



Studentische Zeitschrift  
für Rechtswissenschaft Heidelberg  
Wissenschaft Online

AUFSÄTZE

*Tobias Stiewe*

Corporate Social Responsibility im konzernrechtlichen Spannungsfeld

*Philipp Hartlieb*

Zur gesellschaftsvertraglichen Gestaltung der Ergebnisteilhabe der OHG-Gesellschafter

*Mihail Kolev*

Die Anfechtung anfänglich bestellter Sicherheiten für verbrieftete Gesellschafterdarlehen.  
Besprechung des Urteils des Bundesgerichtshofs vom 14.02.2019, IX ZR 149/16

*Benedikt Ehrlich*

Sachgrundlose Befristung bei Vorbeschäftigung - Die zeitliche Reichweite des  
§ 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG im Lichte der Rechtsprechung

*Philipp Weng*

Demokratische Grenze für Völkervertragsrecht nach BVerfG III: Sind die in der  
Entscheidung zu CETA (BVerfGE 143, 65 ff.) zur Wahrung der  
verfassungsrechtlichen Grenzen formulierten Vorgaben und Mechanismen  
aus Sicht des Völkerrechts überzeugend?

## Studentische Zeitschrift für Rechtswissenschaft Heidelberg

### Redaktion

Chefredaktion: Leo Krause-Wichmann, Lina Rees, Amelie Berz  
Ressortleitung WissOn: Patricia Sugg, Fabienne Schlachter

|                    |                     |                         |
|--------------------|---------------------|-------------------------|
| Alina Beckmann     | Selina Keller       | Safak Sarıççek          |
| Regine Brünner     | Yoo Jin Kim         | Lennart Schiek          |
| Elif Dabazoglu     | Nathanael Klosowski | Anna Souhradová         |
| Henning Dieckow    | Henrik-Hugo Kohlhas | Huy Lan Tran            |
| Sarah Dinges       | Louise Kunovic      | Andreas Warchal         |
| Sebastian Duske    | Sarah Löffler       | Johanna Wiegand         |
| Stella Elementaler | Oskar Luong         | Moritz Winckler         |
| Paulina Fecht      | Till Meier          | Lisa Yu                 |
| Jakob Feldkamp     | Amelie Peter        | Valentine Wanbing Zheng |
| Tamara Herrmann    | Alicia Pointner     | Anna Zitt               |
|                    | Laura Ries          |                         |

### Wissenschaftlicher Beirat

|                                              |                                         |
|----------------------------------------------|-----------------------------------------|
| Prof. Dr. Christian Baldus                   | Prof. Dr. Christian Laue                |
| Prof. Dr. Burkhard Binnewies                 | Prof. Dr. Mark Lembke, LL.M. (Cornell)  |
| Prof. Dr. Martin Borowski                    | Dr. Steven Less, Esq.                   |
| Prof. Dr. Jens Bülte                         | Prof. Dr. Thomas Lobinger               |
| Prof. Dr. Dr. h.c. Gerhard Dannecker         | Prof. Dr. Ute Mager                     |
| Prof. Dr. Dieter Dölling                     | Prof. Dr. Robert Magnus                 |
| Prof. Dr. Volker Erb                         | Prof. Dr. Boris P. Paal, M.Jur. (Oxon.) |
| Prof. Dr. Stefan Geibel, Maitre en droit     | Prof. Dr. Ulrich Palm                   |
| Prof. Dr. Bernd Grzeszick, LL.M. (Cantab.)   | Prof. Dr. Andreas Piekenbrock           |
| Prof. Dr. Bernd Heinrich                     | Dr. Felix Steffek, LL.M. (Cantab.)      |
| Prof. Dr. Dres. h.c. Burkhard Hess           | Prof. Dr. Markus Stoffels               |
| Dr. Holger P. Hestermeyer                    | Prof. Dr. Christoph Teichmann           |
| Prof. Dr. Dr. h.c. Wolfgang Kahl, M.A.       | Prof. Dr. Sebastian Unger               |
| Prof. Dr. Friedemann Kainer                  | Prof. Dr. Christian Walter              |
| Prof. Dr. Christoph A. Kern, LL.M. (Harvard) | Prof. Dr. Marc-Philippe Weller          |
| Prof. Dr. Stephan Kirste                     | Dr. Nika Witteborg-Erdmann, M.A.        |
| Prof. Dr. Hanno Kube, LL.M. (Cornell)        | Dr. Rumiana Yotova, LL.M. (Leiden)      |

### 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, Alexander Schäfer, Sebastian Schwind, David Carnal, Benedikt Bien, Johannes Tegel

### Vorstand des StudZR e.V.:

Benedikt Bien, Niels Elsner, Garry Konrath

# **StudZR-WissOn 1/2020**

**Studentische Zeitschrift für  
Rechtswissenschaft Heidelberg  
Wissenschaft Online**

Erste Ausgabe des Jahres 2020

Erschienen im Juli 2020

Seiten 1 bis 167

**eISSN**

2629-7132

**DOI**

10.11588/srzwo.2020.1

**Herausgeber**

Studentische Zeitschrift für Rechtswissenschaft Heidelberg e.V.

Juristisches Seminar

Friedrich-Ebert-Anlage 6–10

69117 Heidelberg

[www.studzr.de](http://www.studzr.de)

E-Mail: [vereinsvorstand@studzr.de](mailto:vereinsvorstand@studzr.de)

**Zitiervorschlag: *Autor*, StudZR-WissOn 2020, S.**

# Inhaltsverzeichnis

## Aufsätze

### **Tobias Stiewe**

Corporate Social Responsibility im konzernrechtlichen Spannungsfeld 1

### **Philipp Hartlieb**

Zur gesellschaftsvertraglichen Gestaltung der Ergebnisteilhabe der OHG-Gesellschafter 25

### **Mihail Kolev**

Die Anfechtung anfänglich bestellter Sicherheiten für verbrieftete Gesellschafterdarlehen. Besprechung des Urteils des Bundesgerichtshofs vom 14.02.2019, IX ZR 149/16 65

### **Benedikt Ehrlich**

Sachgrundlose Befristung bei Vorbeschäftigung – Die zeitliche Reichweite des § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG im Lichte der Rechtsprechung 89

### **Philipp Weng**

Demokratische Grenzen für Völkervertragsrecht nach BVerfG III: Sind die in der Entscheidung zu CETA (BVerfGE 143, 65 ff.) zur Wahrung der verfassungsrechtlichen Grenzen formulierten Vorgaben und Mechanismen aus Sicht des Völkerrechts überzeugend? 133



Tobias Stiewe\*

## Corporate Social Responsibility im konzernrechtlichen Spannungsfeld

### Abstract

Nachhaltiges, auf die Folgen für die Gesamtgesellschaft bedachtes Unternehmertum ist in Zeiten von *Fridays for Future* und angesichts der *Taxonomie*-Bestrebungen der Europäischen Union auch aus juristischer Sicht diskussionsbedürftig. Darf ein Konzern einem abhängigen Unternehmen etwa gegen dessen Willen millionenschwere Investitionen in *Corporate Social Responsibility* vorschreiben? Wie viel kostenintensive Nachhaltigkeit zu Gunsten der Gesellschaft ist einer Unternehmensführung erlaubt?

Der folgende Beitrag beleuchtet im Lichte der deutschen *Corporate Social Responsibility*-Bestimmungen des HGB mögliche Interessen- und Durchsetzungskonflikte in Konzernen.

In times of *Fridays for Future* and in view of the *taxonomy* efforts of the European Union, sustainable entrepreneurship that considers the consequences for society as a whole is in need of discussion, not least from a legal perspective. Is it permissible for a group of companies to impose multi-million-dollar investments in sustainability on a subsidiary company against its will? How much cost-intensive sustainability in favor of society is corporate management allowed?

In the view of the German *Corporate Social Responsibility* regulations of the German Commercial Code (HGB), the following article examines possible conflicts of interest and enforcement in corporate groups.

---

\* Der Verfasser studiert im achten Fachsemester Rechtswissenschaft an der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg mit dem Schwerpunkt Unternehmensrecht. Der Beitrag basiert maßgeblich auf einer Seminararbeit, die im Rahmen des Berliner Blockseminars „Gesetzgebung und Gesetzgebungsbedarf im deutschen und europäischen Unternehmensrecht“ gestellt und im Juli 2019 im Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz vorgestellt wurde.

## A. Einführung

Vom 1. September bis 31. Oktober 2019 konnten sich Unternehmen erneut für den CSR-Preis der Bundesregierung bewerben.<sup>1</sup> Zu den Preisträgern gehörten schon namhafte Konzerne wie die GROHE AG oder die Otto Group.<sup>2</sup> Nicht erst seit der Einführung von Berichtspflichten in den §§ 289b ff., 315b ff. HGB gehört *Corporate Social Responsibility* (CSR) zu den Zukunftsthemen.<sup>3</sup> Die Globale Human Capital Trendstudie 2018 sagt gar den „Aufstieg der sozialen Organisation“<sup>4</sup> voraus.

Angesichts dessen scheint es fast unrealistisch zu erwägen, dass Unternehmen, seien sie eigenständig oder Teil eines Konzerns, sich dazu entschließen, kein dezidiertes CSR-Konzept zu verfolgen. Doch in derselben Studie gaben 52 % der Befragten an, keinen starken Wert auf gesellschaftliche Verantwortung zu legen oder Initiativen zwar zu haben, sie aber nicht erheblich zu fördern.<sup>5</sup> Daher ist es keineswegs eine rein theoretische Überlegung, ob abhängige Unternehmen entgegen dem Willen des herrschenden Unternehmens CSR-Maßnahmen treffen oder unterlassen dürfen.

Insbesondere bei der abhängigen Aktiengesellschaft ist die Frage nach Vorgaben der herrschenden AG für CSR-Maßnahmen und Einflussnahmemöglichkeiten des Aufsichtsrates vor allem angesichts der Regelungen der §§ 308 ff. AktG klärungsbedürftig. Daher wird nach der Darstellung des CSR-Pflichtenprogramms (B.) der Blick auf die Konzernstruktur der AG gelenkt (C.). Ausgehend von der Unterscheidung zwischen dem Vertragskonzern und dem

---

<sup>1</sup> Bundesministerium für Arbeit und Soziales, Über den Wettbewerb: FAQ und Teilnahmebedingungen, abrufbar unter: [www.csr-in-deutschland.de/DE/CSR-Preis/ueber-den-Wettbewerb/FAQ/faq.html](http://www.csr-in-deutschland.de/DE/CSR-Preis/ueber-den-Wettbewerb/FAQ/faq.html) (zuletzt abgerufen am 30.6.2020).

<sup>2</sup> Bundesministerium für Arbeit und Soziales, Die Preisträger 2017, abrufbar unter: [www.csr-in-deutschland.de/DE/CSR-Preis/Rueckblick/CSR-Preis-2017/Preistraeger-2017/GROHE/grohe.html](http://www.csr-in-deutschland.de/DE/CSR-Preis/Rueckblick/CSR-Preis-2017/Preistraeger-2017/GROHE/grohe.html) (zuletzt abgerufen am 30.6.2020); Bundesministerium für Arbeit und Soziales, Die Preisträger 2014, abrufbar unter: [www.csr-in-deutschland.de/DE/CSR-Preis/Rueckblick/CSR-Preis-2014/Preistraeger-2014/Otto/otto.html](http://www.csr-in-deutschland.de/DE/CSR-Preis/Rueckblick/CSR-Preis-2014/Preistraeger-2014/Otto/otto.html) (zuletzt abgerufen am 30.6.2020).

<sup>3</sup> Vgl. *Fleischer*, Begrüßung [ZGR-Symposium], ZGR 2018, 203 (203 f.); *Fleischer*, Corporate Social Responsibility: Vermessung eines Forschungsfeldes aus rechtlicher Sicht, AG 2017, 509 (509); *Bachmann*, CSR-bezogene Vorstands- und Aufsichtsratspflichten und ihre Sanktionierung, ZGR 2018, 231 (232).; *Harbarth*, Aktienrecht, Gemeinwohl und Vergütungsparameter, ZGR 2018, 379 (380).

<sup>4</sup> Deloitte, Globale Human Capital Trend Studie 2018, S. 1, 3, 16, abrufbar unter: [www2.deloitte.com/de/de/pages/human-capital/articles/human-capital-trends-deutschland-2018.html](http://www2.deloitte.com/de/de/pages/human-capital/articles/human-capital-trends-deutschland-2018.html) (zuletzt abgerufen am 30.6.2020).

<sup>5</sup> Ebd., S. 17.



faktischen Konzern werden schwerpunktmäßig Weisungs- und Veranlassungsrechte der herrschenden AG (**C. II.**), auch für mitunter nachteilige Vorgaben, untersucht und die Frage erörtert, ob CSR-Vorgaben nachteilig für die abhängige AG sein können. Sodann werden im Überblick ausgewählte Einflussnahmemöglichkeiten des Aufsichtsrates dargestellt (**C. III.**). So wird schlussendlich ein Fazit gezogen (**D.**), ob durch CSR die Konzernweisungsstruktur als wesentlicher Teil des Konzernrechts unter Druck gerät.

## **B. CSR-Pflichtenprogramm**

### **I. Allgemeines bei unabhängigen Unternehmen, §§ 289b ff. HGB**

CSR beschreibt die Verantwortung des Unternehmens für die Auswirkungen ihrer Tätigkeit auf die Gesellschaft.<sup>6</sup> Die CSR-Regelungen der §§ 289b ff., 315b ff. HGB gründen auf EU-Recht. Durch sie wurden die Vorgaben der CSR-Richtlinie<sup>7</sup> in deutsches Recht umgesetzt.<sup>8</sup>

Kapitalgesellschaften, die zum einen zwei der drei in § 267 Abs. 2 HGB genannten Größenkriterien überschreiten, zum anderen kapitalmarktorientiert i. S. d. § 264d HGB sind und zudem im Jahresdurchschnitt mehr als 500 Arbeitnehmer beschäftigen und damit in den Anwendungsbereich des § 289b Abs. 1 HGB fallen,<sup>9</sup> haben sich an die inhaltlichen Vorgaben des § 289c HGB zu halten und eine nichtfinanzielle Erklärung oder - inhaltlich identisch - einen öffentlich zugänglichen gesonderten nichtfinanziellen Bericht (§ 289b Abs. 3 S. 1 HGB) abzugeben. Hierzu gehören unter anderem die Beschreibung des Geschäftsmodells (§ 289c Abs. 1 HGB) sowie Angaben zu den in Abs. 2 aufgeführten Mindestbelangen, wenn sie für das Verständnis des Geschäftsverlaufs und -ergebnisses, der Lage der Gesellschaft und der

---

<sup>6</sup> Europäische Kommission, Die neue EU-Strategie (2011-2014) für die soziale Verantwortung der Unternehmen (CSR), KOM (2011) 681 endgültig, S. 7; *Krajewski*, Legitimationsfragen internationaler Rahmenwerke für die CSR-Berichterstattung: Inhalt, Regelgeber und Durchsetzungsmechanismen, ZGR 2018, 271 (274).

<sup>7</sup> RL 2014/95/EU.

