 141 b Nr. 7; vgl. Peters-Lange (Fn. 17), § 165 Rn. 48 f.; LSG Bayern, Urteil v. 06.08.2014 – L 10 AL 50/14; LSG Berlin Brandenburg, Urteil v. 08.12.2005 – L 28 AL 75/04.

einer Ausschlussfrist von zwei Monaten nach dem Eintritt gestellt werden muss.⁵⁵ Dafür lässt sich in systematischer Hinsicht auch anführen, dass § 324 Abs. 3 SGB III als Ausnahme von § 324 Abs. 2 SGB III konzipiert ist.

Diese Auslegung nahe am Wortlaut widerspricht aber dem Schutzzweck des Insolvenzgeldes. Dagegen spricht nämlich, dass der Nachweis des offensichtlichen Masse mangels durch den Arbeitnehmer insbesondere in zweifelhaften Fällen nicht oder nur eingeschränkt zu erbringen ist. Deshalb muss Abhilfe geschaffen werden, indem man Anträge bei ungewisser Vermögenslage des Arbeitgebers zunächst zulässt und die Feststellungslast dann auf die Arbeitsagentur überträgt.⁵⁶ In der Folge trifft diese dann gem. § 20 SGB X eine Pflicht zur Amtsermittlung; nötigenfalls unter Zuhilfenahme von Sachverständigen oder anderen Auskunftspersonen.⁵⁷ Kann kein offensichtlicher Mangel der Masse nachgewiesen werden oder führt der Arbeitgeber trotz eines Insolvenzereignisses den Betrieb fort, fallen die Arbeitnehmer aus dem Schutzzeitraum des Insolvenzgeldes. Arbeitnehmer arbeiten ohne Aussicht auf Arbeitsentgelt.

Damit die Absicherung durch § 165 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 SGB III trotzdem gelingt, ist die Arbeitsagentur deshalb verpflichtet, selbst ein Insolvenzereignis durch Stellung eines Insolvenzantrags herbeizuführen.⁵⁸ Die Möglichkeit dazu besteht aufgrund von § 169 SGB III, wonach die Ansprüche auf Arbeitsentgelt auf die Bundesagentur übergehen, sobald der Antrag auf Insolvenzgeld gestellt wurde. Aus diesem Grund ist es auch praktisch sinnvoll, Insolvenzgeldanträge vor dem Insolvenzereignis des § 165 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 SGB III zuzulassen. Die Bundesagentur ist dann in der Pflicht, die Lohnforderungen zu verfolgen, um den Schutz der Arbeitnehmer vor Lohnausfall zu gewährleisten.⁵⁹ Andernfalls kann die Absicherung mangels Beweisbarkeit einer Betriebsbeendigung gefährdet sein. Dagegen spricht auch nicht, dass der Grund für das dritte Insolvenzereignis die Vermeidung eines mit Kosten verbundenen formellen Insolvenzverfahrens war. Schließlich betrifft dieser Schutz in erster Linie die Arbeitnehmer, nicht aber staatliche Gläubiger.⁶⁰ Gegen dieses Verständnis spricht auch nicht der Ausnahmecharakter des § 324 Abs. 3 SGB III zu § 323 Abs. I SGB III, weil die Folgeprobleme bei der Schaffung der Ausnahme

⁵⁵ *Kaminski*, in: BeckOK-SGB III, 31. Edition 2015, § 324 Rn. 14 f.; *Hassel* (Fn. 1), § 324 Rn. 15 f.

⁵⁶ Vgl. *Peters-Lange* (Fn. 8), § 8 Rn. 72.

⁵⁷ BSGE 53, 1 ff.; *Peters-Lange* (Fn. 17), § 165 Rn. 57 f.

⁵⁸ Offen gelassen von BSGE 53, 1 ff.; BSG, SozR 4100 § 141 b Nr. 5; vgl. *LG Bonn*, ZIP 1985, 1342 ff.

⁵⁹ *Peters-Lange* (Fn. 17), § 165 Rn. 58 f.

⁶⁰ Vgl. dazu *Wegener*, in: Uhlenbruck, InsO, 14. Aufl. 2015, § 13 Rn. 105.

vermutlich gar keine Beachtung gefunden haben.⁶¹ Vielmehr ist es wahrscheinlicher, dass man die beiden formellen Insolvenzereignisse als Regelfälle vor Augen hatte, bei denen eine vorherige Antragstellung tatsächlich unnötig ist.⁶² Letztlich ist es auch im Interesse aller Beteiligten, wenn die Bundesagentur so früh wie möglich eingebunden wird.

IV. Fazit

Das Insolvenzgeld wird nicht nur bei Eröffnung des Insolvenzverfahrens oder Abweisung mangels Masse gewährt, sondern ebenfalls, wenn die Betriebstätigkeit vollständig beendet wird. Die beiden formellen Insolvenzereignisse sind dabei weniger problembelastet als die Beendigung des Betriebes ohne Insolvenzverfahren. Bei Letzterem muss dem Zweck der Liquidation hinreichend Rechnung getragen werden, sodass Verkäufe auch bei Mischbetrieben nicht allgemein ausgeschlossen sind. Ebenfalls muss im Hinblick auf die Sperrwirkung eines unzulässigen Insolvenzantrages zeitlich differenziert werden. Letztlich ist aus Gründen des Arbeitnehmerschutzes eine Antragstellung entgegen § 324 Abs. 3 SGB vor der Betriebsbeendigung zuzulassen.

⁶¹ Vgl. BT Drucks. 13/4941 S. 212.

⁶² Vgl. BT Drucks. 13/4941 S. 212.

Garry Konrath*

Zum Bremer Gesetz der Polizeikostenabwälzung im Rahmen gewinnorientierter Großveranstaltungen – insbesondere bei Profifußballspielen

Abstract

Am 22.10.2014 veränderte das Bundesland Bremen sein Gebühren- und Beitragsgesetz (BremGebBeitrG) mit der Absicht, zukünftig die erhöhten Polizeikosten bei sogenannten „Risikospiele“ auf die Deutsche Fußball Liga (DFL) als Gebührenschuldner abzuwälzen. Im August 2015 wurde die erste Rechnung in Höhe von gut 425.000 Euro an die DFL geschickt.

Der nachfolgende Beitrag behandelt einerseits die abstrakte Zulässigkeit der Polizeikostenabwälzung im Rahmen gewinnorientierter Großveranstaltungen sowohl in polizeirechtlicher- als auch in (finanz-)verfassungsrechtlicher Hinsicht. Zunächst wird der polizeikostenrechtliche Ansatz überprüft und abgelehnt. Insbesondere geht der Beitrag der Frage nach, wie ein gebührenrechtlicher Veranstalterbegriff zu definieren ist. Andererseits werden die gewonnenen Ergebnisse auf das Bremer Gesetz der Polizeikostenabwälzung bei Großveranstaltungen angewandt.

* Der Verfasser studiert im sechsten Fachsemester Rechtswissenschaft an der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg und ist studentische Hilfskraft bei Prof. em. *Dr. Omaia Elwan* am Institut für ausländisches und internationales Privat- und Wirtschaftsrecht.

I. Hinleitung

Am 22.10.2014 veränderte das Bundesland Bremen sein Gebühren- und Beitragsgesetz (BremGebBeitrG) mit der Absicht, zukünftig die erhöhten Polizeikosten bei sogenannten „Risikospiele“ auf die Deutsche Fußball Liga (DFL) als Gebührenschuldner abzuwälzen.

§ 4 Verwaltungsgebühren

- (1) Verwaltungsgebühren werden für die Vornahme von Amtshandlungen erhoben, die
1. (...)
 2. aufgrund gesetzlicher Ermächtigung *im Interesse* eines einzelnen vorgenommen werden oder
 3. (...)
- (4) *¹Eine Gebühr wird von Veranstaltern oder Veranstalterinnen erhoben, die eine gewinnorientierte Veranstaltung durchführen, an der voraussichtlich mehr als 5 000 Personen zeitgleich teilnehmen werden, wenn wegen erfahrungsgemäß zu erwartender Gewalttätigkeiten vor, während oder nach der Veranstaltung am Veranstaltungsort, an den Zugangs- oder Abgangswegen oder sonst im räumlichen Umfeld der Einsatz von zusätzlichen Polizeikräften vorhersehbar erforderlich wird. ²Die Gebühr ist nach dem Mehraufwand zu berechnen, der aufgrund der zusätzlichen Bereitstellung von Polizeikräften entsteht. ³Der Veranstalter oder die Veranstalterin ist vor der Veranstaltung über die voraussichtliche Gebührenpflicht zu unterrichten. ⁴Die Gebühr kann nach den tatsächlichen Mehrkosten oder als Pauschalgebühr berechnet werden.*

§ 13 Kostenschuldner

- (1) Schuldner einer Verwaltungsgebühr oder von Auslagen ist derjenige, der die Amtshandlung selbst oder durch Dritte, deren Handeln ihm zuzurechnen ist, beantragt oder veranlasst hat, oder *in dessen Interesse* sie vorgenommen wird, oder der einer besonderen Überwachung oder Beaufsichtigung unterliegt.

Dass es gerade das kleine Bundesland Bremen ist, welches diesen Vorstoß wagt, ist nur auf den ersten Blick erstaunlich. Denn Bremen ist hoch verschuldet und jedes Risikospiele sorgt aufgrund des benötigten Polizeiaufgebots von häufig mehr als 1000 Beamten für durch Risikospiele erhöhte Einsatzkosten von bis zu 300.000 Euro.¹

Dies knüpft nicht nur an den seit Jahrzehnten andauernden Diskurs über die Möglichkeit der Polizeikostenabwälzung im Rahmen von Großveranstaltungen an, sondern stellt einen radikalen Kurswechsel der Politik in ihrem Umgang mit dem deutschen Profifußball dar: Bisher trug immer das Land die gesamten Kosten der Polizeieinsätze.

Ziel dieses Beitrags ist es, die polizei- und gebührenrechtlichen Möglichkeiten der Polizeikostenabwälzung bei Großveranstaltungen, insbesondere im Rahmen von Profifußballspielen, zu erörtern und das geänderte BremGebBeitrG

¹ <http://senatspressestelle.bremen.de/sixcms/detail.php?gsid=bremen146.c.95854.de&asl=bremen02.c732.de> (alle Internet Quellen wurden zuletzt abgerufen am 24.05.2016).

am Maßstab der gefundenen Ergebnisse zu messen. Dabei sollen der Begriff des Veranstalters im Lichte gebührenrechtlicher Grundsätze bestimmt sowie die Auswirkungen des Gesetzes auf Grundrechte und sonstiges Verfassungsrecht erläutert werden.²

II. Haftung des Veranstalters nach „polizeikostenrechtlichem“ Ansatz³

In Betracht kommt zur Abwälzung der Polizeikosten bei Großveranstaltungen zunächst ein Rückgriff auf allgemeines Polizeirecht. Grundsätzlich bedarf eine Haftung des Veranstalters hiernach dessen Qualifizierung als Störer. Störer ist, wer für eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung verantwortlich ist.⁴ Bei Profifußballspielen kommt es regelmäßig zu gewaltsamen Ausschreitungen durch Fans und zu Verkehrsbehinderungen.⁵ Eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit ist also häufig anzunehmen. Anerkannterweise kommt es auf eine unmittelbare Verursachung der Gefahr an.⁶ Die Gefahren bei Fußballspielen werden allerdings in der Regel durch aggressive Besucher verursacht. Nur wenn der Veranstalter pflichtwidrig handelt, er etwa die Besucher anstachelt oder zivilrechtliche Verkehrssicherungspflichten⁷ verletzt, beispielsweise im Fall fehlender Absperrungen oder Schutzgitter sowie der mangelhaften Sicherung der Zu- und Abgänge zum und vom Veranstaltungsort, kann er als Störer angesehen werden.⁸

Zur Überbrückung solcher Verantwortlichkeitsdefizite wird eine Gefährzurechnung des Hintermanns bei mehreren aufeinanderfolgenden Ursachen mithilfe der Figur des Zweckveranlassers⁹ diskutiert. Dessen Verhalten steht mit der unmittelbaren Gefahrverursachung in einem derart engen Wirkungs- und

² Der Senatsbericht als Grundlage der Gesetzesänderung ist zu finden unter http://senatspressestelle.bremen.de/sixcms/media.php/13/20140722_1_Polizeieins%E4tze_gewinnorientierte_Gro%DFveranstaltungen2.pdf. Zur Problematik allgemein und zum Bremer Vorstoß im Besonderen krit. *Schiffbauer*, Unhaltbar? Zum Bremer Vorstoß einer Kostentragungspflicht für Polizeieinsätze im Profifußball, NVwZ 2014, 1282 ff.

³ Bezeichnung nach *Heise*, Überwälzung von Einsatzkosten der Polizei bei Spieldarstellungen im Profifußball: Der polizeikostenrechtliche Ansatz, NVwZ Extra 5/2015, 1 (1). Vertreten unter anderem von *Lege*, Polizeieinsätze bei Fußballspielen, VerwArch 1998, 71 ff.; *Broß*, Zur Erstattung der Kosten von Polizeieinsätzen, DVBl 1983, 377 ff.

⁴ *Schmidt*, Polizei- und Ordnungsrecht, 18. Aufl. 2016, Rn. 749; *Thiel*, Polizei- und Ordnungsrecht, 3. Aufl. 2016, § 8 Rn. 81 f.; *Braun*, Polizeikostenerstattung bei Fußballbundesligaspielen?, Die Polizei 2013, 321 (321). Zur Verursachung im Polizeirecht im Allgemeinen *Selmer*, Der Begriff der Verursachung im allgemeinen Polizei- und Ordnungsrecht, JuS 1992, 97 ff.

⁵ *Wahlen*, Polizeikostenerstattung kommerzieller Großveranstalter, 2008, S. 19.

⁶ *Thiel* (Fn. 4), § 8, Rn. 91.

⁷ *Schenke*, Polizei- und Ordnungsrecht, 9. Aufl. 2015, Rn. 239.

⁸ *Braun* (Fn. 4), 321.

⁹ PrOVGE 85, 270 (270) (Schaufensterurteil).

Verantwortungszusammenhang, dass er sich die Gefahr unter Zuhilfenahme einer „zusätzlichen Verantwortlichkeitskategorie“ zurechnen lassen muss.¹⁰ Die Voraussetzungen dieser Figur sind im Einzelnen äußerst umstritten, wobei mehrheitlich objektive¹¹ oder subjektive¹² Herleitungen vertreten werden.

Im vorliegenden Fall ist allerdings festzustellen, dass es zu keiner Kostentragungspflicht auf Sekundärebene kommen könnte, selbst wenn man eine derartige Zurechnungsfigur konstruieren möchte, mit der man den Veranstalter als „mittelbaren Verhaltensstörer“ auf Primärebene qualifiziert.¹³ Denn der Störer kann regelmäßig nur für Kosten von Ersatzvornahmen¹⁴ herangezogen werden, die durch Handlungen der Polizei entstehen, welche der Störer selbst hätte vornehmen können (sog. vertretbare Handlungen).¹⁵ Da das Gewaltmonopol beim Staat liegt, kann der Veranstalter jedoch nicht zur Vornahme entsprechender Handlungen verpflichtet sein. Er war hierzu rechtlich gar nicht befugt.¹⁶ Es lässt sich damit festhalten, dass eine Haftung des Veranstalters aus allgemeinem Polizeirecht nicht möglich ist. Es kommt daher nur noch ein Gebührentatbestand in Betracht.

III. Haftung des Veranstalters nach dem „gebührenrechtlichen“ Ansatz¹⁷

Im Folgenden ist zu untersuchen, ob eine gebührenrechtliche Abgeltung polizeilichen Handelns grundsätzlich zulässig ist, und wenn ja, welche Anforderungen die Verfassung an einen Gebührentatbestand stellt und ob diese erfüllt sind. Es stellen sich hierbei Fragen zur Finanzverfassung, zu den Grundrechten sowie zu weiteren Verfassungsprinzipien.

1. Grundsätzliche Zulässigkeit einer gebührenrechtlichen Regelung

Zunächst ist die grundsätzliche Zulässigkeit einer gebührenrechtlichen Kostenregelung für die Abwälzung der Polizeikosten auf den Bürger zu erörtern. Grundlegende verfassungsrechtliche Bedenken sind in der Literatur höchstens

¹⁰ So *Thiel* (Fn. 4), § 8 Rn. 102; auch *Schmidt* (Fn. 4), Rn. 768; *Braun* (Fn. 4), 321.