<sup>8</sup> BT-Drucks. 18/9982, S. 27; *Merkel*, in: Baumbach/Hopt, 39. Aufl. 2020, § 289b Rn. 1; Zur eins zu eins Umsetzung vgl. etwa BT-Drucks. 18/11450, S. 43; Plenarprotokoll 18/196, 19560 (A).

<sup>9</sup> *Störk/Schäfer/Schönberger*, in: Beck'scher Bilanz-Kommentar, 12. Aufl. 2020, § 289b Rn. 5; *Beckmann*, in: BeckOK-HGB, Ed. 28, Stand: 15.4.2020, § 289b Rn. 1; *Morck/Drüen*, in: Koller/Kindler/Roth/Drüen, 9. Aufl. 2019, § 289b Rn. 2; *Mock*, in: Hachmeister/Kahle/Mock/Schüppen, 2018, § 289b Rn. 26 ff.; *Merkel*, in: Baumbach/Hopt (Fn. 8), § 289b Rn. 2; *Henrichs*, Die Grundkonzeption der CSR-Berichterstattung und ausgewählte Problemfelder, ZGR 2018, 206 (209 f.).

Auswirkungen ihrer Tätigkeiten auf diese Belange bedeutsam sind (§ 289c Abs. 3 HGB).<sup>10</sup> Auch sind Lösungskonzepte einschließlich deren bisheriger Ergebnisse sowie wesentliche Risiken der Geschäftstätigkeit und der Geschäftsbeziehungen, die sehr wahrscheinlich schwerwiegende Auswirkungen haben, darzulegen (§ 289c Abs. 3 Nr. 1-4 HGB).<sup>11</sup>

Den überwiegenden Teil der Berichtspflichten des § 289c HGB machen hierbei solche nach dem *Comply or Explain*-Grundsatz aus. In diesem Fall kann sich das Unternehmen aussuchen, ob es zu einem der Regel unterliegenden Thema Konzepte verfolgt und Angaben treffen möchte oder mangels Konzepts klar im nichtfinanziellen Bericht ausführt, von keinem Konzept berichten zu können (§ 289c Abs. 4 HGB).<sup>12</sup> Es entfällt nicht die Berichtspflicht als solche, sondern nur die Pflicht, sich inhaltlich zu einem Konzept zu äußern.<sup>13</sup>

Die nichtfinanzielle Erklärung kann entweder Teil des Lageberichts sein (§ 289b Abs. 1 S. 1 bzw. 3 HGB) oder, nicht minder gängig,<sup>14</sup> in Form eines besonderen nichtfinanziellen Berichts nach den Voraussetzungen des § 289b Abs. 3 HGB veröffentlicht werden.<sup>15</sup> Sofern sich das Unternehmen - wie üblich -<sup>16</sup> zur Erstellung eines Rahmenwerkes bedient hat, hat es dieses anzugeben, andernfalls ist der Verzicht zu begründen, § 289d HGB.<sup>17</sup>

## II. Konzernregelungen, §§ 315b ff. HGB

Nach § 289b Abs. 2 HGB sind an sich berichtspflichtige Unternehmen von der Pflicht befreit, wenn sie in die nichtfinanzielle Konzernklärung eines

---

<sup>10</sup> *Störk/Schäfer/Schönberger*, in: Beck'scher Bilanz-Kommentar (Fn. 9), § 289c Rn. 16, 20, 30 ff.; *Beckmann*, in: BeckOK-HGB (Fn. 9), § 289c Rn. 1, 4, 7 ff.; *Merkt*, in: Baumbach/Hopt (Fn. 8), § 289c Rn. 3 ff.

<sup>11</sup> *Mock*, in: Hachmeister/Kahle/Mock/Schüppen (Fn. 9), § 289c Rn. 55, 57 ff.; *Beckmann*, in: BeckOK-HGB (Fn. 9), § 289c Rn. 7 ff.

<sup>12</sup> *Morck/Drüen*, in: Koller/Kindler/Roth/Drüen (Fn. 9), § 289c Rn. 3.

<sup>13</sup> Vgl. *Störk/Schäfer/Schönberger*, in: Beck'scher Bilanz-Kommentar (Fn. 9), § 289c Rn. 84 f.; *Hommelhoff*, CSR-Vorstands- und -Aufsichtsratspflichten, NZG 2017, 1361 (1362); *Mock*, in: Hachmeister/Kahle/Mock/Schüppen (Fn. 9), § 289c Rn. 76; *Krajenski*, Legitimationsfragen internationaler Rahmenwerke für die CSR-Berichterstattung: Inhalt, Regelgeber und Durchsetzungsmechanismen, ZGR 2018, 271 (274).

<sup>14</sup> So der Fall bei 66% der HDAX-Unternehmen: *Pellens/Lleshaj/Stappert*, Umsetzung der CSR-Richtlinie bei den HDAX-Unternehmen, BB 2018, 2283 (2284).

<sup>15</sup> *Morck/Drüen*, in: Koller/Kindler/Roth/Drüen (Fn. 9), § 289b Rn. 4.

<sup>16</sup> Abweichend nur 18% der HDAX-Unternehmen: *Pellens/Lleshaj/Stappert* (Fn. 14), S. 2284.

<sup>17</sup> *Beckmann*, in: BeckOK-HGB (Fn. 9), § 289d Rn. 1 f.; *Merkt*, in: Baumbach/Hopt (Fn. 8), § 289d Rn. 1.

Mutterunternehmens einbezogen sind und sie dies im Lagebericht angeben.<sup>18</sup> Die §§ 315b ff. HGB stellen im Übrigen die ergänzenden CSR-Berichtspflichten für Konzerne dar. Ihr Anwendungsbereich ist eröffnet, wenn das Mutterunternehmen (§ 290 HGB) kapitalmarktorientiert ist, auf den gesamten Konzern keine größenabhängige Befreiung nach § 293 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 oder 2 HGB zutrifft und bei ihm mehr als 500 Arbeitnehmer beschäftigt sind, § 315b Abs. 1 S. 1 HGB.<sup>19</sup> An den inhaltlichen Berichtsansforderungen ändert sich bis auf die Maßgabe, dass Bezugspunkt nun der gesamte Konzern ist, nichts (§ 315c HGB).<sup>20</sup>

### III. Weiteres CSR-Pflichtenprogramm des Vorstands

Neben den explizit in §§ 289b ff., 315b ff. HGB genannten Pflichten bestehen jedoch auch weitere CSR-Pflichten für den Vorstand. Beispielhaft seien CSR-Inventurmaßnahmen genannt, bei denen - der Berichtspflicht vorgelagert - neben den Mindestbelangen des § 289c Abs. 2 HGB weitere unternehmensindividuelle Belange zu prüfen sind (arg. § 289c Abs. 2 HGB).<sup>21</sup> Auch sind die CSR-Risiken (vgl. § 289c Abs. 3 Nr. 3, 4 i. V. m. Abs. 2 HGB) über die schwächere Pflicht des § 91 Abs. 2 AktG hinaus zu analysieren.<sup>22</sup>

### C. Konzernrechtliches Spannungsfeld

Vor dem Hintergrund dieser CSR-Pflichten und den damit verbundenen materiellen Umsetzungsmaßnahmen ergeben sich Fragestellungen im konzernrechtlichen Bereich.

#### I. Interessenskollision

Das Konzernrecht ist getragen von mitunter divergierenden Interessen von Mutter- und Tochterunternehmen.<sup>23</sup> Gegenläufige CSR-Interessen sind in zwei Fällen zu konstatieren: Einerseits kann ein Mutterunternehmen ein weitaus größeres Interesse an CSR-Belangen haben, als das Tochterunternehmen. Dies

---

<sup>18</sup> *Morck/Drüen*, in: Koller/Kindler/Roth/Drüen (Fn. 9), § 289b Rn. 3; *Störk/Schäfer/Schönberger*, in: Beck'scher Bilanz-Kommentar (Fn. 9), § 289b Rn. 31 ff.; *Beckmann*, in: BeckOK-HGB (Fn. 9), § 289b Rn. 12 f.

<sup>19</sup> *Merkel*, in: Baumbach/Hopt (Fn. 8), § 315b Rn. 2; *Beckmann*, in: BeckOK-HGB (Fn. 9), § 315b Rn. 1.

<sup>20</sup> *Burth/Holzmeier/Hachmeister*, in: Hachmeister/Kahle/Mock/Schüppen (Fn. 9), § 315c Rn. 1.

<sup>21</sup> *Fleischer*, AG 2017, 509 (Fn. 3), S. 522; *Hommelhoff* (Fn. 13), S. 1362.

<sup>22</sup> Vgl. *Hommelhoff* (Fn. 13), S. 1363.

<sup>23</sup> *Wackerbarth/Eisenhardt*, Gesellschaftsrecht II – Recht der Kapitalgesellschaften, 2. Aufl. 2018, Rn. 560; *Emmerich/Habersack*, Konzernrecht, 11. Aufl. 2020, § 2 Rn. 6.

ist etwa der Fall, wenn das Tochterunternehmen nach außen offen kundtut, keinen Wert auf CSR zu legen, die Kunden aber wegen des niedrigen Preises trotzdem oder vielleicht gerade deswegen mit dem Tochterunternehmen kontrahieren. Legt das Mutterunternehmen hier aber Wert auf die Reputation durch CSR, sind Interessenkonflikte offensichtlich.

Auch ist der Fall mit umgekehrten Vorzeichen realistisch, wenn ein Tochterunternehmen angesichts der eigenen Unternehmensphilosophie in besonderem Maß Interesse an CSR-Belangen hat, das Mutterunternehmen die Kosten jedoch gering halten möchte. Diese Erwägungen gelten einerseits für die Kosten der Berichterstattung als solche, andererseits aber auch für die bei weitem kostenintensiveren CSR-Umsetzungsmaßnahmen.

## II. CSR-Weisungen bzw. -Veranlassungen der herrschenden AG

### 1. Mögliche CSR-Vorgaben im Konzern

Denkbar sind diverse CSR-Vorgaben, bei denen die herrschende AG das Bedürfnis nach Verhaltensregulierung der abhängigen AG haben kann.

#### a) Erstellung des CSR-Berichts

##### aa) Obligatorischer Bericht

Angesichts der Befreiungsvorschriften von der Berichtspflicht im Konzern kann ein CSR-Bericht der abhängigen AG nur dann obligatorisch sein, wenn die herrschende AG selbst nicht berichtspflichtig ist.<sup>24</sup> Eine Verhaltenssteuerung kann seitens der herrschenden AG hier auf die *Comply or Explain*-Entscheidung abzielen.

##### bb) Fakultativer Bericht

Auch ist für den Fall, dass die abhängige AG durch die Einbeziehung in den Bericht der herrschenden AG (§ 289b Abs. 2 HGB) von einer eigenen Berichtspflicht befreit wird denkbar, dass die herrschende AG einen freiwilligen zusätzlichen Bericht der abhängigen AG fordert.<sup>25</sup> Gleiches gilt auch, sofern die abhängige AG selbst keine Berichtspflicht trifft.

<sup>24</sup> Vgl. *Beckmann*, in: BeckOK-HGB (Fn. 9), § 315b Rn. 1.

<sup>25</sup> Zur Möglichkeit *Mock*, in: Hachmeister/Kahle/Mock/Schüppen (Fn. 9), § 289b Rn. 39; *Mock*, Berichterstattung über Corporate Social Responsibility im Bilanzrecht, MPI Beiträge zum ausländischen und internationalen Privatrecht 123: Corporate Social Responsibility, BtrIPR 123, 125 (144).

*b) CSR-Umsetzungsmaßnahmen*

Erst recht wird die herrschende AG regelmäßig darauf bedacht sein, die im CSR-Bericht genannten oder auch nicht genannten Konzepte ebenso in der abhängigen AG umzusetzen bzw. ein Unterlassen der Umsetzung nicht beschriebener Konzepte zu bewirken.

**2. CSR-Vorgabengebundenheit der Vorstände der abhängigen AG**

In all diesen Fällen stellt sich die Frage nach der Gebundenheit der Vorstände der abhängigen AG an CSR-Anordnungen der herrschenden AG und nach den Konsequenzen unzulässiger Vorgaben. Zunächst ist zwischen dem Bestehen eines Vertragskonzerns und dem faktischen Konzern zu differenzieren.

*a) Vertragskonzern*

Wenn zwischen der herrschenden und der abhängigen AG ein Beherrschungsvertrag (§ 291 Abs. 1 S. 1 AktG) besteht, darf der Vorstand der herrschenden AG nach § 308 Abs. 1 AktG Weisungen unabhängig von der Frage, ob diese für die abhängige AG nachteilig sind, erteilen, wenn sie den Belangen des herrschenden Unternehmens oder der konzernverbundenen Unternehmen dienen und die Satzung nichts anderes bestimmt.<sup>26</sup>

*b) Faktischer Konzern*

Besteht bloß ein faktischer Konzern durch vertragslose Konzernverbundenheit nach §§ 17 Abs. 1, 18 Abs. 1 S. 1 AktG, sind verbindliche Weisungen generell nicht möglich.<sup>27</sup> Jedoch wird der Vorstand des abhängigen Unternehmens regelmäßig geneigt sein, den ernsthaft geäußerten Willen des herrschenden Unternehmens zu befolgen, um nicht um seinen Posten fürchten zu müssen.<sup>28</sup> Daher regelt § 311 Abs. 1 AktG schon die Zulässigkeit von Veranlassungen. Sie sind unzulässig, sofern sie für die abhängige AG nachteilig sind, wenn der Nachteil nicht ausgeglichen wird.

*c) Nachteiligkeit*

Maßgeblich ist somit bei beiden Konzernformen, ob CSR-Weisungen bzw. -Veranlassungen überhaupt nachteilig für die abhängige AG sein können.

---

<sup>26</sup> *Servatius*, in: Grigoleit, 2013, § 308 Rn. 1, 8 ff.; *Leuering/Goertz*, in: Hölters, 3. Aufl. 2017, § 308 Rn. 1, 11, 27 ff.

<sup>27</sup> *Emmerich/Habersack* (Fn. 23), § 24 Rn. 3; *Wackerbarth/Eisenhardt* (Fn. 23), Rn. 582.

<sup>28</sup> Vgl. *Wackerbarth/Eisenhardt* (Fn. 23), Rn. 582.

Ist dies der Fall, stellt sich die Frage der Zulässigkeit nach den jeweiligen Vorgaben für den Vertrags- sowie den faktischen Konzern.

aa) Begriff des nachteiligen Geschäfts

Kontrovers diskutiert wurde die Definition des nachteiligen Geschäfts. Grund hierfür ist, dass keine Legaldefinition besteht und auch aus den Gesetzgebungsmaterialien keine allgemeine Definition hervorgeht.<sup>29</sup> Unstreitig ist, dass sich die Nachteiligkeit zumindest dadurch kennzeichnet, dass sie „eine Minderung oder konkrete Gefährdung der Vermögens- oder Ertragslage“<sup>30</sup> bewirkt. Zumeist wird zudem gefordert, dass die Sorgfalt des ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters einer unabhängigen Gesellschaft (vgl. §§ 93 Abs. 1 S. 1, 309 Abs. 1, 317 Abs. 2 AktG) bereits hier geprüft wird.<sup>31</sup>

(1) Sorgfalt des ordentlichen Geschäftsleiters

(a) § 308 Abs. 1 AktG: Bestehen eines Beherrschungsvertrages

§ 308 Abs. 1 AktG trägt der Betrachtung von Mutter- und Tochterunternehmen als wirtschaftliche Einheit, die vom Mutterunternehmen geführt wird, Rechnung.<sup>32</sup> Daher liegt es nahe, hier für die Weisungen durch die herrschende AG die gleichen Maßstäbe anzusetzen, wie für Weisungen eines Vorstands einer unabhängigen AG. Nach § 93 Abs. 1 S. 1 AktG ist dort die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters anzuwenden. Da unternehmerischen Entscheidungen immer ein sehr prognostisches und risikobehaftetes Element innewohnt, mindert § 93 Abs. 1 S. 2 AktG die Beurteilungstiefe und lässt es genügen, wenn der Vorstand vernünftigerweise annehmen durfte, zum Wohle der Gesellschaft zu handeln.<sup>33</sup> Durch diese als

<sup>29</sup> Vgl. zu §§ 297, 300, 306 AktG a. F., die den heutigen §§ 308, 311, 317 AktG entsprechen: BT-Drucks. IV/171 S. 227, 228 ff., 233 f.

<sup>30</sup> Statt aller BGH DStR 1999, 724 (725); Habersack, in: Emmerich/Habersack, 9. Aufl. 2019, § 311 Rn. 39; Wackerbarth/Eisenhardt (Fn. 23), Rn. 598; Emmerich/Habersack (Fn. 23), § 23 Rn. 25.

<sup>31</sup> Habersack, in: Emmerich/Habersack (Fn. 30), § 311 Rn. 40; Bödecker, in: Henssler/Strohn, 4. Aufl. 2019, § 311 Rn. 16; Koch, in: Hüffer/Koch, 14. Aufl. 2020, § 311 Rn. 25; Leuering/Goertz, in: Hölter (Fn. 26), § 308 Rn. 28.

<sup>32</sup> Vgl. Veil, in: Spindler/Stilz II, 4. Aufl. 2019, § 308 Rn. 1; Wackerbarth/Eisenhardt (Fn. 23), Rn. 654, 660; Koppensteiner, in: KK-AktG VI, 3. Aufl. 2004, § 308 Rn. 37; Emmerich, in: Emmerich/Habersack (Fn. 30), § 308 Rn. 46.

<sup>33</sup> Dauner-Lieb, in: Henssler/Strohn (Fn. 31), § 93 Rn. 20; Spindler, in: MüKo-AktG II, 5. Aufl. 2019, § 93 Rn. 48; Grigoleit/Tomasic, in: Grigoleit (Fn. 26), § 93 Rn. 25; Kapoor, Corporate Social Responsibility – Das Leitbild der nachhaltigen Entwicklung im deutschen Aktienrecht, Diss. iur., Recht der Unternehmen und Finanzen III, 2016, S. 189.

*Business Judgement Rule* bezeichnete Einschränkung obliegt dem Vorstand ein weiter Ermessensspielraum.<sup>34</sup>

Somit ist die Definition der Nachteiligkeit im Rahmen des § 308 Abs. 1 AktG dahingehend zu ergänzen, dass ein ordentlicher und gewissenhafter Geschäftsleiter eines unabhängigen Unternehmens diese Entscheidung nicht getroffen hätte.<sup>35</sup> Ob der konkrete Vorstand des abhängigen Unternehmens im Rahmen seines Ermessensspielraumes tatsächlich eine andere Wertung vorgenommen hätte, kann nicht maßgeblich sein.<sup>36</sup> Andernfalls wäre die herrschende AG ohne vernünftigen Grund in ihrem Ermessen im Vergleich zum Spielraum des unabhängigen Vorstandes eingeschränkt.

(b) § 311 Abs. 1 AktG: Bestehen eines faktischen Konzerns

Kontroverser wird die Frage der Einbeziehung des Sorgfaltsmaßstabs im Rahmen des Nachteils i. S. d. § 311 Abs. 1 AktG diskutiert. Grund hierfür ist, dass § 317 Abs. 2 AktG auf den Sorgfaltsmaßstab eines ordentlichen Geschäftsleiters erst im Rahmen der Ersatzpflicht wegen nachteiliger Weisungen, also auf Rechtsfolgenebene, verweist.<sup>37</sup>

Im Ergebnis besteht auch bei § 311 Abs. 1 AktG Konsens, dass ein Nachteil nur vorliegt, wenn ein gedachter ordentlicher Geschäftsleiter der Tochter-AG als unabhängige AG diese Maßnahme nicht hätte treffen dürfen. Zum Teil wird hierzu § 317 Abs. 2 AktG in Verbindung mit § 317 Abs. 1, § 311 Abs. 1 AktG als einheitlicher Haftungstatbestand gelesen.<sup>38</sup> Mehrheitlich wird jedoch offen gelassen, ob der Sorgfaltsmaßstab aus der Heranziehung des allgemeinen Grundsatzes des § 93 Abs. 1 AktG oder aus § 317 Abs. 2 AktG analog folgt. Jedenfalls macht ein Blick auf die Zulässigkeit nachteiliger Veranlassungen nach § 311 Abs. 1 a. E. AktG deutlich, dass zur Bestimmung der Nachteiligkeit bereits der Sorgfaltsmaßstab einzubeziehen ist: Unabhängig vom Schadensersatz nach § 317 AktG sind nachteilige Veranlassungen nur zulässig, wenn sie ausgeglichen werden. Würde man jede selbst eindeutig im Rahmen des Sorgfaltsmaßstabs befindliche kostenverursachende Veranlassung als nachteilig ansehen und erst die Schadensersatzpflicht nach § 317 AktG entfallen lassen, müsste der finanzielle Nachteil stets ausgeglichen werden. Damit stünde die abhängige

<sup>34</sup> Koch, in: Hüffer/Koch (Fn. 31), § 93 Rn. 8; Hölter, in: Hölter (Fn. 26), § 93 Rn. 29.

<sup>35</sup> Emmerich, in: Emmerich/Habersack (Fn. 30), § 308 Rn. 45; Koch, in: Hüffer/Koch (Fn. 31), § 308 Rn. 15.

<sup>36</sup> Vgl. BGHNZG 2008, 389 Rn. 11.

<sup>37</sup> Vgl. Koppensteiner, in: KK-AktG VI (Fn. 32), § 311 Rn. 36.

<sup>38</sup> So jedenfalls Altmeyden, in: MüKo-AktG II (Fn. 33), § 311 Rn. 162.

Gesellschaft aber besser als im Fall ihrer gedachten Unabhängigkeit, da im letzteren Fall übliche Risiken ohne Ausgleich zulässig sind. Daher ist auch bereits bei der Nachteiligkeit im Rahmen des § 311 Abs. 1 AktG auf die Sorgfalt abzustellen.<sup>39</sup>

## (2) Zwischenergebnis

Richtigerweise sind die Nachteilsbegriffe in § 308 und § 311 AktG somit identisch.<sup>40</sup> Nachteilig ist eine Weisung oder Veranlassung, sofern sie zum einen eine Minderung oder konkrete Gefährdung der Vermögens- oder Ertragslage der abhängigen AG bewirkt und zum anderen der Vorstand der abhängigen AG im Fall der gedachten Unabhängigkeit der AG, im Übrigen aber unter den gleichen Umständen, die von der Weisung bzw. Veranlassung bezweckte Maßnahme nicht im Rahmen seiner ordnungsgemäßen Leitungsbefugnis hätte treffen dürfen.

### bb) Nachteiligkeit von CSR-Weisungen

Für die Beurteilung, ob CSR-Weisungen überhaupt nachteilig sein können, ist für den Vertrags- wie für den faktischen Konzern einheitlich zwischen den verschiedenen möglichen Weisungen in den bereits dargestellten Konstellationen (**C. II. 1.**) zu differenzieren.

#### (1) CSR-Berichterstellung

##### (a) Obligatorischer Bericht

Ist nur die abhängige AG berichtspflichtig (**C. II. 1. a** aa)), kann eine Weisung oder Veranlassung, die den Vorstand zur Erstellung des Berichts bewegt nicht nachteilig sein, da sie lediglich die Einhaltung der gesetzlichen Pflicht bewirkt.<sup>41</sup> Im Gegenteil ist die Nachteiligkeit zu bejahen, wenn der Vorstand zur Unterlassung des obligatorischen Berichts verleitet wird.

##### (b) Fakultativer Bericht

Eine Nachteiligkeit eines zusätzlichen freiwilligen Berichts (**C. II. 1. a** bb)) könnte sich aus den Mehrkosten ergeben. Während des

---

<sup>39</sup> *Habersack*, in: *Emmerich/Habersack* (Fn. 30), § 311 Rn. 40; *Bödeker*, in: *Henssler/Strohn* (Fn. 31), § 311 Rn. 16; *Leuering/Goertz*, in: *Hölters* (Fn. 26), § 311 Rn. 52, 54.

<sup>40</sup> So auch *Koppensteiner*, in: *KK-AktG VI* (Fn. 32), § 308 Rn. 39; *Emmerich/Habersack* (Fn. 23), § 23 Rn. 25; *Leuering/Goertz*, in: *Hölters* (Fn. 26), § 308 Rn. 28; *Emmerich*, in: *Emmerich/Habersack* (Fn. 30), § 308 Rn. 45.

<sup>41</sup> Vgl. zur unabhängigen AG: *Mock* (Fn. 25), S. 175; *Bachmann* (Fn. 3), S. 237.



Gesetzgebungsverfahren wurde erkannt, dass Berichtspflichten einen „beträchtlichen Verwaltungsaufwand“<sup>42</sup> bewirken. Daher wurde der Anwendungsbereich nicht auf kleine und mittelständische Unternehmen erweitert.<sup>43</sup> Aus dieser gesetzgeberischen Entscheidung könnte sich die Wertung ergeben, die Berichterstattung sei für diejenigen Unternehmen, die nicht in den Anwendungsbereich der §§ 289b, 315b HGB fallen zu kostenintensiv und damit eine diesbezügliche Maßnahme nachteilig. Allerdings war es die Hoffnung des Gesetzgebers, dass Unternehmen, die nicht der gesetzlichen Berichtspflicht unterliegen, trotzdem CSR-Maßnahmen ergreifen.<sup>44</sup> Auch wurde von einem Potenzial transparenter Berichterstattung für die Unternehmen ausgegangen.<sup>45</sup> Die Parteien BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN und DIE LINKE sprachen sich sogar dafür aus, die Berichtspflichten auszuweiten.<sup>46</sup> Dass die Parlamentsmehrheit diese Ansicht nicht teilte bedeutet nicht, dass damit die Berichterstattung in solchen Unternehmen als nachteilig empfunden wurde, sondern nur, dass diese Unternehmen nicht dazu verpflichtet sein sollten. Die vom Gesetzgeber intendierten CSR-Umsetzungsmaßnahmen können sich für die Reputation des Unternehmens überhaupt nur auszahlen, sofern die Kunden Kenntnis hiervon erlangen.<sup>47</sup> Zwar ist in beiden möglichen Fällen der freiwilligen zusätzlichen Berichterstattung das CSR-Programm der abhängigen AG schon Teil der Konzernklärung. Allerdings ist die Berichtstiefe einer Konzernklärung in aller Regel geringer als die einer separaten Erklärung. Der Attraktivität gesetzgeberisch gewünschter CSR-Maßnahmen stünde die pauschale Einstufung freiwilliger Berichte als nachteilig entgegen.

Auch sind die Kosten für die Berichterstattung überschaubarer und nicht so potenziell uferlos wie die dahinterstehenden Umsetzungsmaßnahmen, sodass diese nicht eine andere Bewertung rechtfertigen.<sup>48</sup> Zusätzliche freiwillige Berichte als solche sind daher nicht als nachteilig einzuschätzen.

---

<sup>42</sup> Plenarprotokoll 18/196, 19561 C.

<sup>43</sup> Plenarprotokoll 18/196, 19561 C; Plenarprotokoll 18/221, 22258 D, 22261 C.

<sup>44</sup> Vgl. etwa Plenarprotokoll 18/221, 22261 C.

<sup>45</sup> Plenarprotokoll 18/221, 22260 D.

<sup>46</sup> Vgl. Antrag der Grünen, BT-Drucks. 18/10030 S. 2 f.; Plenarprotokoll 18/196, 19560 B.

<sup>47</sup> Vgl. *Simons*, Corporate Social Responsibility und globales Wirtschaftsrecht, ZGR 2018, 316 (330).

<sup>48</sup> Vgl. die Schätzungen: EU-Kommission 2013: 600 – 4.300 € pro Unternehmen pro Jahr (BT-Drucks. 18/9982, S. 37); Stark abweichende Stellungnahmen, beispielsweise für Großunternehmen ca. 200.000€, für mittelständische Unternehmen ca. 30.000€ (Gemeinsame Stellungnahme BDA, BDI, DIHK, ZGD, 13.4.2016, S. 6 f.; abrufbar unter:

## (2) *Comply or Explain*-Entscheidung

Dass bei einer nichtfinanziellen Konzernklärung die Entscheidung für die *Comply*- bzw. *Explain*-Variante auch für die einbezogene abhängige AG wirkt, ist im Entfall der Berichtspflicht der abhängigen AG angelegt. Fraglich ist jedoch, ob diese Konzernentscheidung für die abhängige AG nachteilig sein kann. Gleiches gilt für den Fall, dass nur die abhängige AG berichtspflichtig ist und Weisungen bzw. Veranlassungen der herrschenden AG erhält, die nicht nur die bloße Erstellung eines Berichts, sondern inhaltlich auch die *Comply*- bzw. *Explain*-Entscheidung vorgeben.

### (a) *Explain*

Angesichts der gesetzgeberischen Präferenz der *Comply*-Entscheidung und des Trends von CSR erscheinen *Explain*-Vorgaben auf den ersten Blick schädlich. Jedoch ließ der Gesetzgeber die *Explain*-Entscheidung zu. Aus jeder *Explain*-Vorgabe, die nicht dem intrinsischen Willen der abhängigen AG entspricht, einen Nachteil abzuleiten, erscheint daher widersprüchlich: Andernfalls hätte der Gesetzgeber in den §§ 289c Abs. 4, 315c Abs. 1 HGB eine Entscheidung zugelassen, die jedoch stets gegen das Pflichtenprogramm der §§ 308, 311 AktG verstößt.

Bei näherer Betrachtung ergibt sich vielmehr ein differenzierteres Bild. Tritt eine abhängige AG nach außen hin in besonderem Maß nachhaltig auf, verdichtet sich der Eindruck der Geschäftsschädlichkeit. Der gewissenhafte Vorstand eines unabhängigen Unternehmens, das Wert auf Nachhaltigkeit legt und dessen Kundenstamm auf dieser Ausrichtung beruht, würde sich hierzu wohl kaum dergestalt in Widerspruch setzen dürfen, dass er durch die *Explain*-Entscheidung die Glaubhaftigkeit dieses Konzepts konterkariert.