¹¹ *Broß* (Fn. 3), 380.

¹² *Braun* (Fn. 4), 322.

¹³ *Wahlen* (Fn. 5), S. 27.

¹⁴ I.d.R. gilt Gleiches für Maßnahmen durch Sicherstellung, durch unmittelbare Ausführung und in einigen Ländern durch unmittelbaren Zwang. Diese sind hier allerdings offensichtlich nicht einschlägig. Dazu *Schenke* (Fn. 7), Rn. 698 ff.

¹⁵ *Gusy*, Polizei- und Ordnungsrecht, 9. Aufl. 2014, Rn. 443.

¹⁶ *Schiffbauer* (Fn. 2), 1283; *Schmidt*, Der Anspruch auf Ersatz von Polizeikosten bei Großveranstaltungen, ZRP 2008, 120 (121); *Braun* (Fn. 4), 322; *Kirchhof*, HdSR V, § 119 Rn. 35.

¹⁷ Begriff nach *Heise*, Überwälzung von Einsatzkosten der Polizei bei Spieldarstellungen im Profifußball: Der gebührenrechtliche Ansatz, NVwZ 2015, 262 (262) (inzwischen wohl (ganz) herrschende Meinung).

noch vereinzelt zu finden.¹⁸ So wird geltend gemacht, aus dem Rechtsstaatsprinzip folge, dass die polizeiliche Tätigkeit bereits durch die Steuern vom Bürger finanziert sei, sodass die eingeforderten Kosten eine unzulässige Doppeldeckung der Kosten darstellten,¹⁹ wodurch eine Gebühr für polizeiliche Einsätze generell unzulässig würde.

Dieser Auffassung ist jedoch zu widersprechen. Bereits der Begriff der Steuer, unter anderem legaldefiniert in § 3 Abs. 1 AO als Geldleistung, die nicht eine Gegenleistung für eine besondere Leistung darstellt (...),²⁰ zeigt, dass Steuern als solche *nicht zweckgebunden* sind. Vornehmlich kann man also nicht aus dem Rechtsstaatsgebot konkret folgern, dass deshalb bereits der Erlass einer Gebühr für zusätzliche Dienstleistungen der Polizei grundsätzlich eine Doppelfinanzierung darstellt. Für eine derartig konkrete Schlussfolgerung ist das Rechtsstaatsprinzip viel zu offen.²¹ Der Staat soll die Polizeikosten entsprechend seiner Aufgabe zur Gefahrenabwehr *grundsätzlich* durch Steuern decken. Es steht ihm aber frei, Gebühren, welche im Gegensatz zu Steuern als individuell zurechenbare *Gegenleistungen* für *besondere* Leistungen der Verwaltung zu charakterisieren sind,²² für eben ein *besonderes*, ergo vom *Grundbedarf abzugrenzendes* Verhalten der Verwaltung zu erheben. Dabei bleibt dem Staat ein von Verfassungs wegen großer Entscheidungsspielraum, welche Leistungen er als gebührenpflichtig deklarieren möchte. Hierzu hat der *Verwaltungsgerichtshof Mannheim*²³ zutreffend festgestellt: „Es gibt keinen Grundsatz mit Verfassungsrang, aus dem sich ergäbe, daß eine Regelung über den Ersatz von Polizeikosten dem für das allgemeine Polizeirecht wesentlichen Störerprinzip folgen müßte.“²⁴

2. Finanzverfassungsrechtliche Anforderungen an Gebührentatbestand

Der Gebührenbegriff ist verfassungsrechtlich nicht vorgegeben. Nur das Merkmal der Gegenleistung wird als verfassungsrechtlich verankert angesehen.²⁵ Damit die Gebühr eine Gegenleistung darstellt, muss laut *Bundesverfassungsgericht* eine spezifische Verknüpfung zwischen Leistung und Gegenleistung bestehen,

¹⁸ *Albrecht*, Probleme der Kostenerhebung für polizeiliche Maßnahmen in: FS Samper, 1982, S. 175 ff.

¹⁹ *Ebd.*

²⁰ *Kirchhof*, HdSR IV, § 88, Rn. 51 ff.

²¹ *Schenke*, Erstattung der Kosten von Polizeieinsätzen, NJW 1983, 1882 (1884).

²² *Birk/Desens/Tappe*, Steuerrecht, 18. Aufl. 2015, Rn. 118; *BVerwG*, NVwZ 1994, 1002 (1005). Überblick bei *Henneke*, Finanzierungsformen im Abgabenstaat, JA 1990, 113 ff.

²³ *VGH Mannheim*, Urteil v. 18.6.1979 – Az. I 47/79. Gleichzeitig bestätigte das Urteil die Verfassungsmäßigkeit des § 81 BWPoIG a.F.

²⁴ Im Ergebnis mit ähnlicher Begründung *Schenke* (Fn. 21), 1884.

²⁵ BVerfGE 3, 407 (435); 20, 257 (269).

das heißt jedenfalls eine individuelle Zurechnung.²⁶ Dem Gesetzgeber ist ein weiter Einschätzungsspielraum zur Bestimmung von Zurechnungskriterien zuzusprechen.²⁷ Regelmäßig bedient er sich des Veranlasser-, Vorteils- und Verschuldensprinzips. Das Verwaltungshandeln soll durch die Geldleistung ganz oder teilweise gedeckt werden.²⁸

Das stellt sich auch beim BremGebBeitrG nicht anders dar. Bei Profifußballspielen kann man nur das Interessen- bzw. Vorteilsprinzip heranziehen. Eine Haftung nach dem Verursacherprinzip kommt in Anlehnung an das zum polizeirechtlichen Ansatz Erörterte nicht in Frage, weil die Veranstalter die Gefahr nicht unmittelbar verursachen und das auf Primärebene gefundene Ergebnis auf das Kostenrecht ausstrahlt.²⁹ Man würde daher durch eine Inanspruchnahme der Veranstalter nach Verursacherprinzip allgemeinen polizeirechtlichen Wertungen zuwiderhandeln. Ein Verschulden der Veranstalter scheidet ebenso ohne Weiteres aus. Diese Erwägungen hat auch der Bremer Gesetzgeber angestellt, was die Änderung der Formulierung „überwiegendes Interesse“ der a.F. der §§ 4, 13 BremGebBeitrG zum einfachen "Interesse" in der n.F. zeigt. Zunächst kann festgestellt werden, dass das polizeiliche Verwaltungshandeln zum Schutze der Veranstaltungsbesucher in spezifischem Zusammenhang mit der Ausrichtung der Großveranstaltung steht, die sonst nicht stattfinden könnte. Die erhobene Gebühr soll diese Kosten decken. Problematisch erscheinen die tatbestandlichen Fragen, wer als Veranstalter anzusehen ist und ob die polizeilichen Handlungen bei den betroffenen Veranstaltungen in dessen Interesse liegen.

a) Gebührendressat – Zum Veranstalterbegriff

Der Veranstalterbegriff wurde in gebührenrechtlichem Kontext bisher nicht erschöpfend erörtert.³⁰ Dies führt insbesondere gegenüber dem deutschen Profifußball aufgrund dessen vielschichtiger Organisationsverflechtungen zu Problemen. Es gilt deshalb, den Begriff des Veranstalters nach gebührenrechtlichen Grundsätzen zu entwickeln. Dabei kommt es auch darauf an, die Terminologie in Bezug auf mehrere Beteiligte, die zum Zweck des Zustandekommens der Veranstaltung zusammenwirken, herauszuarbeiten.

²⁶ *Perlütius*, Die vorteilsabschöpfende Verwaltungsgebühr, 2010, S. 55 m.w.V. auf BVerfGE 113, 128 (148).

²⁷ *Schiffbauer* (Fn. 2), 1283; so auch *BVerfG*, NVwZ 1999, 176 (177).

²⁸ *BVerfG*, Beschluss v. 11.8.1998 – 1 BvR 1270/94, Rn. 19.

²⁹ *Braun* (Fn. 4), 324.

³⁰ Ansätze bei *Schiffbauer*, NJW 2014, 1282 (1284); *Böhm*, Polizeikosten bei Fußballspielen, NJW 2015, 3000 (3003).

aa) Gebührenrechtlicher Veranstalter – Abstrakte Begriffsbestimmung

Ein gebührenrechtlicher Veranstalterbegriff muss den Grundgedanken der Gebühr umfassen: Eine Gegenleistung für eine besondere staatliche Leistung, die die Kosten der Leistung ganz oder teilweise decken soll.³¹

Abstrakt muss es, um dem verfassungsrechtlich gebotenen Gesichtspunkt der notwendigen individuellen Zurechnung der Gebühr Rechnung zu tragen, für die Begriffsbestimmung darauf ankommen, welche Umstände zum Erfolg der Veranstaltung führten. Denn es ist die Veranstaltung, welche die Erhebung einer Gebühr notwendig macht. Denkbar relevant sind die Organisation und die wirtschaftliche Verantwortung im Sinne einer finanziellen Risikoübernahme.

Einerseits stellt die Organisation als Begriffskern den faktischen Aspekt der Veranstaltung dar, welcher die Veranstaltung real ins Werk setzt, das heißt die Initiierung, Planung und Durchführung. Die finanzielle Risikoübernahme andererseits ist deshalb einzubringen, weil die Gebühr eine Gegenleistung für einen besonderen geldwerten Vorteil ist. Diese Gegenleistung soll erbringen, wer den geldwerten Vorteil durch die Verwaltungshandlung erlangt hat.

Doch kommt dieser nicht nur dem zugute, der eine Veranstaltung nach seiner Vorstellung organisieren kann, sondern auch dem, der aufgrund der finanziellen Risikoübernahme die Mittel für die Organisation der Veranstaltung zur Verfügung gestellt hat und aus ihr den größten finanziellen Profit schlägt. Es muss beachtet werden, dass die Veranstaltung bereits ab ihrer Durchführung die Übernahme des finanziellen Risikos voraussetzt.

Sollte man hingegen der Meinung sein, dass nur die Organisationsverantwortung Grundvoraussetzung der Veranstaltung ist, so muss man konsequenterweise feststellen, dass durch die Behördenhandlung sowohl die wirtschaftliche Rentabilität der Veranstaltung stiege als auch das finanzielle Risiko minimiert würde, wodurch man wiederum zu der Erkenntnis kommt, dass Organisation und finanzielle Verantwortlichkeit sich gewissermaßen gegenseitig bedingen.

Nicht möglich ist andererseits eine reine Anknüpfung an die wirtschaftliche Vorteilhaftigkeit. Man könnte zwar die Frage aufwerfen, wie sich der Vorteil aus der Staatsleistung denn anders realisieren ließe als durch den Gewinn. Diese Erwägung verkennt aber, dass für einen Veranstalterbegriff dessen Bezugspunkt, also die Veranstaltung als solche, entscheidend sein muss. Ohne Organisation kann auch für nichts das Risiko übernommen werden, es fehlte

³¹ *Hummel*, Verfassungsrechtsfragen der Verwendung staatlicher Einnahmen, 2008, S. 391.

also am entsprechenden Anknüpfungspunkt. Das bedeutet, dass tatsächlich nicht die Beachtlichkeit der Organisation der Rechtfertigung bedarf, sondern nur die wirtschaftliche Risikoübernahme. Diese ist hingegen nicht umfassend begriffskonstituierend, richtigerweise aber beachtlich, weil nicht jeder Organisationsbeitrag die finanzielle Risikoübernahme voraussetzt, zum Beispiel die Initiierung der Veranstaltung. So wäre auch ein rein faktischer Veranstalterbegriff zumindest denkbar, stünde allerdings, wie bereits erörtert, nicht mit der genannten gebührenrechtlichen Leitidee der individuellen Zurechnung der Gebühr im Einklang.

Zusammenfassend setzt sich der Veranstalterbegriff also aus einem faktischen, aus zwingender Wortlautauslegung und gebührenrechtlicher Wertung resultierenden Bestandteil und einem sich ausschließlich aus der gebührenrechtlichen Wertung ergebenden Aspekt zusammen. Den Veranstalter könnte man also wie folgt definieren:

Alleiniger Veranstalter ist, wer für die Organisation und die wirtschaftlichen Risiken einer Veranstaltung verantwortlich ist.

Aus diesen Überlegungen lässt sich auch ableiten, wie es sich bei mehreren Beteiligten zu verhalten hat. Teilen sich mehrere Personen die Übernahme der relevanten Aspekte, das heißt Organisation und wirtschaftliche Verantwortung, müssen sie sich auch die rechtliche Verantwortung im Sinne einer gemeinsamen Adressatenstellung gegenüber der Verwaltung zuweisen lassen. Um eine Hypertrophie des Veranstalterbegriffes und damit auch des Haftungsbereichs zu verhindern, muss diese *Ausführungsbeteiligung* derartig relevant sein, dass sie *entscheidend* bzw. *erheblich* zur Verwirklichung der konkreten Veranstaltung beigetragen hat. Da es um die gemeinsame Übernahme von Verantwortung geht, könnte man die Unerheblichkeit eines Veranstalterbeitrags wertungsmäßig daran festmachen, ob der Betreffende ausschließlich im Verantwortungsbereich eines anderen tätig wurde. Bei Fußballspielen wäre beispielsweise die alleinige Organisation des Wurstverkaufs im Stadion in Ausgestaltung des Verantwortungsbereichs des für die lokale Gesamtorganisation Verantwortlichen an sich unerheblich. Das ist freilich einigermaßen ungenau, was sich aber in Anbetracht der Wertungsabhängigkeit einer Erheblichkeitsschwelle nicht vermeiden lässt. Man könnte im konkreten Fall wohl auf die Enge der Verknüpfung zum Hauptzweck der Veranstaltung abstellen. Aufgrund der Interdependenz der wirtschaftlichen und organisatorischen Aspekte der Veranstaltung kann es auch keinen Unterschied machen, ob ein Beteiligter ausschließlich wirtschaftliche oder organisatorische Verantwortung übernimmt, solange die genannte Erheblichkeitsgrenze nicht unterschritten wird.

(Mit-)Veranstalter liegen also vor, wenn sich mehrere Personen die Organisation und die wirtschaftlichen Risiken der Veranstaltung teilen und der jeweilige Veranstalterbeitrag von derartiger Relevanz ist, dass er die konkrete Verwirklichung der Veranstaltung erheblich gefördert hat.

bb) Gebührenrechtlicher Veranstalter – Konkreter Fall des Profifußballspiels

Da der Gebührenschuldner gem. § 4 Abs. 4 BremGebBeitrG der Veranstalter ist, muss dieser nun für den Fall von Profifußballspielen identifiziert werden. Zunächst ist festzustellen, dass im deutschen Profifußball eine Verband-Verein-Konstellation vorzutreffen ist, die zur Verflechtung von Kompetenz-, Verantwortungs- und Risikobereichen zwischen Verband und Verein führt.³² Schwierig erscheint deshalb die Bestimmung des richtigen Gebührenschuldners. Der Ligaverband hat die Operation und Vermarktung der Bundesliga der Deutschen Fußball Liga (DFL) übertragen, sodass im Endeffekt als Veranstalter nur diese und/oder die ausrichtenden Vereine in Betracht kommen.

Einerseits wird der Heimverein, hier der SV Werder Bremen, als alleiniger Gebührenschuldner erachtet.³³ Es wird argumentiert, aus den Ligastatuten des Ligaverbandes gehe hervor, dass die Clubs die Spiele veranstalten, während die DFL nur organisatorische Rahmenbedingungen bestimme. Die wirtschaftliche Verantwortung liege ausschließlich bei den Vereinen, da diese ihr eigenes Stadion bestimmen, Kartenkontingent und -preise festlegen und allein an den Tageseinnahmen beteiligt sind sowie ihre Werbeflächen eigenständig vermarkten.³⁴ Nach allgemeinen Grundsätzen sei darauf abzustellen, wer das Spiel durchführt.³⁵

Nach Ansicht des Senats handelt es sich bei DFL und Verein um Mitveranstalter. Damit wären beide mögliche Gebührenschuldner.³⁶ Er bringt vor, dass die Fußballliga sogenannte „Geisterspiele“ als Sanktion gegenüber dem austragenden Verein erlassen könne, die eine Ausübung des Hausrechts des Veranstalters darstellen. Dieses knüpfe explizit an die Rolle des Veranstalters an. Außerdem erfolge die übergreifende Organisation der Bundesliga durch die DFL. Dies seien die Mannschaftspaarungen, Spielzeiten und -orte sowie die Festlegung von allgemeinen Standards wie die Regelung der Vergabe von Kartenkontingenten an die Gastvereine. Auch könnten Änderungen der Spielzeiten bei irregulären Ereignissen wie extremen polizeilichen Lagen nur durch

³² Zum Aufbau des Profifußballsports in Deutschland siehe Senatsberichts (Fn. 1), S. 24 f. m.w.N.

³³ *Schiffbauer* (Fn. 2), 1284.

³⁴ *Schiffbauer* (Fn. 2), 1284.

³⁵ *Böhm* (Fn. 30), 3003.

³⁶ Senatsbericht (Fn. 2), S. 25 f.

die DFL unter Ausschluss der ausrichtenden Vereine vorgenommen werden. Des Weiteren stünden der DFL die Verwertungsrechte der Bundesliga und damit der größte wirtschaftliche Nutzen der Veranstaltung zu.³⁷

Im Ergebnis ist konsequenterweise dem Senat zuzustimmen. Denn einerseits erscheint eine „rein wirtschaftliche Betrachtung“ meines Erachtens kaum vertretbar, auch nicht im gebührenrechtlichen Kontext.³⁸ Andererseits hat dieser ein auf dem Vergleich verschiedener Rechtsgebiete beruhendes Ergebnis gefunden, während ein Teil der Literatur lediglich Einwände vorbringt, die gerade als Subsumtion unter einen von ihr unbestimmten Veranstalterbegriff fungieren und konkludent wohl davon ausgeht, dass es nur auf die wirtschaftliche Risikoübernahme ankommt. Andere stellen nur auf die Durchführung als Teilaspekt des faktischen Veranstalterbeitrags ab.³⁹

Die korrekte Lösung ist mittels Subsumtion unter den oben entwickelten Veranstalterbegriff zu finden. Wäre der ausrichtende Verein alleiniger Veranstalter, müsste er sowohl die Organisation als auch das wirtschaftliche Risiko insoweit alleine tragen, dass kein anderer Mitveranstalter in Betracht kommt.

Alleiniger Veranstalter ist, wer für die Organisation und die wirtschaftlichen Risiken einer Veranstaltung verantwortlich ist. Mehrere Mitveranstalter liegen vor, wenn sich mehrere Personen die Organisation und die wirtschaftlichen Risiken der Veranstaltung teilen und der jeweilige Veranstalterbeitrag von derartiger Relevanz ist, dass er die konkrete Verwirklichung der Veranstaltung erheblich gefördert hat.

Selbst wenn man der Literaturansicht zugeben würde, dass der austragende Verein das wirtschaftliche Risiko alleine trägt, was in Anbetracht der Ausübung der Verwertungsrechte durch die DFL gem. § 2 Nr. 1.3 der Satzung der DFL als höchst fragwürdig erscheint, da diese Rechte gerade den Großteil der Einnahmen ausmachen, so kann nicht geleugnet werden, dass die DFL jedenfalls in der Organisation eine federführende Rolle übernimmt. Ihr Beitrag hat die konkrete Verwirklichung der Veranstaltung erheblich gefördert, denn ihr obliegt die Gestaltung der übergreifenden Steuerung des Gesamtwettbewerbs, beispielsweise die Festlegung der Mannschaftspaarungen und der Spielzeiten und -orte ohne Dispositionsbefugnis des ausrichtenden Vereins. Dass die Vereine die Spiele größtenteils alleine durchführen ist unerheblich, weil die Durchführung lediglich einen Teilaspekt der organisatorischen Verantwortung darstellt. Da es lediglich eines erheblichen Veranstalterbeitrags

³⁷ Senatsbericht (Fn. 2), S. 25 f.

³⁸ Mangels Anknüpfungspunkt der wirtschaftlichen Risikoübernahme, siehe oben.

³⁹ Böhm (Fn. 30), 3003.

in wenigstens einem der beiden relevanten Aspekte der Veranstaltung bedarf, überzeugender hingegen sogar Beiträge der DFL sowohl in organisatorischer als auch wirtschaftlicher Hinsicht anzunehmen sind, sind im Ergebnis DFL und ausrichtender Verein Mitveranstalter.

b) Interesse des Veranstalters – insbesondere im Profifußball

Der Gebührenbegriff verlangt, dass die Leistung der Verwaltung nicht im ausschließlichen Interesse der Allgemeinheit liegt, sondern jedenfalls auch im Interesse des Einzelnen, vgl. § 13 Abs. 1 BremGebBeitrG, vorgenommen worden sein müsste. Ein überwiegendes Interesse ist verfassungsrechtlich nicht notwendig, denn ihrer Natur gemäß sind die meisten gebührenpflichtigen Handlungen vorwiegend am Interesse der Allgemeinheit ausgerichtet.⁴⁰ Voraussetzung für eine Zurechnung nach dem Vorteilsprinzip ist jeder tatsächlich erlangte, geldwerte Vorteil, welcher es rechtfertigt, dem Schuldner die Leistungskosten aufzuerlegen bzw. den Vorteil ganz oder teilweise abzuschöpfen.⁴¹

Einen solchen Vorteil im Rahmen von Profifußballspielen hat jüngst *Schiffbauer* verneint.⁴² Einerseits bestreitet er nicht, dass Polizeieinsätze *innerhalb* des Stadions im Interesse des Veranstalters liegen, wenn dort Gefahren abgewendet werden. Andererseits sollen die Einsätze *außerhalb* des Stadions, also im öffentlichen Raum, nicht in der Interessenssphäre des Veranstalters liegen. Dort könne der Grundsatz der Gebührenfreiheit nur durchbrochen werden, wenn die Polizei eine zusätzliche „Serviceleistung“ erbringe, durch die der Einzelne einen unmittelbaren finanziellen Vorteil erlange. Ein solcher sei zum Beispiel bei der Begleitung der Fans zum Stadion zu verneinen, denn hier schütze die Polizei nur die Allgemeinheit. Des Weiteren könne das Stadion auch mit Bremer Fans gefüllt werden und damit sei der Veranstalter nicht angewiesen auf die Leistung.

Ob diese Differenzierung sinnvoll ist, erscheint mir zweifelhaft. Denn unabhängig davon, ob die Polizei Gefahren während des Spiels im Stadion

⁴⁰ *BVerfGE*, NVwZ 1994, 1102 (1105) (Luftsicherheitsurteil); *BVerfGE*, NVwZ 1999, 176 (177). Dies wird vereinzelt angezweifelt, wobei eine Thematisierung dieser grundlegenden gebührenrechtlichen Frage einerseits den Rahmen dieser Behandlung sprengen, andererseits aufgrund der gefestigten Rechtsprechung ohnehin eher einen ausschließlich theoretischen Einwand darstellt, siehe *Böhm* (Fn. 30), 3002. Lesenswert hierzu auch *Heise* (Fn. 17), 262 ff.

⁴¹ *Perlütius* (Fn. 26), S. 33 m.w.V. auf *BVerfGE* 93, 319 (344).

⁴² *Schiffbauer* (Fn. 2), 1284; differenzierend *Klein*, Fußballveranstaltungen und Polizeikosten: Die Verfassungsmäßigkeit einer kostenrechtlichen lex-Fußball in Bremen, *DVBf* 2015, 275 (280), der das Interesse des Veranstalters durch öffentliche und private Interessen begrenzt sieht, sodass viele vom Wortlaut umfasste Verwaltungshandlungen nicht erfasst würden.

abwendet oder vor/nach dem Spiel im öffentlichen Raum tätig wird, steht fest: Ohne all diese Einsätze könnte kein geregeltes Spiel stattfinden. Die umliegenden Straßen wären verstopft, die Fans gelangten nicht oder nur unter großem Aufwand zum Stadion bzw. nach Hause. Die Sicherheitsvorkehrungen im öffentlichen Raum dienen dem Schutz der Fans. Wären sie nicht gewährleistet, wäre äußerst fraglich, ob die Fans erneut ein Spiel im Weserstadion besuchen würden. Dies gilt vor allem auf lange Sicht, denn ohne den Einsatz der Polizei, insbesondere auch außerhalb des Stadions, würden die Einnahmen wegen der schlechten örtlichen Bedingungen kontinuierlich zurückgehen. Nur weil die Veranstalter Inhaber des Veranstaltungsortes sind und im Stadion ein zusätzlicher Sicherheitsdienst angestellt ist, kann man nicht auf die Vorteilslosigkeit der Maßnahmen durch die Polizei schließen. Aus diesen Erkenntnissen ergibt sich auch die Untauglichkeit des Einwandes, der SV Werder könne das Stadion allein füllen. Der Gastgeberverein muss einerseits dem Gastverein ein ausreichendes Kartenkontingent zur Verfügung stellen.⁴³ Es handelt sich andererseits um einen zirkulären Einwand, da sich bei einem nur von einheimischen Fans besuchten Fußballspiel die Frage nach den erhöhten Polizeikosten gar nicht stellen würde. Denn dann fehlten die aufeinandertreffenden „verfeindeten Fronten“. Es kommt letztlich nur auf den individuellen Vorteil an, welcher, „solange ein sachlich und auch räumlich hinreichend enger Zusammenhang der polizeilichen Tätigkeit besteht“, ⁴⁴ zwischen den genannten Leistungen der Polizei und dem Veranstaltungserfolg im städtischen Umfeld jedenfalls festzustellen ist. Die Differenzierung stellt sich im Ergebnis also als Versuch der Wiedereinführung des vermeintlichen Ausschlusskriteriums des „überwiegend öffentlichen Interesses“ dar. ⁴⁵ Richtigerweise handelt die Polizei also auch im Interesse der Veranstalter, sodass den Anforderungen des Gebührenbegriffes insofern entsprochen wird.

3. Grundrechtliche Anforderungen an den Gebührentatbestand

Der Tatbestand darf die Grenzen der verfassungsmäßigen Rechtfertigung nicht sprengen. Von einem Gebührentatbestand können die Grundrechte des Schuldners betroffen sein. Soweit die Grundrechte ihrem Wesen nach auf sie anwendbar sind, gelten sie auch für juristische Personen, Art. 19 Abs. 3 GG.

a) Art. 12 Abs. 1 GG

In Betracht kommt ein Verstoß gegen Art. 12 Abs. 1 GG. Grundrechtsträger sind alle Deutschen und das Grundrecht ist auf juristische Personen des

⁴³ Heise (Fn. 17), 265 m.w.V. auf § 3 Nr. 4 Spielordnung des Ligaverbandes.

⁴⁴ Ebd.

⁴⁵ Ebd.

Privatrechts anwendbar.⁴⁶ Schutzgut ist die Freiheit der Berufsausübung und die Berufswahl. Eingriffe bedürfen einer berufsregelnden Tendenz.⁴⁷ Für die Rechtfertigung einer Berufsausübungsregelung, also eines Eingriffs auf erster Stufe der Drei-Stufen-Theorie, genügen vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls.⁴⁸

Bei der Kostenabwälzung im Rahmen von Profifußballspielen handelt es sich um einen Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit mit berufsregelnder Tendenz, da sich ein drohender Gebührenbescheid steuernd auf die Veranstalter auswirken kann, beispielsweise durch ein verringertes Ticketkontingent sowie geringere Erwerbchancen.⁴⁹

Dieser Eingriff muss verhältnismäßig sein. Ein legitimer Zweck liegt schon deshalb vor, weil der zusätzliche polizeiliche Aufwand ausgeglichen und die Allgemeinheit entlastet werden soll. Offenkundig ist der Gebührentatbestand hierzu geeignet, da Steuermittel für die Sicherung von Fußballspielen aufgewendet würden. Er müsste auch erforderlich, also nicht durch ein gleich effektives, milderer Mittel zu erreichen sein. Milder wäre die ausschließliche Heranziehung von Störern. Diese könnten aber nicht ansatzweise alle identifiziert werden und die gleiche Menge an Geld einbringen. Eine Limitierung der Tickets für auswärtige Fans wäre auch denkbar. Nichtsdestotrotz liegt das Gefahrenpotential aber in der Konkurrenz der rivalisierenden „Fanlager“. Nur eine starke Beschränkung des Ticketkontingents an gegnerische Fans könnte zu gleichen Ergebnissen führen. Allerdings wäre es dann sehr zweifelhaft, ob das Stadion noch zu füllen wäre. Hierbei ist auch die "Fußballkultur" zu beachten: Die Risikospiele würden mit der Zeit ihren Reiz verlieren und folglich auch weniger Bremer anlocken, weil die Konkurrenz der Vereinsanhänger „erlahmen“ würde. Auch wäre damit der Verein bezüglich seiner Erwerbstätigkeit erheblich bevormundet, da der Personenkreis, mit dem er kontrahieren könnte, stark begrenzt würde. Der Eingriff ist auch angemessen, da vernünftige Erwägungen des Allgemeinwohls überwiegen. Zunächst würde nur bei Risikospiele in die Berufsausübung eingegriffen. Zwar müssen mehrere 100.000 Euro pro Risikospiele an die Polizei abgetreten werden. Dies dient jedoch der Entlastung der Allgemeinheit von den Polizeikosten bei diesen Spielen. Risikospiele sind zwar selten, der Ticketverkauf und damit die Gewinne steigen hingegen, was nicht zuletzt auf das erhöhte Sicherheitsgefühl der Zuschauer aufgrund der Polizeigegegenwart zurückzuführen

⁴⁶ *Ipsen*, Staatsrecht II, 18. Aufl. 2015, Rn. 630 f.

⁴⁷ *Ipsen* (Fn. 46), Rn. 658.

⁴⁸ *Ruffert*, in: BeckOK-GG, Edition 28, Stand: 01.03.2015, Art. 12 Rn. 94.

⁴⁹ *Schiffbauer* (Fn. 2), 1284.

ist.⁵⁰ Es ist zu bedenken, dass das hohe Polizeiaufkommen nicht nur finanziell eine Belastung für die Allgemeinheit darstellt, sondern auch vor, während und nach dem Spiel zu einer Schwächung regulärer Polizeidienststellen führt und damit den Schutz der Bevölkerung durch die Polizei einschränkt.⁵¹

b) Art. 14 Abs. 1 GG

Weiterhin denkbar wäre die Verletzung von Artikel 14 Abs. 1 GG, wenn man das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb anerkennt und als Schutzgut von Art. 14 Abs. S. 1 GG qualifiziert. Ein Eingriff läge unter Verweis auf das zur Berufsfreiheit Gesagte vor. Dieser wäre jedenfalls unverhältnismäßig, wenn sich das Geschäft insgesamt „nicht mehr rechnen“ würde.⁵² Das ist mit der intendierten Beschränkung auf Risikospiele jedoch keineswegs der Fall. Die Vereine und die DFL machen jährlich Gewinne in Millionen- bzw. Milliardenhöhe⁵³ und das Stadion ist bei den einschlägigen Spielen sehr gut besucht. Außerdem können die Kosten durch die Erhöhung der Ticketpreise auf die Zuschauer abgewälzt⁵⁴ werden, ohne dass ein zurückgehender Ticketabsatz zu befürchten wäre, sofern die Preiserhöhungen sich in einem gewissen Rahmen halten – Risikospiele sind aufgrund der besonderen Konkurrenz sehr reizvoll für die Fans. Eine Verletzung ist zu verneinen.

c) Art. 3 Abs. 1 GG

In der Regelung sowie in der geplanten Verwaltungspraxis könnten weiterhin Verstöße gegen den allgemeinen Gleichheitssatz aus Art. 3 Abs. 1 GG liegen, wenn wesentlich Gleiches ungleich behandelt wurde und hierfür kein sachlicher Grund ersichtlich ist.⁵⁵ Bei Gebührentatbeständen liegt ein Verstoß gegen das Art. 3 Abs. 1 GG immanente Prinzip der Lastengleichheit insbesondere vor, wenn die oben genannten Voraussetzungen der Gebühr, also individuelle Zurechnung, teilweise Deckung der Kosten und Anknüpfung der hoheitlichen Maßnahme an die Tätigkeit des Gebührenschuldners, nicht erfüllt sind.⁵⁶ Wie oben festgestellt, ist das jedoch der Fall.

⁵⁰ Aus praktischer Perspektive *Bernhardt*, Die Geltendmachung von Kosten für polizeiliche Einsätze bei kommerziellen Veranstaltungen am Beispiel der Spiele des Profifußballs, *Die Polizei* 2007, 43 (44).

⁵¹ *Ebd.*

⁵² *Lege* (Fn. 3), 89; *Schenke* (Fn. 21), 1887.

⁵³ <http://www.sueddeutsche.de/sport/fussball-bundesliga-dfl-vermeldet-rekordumsatz-1.1874031>.