Allerdings sind auch heute noch selbst große Unternehmen mit Strategien erfolgreich, die den Kostenvorteil der Nachhaltigkeit erkennbar vorziehen. So gab Ryanairs CEO *Michael O'Leary* im Jahr 2011 noch bekannt: „Die Umwelt interessiert mich einen Dreck. Es interessiert mich, wenn das Öl 100 Dollar kostet, deswegen will ich so wenig wie möglich davon kaufen. Jede Firma, die eine Umweltstrategie verfolgt, verarscht die Leute nur. Das ist doch nur Zeug

---

[https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2016/Downloads/04132016\\_Stellungnahme\\_BDA\\_BDI\\_DIHK\\_ZDH\\_Reffe\\_CSR\\_Umsetzungsgesetz.pdf?jsessionid=1CF1EF53601A57068642A20F570DA11A.1\\_cid334?\\_\\_blob=publicationFile&v=5](https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2016/Downloads/04132016_Stellungnahme_BDA_BDI_DIHK_ZDH_Reffe_CSR_Umsetzungsgesetz.pdf?jsessionid=1CF1EF53601A57068642A20F570DA11A.1_cid334?__blob=publicationFile&v=5) (zuletzt abgerufen am 30.6.2020)); Schätzung des Gesetzgebers umgerechnet ca. 35.000€ pro Unternehmen pro Jahr (BT-Drucks. 18/9982, S. 37; bei 300 berichtspflichtigen Unternehmen).

aus der Marketingabteilung.<sup>49</sup> Zwar verfügt Ryanair unterdessen über eine CSR-Rubrik auf der Internetseite.<sup>50</sup> An der Ernsthaftigkeit lässt sich jedoch zweifeln, bedenkt man, dass O'Leary noch 2019 angesprochen auf geplante Umweltsteuern verlautbarte: „Das ist das allerletzte, was wir gebrauchen können, wenn eine Horde von f(...) Niederländern uns jetzt erzählt, dass wir mehr Steuern zahlen sollen.“<sup>51</sup> und dies explizit zur Publikation freigab.<sup>52</sup> Dass sich am Erfolg solcher Unternehmen in naher Zukunft etwas ändert, lässt sich trotz des sich abzeichnenden Trends nicht seriös behaupten. Für ein solches Unternehmen gelten die Erwägungen des Reputationsverlustes nicht.

(b) *Comply*

Im letztgenannten Fall könnte sich aus einem *Explain*-Bericht vielmehr ein Vorteil durch die Einsparung eines detaillierten Berichts ergeben. Dort erscheint es nicht ausgeschlossen, sogar eine *Comply*-Vorgabe der herrschenden AG als nachteilig anzusehen. Die Nachteiligkeit wäre hier zudem dann zu erwägen, wenn die *Comply*-Entscheidung bindend auch die Umsetzung der Konzepte vorschreiben würde. Einerseits ist die Berichterstattung jedoch teilweise vergangenheitsorientiert, andererseits können sich der Berichterstattung zugrundeliegende Annahmen als falsch erweisen.<sup>53</sup> Neben der häufig aufgrund der Reputation bestehenden faktischen Umsetzungsgeneignetheit<sup>54</sup> von angekündigten Konzepten (zur Ausnahme sogleich erneut) besteht eine rechtliche Bindungswirkung daher nicht.<sup>55</sup>

(c) Zwischenergebnis

Im Ergebnis lässt sich eine Nachteiligkeit bei *Explain*-Vorgaben für Unternehmen, in deren Konzept nur eine *Comply*-Entscheidung passen würde, erwägen. Gleiches gilt bei *Comply*-Vorgaben für eine erkennbar nicht auf Nachhaltigkeit bedachte AG einerseits wegen erhöhter Berichtskosten im

---

<sup>49</sup> Süddeutsche Zeitung, Die Umwelt interessiert mich einen Dreck, 28.2.2011, abrufbar unter: [www.sueddeutsche.de/wirtschaft/ryanair-chef-michael-o-leary-die-umwelt-interessiert-mich-einen-dreck-1.1065678](http://www.sueddeutsche.de/wirtschaft/ryanair-chef-michael-o-leary-die-umwelt-interessiert-mich-einen-dreck-1.1065678) (zuletzt abgerufen am 30.6.2020).

<sup>50</sup> Ryanair, abrufbar unter: <https://corporate.ryanair.com/charities-partners/> (zuletzt abgerufen am 30.6.2020).

<sup>51</sup> *Grabitz*, Stuttgarter Zeitung, Airlines wehren sich gegen höhere Umweltsteuern, 10.12.2019 abrufbar unter: [www.stuttgarter-zeitung.de/inhalt.klimaschutz-airlines-wehren-sich-gegen-hoehere-umweltsteuern.4c05e033-0442-4066-a739-edf5121496c5.html](http://www.stuttgarter-zeitung.de/inhalt.klimaschutz-airlines-wehren-sich-gegen-hoehere-umweltsteuern.4c05e033-0442-4066-a739-edf5121496c5.html) (zuletzt abgerufen am 30.6.2020).

<sup>52</sup> *Ebd.*

<sup>53</sup> *Mock* (Fn. 25), S. 175.

<sup>54</sup> *Bachmann* (Fn. 3), S. 237; *Kapoor* (Fn. 33), S. 129 f.

<sup>55</sup> *Bachmann* (Fn. 3), S. 237; *Mock* (Fn. 25), S. 175.

Vergleich zu denen einer *Explain*-Entscheidung und andererseits wegen möglicher Reputationsschäden.

Hinsichtlich der gegenüber dem *Explain*-Bericht erhöhten Berichtskosten aufgrund des höheren Detaillierungsgrades ist allerdings zu konstatieren, dass schon die Kosten für einen freiwilligen Bericht nicht derart gewichtig sind, dass sie einen Nachteil begründen können. Dies muss erst recht für die noch wesentlich geringer ausfallende Differenz zwischen einem *Comply* bzw. *Explain*-Bericht gelten.

Auch Reputationsschäden sind im dargestellten Fall nicht zu befürchten. Kunden, die vor der Berichterstattung wissentlich mit einem Unternehmen kontrahiert haben, obwohl dieses nach außen erkennbar keinen Wert auf Nachhaltigkeit legt, werden in ihrer Erwartung nicht enttäuscht werden, wenn das Unternehmen weiterhin auf dieses Konzept setzt. Auch insoweit lässt sich daher keine Nachteiligkeit feststellen.

Somit sind nur *Explain*-Vorgaben einer weiteren Prüfung zu unterziehen.

#### (d) Grenzziehung

Wie bereits angedeutet, beurteilt sich bei den genannten *Explain*-Vorgaben die Frage der Nachteiligkeit danach, ob sich der gewissenhafte Vorstand der abhängigen AG im Fall ihrer Unabhängigkeit unter Anwendung der *Business Judgement Rule* auch für diese Maßnahme hätte entscheiden dürfen.<sup>56</sup> Dies wird in den meisten Fällen der Fall sein, jedoch verbietet sich eine Pauschalisierung.<sup>57</sup> Was der Vorstand einer AG pflichtgemäß bestimmen darf, richtet sich nach der Unternehmensstrategie, einerseits also nach dem Gesellschaftszweck, andererseits nach dem Unternehmensgegenstand.<sup>58</sup> Zu beachten ist das Bestehen diesbezüglicher Satzungsregelungen der abhängigen AG.

Während der Gesellschaftszweck im Fall des Nichtbestehens abweichender Satzungsregelungen die Gewinnerzielung ist,<sup>59</sup> ist der Unternehmensgegenstand zwingend in der Satzung zu bestimmen, § 23 Abs. 3 Nr. 2 AktG.<sup>60</sup> CSR-

<sup>56</sup> Vgl. *Simons* (Fn. 47), S. 324 f.; *Harbarth* (Fn. 3), S. 391 f.

<sup>57</sup> Vgl. zu Spenden *Vetter*, Geschäftsleiterpflichten zwischen Legalität und Legitimität, ZGR 2018, 338 (369); *Harbarth* (Fn. 3), S. 393.

<sup>58</sup> Vgl. *Harbarth* (Fn. 3), S. 383; *Vetter* (Fn. 57), S. 347.

<sup>59</sup> *Vedder*, in: *Grigoleit* (Fn. 26), § 23 Rn. 29; *Vetter*, in: *Henssler/Strohn* (Fn. 31), § 23 Rn. 13; *Harbarth* (Fn. 3), S. 391; *Vetter* (Fn. 57), S. 347.

<sup>60</sup> *Limmer*, in: *Spindler/Stilz II* (Fn. 32), § 23 Rn. 16; *Koch*, in: *Hüffer/Koch* (Fn. 31), § 23 Rn. 21.

Maßnahmen, die mit dem Gesellschaftszweck derart konfliktieren, dass sie ihn faktisch hin zur bloßen Gemeinnützigkeit ändern, ohne jedoch die rechtliche Änderung analog § 33 Abs. 1 S. 2 BGB vorzunehmen,<sup>61</sup> sind nicht erlaubt.<sup>62</sup> Weniger eindeutige Fälle sind anhand des Unternehmensgegenstandes zu beurteilen. Je eher sich dieser an einem CSR-Leitbild orientiert, desto mehr CSR-Maßnahmen sind zulässig und geboten.<sup>63</sup>

Im Beispiel der *Explain*-Vorgabe führt dies bei einem Unternehmensgegenstand, der auf CSR-Leitideen zurückführt zum Außerachtlassen des Sorgfaltsmaßstabs und damit zur Nachteiligkeit.

### (3) CSR-Umsetzungsmaßnahmen

Die nennenswerte finanzielle Belastung der Unternehmen beginnt nicht mit der Berichterstattung, sondern erst mit den materiellen CSR-Umsetzungsmaßnahmen. Diese können im Gegensatz zum Bericht als solchem mitunter Milliardenkosten verursachen, beispielsweise, wenn fortan CO<sub>2</sub>-neutral produziert werden soll.<sup>64</sup>

Daher stellt sich gerade bezüglich der Umsetzungsmaßnahme erneut und in viel relevanterem Maß die Frage, ob ein sorgfältiger Geschäftsleiter einer unabhängigen AG bei sonst gleichen Rahmenbedingungen die Umsetzungsmaßnahme hätte treffen dürfen.

#### (a) Wortlaut der §§ 289b ff., 315b ff. HGB

Dem Wortlaut der §§ 289b ff., 315b ff. HGB lässt sich keine Aussage über die Zulässigkeit materieller CSR-Umsetzungsmaßnahmen entnehmen: Weder die Berichtspflicht über die Konzepte nach §§ 289c Abs. 3 Nr. 1, 315b Abs. 1 HGB noch über deren Ergebnisse nach §§ 289c Abs. 3 Nr. 2, 315b Abs. 1 HGB erlaubt grenzenlose CSR-Umsetzungsmaßnahmen und steht der Einstufung als Nachteil dadurch entgegen.

#### (b) Explizite Berücksichtigung im Gesetzgebungsverfahren

Klar ist jedoch auch, dass der Gesetzgeber durch die Statuierung der Berichtspflichten und die Präferenz des *Comply*-Modells auch die mit dem Bericht

---

<sup>61</sup> Vgl. *Vetter* (Fn. 57), S. 372 f.

<sup>62</sup> Vgl. *Harbarth* (Fn. 3), S. 391.

<sup>63</sup> Vgl. *Harbarth* (Fn. 3), S. 395; wohl auch *Kapoor* (Fn. 33), S. 199 f.

<sup>64</sup> Vgl. bspw. Kosten der CO<sub>2</sub>-Neutralität von Bosch: *Hogb-Binder*, Pressemeldung Bosch, 9.5.2019, abrufbar unter: [www.bosch-presse.de/pressportal/de/de/klimaschutz-bosch-ab-2020-weltweit-co2-neutral-188800.html](http://www.bosch-presse.de/pressportal/de/de/klimaschutz-bosch-ab-2020-weltweit-co2-neutral-188800.html) (zuletzt abgerufen am 30.6.2020).

logisch verbundenen CSR-Umsetzungsmaßnahmen intendiert.<sup>65</sup> Sofern sich zwar nicht dem Wortlaut der HGB-Regelungen, wohl aber dem Gesetzgebungsverfahren explizite Aussagen zur uneingeschränkten Zulässigkeit von CSR-Umsetzungsmaßnahmen entnehmen ließen, wäre eine Nachteilhaftigkeit ebenfalls zu verneinen.

(aa) Europäische Ebene

Auf europäischer Ebene findet sich zur Anfangszeit der CSR-Bestrebungen ein Hinweis auf die Kosten, die CSR im Allgemeinen, also nicht explizit auf die bloße Berichtsanzfertigung beschränkt, mit sich bringt. Im Grünbuch der EU, das allerdings noch von reiner Freiwilligkeit sämtlicher CSR-Belange ausging,<sup>66</sup> wird hierzu ausgeführt, die Unternehmen „sollten die damit verbundenen Aufwendungen als Investitionen“<sup>67</sup> statt als Kosten betrachten. In der EU-Strategie 2011 wird zudem zutreffend festgestellt, dass ein CSR-treues Handeln zumindest bei kurzfristiger Betrachtung „wirtschaftlich nicht immer am einträglichsten“<sup>68</sup> ist. Auch hierzu ist erneut anzumerken, dass die Einschränkung auf eine kurzfristige Betrachtung nicht zu überzeugen vermag, da sich ein wirtschaftlicher Ausgleich in der Praxis nicht nachweisen lassen wird.<sup>69</sup> Auf europäischer Ebene folgt aus dem Festhalten an CSR-Berichtspflichten trotz Anerkennung wirtschaftlicher Umsetzungsdefizite indes nicht die Wertung, solche Umsetzungskosten sollten in keinem Mitgliedstaat einer Verhältnismäßigkeitskontrolle unterzogen werden, sondern in jedem Fall zulässig sein. Die EU zog vielmehr als Konsequenz, dass beispielsweise durch die CSR-bezogene öffentliche Auftragsvergabe ein gewisses Gleichgewicht hergestellt werden solle.<sup>70</sup> Eine Gleichgültigkeit bezüglich der Kosten bestand daher nicht.

---

<sup>65</sup> Vgl. *Teicke*, CSR meets Compliance – Über die zunehmende Verrechtlichung der Corporate Social Responsibility, CCZ 2018, 274 (275); *Hommelhoff*, Aktuelle Impulse aus dem europäischen Unternehmensrecht: Eine Herausforderung für Deutschland, NZG 2015, 1329 (1330).

<sup>66</sup> Grünbuch Europäische Rahmenbedingungen für die soziale Verantwortung von Unternehmen KOM (2001) 366 endgültig, S. 12 Rn. 42, S. 25 Rn. 90; zum Wandel *Roth-Mingram*, Corporate Social Responsibility (CSR) durch eine Ausweitung der nichtfinanziellen Informationen von Unternehmen, NZG 2015, 1341 (1342); ebenfalls *Mock* (Fn. 25), S. 130 f.

<sup>67</sup> Grünbuch (Fn. 66), S. 5.

<sup>68</sup> Die neue EU-Strategie (2011-2014) für die soziale Verantwortung der Unternehmen (CSR), KOM (2011) 681 endgültig, S. 12.

<sup>69</sup> So auch *Vetter* (Fn. 57), S. 344; *Fleischer*, AG 2017, 509 (Fn. 3) S. 519; andeutend *Simons* (Fn. 47), S. 323 f.; kritisch auch *Kapoor* (Fn. 33), S. 127.

<sup>70</sup> Vgl. Die neue EU-Strategie (Fn. 68), S. 12 f.

## (bb) Nationale Ebene

Im deutschen Gesetzgebungsverfahren zur Umsetzung der Richtlinie finden sich zu CSR-Umsetzungsmaßnahmen keine Erwägungen. Die Kosteneinschätzung zur Umsetzung der §§ 289b ff., 315b ff. HGB bezieht sich erkennbar nur auf die unmittelbare Berichtspflicht.<sup>71</sup>

Im Gegensatz zum europäischen<sup>72</sup> ging der deutsche Gesetzgeber davon aus, dass durch die neuen HGB-Regelungen keine Mehrkosten für den Verbraucher entstehen.<sup>73</sup> Auch dies ist nur plausibel, wenn man auf die begrenzten Berichterstellungs- nicht aber die weitaus höheren Umsetzungskosten abstellt. Gleiches ergibt die Analyse der Aussprachen: *Metin Hakverdi* (SPD) erläuterte beispielsweise, die Unternehmen würden an ihre gesellschaftliche Verantwortung jährlich bei der Berichterstellung erinnert.<sup>74</sup> So zutreffend dies ist, so verdeutlicht es auch, dass die Umsetzungsmaßnahmen bei der Beratung über die Regelungen zur Berichtspflicht nicht berücksichtigt wurden. Andernfalls ließe sich die Einschränkung auf den jährlichen Bericht nicht erklären. Auch war man mit der Umsetzung der Richtlinie bereits im Verzug. Erklärtes Ziel war es daher, nicht durch die Richtlinie gebotene Änderungen später zu prüfen.<sup>75</sup>

Im Ergebnis liegt es daher nahe, dass der deutsche Gesetzgeber im Rahmen der Einführung der Berichtspflichten keine direkte Aussage über den Umfang der Zulässigkeit von Umsetzungsmaßnahmen treffen wollte.

## (c) Wertentscheidung des Gesetzgebers

Nichtsdestotrotz kann sich aus der Gestaltung der Berichterstattungspflichten des HGB die Wertentscheidung ergeben, auch CSR-Maßnahmen in hohem Maß zulassen zu wollen.

(aa) *Stakeholder Value*

Eine zu prüfende Wertung fußt auf der jahrzehntelangen Diskussion, ob sich der Wert einer AG nur nach dem finanziellen Nutzen für die Aktionäre bemisst (*Shareholder Value*) oder ob auch die Auswirkungen auf die Gesellschaft zu

---

<sup>71</sup> Kosten „für die Informationspflichten und weiteren Vorgaben“ BT-Drucks. 18/9982, S. 2.

<sup>72</sup> Die neue EU-Strategie (Fn. 68), S. 12.

<sup>73</sup> BT-Drucks. 18/9982, S. 3, 46.

<sup>74</sup> Plenarprotokoll 18/221, 22257 A.

<sup>75</sup> Vgl. Plenarprotokoll 18/196, 19560 A.

berücksichtigen sind (*Stakeholder Value*).<sup>76</sup> So stellt sich bei CSR erneut die Frage, welchen Zwecken eine AG folgen soll.<sup>77</sup>

Mittlerweile lässt sich dem deutschen Gesetzgeber explizit der Wille entnehmen, dass *Stakeholder*-Interessen relevant sind und verfolgt werden dürfen.<sup>78</sup> Im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens zu den Berichtspflichten kam mehrfach zur Sprache, dass die Entwicklung der Berücksichtigung von *Stakeholder*-Belangen unterstützt und *Shareholder*- und *Stakeholder*-Interessen nicht mehr als notwendige Gegensätze verstanden werden sollen.<sup>79</sup> Dies ist auch angesichts einer teilweisen Vermischung beider Interessen plausibel.<sup>80</sup> Der Norwegische Pensionsfond investiert als größter Staatsfond der Welt beispielsweise in aus seiner Sicht ethische Projekte.<sup>81</sup> Gerade die Betrachtung als Einheit statt als Gegenspieler verdeutlicht indes, dass mit der Anerkennung von *Stakeholder*-Interessen mitnichten die Abkehr von *Shareholder*-Interessen verbunden ist. Diese sind zumindest gleichberechtigt zu beachten. Einer gesetzgeberischen Anerkennung von *Stakeholder*-Interessen lässt sich somit nicht eine CSR-Umsetzungsmöglichkeit um jeden Preis entnehmen.

#### (bb) Umsetzung und Stringenz der Berichterstattungspflichten

Aus besonders strikten Berichtspflichten ließe sich jedenfalls eher die Zulässigkeit von Umsetzungsmaßnahmen folgern, als aus weniger strengen Regelungen.<sup>82</sup> Zuletzt ist daher die Stringenz der HGB-Regelungen zu prüfen. Auch der nationale Gesetzgeber ging davon aus, dass CSR für den nachhaltigen Bestand eines Unternehmens von erheblicher Relevanz ist und es einer Berichtspflicht bedarf, da manche Unternehmen die Notwendigkeit noch verkennen.<sup>83</sup>

<sup>76</sup> Vgl. hierzu etwa *Hölters*, in: *Hölters* (Fn. 26), § 93 Rn. 37; *Fleischer*, Gesetzliche Unternehmenszielbestimmungen im Aktienrecht, ZGR 2017, 411 (412 ff.).

<sup>77</sup> Vgl. *Fleischer*, ZGR 2018, 203 (Fn. 3) S. 203 f.; *Vetter* (Fn. 57), S. 346 f.; *Häusermann*, Corporate Social Responsibility: Aktienrechtliche Grundfragen und Zweck des Gesellschaftsrechts, MPI Beiträge zum ausländischen und internationalen Privatrecht 123: Corporate Social Responsibility, BtrIPR 123, 39 (40 f.).

<sup>78</sup> So auch *Hommelhoff* (Fn. 65), S. 1330.

<sup>79</sup> BT-Drucks. 18/11450, S. 43; Plenarprotokoll 18/196, 19559 D, 19561 A, 19563 B.

<sup>80</sup> So auch *Harbarth* (Fn. 3), S. 390.

<sup>81</sup> *Vetter* (Fn. 57), S. 360; vgl. zu institutionellen Investoren allg. *Kapoor* (Fn. 33), S. 283 f.

<sup>82</sup> Vgl. *Vetter* (Fn. 57), S. 354 f., der aus den Berichtspflichten aber ohne Nennung einer Einschränkung die Entscheidung für den Stakeholder-Ansatz ableitet.

<sup>83</sup> Vgl. BT-Drucks. 18/9982, S. 1; BT-Drucks. 18/11450, S. 43; *Henrichs* (Fn. 9), S. 209.



Trotz heftiger Kritik<sup>84</sup> der Parteien BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN und DIE LINKE wurde der Anwendungsbereich der §§ 289b ff., 315b ff. HGB zur Vermeidung einer Mehrbelastung nicht auf nicht kapitalmarktorientierte Unternehmen ausgedehnt, obwohl als Folge klar war, dass dadurch auch sehr große Unternehmen nicht erfasst sind.<sup>85</sup> Auch wurden die Mitgliedstaatenwahlrechte der CSR-RL zu Lasten der Publizität ausgeübt: Beispielsweise wäre die Möglichkeit des Weglassens nachteiliger Informationen (§ 289e HGB) nicht zwingend gewesen (Art. 19a Abs. 1 Uabs. 4 RL 2013/34/EU, geändert durch Art. 1 RL 2014/95/EU). Der deutsche Gesetzgeber wollte auch hiermit die Belastung für Unternehmen reduzieren.<sup>86</sup>

Diese Beispiele verdeutlichen das Konzept des Gesetzgebers. Schon eine Berichtspflicht um jeden Preis war nicht gewollt. Vielmehr wurde eine Abwägung vorgenommen.<sup>87</sup> An den Ergebnissen kann freilich angesichts der vom Gesetzgeber gesehenen Notwendigkeit von CSR für die Gesellschaft gezweifelt werden. Jedenfalls wird man der Gestaltung der Berichtspflichten erst recht aber nicht die Wertung entnehmen können, CSR-Umsetzungsmaßnahmen seien um jeden Preis intendiert gewesen.

#### (d) Zwischenergebnis der Umsetzungsmaßnahmen

Im Ergebnis stehen daher weder Wortlaut der HGB-Regelungen, noch der Wille des Gesetzgebers oder zu entnehmende Wertungen der möglichen Einordnung intensiver CSR-Umsetzungsmaßnahmen als nachteilig entgegen. Ebenso ist denkbar, dass ein Verbot von Umsetzungsmaßnahmen bei *Comply*-Berichten eines abhängigen Unternehmens, das ernsthaft auf die Reputation dieser Maßnahmen baut, nachteilig ist.

In beiden Fällen sind die im Rahmen der Grenzziehung zu den *Comply*- bzw. *Explain*-Berichten entwickelten Abgrenzungskriterien maßgeblich. Je eher dies dem satzungsmäßigen Unternehmensgegenstand der abhängigen AG entspricht, desto weniger sind kostspielige Umsetzungsmaßnahmen als nachteilig einzuschätzen.

---

<sup>84</sup> Zur Kritik etwa Antrag der Grünen, BT-Drucks. 18/10030 S. 2 ff.

<sup>85</sup> Vgl. zu nicht erfassten Unternehmen etwa Plenarprotokoll 18/196, 19562 C; *Humbert*, Corporate Social Responsibility und die Frage nach staatlicher Regulierung: Eine rechtspolitische Einschätzung, ZGR 2018, 295 (310).

<sup>86</sup> BT-Drucks. 18/9982, S. 33.

<sup>87</sup> Vgl. BT-Drucks. 18/9982, S. 33; Plenarprotokoll 18/221, 22258 D.

#### (4) Zwischenergebnis der Nachteiligkeit

Somit können *Explain*-Vorgaben sowie Vorgaben, die zu exzessive oder zu moderate Umsetzungsmaßnahmen fordern nachteilig sein.

#### cc) Zulässigkeit nachteiliger Konzernvorgaben

Die Zulässigkeit nachteiliger Vorgaben richtet sich beim Vertragskonzern nach der Dienlichkeit, beim faktischen Konzern nach dem Ausgleich.

#### (1) Vertragskonzern

Beim Vertragskonzern von Relevanz ist die Dienlichkeit für Belange der herrschenden AG nach § 308 Abs 1 S. 2 Var. 1 AktG. Diese ist gegeben, wenn der Nachteil der abhängigen AG der Ertrags- oder Vermögenslage der herrschenden AG zugutekommt.<sup>88</sup> Dass hierbei keine allzu pedantische Aufrechnung der Vor- bzw. Nachteile gefordert ist, verdeutlicht zum einen die in § 308 Abs. 2 S. 2 AktG zum Ausdruck kommende Wertung des Gesetzgebers, wonach der Vorstand der abhängigen AG nur zur Verweigerung der Befolgung der Weisung berechtigt ist, sofern offensichtlich keine Dienlichkeit besteht. Zum anderen ist eine mathematisch genaue Berechnung in der Praxis in der Regel nicht möglich. Daher beschränkt sich die Prüfung auf eine Plausibilitätskontrolle.<sup>89</sup>

Die herrschende AG wird nur dann für die abhängige AG nachteilige Weisungen erteilen, sofern sie davon überzeugt ist, selbst Vorteile daraus zu ziehen.<sup>90</sup> Dass sie sich in ihrer Einschätzung dabei derart irrt, dass diese einer Plausibilitätskontrolle nicht mehr standhält, ist nicht vorstellbar. Eine Dienlichkeit nachteiliger CSR-Weisungen wird damit bestehen. Die Kontroverse, ob für existenzgefährdende Weisungen eine Ausnahme von der Zulässigkeit geboten ist,<sup>91</sup> bedarf hier keiner Erörterung: Es ist kein praktischer Fall ersichtlich, bei dem die herrschende AG derart weitreichende CSR-Weisungen zu treffen versucht, dass die akute Gefahr des Opfern der abhängigen AG besteht.

---

<sup>88</sup> Koch, in: Hüffer/Koch (Fn. 31), § 308 Rn. 17; vgl. Veil, in: Spindler/Stilz II (Fn. 32), § 308 Rn. 26.

<sup>89</sup> Vgl. Emmerich, in: Emmerich/Habersack (Fn. 30), § 308 Rn. 49.

<sup>90</sup> Vgl. Veil, in: Spindler/Stilz II (Fn. 32), § 308 Rn. 27.

<sup>91</sup> So die h. M., vgl. etwa OLG Düsseldorf, AG 1990, 490 (492); Koch, in: Hüffer/Koch (Fn. 31), § 308 Rn. 19; Emmerich, in: Emmerich/Habersack (Fn. 30), § 308 Rn. 61; a. A. Koppensteiner, in: KK-AktG VI (Fn. 32), § 308 Rn. 50 ff.; Veil, in: Spindler/Stilz II (Fn. 32), § 308 Rn. 31.

## (2) Faktischer Konzern

Problematisch hingegen sind nachteilige Veranlassungen im faktischen Konzern. Hier müssen zur Zulässigkeit die Nachteile während des Geschäftsjahres ausgeglichen, andernfalls ein Rechtsanspruch auf eine konkret bestimmte Ausgleichsart zu einer bestimmten Frist gewährt werden, § 311 AktG.<sup>92</sup> Diese Ausgleichsvarianten setzen voraus, dass die Vor- bzw. Nachteile auch bewertbar sind.<sup>93</sup> Die CSR-Nachteile sind jedoch nicht stets quantifizierbar: Während die Obergrenze des möglichen Nachteils durch übermäßige CSR-Umsetzungsmaßnahmen in den hierfür angefallenen Kosten liegt, lassen sich die in den genannten Fällen relevanten Reputationsschäden nicht beziffern. Spätestens hier wird ein Nachteilsausgleich misslingen, wodurch die entsprechende Veranlassung unzulässig ist.

### dd) Konsequenzen unzulässiger Konzernvorgaben

Somit stellt sich die Frage nach der Konsequenz einer unzulässigen Veranlassung. Nach § 317 Abs. 1 S. 1 AktG ist die herrschende AG schadensersatzpflichtig. Gleiches gilt für die bei der Veranlassung handelnden gesetzlichen Vertreter nach § 317 Abs. 3 AktG. In der Praxis wird sich der Konzern dieser Folge nicht dadurch entziehen können, dass das abhängige Unternehmen auf die Geltendmachung zur Wahrung des Konzernfriedens rechtlich oder tatsächlich verzichtet. Der Vorstand der abhängigen AG hat nach § 312 Abs. 1 AktG einen Bericht über die Beziehungen zum verbundenen Unternehmen aufzustellen, in dem er nachteilige Geschäfte zu benennen hat. Kommt er dieser Pflicht nicht nach, haftet er nach § 318 Abs. 1 S. 1 AktG neben dem herrschenden Unternehmen und dessen handelndem Vorstand.<sup>94</sup>

Die Ergebnisse des Berichts stellt der Aufsichtsrat der Hauptversammlung vor, § 314 Abs. 2 S. 1 AktG. Dadurch erhalten Minderheitsaktionäre Kenntnis von dem nachteiligen Geschäft und können, da sie nach § 317 Abs. 4 i. V. m. § 309 Abs. 4 S. 1 AktG klagebefugt sind,<sup>95</sup> die Schadensersatzansprüche geltend machen. Ein Verzicht der abhängigen AG auf Ersatzansprüche ist nach §§ 317 Abs. 4, 309 Abs. 3 S. 1 AktG nur durch einen Sonderbeschluss der

<sup>92</sup> *Grigoleit*, in: Grigoleit (Fn. 26), § 311 Rn. 49; *Bödeker*, in: Henssler/Strohn (Fn. 31), § 311 Rn. 28 ff.