⁵⁴ So allgemein auch *Schenke* (Fn. 21), 1887.

⁵⁵ Ausführlich *Ipsen* (Fn. 46), Rn. 799 ff.

⁵⁶ *BVerfG*, Beschluss v. 11.8.1998 – 1 BvR 1270/94, Rn. 19.

In der Literatur hingegen werden Verstöße in Bezug auf das BremGebBeitrG zum Teil wie folgt begründet: Veranstaltungen, die erstmals stattfinden, würden durch die Formulierung „erfahrungsgemäß“ bessergestellt als regelmäßig stattfindende, weil für erstere noch keine Erfahrungswerte vorhanden seien, woraus Zweifel an der Rechtmäßigkeit des BremGebBeitrG resultierten.⁵⁷ Hierzu ist zu sagen, dass zwar die genannte Ungleichbehandlung vorliegt, diese jedoch sachlich gerechtfertigt ist, da jedwede Prognose auf Erfahrungen beruht. Ließe man den Einwand gelten, könnte der Gesetzgeber nie auf Erfahrungswerte zurückgreifen, weil immer ein Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG vorläge.

Weiterhin wird angeführt, das Tatbestandsmerkmal „5000 Personen“ könne dazu führen, dass der Verwaltung besonders weitgehende Befugnisse erteilt würden, die der Bindung der Verwaltung an das Gesetz widersprächen.⁵⁸ Im Zusammenhang des Gesetzes ist diese Befürchtung jedenfalls unbegründet, weil eine zahlenmäßige Mindestteilnehmerzahl einerseits bei Großveranstaltungen zur Bestimmtheit des Tatbestandes beiträgt und ihn gerade eingrenzt, nicht den willkürlichen Erlass von Verwaltungsakten ermöglicht. Andererseits ist diese Untergrenze auch nicht so niedrig angesetzt, dass sie durch „jedes gewöhnliche Straßenfest“⁵⁹ überschritten würde. Vielmehr dient diese Formulierung dazu, den Tatbestand für potentiell denkbare Veranstaltungen zu öffnen, die kein Profifußballspiel, aber dennoch gut besucht sind.

Die geplante Verwaltungspraxis könnte sich als problematisch erweisen. Vorliegend sind DFL und Verein richtigerweise Mitveranstalter, womit die reguläre Gesamtschuldnerschaft gem. § 13 Abs. 4 BremGebBeitrG eintritt. In der Verwaltungspraxis soll grundsätzlich die DFL aufgrund ihrer erhöhten Leistungsfähigkeit und zur Vermeidung einer Wettbewerbsverzerrung herangezogen werden.⁶⁰ Da der Senat selbst erkannt hat, dass die Veranstalter als Gesamtschuldner zu erachten sind, nimmt er zwangsläufig auch in Kauf, dass die DFL zivilrechtlich gem. § 426 Abs. 1 BGB bei alleiniger Heranziehung Regress nehmen könnte. Ein Wettbewerbsnachteil des Vereins ist deshalb kaum vermeidbar. Dieser Umstand ist für die Ermessensausübung allerdings irrelevant, weil es sich nur um ein unbeachtliches, wenn auch widersprüchliches Nebenmotiv handelt. Da es aber gerade der Zweck der Gesamtschuld ist, die vollständige Befriedigung des Gläubigers zu erreichen,⁶¹ es also insbesondere auf die finanzielle Leistungsfähigkeit ankommen kann, stellt diese folglich als dominierendes Motiv einen ausreichenden sachlichen Grund dar.

⁵⁷ Klein (Fn. 42), 281.

⁵⁸ Schiffbauer (Fn. 2), 1284.

⁵⁹ Schiffbauer (Fn. 2), 1285.

⁶⁰ Senatsbericht (Fn. 2), S. 33.

⁶¹ Koenig, in: Koenig-AO, 3. Aufl. 2014, § 44 Rn. 13.

4. Anforderungen weiterer Verfassungsprinzipien

Diskutiert werden im Rahmen des Tatbestandes des § 4 Abs. 4 BremGebBeitrG Kollisionen mit dem Bestimmtheitsgebot, Art. 20 Abs. 3 GG, und dem Verbot von Einzelfallgesetzen, Art. 19 Abs. 1 S. 1 GG.⁶²

a) Bestimmtheitsgebot

Das Gesetz muss dem Bestimmtheitsgebot, Art. 20 Abs. 3 GG, genügen. Grundsätzlich müssen staatliche Eingriffe durch ein Gesetz derartig konkretisiert sein, dass Art und Umfang der Belastung für den Adressaten – im Zweifel durch Auslegung – klar erkennbar sind.⁶³ Bereits in der Vergangenheit hat es ähnliche Regelungen gegeben: am bekanntesten und wegen seiner Unbestimmtheit wohl auch umstrittensten hierunter der § 81 Abs. 2 BWPoG a.F. Dieser ermöglichte den Kostenersatz bei privaten Veranstaltungen für weitere als die üblichen zur Aufrechterhaltung von Sicherheit und Ordnung im örtlichen Dienst heranzuziehenden Polizeibeamten.⁶⁴ Anhand dieser Regelung hat die Literatur in zahlreichen Veröffentlichungen konkrete Anforderungen entwickelt, die den Rahmen eines Gebührentatbestandes aufzeigen.⁶⁵ Insbesondere wird dargelegt, dass aufgrund des besonderen Schutzes der schrankenlos gewährten Grundrechte die Polizeikosten nur bei kommerziellen Veranstaltungen abgewälzt werden können. Außerdem muss der Adressat ausreichend bestimmbar sein. Dieser ist anhand der obigen Überlegungen zu ermitteln. Auch die ungefähre Höhe der Gebühr muss ex ante aufgrund des Gebots der Rechtssicherheit für den Veranstalter ersichtlich sein. Diese Voraussetzungen wurden bei der Ausarbeitung des Gesetzes vom Bremer Senat allesamt umgesetzt.

Als problematisch wird jedoch die Formulierung der „erfahrungsgemäß zu erwartenden Gewalthandlungen“ erachtet, weil „jede Bagatelldat eines Einzelnen den Veranstalter in die Kostenfalle treiben“ könne.⁶⁶ Es sei unklar, ob Gewalthandlungen deckungsgleich mit Straftaten seien, wenn ja, ob nur bestimmte Straftaten gemeint seien und ob bereits sehr wenige Gewalthandlungen ausreichen, um die Kostenpflicht auszulösen.⁶⁷ Richtig ist, dass der Begriff der Gewalthandlung nicht statuiert, ob er alle Straftaten oder

⁶² *Schiffbauer* (Fn. 2), 1285; *Böhm* (Fn. 28), 3003 f.

⁶³ *Wahlen* (Fn. 5), S. 28 m.w.V. auf BVerfGE 8, 274 (325); 11, 64 (77); 21, 73 (77).

⁶⁴ Hierzu *Württemberg*, Erstattung von Polizeikosten, NVwZ 1983, 194 (195).

⁶⁵ Zu den Bestimmtheitsanforderungen *Majer*, Die Kostenerstattungspflicht für Polizeieinsätze aus Anlaß von privaten Veranstaltungen, VerwArch 1982, 167 (177); *Wahlen* (Fn. 5), S. 30; *Lege* (Fn. 3), 89; *Schenke* (Fn. 21), 1885.

⁶⁶ *Schiffbauer* (Fn. 2), 1286; wohl auch *Böhm* (Fn. 28), 3003 f.

⁶⁷ Insbesondere *Klein* (Fn. 42), 281.

„gewalttätige Straftaten nicht unerheblichen Ausmaßes“⁶⁸ meint. Im Hinblick auf den Willen des Gesetzgebers, insbesondere für Profifußballspiele Gebühren zu erheben, wird man wohl auf häufig vorkommende Straftaten im Kontext von Profifußballspielen abzustellen haben, also auf Körperverletzungs- und Sachbeschädigungsdelikte. Auch hier kann man auf die Erfahrungsquellen DFL, Verein und Polizei zurückgreifen. Überdies verkennt die Kritik, dass der Gesetzeswortlaut eine kausale Verbindung zwischen den vorhersehbar erforderlichen zusätzlichen Polizeikräften und den Gewalthandlungen verlangt. Erst eine beträchtliche Anzahl an Gewalthandlungen könnte eine Kostenpflicht aufgrund des Erfordernisses des polizeilichen Mehraufwands auslösen, und diese Anzahl müsste sich deutlich von der bei „normalen“ Profifußballspielen zu verzeichnenden Menge abgrenzen. Einzelne Gewalthandlungen machen jedenfalls *vorhersehbar* den Einsatz *zusätzlicher* Polizeikräfte notwendig.

Auch sei unklar, auf wessen Erfahrung für die Prognose abzustellen ist. Der Wortlaut schweige hierzu.⁶⁹ Bisher würde die Expertise von DFB, DFL und Polizei genutzt. Eine Gebührentragungspflicht drohe aufgrund der finanziellen Interessen bisher vertrauenswürdige Erfahrungswerte zu vernebeln.⁷⁰ Dagegen ist einzuwenden, dass sich DFL und DFB bei falschen oder verheimlichten Angaben, aus welchen ein zu geringes Polizeiaufkommen resultiert und dadurch wiederum die Zuschauer gefährdet oder verletzt werden, zivilrechtlichen Schadensersatzansprüchen aussetzen würden.⁷¹ Denn der Veranstalter hat der „besonderen Gefahrentypizität von Massenveranstaltungen Rechnung zu tragen“.⁷² Bei Fehleinschätzungen durch die Polizei steht hingegen der Weg zu den Verwaltungsgerichten offen. Man wird daher auf bewährte Erfahrungsträger zurückgreifen können, ohne dass die Gefahr einer Falschauskunft auszumachen ist.

Der Tatbestand als solcher bleibt jedoch so konturiert, dass sein Anwendungsbereich zumindest bei Ausschöpfung aller Mittel der Auslegung (insbesondere historischer) dem Bestimmtheitsgebot standhält.

⁶⁸ Klein (Fn. 42), 281.

⁶⁹ Böhm (Fn. 28), 3003 f.

⁷⁰ Schiffbauer (Fn. 2), 1286.

⁷¹ Sowohl Ansprüche schuldrechtlicher Art aus dem Zuschauervertrag als auch deliktische Ansprüche gegen den Veranstalter kommen grundsätzlich in Betracht, vgl. hierzu Schulze, Der Zuschauervertrag, Jura 2011, 481 (489); Breucker, Sicherheitsmaßnahmen für die Fußballweltmeisterschaft 2006: Prävention durch Polizei und den Deutschen Fußball Bund, NJW 2006, 1233 (1233).

⁷² Schulze (Fn. 71), S. 489.

b) Einzelfallgesetz

Der Gebührentatbestand dürfte kein verbotenes Einzelfallgesetz sein. Dies wird beim Bremer Tatbestand behauptet, weil die „intendierte Wirkung einzig gegen die DFL gerichtet“ sei. Das Gesetz beeinträchtigt nur einen Grundrechtsträger.⁷³

Grundsätzlich ist die Anwendung des Art. 19 Abs. 1 S. 1 GG sehr restriktiv zu handhaben.⁷⁴ Dieser verlangt, dass sich ein Gesetz an einen *unbestimmten* Adressatenkreis richtet und „den zu regelnden Sachverhalt über den Einzelfall hinaus *abstrakt umreißt*.“⁷⁵ Verboten ist jede grundrechtseinschränkende gesetzliche Regelung, deren Rechtsfolge nur einmal eintreten kann.⁷⁶ Dafür reicht es nicht ohne Weiteres aus, dass ein Gesetz als „Maßnahmegesetz“ einen konkreten Sachverhalt im Blick hat.⁷⁷ Bisher hatte das Einzelfallgesetz in der Praxis noch keine Relevanz.⁷⁸

Im Fall des BremGebBeitrG liegt kein verbotenes Einzelfallgesetz vor. Jedenfalls handelt es sich um eine abstrakt-generelle Norm. Weiterhin liegt kein verstecktes Einzelfallgesetz vor, denn es sind weitere Fallkonstellationen denkbar, in denen das Gesetz Anwendung findet. Ob weitere Adressaten bereits gegenwärtig oder in naher Zukunft (ebenfalls) betroffen werden, ist irrelevant.⁷⁹ Es darf lediglich nicht denklogisch ausgeschlossen sein, dass das Gesetz auch in anderen Fällen zur Anwendung kommen wird, was man vorliegend nicht annehmen kann. Dafür spricht das Gesetz selbst, welches insbesondere durch die Schwelle der 5000 Personen seinen Anwendungsbereich nicht nur auf Fußballspiele begrenzt, sondern zum Beispiel Konzerte gewisser musikalischer Interpreten umfasst, bei denen es regelmäßig zu Gewalthandlungen kommt.

IV. Ausblick

Seit langem wird nicht nur in der Politik, sondern auch in der rechtswissenschaftlichen Literatur eine Heranziehung der Begünstigten von polizeilichen Verwaltungsleistungen bei Profifußballspielen gefordert. Diese Forderung hat das Land Bremen als Vorreiter in die Tat umgesetzt und einen

⁷³ *Schiffbauer* (Fn. 2), 1286; *Böhm* (Fn. 28), 3003 m.w.V. auf *Hermann/Buljevic*, „Lex Werder“: Die Bremer Lösung zur Polizeikostenbeteiligung an kommerziellen Großveranstaltungen, NordÖR 2015, 198 (201 ff.).

⁷⁴ Vgl. *BVerfG*, NJW 1970, 1268 ff.; *BVerfG*, NJW 1971, 1645 ff.

⁷⁵ *Enders*, in: BeckOK-GG, Edition 28, Stand: 01.03.2016, Art. 19 Rn. 8.

⁷⁶ *BVerfG*, NJW 1962, 100; *BVerfG*, NJW 1969, 1203 (1204).

⁷⁷ *Enders* (Fn. 75), Art. 19 Rn. 9.

⁷⁸ *Sachs*, in: *Sachs*, 7. Aufl. 2014, Art. 19 Rn. 23 f.

⁷⁹ *Sachs* (Fn. 78), Art. 19 Rn. 22.

Gebührentatbestand geschaffen, der mit dem Grundgesetz vereinbar ist. Es bleibt nun zu hoffen, dass auch die übrigen Bundesländer diese verfassungsrechtliche Möglichkeit einer entsprechenden Gebührenerhebung erkennen und die vermeintliche Unantastbarkeit der Vereine und Verbände beenden, sodass diese mit dem Steuerzahler die Last teilen, von der sie bisher nur profitierten. In Anlehnung an die Rechtsprechung zum weitaus unbestimmteren § 81 BWPoG a.F. ist im Übrigen die Verwerfung der Norm durch die Gerichte zu bezweifeln.

Patrick Christian Otto*

Das Vergaberecht in Deutschland unter Berücksichtigung des Vergaberechtsmodernisierungsgesetzes 2015

Abstract

Das Vergaberecht gehört zu den Rechtsmaterien, die im universitären Studium eher ein Schattendasein fristen und allenfalls in einige Schwerpunktbereiche Eingang gefunden haben. Dabei gehört es zu den in der Praxis (wirtschaftlich) wichtigsten Rechtsgebieten. Aufgrund seines hybriden Charakters zwischen Zivilrecht und Öffentlichem Recht ist es besonders interessant, wenngleich auch mit einer gewissen Komplexität behaftet. So hat sich ein beachtliches Normenkorsett aus EU-, Bundes- und Landesrecht entwickelt. Dieser Beitrag soll einen ersten Überblick bieten und das Interesse der studentischen Leser für das Vergaberecht wecken. Besondere Berücksichtigung erfährt hierbei das jüngst verabschiedete Vergaberechtsmodernisierungsgesetz, das mehrere EU-Richtlinien in nationales Recht transformiert.

* Der Autor ist Student der Rechtswissenschaft im siebten Fachsemester an der Gottfried Wilhelm Leibniz Universität Hannover und absolvierte den Schwerpunkt im Verwaltungsrecht mit Vertiefung im Vergaberecht. Ferner ist er studentische Hilfskraft am Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Verwaltungswissenschaft von Prof. *Dr. Veith Mehde*, Mag. rer. publ.