<sup>93</sup> *Bödeker*, in: Henssler/Strohn (Fn. 31), § 311 Rn. 28.

<sup>94</sup> *Grigoleit*, in: Grigoleit (Fn. 26), § 318 Rn. 2 f.; *Habersack*, in: Emmerich/Habersack (Fn. 30), § 318 Rn. 4, 7.

<sup>95</sup> *Bödeker*, in: Henssler/Strohn (Fn. 31), § 317 Rn. 8.

außenstehenden Aktionäre und erst drei Jahre nach Entstehung des Anspruchs möglich,<sup>96</sup> sodass auch dies kein Mittel zur Umgehung des Problems ist.

### III. CSR-Einflussnahmemöglichkeiten durch Aufsichtsrat

Ebenso stellt sich im Rahmen des Konzernrechts die Frage nach möglichen CSR-Einflussnahmemöglichkeiten der herrschenden AG durch den von ihr mitgebildeten Aufsichtsrat der abhängigen AG (vgl. § 101 Abs. 1 S. 1 AktG). Hierzu sollen kurz einige Themenausschnitte beleuchtet werden. Auf die Darstellung bereits ausführlich erörterter Fragestellungen, beispielsweise inwiefern der Aufsichtsrat die Vergütung des Vorstands auf CSR-Aspekte ausrichten kann,<sup>97</sup> wird verzichtet.

#### 1. Vorstandsbesetzung und Wiederbesetzung

In der Praxis wird die herrschende AG versucht sein, bereits durch den Aufsichtsrat der abhängigen AG im Rahmen der Personalfrage bei der Vorstandsbesetzung (§ 84 Abs. 1 AktG) einen Kandidaten vorzuziehen, der auch bezüglich CSR-Belangen einen ihr genehmen Ansatz verfolgt. Ein Störgefühl ergibt sich in zweierlei Richtung. Zunächst erscheint es insbesondere beim faktischen Konzern als vorbestimmender Eingriff in die Geschäftsleitungsautonomie des Vorstands der abhängigen AG (§ 76 Abs. 1 AktG), wenn von vorne herein bestimmte Leitungsentscheidungen durch die Personenauswahl vorgegeben oder ausgeschlossen werden.<sup>98</sup> Insbesondere wäre es nach § 111 Abs. 4 S. 1 AktG unzulässig, alle konkreten CSR-Entscheidungen auf den Aufsichtsrat zu übertragen. Die Vorprägung der dann freien Leitungsentscheidung des jeweiligen Vorstandes durch Ausschluss von Personen mit unliebsamen Positionen ist jedoch in der Besetzungskompetenz angelegt und daher kein unzulässiger Übergriff.<sup>99</sup>

Ein Störgefühl ergibt sich noch stärker, wenn der Aufsichtsrat der abhängigen AG dessen Vorstand unter Aufzeigen möglicher Konsequenzen für eine Wiederbestellung eine CSR-Entscheidung „nahe legt“. Hier dürfte die Entscheidungsfreiheit bei ernstlicher Drohung derart eingeschränkt sein, dass von einem unzulässigen Übergriff in die Geschäftsleitungsautonomie ausgegangen werden kann.

---

<sup>96</sup> *Altmeyen*, in: MüKo-AktG II (Fn. 33), § 317 Rn. 103; *Bödeker*, in: Henssler/Strohn (Fn. 31), § 317 Rn. 11.

<sup>97</sup> Hierzu etwa *Harbarth* (Fn. 3), S. 379, 389 ff.; *Kapoor* (Fn. 33), S. 244 ff., 254 ff.

<sup>98</sup> Vgl. *Hommelhoff* (Fn. 13), S. 1364.

<sup>99</sup> *Ebd.*

Dieser Fall lässt sich auch im Licht der §§ 308, 311 AktG erneut kritisch bewerten. Erwägen ließe sich beim faktischen Konzern, dass dies eine Veranlassung seitens der herrschenden AG darstellt. Das würde voraussetzen, dass der Aufsichtsrat der abhängigen AG wegen der Wahlkompetenz der zu einem Großteil aus der herrschenden AG bestehenden Hauptversammlung der herrschenden AG zurechenbar ist.<sup>100</sup> Beim Vertragskonzern stellt sich die Frage, ob man hierin eine Weisungerteilung sehen kann, was jedenfalls voraussetzen würde, dass der vertretungsberechtigte Vorstand der herrschenden AG die Weisung an den Aufsichtsrat der abhängigen AG delegieren kann.<sup>101</sup>

## 2. Beratung und Zustimmungserfordernis

Zwar entziehen sich Geschäftsleitungsfragen, zu denen auch die CSR-Belange gehören, wie gezeigt der Übernahme durch den Aufsichtsrat. Doch ist besonders schwerwiegenden Gefahren für die AG bereits durch Überwachung vorzubeugen.<sup>102</sup> Wie erörtert kann in bestimmten, nicht aber in allen Fällen ein enormer Reputationsschaden durch *Explain*-CSR-Berichte und fehlende Konzeptumsetzung drohen.<sup>103</sup> In derartigen Konstellationen wird dem Aufsichtsrat kaum Ermessensspielraum (§ 116 i. V. m. § 93 AktG) verbleiben, keinen Zustimmungsvorbehalt nach § 111 Abs. 4 S. 2 AktG zu statuieren.<sup>104</sup> Freilich stellt sich wegen der dargestellten Interessenkonflikte das Folgeproblem der Letztentscheidungsbefugnis. Die herrschende AG kann auf diese Weise Entscheidungen des Vorstandes der abhängigen AG blockieren. Es versteht sich, dass die entwickelten Grundsätze zum nach dem Unternehmensprofil zu bestimmenden Sorgfaltsmaßstab auch für die Blockade durch den Aufsichtsrat gelten. Gleichwohl können sich in Grenzfällen Kompetenzschwierigkeiten ergeben, auf die hier aber nicht mehr eingegangen werden kann.

## D. Ergebnis

Obwohl die CSR-Berichtspflichten eine klare Regelung erfuhren und CSR-Maßnahmen gesetzlich intendiert sind, ergeben sich im Ergebnis Schwierigkeiten bezüglich des Sorgfaltsmaßstabs für Weisungen und Veranlassungen im

---

<sup>100</sup> Vgl. *Leuering/Goertz*, in: Hölters (Fn. 26), § 311 Rn. 41; *Grigoleit*, in: Grigoleit (Fn. 26), § 311 Rn. 17.

<sup>101</sup> Vgl. *Bödeker*, in: Hensler/Strohn (Fn. 31), § 308 Rn. 3 ff.; *Koch*, in: Hüffer/Koch (Fn. 31), § 308 Rn. 4 ff.

<sup>102</sup> *Hommelhoff* (Fn. 13), S. 1365.

<sup>103</sup> Dies als absoluten Regelfall ansehend *Hommelhoff* (Fn. 13), S. 1365.

<sup>104</sup> *Ebd.*

Konzern sowie Kompetenzprobleme bei Einflussnahmen der herrschenden AG durch den Aufsichtsrat der abhängigen AG.

Sowohl *Explain*-Berichte als auch ausufernde oder spärliche Umsetzungsmaßnahmen können für die abhängige AG nachteilig sein. Zur Bestimmung dessen ist die jeweilige CSR-Vorgabe auf erhebliche Brüche mit der Unternehmensstrategie, primär dem Gesellschaftszweck, sekundär dem Unternehmensgegenstand abzugleichen.

Angesichts der in aller Regel für die herrschende AG anzunehmenden Dienlichkeit der für die abhängige AG nachteiligen Weisung sind nachteilige CSR-Weisungen im Vertragskonzern für gewöhnlich möglich. Beim faktischen Konzern ist dies indes anders: Da die Zulässigkeit oft am Nachteilsausgleich scheitern wird, sind Schadensersatzforderungen, insbesondere solche, die von Aktionären geltend gemacht werden, zu befürchten.

Zur Erleichterung der Beurteilung der Nachteiligkeit sind CSR-Satzungsbestimmungen dienlich. Durch sie besteht für die herrschende AG eine extensivere oder beschränktere Möglichkeit von CSR-Vorgaben. Insoweit kann die herrschende AG bei satzungsändernder Mehrheit ihre Einflussnahmemöglichkeiten selbst graduell erweitern. Allein schon zu Zwecken der Rechtsklarheit für die Unternehmensführung sind CSR-Leitlinien in der Satzung empfehlenswert.

Im Rahmen der Vorstandsbesetzung kann die herrschende AG über den Aufsichtsrat der abhängigen AG Weichenstellungen treffen, die das Aufkommen von Weisungs- bzw. Veranlassungskonflikten reduzieren können. Zurückhaltung ist allerdings bei der Verweigerung von Zustimmungen geboten, da sich auch insoweit eine Pflichtverletzung des Aufsichtsrates ergeben kann.

**Philipp Hartlieb\***

## **Zur gesellschaftsvertraglichen Gestaltung der Ergebnisteilhabe der OHG-Gesellschafter**

### **Abstract**

Weil die Freundschaft beim Geld bekanntermaßen aufhört, handelt es sich bei dem Recht auf Gewinnbeteiligung um ein durchaus streitanfälliges Recht der OHG-Gesellschafter. Das Gesetz regelt deren Ergebnisteilhabe in den dispositiven §§ 120 – 122 HGB. Der Beitrag offenbart jedoch die Schwachstellen dieser gesetzlichen Regelung und entwickelt auf dieser Grundlage Vorschläge zur Gestaltung von Gesellschaftsverträgen, um eine interessengerechte Verteilung von Gewinn und Verlust unter den Gesellschaftern sicherzustellen.

---

\* Der Verfasser studiert seit dem Wintersemester 2015/2016 Rechtswissenschaften an der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg. Er ist als studentische Hilfskraft am Institut für deutsches und europäisches Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht, Lehrstuhl Prof. *Dr. Stefan J. Geibel, Maître en droit (Université Aix-Marseille III)*, und als wissenschaftlicher Mitarbeiter in der Sozietät *Caemmerer Lenz* in Karlsruhe tätig.

## A. Einleitung

Charakteristisch für die Personengesellschaft ist es, dass die Rechtsbeziehungen der Gesellschafter untereinander sowie zwischen den Gesellschaftern und der Gesellschaft privatautonom im Gesellschaftsvertrag ausgestaltet werden können, da das Verhältnis zu schützenswerten Dritten davon nicht beeinflusst wird.<sup>1</sup> Besondere Bedeutung kommt der gesellschaftsvertraglichen Gestaltung bei der Handhabung des zentralen und wichtigsten mitgliedschaftlichen Vermögensrechts der OHG-Gesellschafter, dem Recht auf Beteiligung am Gewinn der Gesellschaft, zu.<sup>2</sup> Auch wenn das Gesetz Regelungen über die Ergebnisteilhabe der Gesellschafter beinhaltet, müssen in der Praxis regelmäßig davon abweichende Vereinbarungen getroffen werden, um die Interessen der Beteiligten zu wahren. Denn auch bei der offenen Handelsgesellschaft, die nach dem gesetzlichen Leitbild eine Arbeits- und Haftungsgemeinschaft mit enger persönlicher Verbundenheit ist, besteht vor allem in finanziellen Angelegenheiten das Bedürfnis nach klaren, an die Umstände des Einzelfalls angepassten Regelungen, die die unterschiedlichen Beiträge der Gesellschafter bei der Ergebnisteilhabe angemessen berücksichtigen.<sup>3</sup>

Der Beitrag beleuchtet zunächst die gesetzliche Konzeption über die Ergebnisteilhabe der OHG-Gesellschafter und deren Entnahmerecht (**B.**). Sodann werden die Schwachstellen der gesetzlichen Regelungen ermittelt und daraus rückgeschlossen, inwiefern der Gesellschaftsvertrag vom Gesetz abweichen sollte (**C.**). Darauf aufbauend wird dargestellt, in welcher Weise der Gesellschaftsvertrag gestaltet werden kann, um die aufgezeigten Schwächen des Gesetzes zu kompensieren (**D.**). Schließlich wird dargelegt, wie der Gesellschaftsvertrag gestaltet sein muss, um eine Abweichung von den gesellschaftsvertraglichen Vereinbarungen über die Ergebnisteilhabe durch Mehrheitsbeschluss zu legitimieren (**E.**).

---

<sup>1</sup> *Lieder*, in: Oetker, 6. Aufl. 2019, § 109 Rn. 2; *Roth*, in: Baumbach/Hopt, 39. Aufl. 2020, § 109 Rn. 1 f.; Die gesetzlichen Regelungen über die Ausgestaltung des Innenverhältnisses treten hingegen hinter gesellschaftsvertraglichen Vereinbarungen zurück, § 109 HGB.

<sup>2</sup> *Ulmer*, Gewinnanspruch und Thesaurierung in OHG und KG, in: FS Lutter, 2000, S. 935 (935); *Priester*, in: MüKo-HGB II, 4. Aufl. 2016, § 120 Rn. 8.

<sup>3</sup> *Bitter*, Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. 2020, § 6 Rn. 66: „[...] weil die Zuordnung von Gewinn und Verlust bei einem wirtschaftlichen Unternehmen naturgemäß höchste Priorität hat“; *Ulmer* (Fn. 2), S. 935; *Schäfer*, in: Staub III, 5. Aufl. 2009, § 121 Rn. 1; *Lieder*, in: Oetker (Fn. 1), § 119 Rn. 41.



## B. Die gesetzliche Konzeption der Ergebnisverteilung

Wie die von einer OHG erzielten Gewinne und Verluste auf die Gesellschafter zu verteilen sind und unter welchen Umständen diesen ein Entnahmerecht zusteht, ist gesetzlich in den seit Erlass des Handelsgesetzbuches im Jahre 1897 unveränderten<sup>4</sup> §§ 120 bis 122 HGB geregelt. Zum einen enthält § 120 Abs. 1 HGB die gesellschaftsrechtliche Pflicht zur Ermittlung des Jahresergebnisses.<sup>5</sup> Hierbei sind die geschäftsführenden Gesellschafter zur Aufstellung eines Jahresabschlusses verpflichtet,<sup>6</sup> der im Anschluss von sämtlichen Gesellschaftern in einem Feststellungsbeschluss gebilligt werden muss.<sup>7</sup>

Zum anderen ordnet die Vorschrift an, dass für jeden Gesellschafter dessen individueller Anteil am Jahresergebnis berechnet wird. Die auf Grundlage dieser Berechnung auf ihn entfallenden Gewinne werden gemäß § 120 Abs. 2 HGB seinem Kapitalanteil zugeschrieben, wohingegen Entnahmen und auf ihn entfallende Verluste von seinem Kapitalanteil abgeschrieben werden. Da sich der Kapitalanteil dadurch ständig verändert, wird gemeinhin vom System der variablen Kapitalanteile gesprochen.<sup>8</sup> Es wird noch darzulegen sein, weshalb dieses System für die Praxis ungeeignet ist und daher in Gesellschaftsverträgen regelmäßig davon abgewichen wird.<sup>9</sup> Die Grundlage hierfür schafft zunächst eine nähere Betrachtung des Kapitalanteils, auf der die gesetzliche Ergebnisverteilung aufbaut.