I. Einführung in die Thematik

„Die öffentliche Auftragsvergabe boomt“ – mit diesen Worten lässt sich der Stellenwert des Vergaberechts kurz und knapp hervorheben. Inzwischen nehmen öffentliche Auftragsvergaben ca. 16,1 % des deutschen Bruttoinlandsprodukts (BIP) ein.¹ Doch was genau ist Vergaberecht? Unter dieses Rechtsregime fallen diejenigen Rechtsnormen, die der öffentlichen Hand eine bestimmte Vorgehensweise beim Einkauf derjenigen Güter und Leistungen vorschreiben, die sie benötigt, um ihrer öffentlichen Aufgabenerfüllung nachzukommen.² Die Bandbreite ist dabei sehr groß, sodass beispielsweise sowohl der Bau eines neuen Rathauses wie auch die Bestellung von neuen Schreibmaterialien für die Kommunalverwaltung nach vergaberechtlichen Regeln ablaufen. Dabei wird etwa vorgegeben, wie ein öffentlicher Auftrag zu erteilen ist, wer diesen erhalten kann oder auch mit welchem Inhalt ein entsprechender Vergabevertrag geschlossen wird. Ein Einkauf meint in diesem Kontext jede Inanspruchnahme einer Leistung am Markt gegen Entgelt.³ Grundsätzlich gilt hierbei, dass immer dann eine Ausschreibung nach vergaberechtlichen Grundsätzen vorzunehmen ist, wenn bestimmte, von Bund und Ländern festgesetzte Wertgrenzen erreicht sind.⁴

Der ursprüngliche Zweck des Vergaberechts ist, eine Verschwendung öffentlicher Mittel zu verhindern (Stichwort: „best value for public money“),⁵ da davon ausgegangen wird, dass der fehlende Konkurrenzdruck der öffentlichen Hand den ökonomischen Blick zu kurz kommen lässt.⁶ Das Vergaberecht wurde daher früher als lediglich den öffentlichen Auftraggeber betreffendes Rechtsgebiet ohne Außenwirkung angesehen.⁷ Lange Zeit war das Vergaberecht deshalb im verwaltungsinternen Haushaltsrecht verankert.⁸ Inzwischen

¹ Vgl. http://www.europaticker.de/ausschreibungen/vergaberecht/politik_eu.htm (alle im Internet zugänglichen Quellen wurden zuletzt abgerufen am 24.5.2016). Das BIP gibt den Gesamtwert aller Güter, d.h. Waren und Dienstleistungen, an, die innerhalb eines Jahres innerhalb der Landesgrenzen einer Volkswirtschaft hergestellt wurden (vgl. <https://de.wikipedia.org/wiki/Bruttoinlandsprodukt>). Europaweit lag der Anteil der Öffentlichen Auftragsvergabe am BIP bereits im Jahr 2009 bei 19,4 % (vgl. http://ec.europa.eu/internal_market/publications/docs/public-procurement_de.pdf).

² BVerfGE 116, 135.

³ *Dageförde*, Einführung in das Vergaberecht, 2. Aufl. 2013, Rn. 3.

⁴ Eine Übersicht zu den Wertgrenzen findet sich auf <http://www.transbau.com/upload/dokumente/101803.pdf>.

⁵ *Dreher*, in: Immenga/Mestmäcker, 5. Aufl. 2014, Vor §§ 97 ff. GWB, Rn. 1. Neuerdings wird hier auf die „Ressourcenallokationsfunktion des Vergaberechts“ abgestellt (vgl. *Kirchner*, Zur Ökonomik des Vergaberechts, VergabeR 2010, 725 (726 f.)).

⁶ *Pietzcker*, Der Staatsauftrag als Instrument des Verwaltungshandelns, 1978, S. 246 ff.

⁷ *Dageförde* (Fn. 3), Rn. 39 mit instruktiver Darstellung.

⁸ Zum Haushaltsrecht zählen vor allem die Bundeshaushaltsordnung (BHO), die Landshaushaltsordnungen (LHO) und das Haushaltsgrundsätzegesetz (HGrG).

dienen die Regelungen des Vergaberechts vor allem der Schaffung von unionsweitem Wettbewerb sowie der Chancengleichheit für die an der öffentlichen Vergabe beteiligten Unternehmen. Aufgrund dessen hat im deutschen Rechtskreis ein Paradigmenwechsel stattgefunden, sodass das Vergaberecht inzwischen nicht mehr im Haushaltsrecht, sondern im Wettbewerbsrecht geregelt ist. Wegweisend waren hier vor allem die Neuerungen des Vergaberechtsänderungsgesetzes (VgRÄG) zum 1.1.1999, welches auf Grundlage von europäischen Richtlinien erlassen wurde.⁹ Dadurch wurde dem Vergaberecht erstmalig Außenrechtscharakter verliehen, sodass sich der Einzelne auf die Einhaltung der Vorschriften berufen kann. Damit einhergehend hat sich auch ein breites Betätigungsfeld für Rechtsanwälte, Richter und Verwaltungsjuristen¹⁰ ergeben, da seitdem erstmalig Rechtsschutz der am Vergabeverfahren beteiligten Unternehmen gegenüber der öffentlichen Vergabestelle möglich ist.

Umfassend reformiert und ergänzt wurden diese zum 1.1.1999 geschaffenen Regelungen durch das Vergaberechtsmodernisierungsgesetz (VergRModG), welches Bundestag und Bundesrat am 17.12.2015¹¹ bzw. 18.12.2015¹² beschlossen haben. Hintergrund der Novelle sind die neuen Richtlinien über die öffentliche Auftragsvergabe (Richtlinie 2014/24/EU), über die Vergabe von Aufträgen in den Bereichen Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste (Richtlinie 2014/25/EU) sowie über die Vergabe von Konzessionen (Richtlinie 2014/23/EU), die fristgerecht zum 18.4.2016 in nationales Recht umgesetzt werden. Das VergRModG stellt nach eigenen Angaben des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie das „größte vergaberechtliche Gesetz- und Verordnungsgebungsverfahren der letzten 10 Jahre“¹³ dar. Mit der Reform wird das Ziel verfolgt, das Vergaberecht insgesamt moderner, einfacher und anwenderfreundlicher zu machen.¹⁴

Der vorliegende Beitrag gliedert sich zur besseren Veranschaulichung der einzelnen Normenkomplexe des Vergaberechts im Wesentlichen in sechs Teile, wobei die Neuerungen des VergRModG 2015 jeweils inzident dargestellt werden. Zunächst wird erläutert, was die Zweiteilung des Vergaberechts ist und weshalb es sie gibt (**II**). Sodann wird eine Betrachtung der Vergaberechts-

⁹ Siehe hierzu insbesondere die Richtlinie 93/36/EWG.

¹⁰ Aus Gründen der Lesbarkeit wird auf eine geschlechtsneutrale Differenzierung verzichtet. In diesem Beitrag wird nur die männliche Form benutzt, angesprochen sind jedoch stets beide Geschlechter.

¹¹ Vgl. BT-Plenarprotokoll 18/146.

¹² Vgl. BR-Drucks. 596/15.

¹³ <http://www.bmwi.de/DE/Themen/Wirtschaft/Oeffentliche-Auftraege-und-Vergabe/reform-des-vergaberechts.html>.

¹⁴ Vgl. BT-Drucks. 18/6281, S. 55.

normen oberhalb der EU-Schwellenwerte (III.) sowie unterhalb der EU-Schwellenwerte (IV.) vorgenommen. Im Anschluss wird eine kurze Übersicht zum Landesvergaberecht gegeben (V.). Der Beitrag endet mit einem Fazit (VI.).

II. Die Zweiteilung des Vergaberechts in Deutschland

Zunächst ist die Grundstruktur des Vergaberechts zu betrachten. Generell gilt in Deutschland die sog. Zweiteilung des Vergaberechts. Doch was steckt dahinter? Mit dem VgRÄG gab es im Jahre 1999 eine umfassende Novelle des Vergaberechts. Der Gesetzgeber hat die neu geschaffenen Regelungen jedoch nicht per se für anwendbar erklärt, sondern die Anwendbarkeit davon abhängig gemacht, dass bestimmte Schwellenwerte erreicht sind (vgl. § 106 Abs. 1 GWB-E,¹⁵ § 100 Abs. 1 GWB a.F., der eine dynamische Verweisung zu den Richtlinien 2014/24/EU, 2014/25/EU, 2009/81/EG und 2014/23/EU enthält). Gemäß entsprechender Vorgaben der EU werden als Schwellenwert gewisse Auftragshöhen festgelegt, ab denen Vergabestellen in den Mitgliedsstaaten verpflichtet sind, Ausschreibungen nach den Vorgaben der EU durchzuführen.¹⁶ Die Schwellenwerte selbst werden alle zwei Jahre von der Europäischen Kommission durch Verordnung neu festgesetzt.¹⁷ Die Kommission orientiert sich dabei unter anderem an den Vorgaben des Übereinkommens über das öffentliche Beschaffungswesen (engl. GPA = *General Procurement Agreement*), dem die europäische Gemeinschaft mit Wirkung zum 1.1.1996 beigetreten ist.¹⁸ Die Schwellenwerte sind bei Bauaufträgen einerseits, sowie Liefer- und Dienstleistungsaufträge andererseits verschieden. Innerhalb der letzteren Kategorie gelten spezifische Schwellenwerte für die Bereiche Trinkwasser, Energieversorgung und Verkehr und es wird zusätzlich zwischen Aufträgen oberster und sonstiger Bundesbehörden unterschieden. Unterhalb der Schwellenwerte gilt nach wie vor "nur" das mitgliedstaatliche Haushaltsrecht. Daher ist bei vergaberechtlichen Sachverhalten zu Beginn das

¹⁵ Die neuen Vergaberechtsnormen nach dem VergRModG 2015 sind mit einem „E“, die alten Normen mit „a.F.“ gekennzeichnet. Zur besseren Übersichtlichkeit wird die Vorgängernorm, soweit es sie gibt, jeweils direkt hinter der neuen Norm genannt. Fehlt die Bezeichnung der Vorgängernorm, so war diese entweder vorher schon an selber Stelle und mit identischem Inhalt geregelt oder wurde ganz neu aufgenommen in das GWB.

¹⁶ Für Bauaufträge sind dies seit dem 1.1.2016 5.225.000 Euro, für Liefer- und Dienstleistungsaufträge grundsätzlich 209.000 Euro, mit Ausnahme solcher oberster Bundesbehörden (135.000 Euro) sowie in den Bereichen Trinkwasser, Energieversorgung und Verkehr (418.000 Euro). Die zurzeit geltenden Schwellenwerte finden sich auf <http://www.eu-schwellenwerte.de/> und werden dort fortlaufend aktualisiert.

¹⁷ Aktuell ist dies die Verordnung (EU) Nr. 1336/2013 der Kommission vom 13. Dezember 2013.

¹⁸ Das GPA ist ein internationales multilaterales Abkommen zwischen einzelnen Vertragsstaaten der WTO, das den Zugang zu öffentlichen Aufträgen regelt.

Auftragsvolumen zu ermitteln, um bestimmen zu können, welcher Vorschriftenkatalog einschlägig ist.

Die Zweiteilung ist durch die Union jedoch keinesfalls verbindlich vorgegeben. Ihre Einführung führte daher innerhalb Deutschlands zu einer kontroversen, verfassungsrechtlich aufgeladenen Diskussion. Die Gegner der Zweiteilung führten vor allem an, dass der allgemeine Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG dadurch verletzt werde, dass unterhalb der Schwellenwerte kein vergleichbares Rechtsschutzregime bestehe. Damit gehe zudem eine Verletzung des Anspruchs auf effektiven Rechtsschutz aus Art. 19 Abs. 4 GG als auch dem im Rechtsstaatsprinzip des durch Art. 20 Abs. 3 GG verbürgten allgemeinen Justizgewährungsanspruch einher.

Letztlich musste sich das *BVerfG* im Jahre 2006 hierzu äußern und judizierte, dass die Zweiteilung weder Gleichheits- noch Justizgrundrechte verletze.¹⁹ Art. 19 Abs. 4 GG sei nicht verletzt, da dieses Grundrecht nur in den Fällen tangiert sei, in denen der Staat seine „übergeordnete öffentliche Rechtsmacht“ ergreift und sich der Einzelne dadurch in einem „Verhältnis typischer Abhängigkeit und Unterordnung“ befindet. Dies sei bei der öffentlichen Auftragsvergabe, bei denen der Staat selbst als Nachfrager am Markt auftritt, nicht der Fall. Ein Verstoß gegen den allgemeinen Justizgewährungsanspruch scheidet deshalb aus, weil dem Gesetzgeber bei der Regelung von Rechtsschutzmöglichkeiten ein weiter Gestaltungsspielraum und insoweit auch eine Einschätzungsprärogative zukomme. Diese Grenzen seien bei der Zweiteilung gewahrt worden. Zuletzt bejahte das *BVerfG* zwar eine nach Art. 3 Abs. 1 GG rechtlich relevante Ungleichbehandlung, sah diese jedoch durch hinreichend gewichtige Gründe gerechtfertigt. Diese seien namentlich die Wahrung der Wirtschaftlichkeit des Beschaffungswesens sowie die Sicherung der ordnungsgemäßen öffentlichen Aufgabenerfüllung. Das Gericht sah diese bei einer für sämtliche Auftragsvergaben existierenden Rechtsschutzmöglichkeit als gefährdet an.

Nach der Bestätigung der Verfassungsmäßigkeit durch das *BVerfG* ist die Diskussion zur Ruhe gekommen, dennoch ist es für das Grundverständnis des Vergaberechts wichtig, sie zu kennen, da auch das VergModG 2015 hierzu keine Veränderungen brachte.

III. Vergaberecht oberhalb der EU-Schwellenwerte

Im Bereich oberhalb der Schwellenwerte existiert ein umfangreiches Regelungsregime. Grundlage dieser Regelungen sind einerseits von der Union

¹⁹ BVerfGE 116, 135.

erlassene Richtlinien, die in das nationale Recht transformiert wurden,²⁰ und andererseits die allgemeinen Grundsätze, die der *EuGH* in der Entscheidung *Telaustria und Telefonadress*²¹ zum Ausdruck brachte.²² Die zentralen nationalen Normen sind die §§ 97-184 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB), die sich im vierten Kapitel unter der neuen Überschrift „Vergabe von öffentlichen Aufträgen und Konzessionen“ finden. Vor dem VergModG war der Vorschriftenkatalog im GWB deutlich schlanker und umfasste lediglich die §§ 97–129 a.F.

Nach bisherigem Recht traten die Vergabeverordnung (VgV) und die Vergabe- und Verdingungsordnungen (VOB/A für Bauleistungen, VOL/A für Lieferungen und Dienstleistungen und VOF für Freiberufliche Leistungen) hinzu. Das Zusammenspiel von GWB, VgV und den Vergabe- und Verdingungsordnungen erfolgte dabei kaskadenförmig, sodass die Regelungen des GWB (erste Stufe) jeweils in der VgV (zweite Stufe) und den Vergabe- und Verdingungsordnungen (dritte Stufe) eine Konkretisierung erfuhren.²³ Daneben existierten noch die Spezialregelungen der Sektorenverordnung (SektVO) sowie die Vergabeordnung Verteidigung und Sicherheit (VSVgV).

Nach neuem Recht werden die Regelungen der VOL/A und der VOF in die VgV implementiert, sodass für Lieferungen und Leistungen sowie Freiberufliche Leistungen nur noch zwei Stufen existieren. Lediglich für die Bauleistungen bleibt die VOB/A erhalten, sodass es bei der dreistufigen Kaskade bleibt. Dass die VOB/A erhalten bleibt, ist indes weder nach nationalem Recht noch nach dem Unionsrecht zwingend, sondern hat eher politische Gründe.²⁴ Die SektVO bleibt erhalten, muss jedoch in einem nächsten Schritt noch an die neuen Richtlinien und das neue GWB angepasst werden. Die VSVgV bleibt durch die Reform unberührt. Für die Vergabe von Konzessionen, die bisher vollständig vom europäischen Sekundärrecht und damit auch vom nationalen Vergaberecht ausgenommen waren, wird eine Konzessionsvergabeverordnung als zweite Stufe geschaffen werden. Zudem werden die neuen Statistikpflichten in einer Statistikverordnung geregelt

²⁰ Zu nennen sind hier vor allem die Richtlinien 93/36/EWG, 93/37/EWG und 93/38/EWG, 2004/17/EG, 2004/18/EG sowie 2007/66/EG sowie neuerdings auch 2014/23/EU, 2014/24/EU sowie 2014/25/EU.

²¹ *EuGH*, C-324/98, ECLI:EU:C:2000:669 – *Telaustria und Telefonadress*.