### I. Der Kapitalanteil

#### 1. Kapitalanteil bei Leistung einer Einlage

Eingangs ist festzuhalten, dass das Gesetz in § 120 Abs. 2 HGB das Bestehen eines Kapitalanteils ohne weitere Definition voraussetzt.<sup>10</sup> Sofern die Gesellschafter zur Erfüllung ihrer Pflichten aus dem Gesellschaftsvertrag einen Beitrag in Form einer Einlage leisten, sind die dadurch zugeflossenen Vermögenswerte in der Bilanz der OHG zu aktivieren. Diese Aktivierung wird

<sup>4</sup> *Priester*, in: MüKo-HGB II (Fn. 2), § 120 Rn. 4.

<sup>5</sup> *Ebd.*, § 120 Rn. 2; §§ 242 ff. i. V. m. 6 Abs. 1 HGB normieren dagegen die öffentlich-rechtliche Pflicht der OHG zur Erstellung eines Jahresabschlusses.

<sup>6</sup> *Ulmer* (Fn. 2), S. 938.

<sup>7</sup> *Schäfer*, Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. 2018, § 8 Rn. 7; da die Feststellung des Jahresabschlusses nicht das Recht der Gesellschafter auf Gewinnbeteiligung beeinträchtigt, wird ein mehrheitlicher Feststellungsbeschluss bereits von einer allgemeinen Mehrheitsklausel legitimiert, vgl. BGHZ 170, 283 (283).

<sup>8</sup> *Grunewald*, Gesellschaftsrecht, 10. Aufl. 2017, § 2 Rn. 57; *Hoffmann/Bartlitz*, in: Heymann, 3. Aufl. 2020, § 120 Rn. 34.

<sup>9</sup> Siehe unten, C.

<sup>10</sup> *Roth*, in: Baumbach/Hopt (Fn. 1), § 120 Rn. 12.

auf der Passivseite der Bilanz unter dem Posten „Eigenkapital“<sup>11</sup> ausgeglichen.<sup>12</sup> In der Konsequenz entspricht das in der Eröffnungsbilanz ausgewiesene Eigenkapital der Summe der Einlagen der Gesellschafter.<sup>13</sup> Dieser Posten ist in die Kapitalanteile der einzelnen Gesellschafter zu unterteilen,<sup>14</sup> sodass der Kapitalanteil eines Gesellschafter anfanglich der Höhe seiner geleisteten Einlage entspricht.<sup>15</sup>

Die Rechtsnatur des Kapitalanteils ist in den hier nicht diskutierten Einzelheiten seit jeher umstritten.<sup>16</sup> Jedenfalls aber ist der Kapitalanteil kein selbständiges Recht des Gesellschafter, insbesondere keine Forderung gegen die Gesellschaft.<sup>17</sup> Der Kapitalanteil ist als Bilanzziffer zu definieren, die den Stand der Einlage des Gesellschafter und damit den Buchwert seiner Beteiligung wiedergibt.<sup>18</sup> Zu unterscheiden ist der Kapitalanteil also vom Vermögensanteil, da ersterer den Buchwert, letzterer den tatsächlichen Wert der Beteiligung angibt.<sup>19</sup> Da der Kapitalanteil eines Gesellschafter anfanglich der Höhe seiner Einlage entspricht, ist zu klären, ob auch Gesellschafter, die keine Einlage leisten, einen Kapitalanteil haben.

## 2. Kapitalanteil von Arbeitsgesellschaftern<sup>20</sup>

Bereits im Römischen Privatrecht war anerkannt, dass nicht nur das Einbringen von Kapital, sondern auch die Arbeitskraft des *socii* zulässiger Beitrag zu einer *societas* war.<sup>21</sup> Dieses Verständnis hat bis heute Bestand, da gemäß § 105 Abs. 3

---

<sup>11</sup> So auch § 247 Abs. 1 HGB.

<sup>12</sup> *Huber*, Vermögensanteil, Kapitalanteil und Gesellschaftsanteil an Personalgesellschaften des Handelsrechts, 1970, S. 175 f.

<sup>13</sup> *Ebd.*

<sup>14</sup> *Ebd.*, S. 176; *Frese*, Die Rechtsnatur der Gesellschafterkonten, 2015, S. 10; vgl. auch *Sieker*, Gesellschafterkonten bei der Personengesellschaft, NotBZ 2017, 293 (296), die auch vom „auf der Passivseite der Bilanz auszuweisenden Kapitalanteil [des] Gesellschafter“ spricht.

<sup>15</sup> *Huber* (Fn. 12), S. 218; *Roth*, in: Baumbach/Hopt (Fn. 1), § 120 Rn. 14.

<sup>16</sup> Vgl. zum Streitstand *Huber* (Fn. 12), S. 215 ff.

<sup>17</sup> *Hoffmann/Bartlitz*, in: Heymann (Fn. 8), § 120 Rn. 35; *Roth*, in: Baumbach/Hopt (Fn. 1), § 120 Rn. 12 f.

<sup>18</sup> *Huber* (Fn. 12), S. 228; *Gummert*, in: MünchHdbGesR I, 5. Aufl. 2019, § 13 Rn. 22; *Hoffmann/Bartlitz*, in: Heymann (Fn. 8), § 120 Rn. 34; *Oppenländer*, Zivilrechtliche Aspekte der Gesellschafterkonten der OHG und KG, DStR 23/99, 939 (940); *Sieker* (Fn. 14), S. 297.

<sup>19</sup> *Schäfer* (Fn. 7), § 8 Rn. 2.

<sup>20</sup> Begrifflichkeit stammt aus § 109 Abs. 2 UGB (österreichisches Unternehmensgesetzbuch).

<sup>21</sup> *Fleischer/Pendl*, Der Arbeitsgesellschafter im Personengesellschaftsrecht, WM 2017, 881 (881).

HGB i. V. m. § 706 Abs. 3 BGB die Verpflichtung zur Führung der Geschäfte der Gesellschaft ein ausreichender Beitrag ist und nicht notwendigerweise eine verwertbare Einlage geleistet werden muss.<sup>22</sup> Allerdings fließt der Gesellschaft durch ein Dienstleistungsversprechen kein unmittelbarer Vermögenswert zu, sodass das Arbeitsversprechen im Gegensatz zu Bar- oder Sacheinlagen nicht bilanzfähig ist.<sup>23</sup> Daraus folgt, dass dem Arbeitsgesellschafter, der keine Kapitaleinlage leistet, zunächst kein Kapitalanteil zusteht.<sup>24</sup> Dieser kann sich lediglich einen Kapitalanteil aufbauen, indem er auf ihn entfallende Gewinne nicht entnimmt.<sup>25</sup> Gleiches gilt von Gesellschaftern, die bloß durch Übernahme des Haftungsrisikos einen Beitrag zur Gesellschaft leisten.

## **II. Die Zuschreibung von Gewinnen und die Abschreibung von Verlusten, §§ 120 Abs. 2, 121 HGB**

Wenn das Jahresergebnis der OHG ermittelt wurde, werden den Kapitalanteilen der Gesellschafter die auf sie entfallenden Gewinne zu- oder die Verluste abgeschrieben, § 120 Abs. 2 HGB. Die konkrete Verfahrensweise hierfür ist in § 121 HGB geregelt, wonach sich die Verlust- von der Gewinnverteilung unterscheidet.

### **1. Verteilung von Verlusten**

Sofern der Jahresabschluss der OHG Verluste ausweist, werden diese gleichmäßig auf alle Gesellschafter unabhängig vom Stand der Kapitalanteile nach Köpfen verteilt, § 121 Abs. 3 Var. 2 HGB. Der Verlustanteil eines Gesellschafters belastet sodann dessen Kapitalanteil, das heißt der Kapitalanteil wird gemindert.<sup>26</sup> Die gesetzlich vorgesehene Verlustverteilung nach Köpfen wird teilweise damit begründet, dass ohnehin alle Gesellschafter gemäß §§ 128ff. HGB unbeschränkt persönlich für die Gesellschaftsschulden haften.<sup>27</sup> Diesem Argument ist jedoch entgegenzuhalten, dass hierbei die Beziehungen der Gesellschafter im Innenverhältnis mit der Haftung im Außenverhältnis vermengt werden. Vielmehr ist die rechtsgeschichtlich begründete Vorstellung zugrunde zu legen, dass ungleiche Kapitalbeteiligungen durch entsprechenden Arbeitseinsatz, Kontakte oder Ansehen kompensiert werden und damit im Sinne

<sup>22</sup> Schäfer, in: MüKo-BGB VI, 7. Aufl. 2017, § 709 Rn. 14.

<sup>23</sup> K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, S. 574.

<sup>24</sup> Selle, Gewinnverteilung bei der OHG – Eine ökonomisch gerechte Regelung?, DB 1993, 2040 (2040).

<sup>25</sup> Huber (Fn. 12), S. 203; Selle (Fn. 24), S. 2041; Priester, in: MüKo-HGB II (Fn. 2), § 120 Rn. 91.

<sup>26</sup> Klimke, in: BeckOK-HGB, Stand 15.04.2020, § 121 Rn. 14.

<sup>27</sup> So noch Emmerich, in: Heymann, 1. Aufl. 1989, § 121 Rn. 10; Ebricke, in: E/B/J/S, 4. Aufl. 2020, § 121 Rn. 13.

des Gleichbehandlungsgrundsatzes eine gleichmäßige Verlusttragung angemessen ist.<sup>28</sup>

## 2. Verteilung von Gewinnen

Die Verteilung des festgestellten Jahresgewinns der OHG erfolgt hingegen in zwei Schritten. Zunächst wird der Kapitalanteil jedes Gesellschafters aus dem Jahresgewinn mit 4% verzinst, § 121 Abs. 1 S. 1 HGB.<sup>29</sup> Dadurch sollen die Kapitalbeiträge der Gesellschafter bei der Gewinnverteilung honoriert werden, da sie mit ihrem Kapitalanteil das Eigenkapital der Gesellschaft stärken.<sup>30</sup> Diese Verzinsung wird gemeinhin auch als Vorzugsdividende oder Vorausgewinn bezeichnet.<sup>31</sup> Sofern im Anschluss an die Verteilung der Vorzugsdividenden noch ein Gewinn verbleibt, wird der restliche Gewinn auf alle Gesellschafter gleichmäßig nach Köpfen verteilt, § 121 Abs. 3 1. Fall HGB. Mit der Verteilung des Restgewinns nach Köpfen soll ebenfalls dem Gleichbehandlungsgrundsatz entsprochen werden.<sup>32</sup> Der in diesen Schritten ermittelte Gewinnanteil jedes Gesellschafters wird dessen Kapitalanteil zugeschrieben, sodass sich dieser erhöht.

## 3. Einlagen und Entnahmen

§ 120 Abs. 2 Hs. 2 HGB weist ausdrücklich darauf hin, dass vom Gesellschafter getätigte Entnahmen seinem Kapitalanteil abgeschrieben werden. Leistet der Gesellschafter andererseits weitere Einlagen, so werden diese seinem Kapitalanteil zugeschrieben.<sup>33</sup>

## 4. Entnahmerecht, § 122 HGB

Die rechnerische Verteilung des Jahresergebnisses ist von dem Entnahmerecht des Gesellschafters zu trennen.<sup>34</sup> Während bei der Verteilung lediglich der Kapitalanteil des Gesellschafters verändert wird, handelt es sich bei Entnahmen

---

<sup>28</sup> *Von Vangerow*, Lehrbuch der Pandekten, 7. Aufl. 1869, § 655, S. 484; *Fleischer/Pendl* (Fn. 21), S. 884; *Priester*, in: MüKo-HGB II (Fn. 2), § 121 Rn. 23.

<sup>29</sup> Sofern der Gewinn hierfür nicht ausreicht, ist ein entsprechend niedrigerer Prozentsatz anzuwenden, § 121 Abs. 1 S. 2 HGB.

<sup>30</sup> *Schubert/Schmiedel/Krampe*, Quellen zum HGB, 1987, S. 1022; *Paulick*, Das Problem der Gewinnverteilung bei Familienpersonengesellschaften in handelsrechtlicher und steuerrechtlicher Sicht, FS Laufke, 1971, S. 193 (198).

<sup>31</sup> *Paulick* (Fn. 30), S. 196.

<sup>32</sup> *Klimke*, in: BeckOK-HGB (Fn. 26), § 121 Rn. 10; *Schäfer*, in: Staub III (Fn. 3), § 121 Rn. 15.

<sup>33</sup> *Roth*, in: Baumbach/Hopt (Fn. 1), § 120 Rn. 14.

<sup>34</sup> *Wünsch*, Die Gesellschafterkonten einer Personalgesellschaft in juristischer Sicht, GesRZ 1974, 34 (34).

gemäß § 122 HGB um vermögenswerte Zuwendungen der Gesellschaft an den Gesellschafter, insbesondere durch Zahlungen.<sup>35</sup> Die gesetzliche Regelung sieht in § 122 Abs. 1 Hs. 1 HGB vor, dass jedem Gesellschafter ein Entnahmerecht in Höhe von 4% seines Kapitalanteils aus der letzten Jahresbilanz zusteht. Hierbei ist hervorzuheben, dass dieses Recht unabhängig davon besteht, ob die Gesellschaft zuletzt Gewinne erzielt hat oder nicht.<sup>36</sup> Das gewinnunabhängige Entnahmerecht lässt sich mit dem Grundgedanken der OHG als Arbeits- und Haftungsgemeinschaft rechtfertigen. Da die Gesellschafter mitunter ihre gesamte Arbeitskraft in die OHG investieren, sind sie zur Bewältigung ihres Lebensunterhalts auf Entnahmen aus der Gesellschaft angewiesen.<sup>37</sup>

Einen über diese 4% hinausgehenden Gewinnanteil kann der Gesellschafter gemäß § 122 Abs. 1 Hs. 2 HGB ebenfalls entnehmen, soweit die Auszahlung nicht zum offenbaren Schaden der Gesellschaft gereicht. Ein offener Schaden droht erst, wenn der Gesellschaftszweck durch die Entnahme gefährdet würde oder die Gesellschaft das Kapital für bereits eingeleitete Maßnahmen benötigt.<sup>38</sup> Mithin verankert das Gesetz die Möglichkeit einer vollständigen Entnahme des auf einen Gesellschafter entfallenden Gewinnanteils.<sup>39</sup> Das Entnahmerecht ist ein verhaltener Anspruch des Gesellschafters gegen die Gesellschaft, der mit Geltendmachung fällig und durchsetzbar wird.<sup>40</sup> Macht ein Gesellschafter sein Entnahmerecht nicht geltend, so verbleibt der Betrag auf seinem Kapitalanteil.<sup>41</sup>

### III. Variabler Kapitalanteil auf Kapitalkonto

Der Kapitalanteil eines Gesellschafters ist nach alledem eine variable Größe.<sup>42</sup> Entspricht er zunächst noch der Höhe seiner Einlage, so verändert er sich jährlich durch die Zuschreibung von Gewinnen und Einlagen sowie durch die Abschreibung von Verlusten und Entnahmen.<sup>43</sup> Mit der Veränderung des Kapitalanteils fließen dem Gesellschafter noch keine Mittel zu.<sup>44</sup> Hierfür muss er von seinem Entnahmerecht aus § 122 Abs. 1 HGB Gebrauch machen.