²² Zu den allgemeinen Grundsätzen gehören vor allem der Wettbewerbsgrundsatz, der Transparenzgrundsatz sowie der Gleichbehandlungsgrundsatz.

²³ Vgl. hierzu auch die umfassende Darstellung bei *Bungenberg*, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Kartellrecht, 2. Aufl. 2009, GWB Vor §§ 97 ff. Rn. 17 ff.

²⁴ So wurde von der Bauwirtschaft insb. der Einwand erhoben, dass die Teile A, B und C der VOB/A einheitlich betrachten werden müssten. Für eine Vertiefung zu diesem Thema siehe *Dageförde*, VergabeNavigator, Heft 4/15, 4.

werden. Der Gesetzgeber hat damit erneut davon Abstand genommen, ein einheitliches Bundesvergabegesetz nach österreichischem Vorbild²⁵ zu erlassen, was in der Literatur auf Kritik stößt.²⁶ Damit bleibt es auch nach dem VergModG beim eher fragmentarischen Charakter der Regelungsregime, wenngleich die mit Ausnahme der VOB/A umfassende Abkehr vom dreistufigen Kaskadenprinzip der Rechtsklarheit sehr zuträglich ist.

Aufgrund dessen, dass die vier Verordnungen VgV, SektVO, KonzVO und StatVO erst noch von der Exekutive neu erlassen werden müssen, sind diese noch nicht Gegenstand dieses Beitrags. Letztlich regeln diese auch eher Detailfragen, die für ein grundlegendes Verständnis des neuen Vergaberechts nicht zwingend erforderlich sind. Stattdessen wird sich auf den bereits erwähnten, nun novellierten vierten Teil des GWB fokussiert. Diese Normen stellen innerhalb des GWB das sog. Kartellvergaberecht²⁷ dar und enthalten nach der Änderung, Erweiterung und Umstrukturierung durch das VergModG nun folgende Regelungsbereiche, die in diesem Beitrag ausschnittsweise einer vertiefenden Betrachtung unterzogen werden:

- Allgemeine Grundsätze, Definitionen und der Anwendungsbereich vom vierten Teil des GWB (Kapitel 1, Abschnitt 1, §§ 97–114 GWB-E)
- Regelungen zur Vergabe von öffentlichen Aufträgen durch öffentliche Auftraggeber (Kapitel 1, Abschnitt 2, §§ 115–135 GWB-E)
- Regelungen zur Vergabe von öffentlichen Aufträgen in besonderen Bereichen und von Konzessionen (Kapitel 1, Abschnitt 3, §§ 136–154 GWB-E)
- Regelungen über die Nachprüfungsbehörden (Kapitel 2, Abschnitt 1, §§ 155–159 GWB-E)
- Regelungen zum Verfahren vor der Vergabekammer (Kapitel 2, Abschnitt 2, §§ 160–170 GWB-E)
- Regelungen zur sofortigen Beschwerde (Kapitel 2, Abschnitt 3, §§ 171–184 GWB-E)

²⁵ Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen (Bundesvergabegesetz 2006 – BVergG 2006), StF: BGBl. I Nr. 17/2006.

²⁶ Siehe etwa *Müller-Wrede*, Vergaberechtsreform 2016 – Die wichtigsten Eckpfeiler, in: WISO direkt Ausgabe Juni 2015. Generell die Unübersichtlichkeit und Zersplitterung des Vergaberechts kritisieren u.a. *Dreher*, Die Zukunft des untergesetzlichen Vergaberechts: Zur Neuordnung von Vergabeverordnung und Verdingungsordnungen, NVwZ 1999, 1265 ff.; *Broß*, Die neue Rechtsprechung des *Bundesgerichtshofs* zur Vergabe öffentlicher Aufträge, VerwArch 2000, 148; *Pache*, Der Staat als Kunde: System und Defizite des neuen deutschen Vergaberechts, DVBl. 2001, 1781 (1791).

²⁷ Die Entwicklung hin zum Begriff des „Kartellvergaberechts“, der stärker den Wettbewerbsgedanken betont, zeichnet *Dreher* anschaulich nach, vgl. *Dreher*, Bestehender Wettbewerb und Auftraggeberbegriff des Kartellvergaberechts, WuW 1999, 244 (246).

1. Die allgemeinen Grundsätze des Vergabeverfahrens, § 97 GWB-E

§ 97 GWB-E enthält zunächst die allgemeinen Bestimmungen zum Vergaberecht. Die Regelung normiert die folgenden allgemeinen Grundsätze:

- Wettbewerbsgrundsatz, § 97 Abs. 1 GWB-E
- Transparenzgebot, § 97 Abs. 1 GWB-E
- Wirtschaftlichkeitsgrundsatz und Verhältnismäßigkeit, § 97 Abs. 1 GWB-E
- Gleichbehandlungsgrundsatz/Diskriminierungsverbot, § 97 Abs. 2 GWB-E
- Berücksichtigung von Aspekten der Qualität und der Innovation sowie sozialer und umweltbezogener Aspekte, § 97 Abs. 3 GWB-E
- Berücksichtigung mittelständischer Interessen, § 97 Abs. 4 GWB-E
- Grundsatz der Verwendung elektronischer Mittel, § 97 Abs. 5 GWB-E
- Subjektive Bieterrechte, § 97 Abs. 6 GWB-E

Die Grundsätze stehen zwar in unterschiedlichen Absätzen, werden jedoch vom Autor des Beitrags als Einheit begriffen, da zwischen ihnen zahlreiche Querverbindungen bestehen. So kann etwa Wettbewerb nach Abs. 1 nur dann möglich sein, wenn auch die Gleichbehandlung und Chancengleichheit nach Abs. 2 gewahrt ist. Flankiert werden diese allgemeinen Grundsätze durch die nachfolgenden Paragraphen des GWB, die VgV und die VOB/A, in denen sie ihr individuelles Gepräge erhalten (werden).

a) Der Wettbewerbsgrundsatz, § 97 Abs. 1 GWB-E

Gem. § 97 Abs. 1 GWB-E liegt der dem Unionsrecht immanente Wettbewerbsgrundsatz auch dem Vergaberecht zugrunde.²⁸ Er gilt für Auftraggeber und Bieter gleichermaßen und gewährleistet grundsätzlich die Durchführung des Vergabeverfahrens im Geheimwettbewerb.²⁹ Seine praktische Geltung entfaltet der Wettbewerbsgrundsatz zwar nicht ausschließlich aus § 97 Abs. 1 GWB-E, sondern erfährt sowohl in den anderen Normen des GWB wie auch in den untergesetzlichen Regelwerken (VgV, VOB/A) seine Konkretisierung.

²⁸ *Luber*, Der formalistische Angebotsausschluss, das Wettbewerbsprinzip und der Grundsatz der sparsamen Mittelverwendung im Vergaberecht, *VergabeR* 2009, 14 (24); *Ziekow*, in: ders./Völlink, 2. Aufl. 2013, § 97 Rn. 3, 6; *Ax/Schneider/Siewert*, Auftragsvergabe, 2. Aufl. 2010, Rn. 448.

²⁹ *Hailbronner*, in: Byok/Jaeger, 3. Aufl. 2011, § 97 Rn. 14; *OLG Düsseldorf*, *VergabeR* 2003, 690; *Bungenberg* (Fn. 23), § 97 Rn. 10 sowie *Burgi*, Die Bedeutung der allgemeinen Vergabegrundsätze Wettbewerb, Transparenz und Gleichbehandlung, *NZBau* 2008, 29 (33). Zum offenen Verfahren im Allgemeinen siehe die Darstellung unter **III. 1. d) aa)**. Geheimwettbewerb bedeutet, dass sämtlicher Kontakt zwischen den Bietern im Rahmen einer konkreten Auftragsvergabe untersagt ist. Dies dient insbesondere dazu, Preisabsprachen zu vermeiden, die tendenziell dazu führen würden, dass der öffentliche Auftraggeber zu teuer einkaufen muss.

Dennoch thront die Norm über dem gesamten Vergaberecht und ist damit eine der Kernvorschriften.

b) Das Transparenzgebot, § 97 Abs. 1 GWB-E³⁰

§ 97 Abs. 1 GWB-E stellt zudem das für das Grundverständnis des Vergaberechts besonders wichtige Transparenzgebot auf. Ausfluss des Transparenzgebots ist vor allem die übersichtliche und klar abgestufte Verfahrensgestaltung.³¹ Deren Einführung war eine der zentralen Errungenschaften des Vergaberechts nach dem VgRÄG 1999. Der Transparenzgrundsatz bindet nur die Vergabestelle und ist damit anders als der Wettbewerbsgrundsatz nur als einseitige Pflicht ausgestaltet. Würde dies auch für den einzelnen Bieter gelten, läge ein Widerspruch mit dem Prinzip des Geheimwettbewerbs vor. Vor allem ist für ein transparentes Verfahren maßgeblich, dass die Wertungskriterien für die Vergabeentscheidung schon bei der Ausschreibung offengelegt werden und die Vergabeentscheidung selbst sachlich nachvollziehbar ist.³² Freilich ist das Transparenzgebot aufgrund der Regelung im selben Absatz sowie der strukturellen Ähnlichkeit immer zusammen mit dem Wettbewerbsgrundsatz zu lesen. Beide ergänzen sich gegenseitig und können somit auch nach sehr weiter Betrachtung als ein gemeinsamer allgemeiner Grundsatz angesehen werden.

c) Wirtschaftlichkeitsgrundsatz und Verhältnismäßigkeit, § 97 Abs. 1 GWB-E

Durch das VergRModG 2015 wurden die Grundsätze von Wirtschaftlichkeit und Verhältnismäßigkeit neu in das Gesetz aufgenommen. Diese haben ausweislich der Gesetzgebungsmaterialien eine Klarstellungsfunktion.³³ Die Normierung beider Grundsätze war einerseits unionsrechtlich vorgegeben und dient insbesondere hinsichtlich des Wirtschaftlichkeitsgrundsatzes dazu, seine Bedeutung als allgemeiner Grundsatz des Vergaberechts nochmal an exponierter Stelle im GWB zu normieren.

d) Gleichbehandlungsgrundsatz/Diskriminierungsverbot, § 97 Abs. 2 GWB-E

§ 97 Abs. 2 GWB-E normiert den Gleichbehandlungsgrundsatz bzw. das Diskriminierungsverbot, der sich auf alle Phasen des Vergabeverfahrens von der Ausschreibung bis zur Erteilung des Zuschlags bezieht. Wesentlich hierfür ist der gleichberechtigte Zugang von Bewerbern zum deutschen Beschaffungs-

³⁰ Grundlegendes zur Transparenz nach europäischem Verständnis findet sich bei *Huerkamp*, Gleichbehandlung und Transparenz, Diss. Regensburg 2010, S. 315 ff.

³¹ *Bungenberg* (Fn. 23), § 97 Rn 15.

³² *Fehling*, in: Pünder/Schellenberg, 2. Aufl. 2015, § 97 Rn. 64.

³³ BT-Drucks. 18/6281, S. 67.

wesen.³⁴ Dabei ist in persönlicher Hinsicht zwingend Unparteilichkeit zu wahren und in sachlicher Hinsicht Gleiches gleich und Ungleiches ungleich zu behandeln.³⁵ Daraus folgt etwa, dass die jeweiligen Bieter keine relevanten Informationsvorsprünge haben dürfen oder dass hinsichtlich der Nachforderung von fehlenden Angaben – soweit diese erlaubt ist – bei allen Bietern gleiche Maßstäbe anzulegen sind.³⁶ Ausnahmen sind nur in besonderen Fällen zulässig, etwa in Form der Drittlandsklausel des § 28 Abs. 1 SektVO oder bei den sog. „vergabefremden Kriterien“, die sich in den Landesvergabegesetzen finden.³⁷

e) Berücksichtigung von Aspekten der Qualität und der Innovation sowie sozialer und umweltbezogener Aspekte, § 97 Abs. 3 GWB-E

Die Berücksichtigung von Aspekten der Qualität und der Innovation sowie sozialer und umweltbezogener Aspekte, die in den § 97 Abs. 3 GWB-E hineingeschrieben wurde, dient der Verwirklichung strategischer Ziele im Rahmen der Auftragsvergabe.³⁸ § 97 Abs. 3 GWB-E stellt dabei den „Rahmen“ dar, der durch die jeweiligen gesetzlichen Einzelschriften sowie Rechtsverordnungen konkretisiert wird.

f) Die Berücksichtigung mittelständischer Interessen, Art. 97 Abs. 4 GWB-E

§ 97 Abs. 4 GWB-E (§ 97 Abs. 3 GWB a.F.) verpflichtet zur (bisweilen verfassungs- und unionsrechtlich umstrittenen) vornehmlichen Berücksichtigung mittelständischer Interessen, also sog. kleiner- und mittelständischer Unternehmen (KMU). Nach Lesart der Europäischen Kommission sind KMU nur solche, die die folgenden drei Kriterien kumulativ erfüllen:

- weniger als 250 Beschäftigte
- Jahresumsatz von max. 50 Mio. Euro oder Jahresbilanzsumme von max. 43 Mio. Euro
- höchstens 25 % des Kapitals und der Stimmrechte stehen im Besitz eines oder mehrerer nicht mittelständischer Unternehmen

Vornehmlich berücksichtigen bedeutet, dass die Auftragsvergabe auch an mittelgroße Unternehmen möglich sein muss.³⁹ Nach der aktuellen Fassung

³⁴ *Hailbronner* (Fn. 29), § 97 Rn. 41.

³⁵ *Fehling*, Verwaltung zwischen Unparteilichkeit und Gestaltungsaufgabe, Habil. Freiburg 2001, S. 17 f.

³⁶ Vgl. <https://www.vergabe24.de/wissen/tipps-und-hilfe/vergabelexikon/vergabelexikon-g/gleichbehandlung.html>.

³⁷ Zu den Landesvergabegesetzen siehe die Darstellung unter **V**.

³⁸ BT-Drucks. 18/6281, S. 76.

³⁹ *OLG Düsseldorf*, NZBau 2012, 515 (516 f.); *OLGR Schleswig* 2000, 470 ff.

wird dies dadurch verwirklicht, dass die für den Mittelstand ungünstige Gesamtvergabe eingeschränkt wird.⁴⁰ Eine Gesamtvergabe ist eine Vergabeform, bei der die von der öffentlichen Hand geforderte Leistung nur vollständig erbracht werden kann. Diese ist allerdings für KMU häufig vom Gesamtvolumen her nicht zu stemmen, sodass faktisch nur große Unternehmen an der Vergabe teilnehmen können.

Das Alternativmodell zur Gesamtvergabe ist die Losvergabe, bei denen der Gesamtauftrag in Teillose (Unterteilung nach räumlichem Zuschnitt oder Auftragsgröße) oder Fachlose (Unterteilung nach Fachgebieten oder Gewerbezweigen)⁴¹ gesplittet wird.

g) Grundsatz der Verwendung elektronischer Mittel, § 97 Abs. 5 GWB-E⁴²

§ 97 Abs. 5 GWB-E statuiert erstmalig die e-Vergabe als allgemeinen Grundsatz des Vergaberechts. Nach dem VergRModG 2015 müssen nun sowohl Auftraggeber als auch Unternehmen in allen Stadien des Vergabeverfahrens ausschließlich elektronische Mittel verwenden. Vor der Reform wurden hingegen nur einzelne Abschnitte des Vergabeverfahrens in elektronischer Form durchgeführt (etwa die Veröffentlichung von Bekanntmachungen über www.bund.de) und entsprechende Regelungen fanden sich nur auf der Ebene der Vergabe- und Verdingungsordnungen.⁴³ Sinn und Zweck hinter § 97 Abs. 5 GWB-E ist vor allem die Beschleunigung der Verfahren durch den Wegfall physischer Unterlagen sowie die Einsparung von Kosten hierfür. Im Rahmen der e-Vergabe sind die Vergabestellen stets darangehalten, Mittel zu verwenden, die „nichtdiskriminierend, allgemein verfügbar sowie mit den allgemein verbreiteten Erzeugnissen der Informations- und Kommunikationstechnologien kompatibel sind und den Zugang der Wirtschaftsteilnehmer zum Vergabeverfahren nicht einschränken.“⁴⁴ Die konkrete Ausgestaltung dieser

⁴⁰ *Faßbender*, Die neuen Regelungen für eine mittelstandsgerechte Auftragsvergabe, NZBau 2010, 529 (529); *Egidy*, Die Modernisierung des Vergaberechts als Daueraufgabe, DÖV 2009, 835 (837); *Köster*, Die Modernisierung des Vergaberechts: Was übrig blieb, BauR 2009, 1069.

⁴¹ Eine ausführliche Erläuterung zu Fach- und Teillosen findet sich bei *Kratzenberg*, DVA-Papier Fach- und Teillose, NZBau 2000, 555.

⁴² Eine vertiefende Darstellung, auch zu den besonderen Problemen der e-Vergabe findet sich bei *Probst/Winters*, eVergabe-ein Blick in die Zukunft des elektronischen Vergabewesens! CR 2015, 557.

⁴³ Etwa §§ 5, 11, 12 Abs. 1 S. 2, 13 VOL/A a.F. Zum hohen Stellenwert dieser Thematik bereits bei der letzten großen Reform i.R.d. VergRÄG 1999 siehe *Höfler*, Die elektronische Vergabe öffentlicher Aufträge, NZBau 2000, 449. Die bisherige e-Vergabe ist sehr übersichtlich dargestellt auf <https://www.vergabe24.de/wissen/evergabe/grundlagen.html>.

⁴⁴ BT-Drucks. 18/6281, S. 76 f.

allgemein formulierten Vorgaben obliegt einer Verordnung, die auf Grundlage von § 113 S. 2 Nr. 4 GWB-E erlassen wird.

b) Subjektive Bieterrechte, § 97 Abs. 6 GWB-E

Die subjektiven Bieterrechte nach § 97 Abs. 6 GWB-E (§ 97 Abs. 7 GWB a.F.) sind das „Kernstück des Vergaberechts in der heutigen Form“.⁴⁵ Sie haben für die Rechtspraxis eine hohe Bedeutung, da sie der Anknüpfungspunkt für die Einklagbarkeit von Rechten Privater sind und den einzelnen Bieter effektiv vor staatlicher Willkür schützen. Damit fügt sich inzwischen auch das Vergaberecht nahtlos in die allgemeine Tendenz des Unionsrechts hin zur Prozeduralisierung des Verwaltungsrechts ein.⁴⁶ Der Bieter kann sich folglich i.S.e. materiellen Anspruchsberechtigung auf die Einhaltung der „Bestimmungen über das Vergabeverfahren“ berufen. Hierunter fallen neben dem 4. Teil des GWB auch die VgV und die Vergabe- und Verdingungsordnungen, nicht hingegen die Bestimmungen des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) oder des Bürgerlichen Gesetzbuchs (BGB).⁴⁷ Umstritten ist freilich, ob den entsprechenden Vorschriften dabei eine spezifisch bieterschützende Wirkung i.S.d. verwaltungsrechtlichen Schutznormtheorie zukommen muss. Diese Frage wird zwar auch in der Rechtsprechung überwiegend uneinheitlich beantwortet, jedoch ist der Meinungsstreit praktisch von geringer Bedeutung, da die erforderliche Antragsbefugnis des § 160 Abs. 2 GWB-E (vormals § 107 Abs. 2 GWB a.F.) ein wirksames Korrektiv darstellt und den Bieter schützende Normen nach dem Unionsrecht sehr weit auszulegen sind.⁴⁸ Insgesamt stellt die Vorschrift des § 97 Abs. 6 GWB-E daher eine wirksame Vorschrift zum Schutz des Bieters dar.

2. Die Auftraggeber, §§ 98 – 101 GWB-E

§ 98 GWB-E definiert als übergeordnete Kategorie die Auftraggeber im Sinne des 4. Teils des GWB: Öffentliche Auftraggeber (§ 99 GWB-E), Sektorauftraggeber (§ 100 GWB-E) sowie Konzessionsgebers (§ 101 GWB-E).

⁴⁵ *Dageförde* (Fn. 3), Rn. 104.

⁴⁶ *Fehling* (Fn. 32), § 97 Rn. 200. Die Prozeduralisierung ist insbesondere dadurch gekennzeichnet, dass dem Einzelnen in nahezu allen unionsrechtlichen determinierten Bereichen zur effektiven Durchsetzung seiner Rechte entsprechende (gerichtliche) Rechtsbehelfe an die Hand gegeben werden.

⁴⁷ *Dreber* (Fn. 5), § 97 Rn. 285.

⁴⁸ So vor allem *Otting*, in: Bechtold/Otting, 7. Aufl. 2013, § 97 Rn. 60.

a) Öffentliche Auftraggeber, § 99 GWB-E

§ 99 GWB-E (§ 98 GWB a.F.) legt dem Begriff des öffentlichen Auftraggebers ein funktionelles Verständnis zugrunde.⁴⁹ Demnach sind öffentliche Auftraggeber nicht nur staatliche oder staatsnahe Stellen, sondern alle, die ihrer Funktion nach staatliche Aufgaben wahrnehmen. Grund hierfür ist vor allem, dass sich die öffentliche Hand nicht durch Privatisierungen, seien sie formeller, funktionaler oder materieller Art, ihrer Ausschreibungspflicht entziehen darf. Die Tatbestände der Auftraggebereigenschaft sind in § 99 GWB-E abschließend definiert, sodass es jenseits dieser Norm keine öffentlichen Auftraggeber gibt.⁵⁰ Im Vergleich zur Vorgängernorm des § 98 GWB a.F. hat § 99 GWB-E vor allem strukturelle Veränderungen zur besseren Anwenderfreundlichkeit erfahren. Ganz gestrichen wurden § 98 Nr. 4 GWB a.F. (§ 100 GWB-E) und § 98 Nr. 6 GWB a.F. (§ 101 GWB-E), da Sektorenauftraggeber und Konzessionsgeber nach den neuen Richtlinien nicht mehr unter die öffentlichen Auftraggeber fallen, sondern eine eigene Kategorie bilden (müssen).

b) Sektorenauftraggeber, § 100 GWB-E

§ 100 GWB-E definiert die Sektorenauftraggeber in den Bereichen der Trinkwasser- und Energieversorgung sowie des Verkehrs, die dem speziellen Regelungsregime der Sektorenverordnung (SektVO) unterliegen. Zur Bestimmung, wer Sektorenauftraggeber ist, muss im ersten Schritt danach gefragt werden, ob eine Sektorentätigkeit nach § 102 GWB-E ausgeübt wird. Ist dies der Fall, so können nach § 100 Abs. 1 Nrn. 1 und 2 GWB-E, der insoweit parallel zu § 99 GWB-E verläuft, sowohl öffentliche Auftraggeber als auch in Ausnahmefällen natürliche und juristische Personen des Privatrechts Sektorenauftraggeber sein. Für öffentliche Auftraggeber bestimmt sich die Sektorenauftraggebereigenschaft nach § 99 Nrn. 1 bis 3 GWB-E. Natürliche oder juristische Personen des Privatrechts sind Sektorenauftraggeber, wenn sie entweder ihre Tätigkeit auf Grundlage von besonderen oder ausschließlichen Rechten ausüben, die ihnen die zuständige Behörde verliehen hat (§ 100 Abs. 1 Nr. 2 lit. a) GWB-E) oder wenn sie von öffentlichen Auftraggebern i.S.d. § 99 Nrn. 1 bis 3 GWB-E beherrschend beeinflusst werden (§ 100 Abs. 1 Nr. 2 lit. b) GWB-E). Die besonderen Rechte nach lit. a) sind in § 100 Abs. 2 GWB-E definiert. Der beherrschende Einfluss nach lit. b) wird nach § 100 Abs. 3 GWB-E vermutet, wenn die Voraussetzungen des § 100 Abs. 3 Nrn. 1-3 GWB-E kumulativ vorliegen.

⁴⁹ Dreher (Fn. 5), Vor §§ 97 ff. Rn. 103 ff. und § 98 Rn. 4 f. sowie Rn. 16 und 32.

⁵⁰ Dörr, in: Dreher/Motzke, Beck'scher Vergaberechtskommentar, 2. Aufl. 2013, GWB § 98 Rn. 22.

c) Konzessionsgeber, § 101 GWB-E

Der neue § 101 GWB-E definiert die Konzessionsauftraggeber und knüpft dabei unmittelbar an die Art. 6 und 7 der Konzessionsrichtlinie 2014/23/EU an. In § 101 GWB-E wird weitestgehend auf die §§ 99, 100 GWB-E Bezug genommen, sodass Konzessionsgeber nur derjenige sein kann, der entweder öffentlicher Auftraggeber nach § 99 GWB-E oder Sektorenauftraggeber nach § 100 GWB-E ist. Die entscheidende Weichenstellung des § 101 GWB-E ist, dass zum Zweck der Ausübung der Tätigkeit nach §§ 99, 100 GWB-E eine Konzession vergeben wird. Das bedeutet, dass anders als bei der öffentlichen Auftragsvergabe die Gegenleistung nicht in einer Vergütung besteht, sondern im Recht zur kommerziellen Nutzung oder Verwertung. Der Begriff der Konzession wird auch in § 105 GWB-E legal definiert und unterteilt sich in die Baukonzession und die Dienstleistungskonzession. Was genau damit gemeint ist, lässt sich anhand von Beispielen verdeutlichen. So fallen z.B. unter die Dienstleistungskonzession das Recht zur Errichtung und zum Betrieb einer Feuerbestattungsanlage, die Verpachtung eines gemeindlichen Grundstücks und Gebäudes mit der vertraglichen Verpflichtung, öffentliche Parkeinrichtungen zu betreiben, und die Vermietung oder Verpachtung von Verkaufsstellen zum Prägen und zum Vertrieb von Kfz-Kennzeichen.⁵¹ Unter die Baukonzession fällt etwa die Errichtung eines Einkaufszentrums, welches anschließend vom Bauherrn kommerziell genutzt wird. Letztlich ist diese Form der Vergabe für den öffentlichen Auftraggeber vor allem deshalb reizvoll, weil der Unternehmer nach § 105 Abs. 2 GWB-E das alleinige Nutzungs- und Verwertungsrisiko trägt. So ist dem Bauherrn des Einkaufszentrums keinesfalls garantiert, dass sich seine Investitionskosten auch wieder amortisieren. Außerdem kann eine Konzession nur zeitlich befristet erteilt werden, da jede Art der unbefristeten Nutzung dem Unionsrecht zuwiderlaufe.⁵²

3. Der öffentliche Auftrag und seine Erteilung, § 103 GWB-E

§ 103 GWB-E (§ 99 GWB a.F.) definiert öffentliche Aufträge als „entgeltliche Verträge von öffentlichen Auftraggebern und Sektorenauftraggebern mit Unternehmen über die Beschaffung von Leistungen, die Liefer-, Bau- und Dienstleistungen zum Gegenstand haben.“ Es steht dem öffentlichen Auftraggeber dabei frei, den Beschaffungsgegenstand allein nach seinen Bedürfnissen und Vorstellungen zu bestimmen, sodass der Bieter hierauf keinen Einfluss hat.⁵³ Die Ausschreibung selbst erfolgt als *invitatio ad offerendum*, ist somit als

⁵¹ <https://de.wikipedia.org/wiki/Dienstleistungskonzession>.

⁵² *EuGH*, C-451/08, ECLI:EU:C:2010:168, Rn. 79 – *Abilhorn*.

⁵³ Als Synonym für den Begriff der Beschaffungsfreiheit werden häufig die Begriffe Nachfrageautonomie oder Dispositionsbefugnis des öffentlichen Auftraggebers gebraucht, vgl. *Dreber* (Fn. 5), § 99 Rn. 8.

Aufforderung zur Abgabe eines Angebots ausgestaltet. Maßgeblich für die spätere Erteilung des Zuschlags ist, dass ein Vertrag geschlossen wird, der zudem entgeltlich ist, wobei es nicht auf die Zahlung von Geldbeträgen ankommt, sondern jeder Vermögenswert ausreicht.⁵⁴ Deshalb fällt auch die Vergabe einer Konzession, bei der gerade keine Vergütung gezahlt wird, unter den öffentlichen Auftrag nach § 103 GWB-E. Der Vertrag selbst kommt durch Angebot (das Angebot des Bieters zur Ausschreibung) und Annahme (die Erteilung des Zuschlags durch die Vergabestelle) zustande. Er kann sowohl mündlich als auch schriftlich geschlossen werden.⁵⁵ Wesentlich ist, dass sich, anders als etwa bei Erlass eines Verwaltungsaktes, die Vertragspartner (öffentlicher Auftraggeber und privater Auftragnehmer) gleichgeordnet gegenüberstehen. Aufgrund der Parallelen zum Vertragsrecht des BGB finden dessen Regelungen zur Nichtigkeit und Unwirksamkeit (vor allem §§ 134, 138 BGB) Anwendung.

4. Die Vergabearten

a) Bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, § 119 GWB-E

Das deutsche Vergaberecht kennt nach dem VergRModG nun fünf Arten der Vergabe öffentlicher Aufträge (vorher vier). Diese sind in § 119 GWB-E (vormals § 101 GWB a.F.) abschließend normiert:⁵⁶

- offenes Verfahren, § 119 Abs. 3 GWB-E
- nichtoffenes Verfahren, § 119 Abs. 4 GWB-E
- wettbewerblicher Dialog, § 119 Abs. 5 GWB-E
- Verhandlungsverfahren, § 119 Abs. 6 GWB-E
- Innovationspartnerschaft, § 119 Abs. 7 GWB-E

Der öffentliche Auftraggeber hat gem. § 119 Abs. 2 GWB-E nun ein Wahlrecht zwischen dem offenen und dem nichtoffenen Verfahren, während § 101 Abs. 7 GWB a.F. noch einen vorrangigen Anwendungsbefehl für das offene Verfahren enthielt.

⁵⁴ Hierzu *Weyand*, 8. Aktualisierung 2012, Stand: 28.8.2012, § 99 Rn. 34 ff.; relevant wird dies etwa im Fall der Vergabe von Müllentsorgungsaufträgen für Altpapier, bei dem das Entsorgungsunternehmen nur das Altpapier erhält, das jedoch seinerseits einen nicht zu vernachlässigenden wirtschaftlichen Wert hat (vgl. *BGH*, NZBau 2005, 290 (293)).

⁵⁵ *BayObLG*, ZfBR 2001, 189.

⁵⁶ *EuGH*, C-299/08, ECLI:EU:C:2009:769 – *Kommission/Französische Republik*.

aa) Das offene Verfahren, § 119 Abs. 3 GWB-E

Im offenen Verfahren werden alle Unternehmen, die sich zur Erbringung der geforderten Leistung im Stande sehen, öffentlich zur Angebotsabgabe aufgefordert. Das Verfahren unterliegt den folgenden Grundregeln:⁵⁷

- Geheimhaltung der Angebote bis zum festgelegten Eröffnungstermin
- Zurückweisung verspätet eingegangener Angebote
- Verbot einer Nachverhandlung
- Erteilung des Zuschlags nach zuvor allen Beteiligten bekannt gegebenen Kriterien

Im offenen Verfahren sind die folgenden Schritte einzuhalten: Bekanntgabe,⁵⁸ Angebotsphase, Eignungsprüfung und Angebotswertung sowie abschließend Erteilung des Zuschlags und Vertragsschluss.

bb) Das nichtoffene Verfahren, § 119 Abs. 4 GWB-E

Das nichtoffene Verfahren unterscheidet sich vom vorgenannten offenen Verfahren dadurch, dass nur eine begrenzte, vom öffentlichen Auftraggeber als fähig erachtete Anzahl an Unternehmen zur Angebotsabgabe aufgefordert wird. Wer nicht aufgefordert wird, darf auch kein Angebot abgeben. Die Auswahl der Unternehmen erfolgt allerdings nicht willkürlich, sondern nach einem vorherigen öffentlichen Teilnahmewettbewerb, bei dem sich wiederum jedes Unternehmen präsentieren kann. Der öffentliche Auftraggeber darf insoweit zwar auswählen, von welchem Unternehmen er Angebote haben möchte, muss aber in jedem Fall im Vorfeld einen echten Wettbewerb sicherstellen, sodass jedes Unternehmen eine faire Chance erhält.⁵⁹ Die Auswahl erfolgt dabei stets nach objektiven, auftragsbezogenen Gesichtspunkten, um den Transparenzgrundsatz des § 97 Abs. 1 GWB-E und das Gebot der Gleichbehandlung nach § 97 Abs. 2 GWB-E zu wahren.⁶⁰

cc) Das Verhandlungsverfahren, § 119 Abs. 5 GWB-E

Im Unterschied zum offenen und zum nichtoffenen Verfahren ist das Verhandlungsverfahren weitaus flexibler und ähnelt den Mechanismen der Privatwirtschaft. Bei diesem Verfahren muss der Leistungsgegenstand in der Ausschreibung nicht exakt beschrieben werden und auch eine nachträgliche Angebotsänderung ist noch möglich. Dieses Verfahren findet ausschließlich bei

⁵⁷ *Kulartz* (Fn. 5), § 101 Rn. 4.

⁵⁸ Die Bekanntgabe erfolgt bei unionsweiten Ausschreibungen über das Bekanntmachungsportal www.ted.europa.eu. TED steht für Tenders Electronic Daily.

⁵⁹ *BayObLG*, VergabeR 2005, 532.

⁶⁰ *BayObLG*, VergabeR 2005, 532.

Ausschreibungen Anwendung, bei denen sowohl das offene als auch das nichtoffene Verfahren unzweckmäßig wären. Dies ist etwa dann der Fall, wenn ein offenes oder nichtoffenes Verfahren schon vorangegangen ist und kein annehmbares Angebot abgegeben wurde. Die Vergabestelle sucht mehrere Unternehmen aus, mit denen sie verhandelt, bis sich beide Seiten auf Auftragsgegenstand und Preis geeinigt haben. Es ist dabei allerdings unzulässig, nur mit einem einzigen Unternehmen (sog. „preferred bidder“) in Verhandlung zu treten.⁶¹ Dies soll der Neigung der öffentlichen Auftraggeber entgegenwirken, das offene Verfahren zu umgehen, um gleich einem privaten Wirtschaftsakteur nur mit einem bestimmten favorisierten Unternehmen zu kontrahieren. Eine Ausnahme gilt allerdings dann, wenn tatsächlich nur ein Unternehmen aufgrund von Ausschließlichkeitsrechten (etwa Patentschutz) in Betracht kommt.

dd) Der Wettbewerbliche Dialog, § 119 Abs. 6 GWB-E

Der wettbewerbliche Dialog wird in § 119 Abs. 6 GWB-E (§ 101 Abs. 4 GWB a.F.) legaldefiniert. Danach ist er ein Verfahren zur Vergabe besonders komplexer Aufträge, welches allerdings nur subsidiär gegenüber dem offenen und nichtoffenen Verfahren zur Anwendung kommt.⁶² Es kann daher stets nur dann zur Anwendung kommen, wenn der Auftraggeber zwar sein Ziel kennt, aber zu dessen Realisierung externe Hilfe benötigt.⁶³ Entscheidendes Abgrenzungskriterium zum nichtoffenen Verfahren ist dabei die Dialogphase, bei der sich der öffentliche Auftraggeber im Gespräch mit den Bietern einen Eindruck davon verschaffen kann, wie die besten Lösungen und die Angebote des Marktes aussehen.⁶⁴ Der Wettbewerbliche Dialog selbst besteht aus mehreren Phasen: europaweiter öffentlicher Teilnahmewettbewerb (Dialogphase), Abgabe von Angeboten (Angebotsphase), Prüfung und Wertung der Angebote sowie Zuschlagserteilung auf das beste Angebot (Prüfungs- und Zuschlagsphase).

ee) Die Innovationspartnerschaft, § 119 Abs. 7 GWB-E

Das neue Verfahren der Innovationspartnerschaft, das durch Art. 31 der Richtlinie 2014/24/EU eingeführt wurde, ist in § 119 Abs. 7 GWB-E definiert. Sinn und Zweck dieses Verfahrens ist es, langfristige Partnerschaften zu Unternehmen mit innovativen Liefer-, Bau- oder Dienstleistungen aufzubauen,

⁶¹ Zu weiteren Einzelheiten der Problematik des „preferred bidder“ siehe auch *Kus*, Die richtige Verfahrensart bei PPP-Modellen, insbesondere Verhandlungsverfahren und Wettbewerblicher Dialog, *VergabeR* 2006, 851 (856).

⁶² *Ollmann*, Wettbewerblicher Dialog eingeführt, *VergabeR* 2005, 685 (688).

⁶³ Beispiele dafür sind etwa große Infrastrukturprojekte, spezifische Softwarekonzepte oder Werbe- und Marketingkonzepte.

⁶⁴ *Bungenberg* (Fn. 23), § 101 Rn. 30.

wenn der Innovationsbedarf nicht durch bereits am Markt verfügbare Lösungen realisiert werden kann.⁶⁵ Ist eine solche Partnerschaft erst einmal wirksam begründet worden, ist ein getrenntes Vergabeverfahren für den Kauf dieser neuen Innovationen nicht mehr erforderlich. Die Innovationspartnerschaft läuft dabei im Wesentlichen nach denselben Regeln wie das Verhandlungsverfahren ab, jedoch unter der zwingenden Prämisse, dass eine Marktabstottung vermieden wird. Ein probates Mittel zur Vermeidung von Wettbewerbsverzerrungen ist dabei nach der Vorstellung der Bundesregierung die Kooperation mit mehreren Partnern.⁶⁶ Gleichwohl entsteht mit der Einführung dieses Verfahrens eine latente Befürchtung, dass die großen hochtechnisierten Unternehmen faktisch mit allen Vergabestellen eine Partnerschaft eingehen werden, wodurch gerade kleine und mittelständische Unternehmen (KMU) allein aufgrund ihrer Größe und damit einhergehend ihrer begrenzten Innovationsmöglichkeit Marktnachteile erleiden. Gleichwohl erscheint ein solches Verfahren erforderlich, um die zunehmende Digitalisierung der öffentlichen Verwaltung sicherzustellen und eine „innovative Zersplitterung“ zu vermeiden, indem jedes innovative Produkt von verschiedenen Unternehmen entwickelt und eingekauft werden muss. Letztlich ist seine Einführung auch deshalb konsequent, weil die innovative Vergabe nun als allgemeiner Grundsatz in § 97 Abs. 3 GWB-E geregelt ist.

b) Bei der Vergabe von Sektoraufträgen, § 141 GWB-E

§ 141 GWB-E normiert die Vergabearten bei der Sektorenvergabe. Nach § 141 Abs. 1 GWB-E stehen den Sektorauftraggebern dabei das offene Verfahren, das nicht offene Verfahren, das Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb und der wettbewerbliche Dialog nach ihrer Wahl zur Verfügung. Nach § 141 Abs. 2 GWB-E sind das Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb und die Innovationspartnerschaft nur dann zulässig, wenn dies im GWB *expressis verbis* gestattet ist. Der Ablauf aller Verfahrenstypen ist identisch mit dem bei der Vergabe öffentlicher Aufträge i.S.d. § 119 GWB-E.

5. Der Rechtsschutz im Vergabeverfahren, §§ 155 ff. GWB-E

Der Rechtsschutz erfolgt gem. § 155 GWB-E (vormals § 102 GWB a.F.) in erster Instanz durch die eigens hierfür geschaffenen verwaltungsinternen Vergabekammern und nicht, wie man vielleicht vermuten könnte, durch die Verwaltungsgerichte. Gegen die Entscheidungen der Vergabekammern, die Verwaltungsakte in Form von Beschlüssen sind, kann das Rechtsmittel der sofortigen Beschwerde zu den Vergabesenaten an den Oberlandesgerichten

⁶⁵ BT-Drucks. 18/6281, S. 98.

⁶⁶ BT-Drucks. 18/6281, S. 98

eingelegt werden (vgl. § 171 GWB-E, vormals § 116 GWB a.F.). Damit entscheidet erst in zweiter Instanz ein staatliches Gericht. Scheitert der Beschwerdeführer auch hier, verbleibt nur noch der außerordentliche Rechtsbehelf der Verfassungsbeschwerde vor dem *Bundesverfassungsgericht* gem. Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG. Hintergrund dieses speziellen Rechtsschutzregimes ist der auch dem allgemeinen Kartellrecht immanente Beschleunigungsgrundsatz (vgl. § 167 GWB-E, vormals § 113 GWB a.F.), demnach eine schnelle Entscheidung getroffen werden soll. Dies wird dadurch herbeigeführt, dass die Vergabekammer innerhalb einer Frist von fünf Wochen zu entscheiden hat und im Anschluss nur eine einzige gerichtliche Instanz mit dem Rechtsstreit befasst wird.

6. Die Verordnungsermächtigung in § 113 GWB-E

Das GWB enthält in § 113 GWB-E (vormals §§ 97 Abs. 6, 127 GWB a.F.) eine den Anforderungen des Art. 80 Abs. 1 GG (Inhalt, Zweck und Ausmaß) entsprechende Ermächtigung zum Erlass einer Vergaberechtsordnung. Auf dessen Grundlage wurde u.a. die VgV erlassen.

7. Zusammenschau weiterer wichtiger Normen des GWB

Neben den bereits genannten Normen gibt es noch eine Reihe weiterer Regelungen im GWB, die für das Vergaberecht prägend sind.

Zunächst sind in den §§ 107-109 GWB-E die Ausnahmetatbestände geregelt, bei denen der vierte Teil des GWB auch oberhalb der Schwellenwerte nicht zur Anwendung kommt. Die §§ 110-112 GWB-E enthalten Kollisionsregelungen für den Fall, dass der öffentliche Auftrag oder die Konzession verschiedene Leistungen zum Gegenstand hat (§ 110 GWB), dessen Teile unterschiedlichen rechtlichen Regelungen unterliegen (§ 111 GWB-E) oder verschiedene Tätigkeiten umfasst (§ 112 GWB-E). Die Anforderungen an die Leistungsbeschreibung des Auftragsgegenstands, die bislang nicht geregelt waren, finden sich in § 121 GWB-E. Die Grundanforderungen für die Eignung der Unternehmen stellt § 122 GWB-E (vormals § 97 Abs. 4 S. 1, Abs. 4a GWB a.F.) auf.

Zwingende und fakultative Ausschlussgründe sowie die Selbstbereinigungsvorschriften finden sich in den §§ 123-125 GWB-E. Die Zuschlagserteilung, die bisher als allgemeiner Grundsatz in § 97 Abs. 5 GWB a.F. normiert war, findet sich nun in leicht erweiterter Form in § 127 GWB-E. Wann ein öffentlicher Auftrag unwirksam ist, bestimmt § 135 GWB-E und entspricht damit im Wesentlichen dem § 101b Abs. 2 S. 1 GWB a.F.⁶⁷ Schlussendlich finden sich die Schadensersatzregelungen in den §§ 180, 181 GWB-E (vormals §§ 125,

⁶⁷ § 135 GWB-E ist im Vergaberecht vorrangig zu prüfen. Weitere Unwirksamkeitsgründe können sich allerdings aus den Vorschriften des BGB ergeben.

126 GWB a.F.), die vor allem für den Sekundärrechtsschutz vor den Zivilgerichten relevant sind.

IV. Vergaberecht unterhalb der EU-Schwellenwerte

Ausweislich des Wortlauts von § 106 GWB-E gelten die §§ 97 ff. GWB-E nicht für Vergaben unterhalb der Schwellenwerte. In der Gesetzesbegründung zu § 109 des Regierungsentwurfs – dem heutigen § 106 GWB-E – heißt es: „Das auf dem EG-Richtlinienrecht beruhende Rechtsschutzverfahren kann dagegen schon wegen der Vielzahl der Fälle nicht auf die Aufträge unterhalb der Schwellen ausgedehnt werden.“⁶⁸ Zu Recht erhebt sich dagegen mit Blick auf den allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz des Art. 3 Abs. 1 GG sowie der Garantie effektiven Rechtsschutzes des Art. 19 Abs. 4 GG erheblicher Widerstand. Das Nichtvorhandensein des vergabespezifischen Rechtsschutzregimes wird aber von der Rechtsprechung apodiktisch gebilligt.⁶⁹ Im Ergebnis kann daher nur auf das allgemeine Haushaltsrecht (§ 30 HGrG, § 55 BHO/LHO) sowie die in der Regelungsdichte deutlich schmalere Basis-Paragrafen im 1. Teil der Vergabe- und Verdingungsordnungen zurückgegriffen werden.

Besonders problematisch ist, dass der Bieter gegenüber dem öffentlichen Auftraggeber keinen Anspruch auf Einhaltung der vergaberechtlichen Vorschriften hat. Der Bieter wird dadurch auf die (nicht besonders zügigen und im Ergebnis häufig unbefriedigenden) zivilprozessualen Rechtsschutzinstrumente verwiesen.⁷⁰ Eine Geltendmachung von Ansprüchen vor den Verwaltungsgerichten ist ebenfalls nicht möglich.⁷¹ Dass diese Situation inakzeptabel ist, zeigt sich schon daran, dass der Großteil der Vergaben unterhalb der Schwellenwerte erfolgt.⁷² Der Gesetzgeber hat dies zwar erkannt, lässt es aber sehenden Auges zu, da er diesbezüglich keine Notwendigkeit für eine Reform sieht und die Vergabekammern und Vergabesenate entlasten möchte.

⁶⁸ BT-Drucks. 13/9340, S. 15.

⁶⁹ So etwa *OLG Stuttgart*, IBR 2002, 266 sowie *OLG Saarbrücken*, IBR 2003, 558.

⁷⁰ Im Zivilprozess ist vor allem die einstweilige Verfügung (§ 890, §§ 916 bis § 945 ZPO, insbesondere: §§ 935 ff., § 940 ZPO) statthaft.

⁷¹ *BVerwG*, NJW 2007, 2275.

⁷² So wird davon ausgegangen, dass 80 % der Vergaben unterhalb und 20 % oberhalb der Schwellenwerte erfolgen. Allerdings gibt es bis heute noch keine bundeseinheitliche Vergabestatistik, weshalb keine exakten Werte genannt werden können. Dieser Zustand wird sich jedoch mit der Einführung der bereits oberhalb angesprochenen Statistikverordnung ändern

V. Vergaberecht auf Länderebene

Um das Vergaberecht auch für Regelungen auf Länderebene zu öffnen, hatte der Bundesgesetzgeber in § 97 Abs. 4 S. 3 GWB a.F. eine Regelung geschaffen, die es den Ländern erlaubt, andere oder weitergehende Anforderungen an Auftragnehmer zu stellen. Diese Norm war allerdings keinesfalls als Kompetenznorm zu verstehen, da die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz der Länder bereits aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG folgt. Der Gesetzgeber hat die Regelung des § 97 Abs. 4 S. 3 GWB a.F. dennoch im Wege der Reform erneut aufgegriffen und nun in § 129 GWB-E nochmals präzisiert. Vorreiter im Bereich des Landesvergaberechts ist vor allem das Land Nordrhein-Westfalen, welches mit dem Tariftreue- und Vergabegesetz NRW (TVgG-NRW) ein umfassendes Regelungswerk geschaffen hat. Inzwischen haben, bis auf Bayern, auch die anderen Bundesländer vergleichbare Landesgesetze geschaffen. Dort finden sich vor allem „vergabefremde“ Regelungen zur Tariftreue, zur Mindestentlohnung sowie zu anderen sozialen Aspekten, die dazu dienen, die Vorbildfunktion der öffentlichen Hand sowie den Schutz der Arbeitnehmer zu wahren.⁷³ Das Landesvergaberecht hat zwar im Gegensatz zum Bundes- und EU-Vergaberecht weniger Praxisrelevanz, allerdings stellen sich auch hier immer wieder Rechtsfragen, etwa in Bezug auf den Drittschutzcharakter der Regelungen für am Wettbewerb beteiligte Unternehmen oder auch aus unionsrechtlicher Perspektive, soweit ein grenzüberschreitendes Element hinzutritt.⁷⁴

VI. Resümee

Zusammenfassend zeigt sich, dass das Vergaberecht ein in sich geschlossenes und logisches System darstellt. Eine nicht einleuchtende Besonderheit bleibt bis heute jedoch die rigorose Differenzierung nach der Höhe des Auftragswerts, die für die Vergabestelle wie den Bieter mitunter erhebliche Folgen nach sich zieht. Durch die klare gesetzgeberische Entscheidung im Rahmen des VergModG wird diese Zweiteilung auch weiter erhalten bleiben. In jedem Fall rechtfertigt das Vergaberecht jedoch eine vertiefende Betrachtung und könnte für den einen oder anderen mit Sicherheit ein reizvolles zukünftiges Betätigungsfeld darstellen.

⁷³ Siehe auch *Dageförde* (Fn. 3), Rn. 67.

⁷⁴ Dabei sei insbesondere auf die Ruffert-Entscheidung des *EuGH* hingewiesen, in der er das Landesvergabegesetz in Niedersachsen für mit der Dienstleistungsfreiheit unvereinbar erklärt wurde, vgl. *EuGH*, C-346/06, ECLI:EU:C:2008:189 – *Ruffert*.