<sup>35</sup> Hoffmann/Bartlitz, in: Heymann (Fn. 8), § 122 Rn. 4.

<sup>36</sup> Grunewald (Fn. 8), § 2 Rn. 56.

<sup>37</sup> Ulmer (Fn. 2), S. 949.

<sup>38</sup> Schön, in: Max Hachenburg Fünfte Gedächtnisvorlesung, 2002, 17 (36); Grunewald (Fn. 8), § 2 Rn. 56.

<sup>39</sup> Schön (Fn. 38), S. 30; Ebricke, in: E/B/J/S (Fn. 27), § 122 Rn. 35.

<sup>40</sup> Hoffmann/Bartlitz, in: Heymann (Fn. 8), § 122 Rn. 6; Priester, in: MüKo-HGB II (Fn. 2), § 122 Rn. 8; Klümke, in: BeckOK-HGB (Fn. 26), § 122 Rn. 6.

<sup>41</sup> Saenger, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2018, Rn. 279.

<sup>42</sup> Wünsch (Fn. 34), S. 35.

<sup>43</sup> Schäfer (Fn. 7), § 8 Rn. 3.

<sup>44</sup> Bitter (Fn. 3), § 6 Rn. 67.

Zur Feststellung des Kapitalanteils wird für jeden Gesellschafter nur ein Kapitalkonto geführt, in dem die beschriebenen laufenden Veränderungen einheitlich verbucht werden.<sup>45</sup> Der Saldo des Kapitalkontos am Ende des Geschäftsjahres entspricht also dem Kapitalanteil des Gesellschafters.<sup>46</sup> Dieser bildet sodann die Grundlage für die Berechnung der Vorzugsdividende, das Kapitalentnahmerecht und das Auseinandersetzungsguthaben.<sup>47</sup> Im Gegensatz dazu sind *de lege lata* weder das Stimmrecht bei Gesellschafterbeschlüssen noch die Gewinn- und Verlustbeteiligung von den Kapitalanteilen abhängig.<sup>48</sup>

### C. Schwachstellen der gesetzlichen Konzeption

In Gesellschaftsverträgen werden die gesetzlichen Regelungen über Ergebnisverteilung und Entnahmerechte indes regelmäßig abbedungen.<sup>49</sup> Um jedoch Rückschlüsse für eine interessengerechte Vertragsgestaltung ziehen zu können, bedarf es zunächst einer Untersuchung der gesetzlichen Schwachstellen. Diese offenbaren sodann, inwiefern der Gesellschaftsvertrag vom Gesetz abweichen sollte.

#### I. Kritik an der Ergebnisverteilung nach Köpfen gemäß § 121 Abs. 3 HGB

Der nach Verteilung der Vorabgewinnanteile verbleibende Gewinn sowie Verluste werden gemäß § 121 Abs. 3 HGB unter den Gesellschaftern nach Köpfen verteilt. Dieser Regelung entsprach bereits Art. 109 ADHGB, wonach der nach Verzinsung der Kapitalanteile verbleibende Gewinn und der Verlust ebenfalls nach Köpfen verteilt wurden. Das Leitbild des Gesetzgebers von einer Arbeitsgemeinschaft, in der die Arbeitsleistungen aller Gesellschafter denselben Wert haben, während Unterschiede in der Kapitalbeteiligung durch die Vorzugsdividende aus § 121 Abs. 1 HGB angemessen berücksichtigt werden,<sup>50</sup> entspricht indessen regelmäßig nicht den in der Praxis vorzufindenden Gesellschaften. Dort ist mitunter denkbar, dass einzelne Gesellschafter der Gesellschaft in großem Umfang Kapital für den Betrieb des Gewerbes bereitstellen, während andere Gesellschafter mit verhältnismäßig geringeren Beiträgen beteiligt sind. Da mit der Leistung einer Einlage zugleich das Risiko des Ausfalls verbunden ist, soll der Ergebnisanteil eines Gesellschafters von

---

<sup>45</sup> Schäfer, in: Staub III (Fn. 3), § 120 Rn. 59; *Wünsch* (Fn. 34), S. 36.

<sup>46</sup> *Huber* (Fn. 12), S. 177.

<sup>47</sup> *Frese* (Fn. 14), S. 6.

<sup>48</sup> *Oppenländer* (Fn. 18), S. 940.

<sup>49</sup> *Grunewald* (Fn. 8), § 2 Rn. 57.

<sup>50</sup> *Paulick* (Fn. 30), S. 198; *Fleischer/Pendl* (Fn. 21), S. 883.

seiner Beteiligung an der Gesellschaft abhängig sein, um das Ungleichgewicht in der Risikotragung zu kompensieren.<sup>51</sup>

### 1. Berücksichtigung der Einlagen

Zunächst kann zur Berücksichtigung der Einlagenleistungen bei der Ergebnisteilhaber angedacht werden, § 121 Abs. 3 HGB dahingehend abzubedingen, dass der verbleibende Gewinn und Verluste nach dem Verhältnis der variablen Kapitalanteile der Gesellschafter verteilt werden. Eine solche Anknüpfung hat jedoch zur Folge, dass sich mit Veränderung des Kapitalanteils auch der Verteilungsmaßstab jährlich ändert.<sup>52</sup> Dieses Ergebnis ist insbesondere aus Gründen des Minderheitenschutzes unsachgemäß. So kann ein vermöglicher Gesellschafter, der nicht regelmäßig auf Entnahmen aus der Gesellschaft angewiesen ist, seinen Kapitalanteil durch Stehenlassen der auf ihn entfallenden Gewinne stetig erhöhen. Mit dem Anstieg seines Kapitalanteils wächst sodann auch seine verhältnismäßige Gewinnbeteiligung in den Folgejahren. Im Gegensatz dazu verringert sich der Gewinnanteil desjenigen Gesellschafters, der Entnahmen zur Bestreitung seines Lebensunterhalts tätigen muss, da er keine weiteren Einkünfte hat.<sup>53</sup>

Aus diesem Grund werden die Gesellschafter regelmäßig ein konstantes Verteilungsverhältnis bevorzugen, um überraschende Verschiebungen in Abhängigkeit von Entnahmeentscheidungen zu vermeiden.<sup>54</sup> Außerdem versagt die Anknüpfung an die variablen Kapitalanteile, wenn negative Kapitalanteile vorliegen, da ein Gesellschafter mit negativem Kapitalanteil überhaupt nicht am Gewinn partizipieren würde.<sup>55</sup> Der Gesellschaftsvertrag sollte daher Vorkehrungen für eine feste, unveränderliche Größe treffen, die als Grundlage für die Ergebnisverteilung dient. Im Übrigen könnte diese Größe auch Bezugspunkt für das Stimmgewicht sein, da eine mehrheitliche Beschlussfassung nach Köpfen, wie sie § 119 Abs. 2 HGB vorsieht, aus denselben Gründen nicht interessengerecht ist.<sup>56</sup>

---

<sup>51</sup> BGH, NJW 1982, 2816 (2817); Schön (Fn. 38), S. 43; Eisenhardt, Gesellschaftsrecht, 14. Aufl. 2009, Rn. 239; Huber (Fn. 12), S. 236.

<sup>52</sup> Oppenländer (Fn. 18), S. 940.

<sup>53</sup> Huber (Fn. 12), S. 239; Eisenhardt (Fn. 51), Rn. 241.

<sup>54</sup> Frese (Fn. 14), S. 27; Huber (Fn. 12), S. 237; Schäfer, in: Staub III (Fn. 3), § 120 Rn. 60.

<sup>55</sup> Flume, Die Personengesellschaft, 1977, § 11 II 3; Oppenländer, (Fn. 18), S. 940; Huber, Gesellschafterkonten in der Personengesellschaft, ZGR 1988, 1 (43).

<sup>56</sup> Freitag, in: E/B/J/S (Fn. 27), § 119 Rn. 44; Schäfer, in: Staub III (Fn. 3), § 119 Rn. 50.

## 2. Berücksichtigung anderer Beiträge

Auf zweiter Stufe ist zu bedenken, dass die Verteilung nach Köpfen nicht nur die Verhältnisse der Kapitalbeteiligungen, sondern auch die Unterschiede in den Arbeits- und Haftungsleistungen außer Acht lässt.<sup>57</sup> Das Gesetz geht dabei von der Gleichartigkeit aller Beitragsleistungen aus, die bereits durch die Gewinnbeteiligung abgegolten werden.<sup>58</sup> In der Realität unterscheiden sich die Arbeits- und Haftungsleistungen der einzelnen Gesellschafter in ihrem Umfang jedoch mitunter erheblich.<sup>59</sup> Eine davon unabhängige, gleichmäßige Ergebnisverteilung könnte zur Unzufriedenheit der Gesellschafter führen, deren Einsatzbereitschaft für die Gesellschaft hemmen und das Vertrauensverhältnis der Gesellschafter untereinander langfristig belasten.<sup>60</sup>

Ergänzend zum festgestellten Bedürfnis nach einer unveränderlichen Bezugsgröße sollte der Gesellschaftsvertrag daher Vorkehrungen treffen, wodurch bei der Ergebnisteilhaber neben dem Kapitaleinsatz auch Beiträge in Form von Arbeitsleistungen und der Übernahme von Haftungsrisiken in einem angemessenen Verhältnis berücksichtigt werden.<sup>61</sup>

## II. Kritik an der Verzinsung des variablen Kapitalanteils gemäß § 121 Abs. 1 HGB

Die variablen Kapitalanteile der Gesellschafter werden gemäß § 121 Abs. 1 HGB jährlich mit 4%<sup>62</sup> aus dem Jahresgewinn verzinst. Da diese Vorzugsdividende an den Kapitalanteil anknüpft, steht Gesellschaftern, die keinen Kapitalanteil haben<sup>63</sup> oder deren Kapitalanteil durch Verlustabschreibungen und Entnahmen negativ wurde, kein Vorzugsgewinnanteil zu.<sup>64</sup>

Die Problematik dieser Regelung wird durch das Beispiel eines Gesellschafters verdeutlicht, der seine gesamte Arbeitskraft der Gesellschaft gewidmet hat, dessen Kapitalanteil jedoch durch Entnahmen zur Bestreitung seines

<sup>57</sup> *Paulick* (Fn. 30), S. 197; *Priester*, in: MüKo-HGB II (Fn. 2), § 121 Rn. 27; *Klimke*, in: BeckOK-HGB (Fn. 26), § 121 Rn. 15; *Schäfer*, in: Staub III (Fn. 3), § 121 Rn. 21.

<sup>58</sup> *Selle* (Fn. 24), S. 2041; *Ravert*, in: MüKo-HGB II (Fn. 2), § 114 Rn. 77.

<sup>59</sup> So weist *Selle* darauf hin, dass die Haftungsleistung eines vermögenden Gesellschafters höher zu bewerten ist als die eines Gesellschafters, der nur über ein geringes haftendes Privatvermögen verfügt; vgl. *Selle* (Fn. 24), S. 2042.

<sup>60</sup> *Priester*, in: MüKo-HGB II (Fn. 2), § 121 Rn. 27; *Paulick* (Fn. 30), S. 198.

<sup>61</sup> *Priester*, in: MüKo-HGB II (Fn. 2), § 121 Rn. 27; *Schäfer*, in: Staub III (Fn. 3), § 121 Rn. 18.

<sup>62</sup> Oder einem entsprechend niedrigeren Prozentsatz, § 121 Abs. 1 S. 2 HGB.

<sup>63</sup> Siehe oben zum Arbeitsgesellschafter, **B. I. 2.**

<sup>64</sup> *Klimke*, in: BeckOK-HGB (Fn. 26), § 121 Rn. 5.



Lebensunterhalts negativ wurde. Jener Gesellschafter würde bei der Verteilung der Vorzugsdividende nicht berücksichtigt, wenn die Gesellschaft im Folgejahr – auch durch seine Arbeitsleistung – Gewinne erzielt. Gleichfalls erginge es einem Gesellschafter, der überhaupt keine Einlage geleistet hat und stattdessen ausschließlich seine Arbeitskraft als Beitrag zur OHG leistet.<sup>65</sup>

Allerdings führt nicht die Verzinsung von Kapitalkonten per se zur Ungerechtigkeit. Vielmehr ist die Verzinsung des variablen Kontos sogar ein legitimes Mittel, um den Gesellschaftern einen Anreiz zur Stärkung des Eigenkapitals durch Gewinnthesaurierung zu bieten.<sup>66</sup> Auch aus den Quellen zum Handelsgesetzbuch ergibt sich, dass eine Honorierung der Kapitalbeteiligungen ihrer Höhe entsprechend durchaus gewollt war.<sup>67</sup>

Problematisch erscheint indes auch hier, dass die Arbeitsleistung des Gesellschafter in der gesetzlichen Vorabgewinnverteilung ebenfalls keine Berücksichtigung findet. Fällt der Jahresgewinn der Gesellschaft so gering aus, dass er bereits durch die Verzinsung der Kapitalanteile aufgebraucht ist, so erhielten jene Gesellschafter überhaupt keinen Gewinnanteil. Das führt faktisch dazu, dass Kapitaleinlagen bevorzugt gegenüber Beiträgen in Form von Arbeits- oder Haftungsleistungen behandelt werden.<sup>68</sup> Dieses Ergebnis ist schlechthin ungerecht und entspricht regelmäßig nicht den Interessen der Gesellschafter.

Daraus folgt ebenfalls das Bedürfnis nach einer gesellschaftsvertraglichen Regelung, die dem Interesse der geschäftsführenden Gesellschafter gerecht wird und deren Arbeitsleistung für die Gesellschaft berücksichtigt. Im Übrigen wird der konstante Zinssatz<sup>69</sup> in Höhe von 4% kritisiert, da er die Bereitstellung von Kapital nicht angemessen honoriert. Viel eher sollte sich der Zinssatz im Einzelfall an dem einer alternativen Kapitalanlage orientieren.<sup>70</sup>

### III. Kritik am Entnahmerecht der Gesellschafter gemäß § 122 Abs. 1 HGB

Die gesetzliche Regelung über das gewinnunabhängige Entnahmerecht in Höhe von 4% des Kapitalanteils sowie die grundsätzlich vorgesehene Vollausschüttung des gesamten Gewinnanteils sind in der Praxis oftmals nicht sachgerecht.

---

<sup>65</sup> *Selle* (Fn. 24), S. 2041.

<sup>66</sup> *Flume* (Fn. 55), § 11 II 2; *Schäfer*, in: Staub III (Fn. 3), § 121 Rn. 31; so auch *Oppenländer* (Fn. 18), S. 940.

<sup>67</sup> *Schubert/Schmiedel/Krampe* (Fn. 30), S. 1022.

<sup>68</sup> *Hueck*, Das Recht der OHG, 4. Aufl. 1971, § 17 II 2, S. 245; *Selle* (Fn. 24), S. 2041.

<sup>69</sup> Einen entsprechenden Gewinn vorausgesetzt.

<sup>70</sup> *Selle* (Fn. 24), S. 2041.

Einerseits ist ein Entnahmerecht in Höhe von 4% des Kapitalanteils für einen geschäftsführenden Gesellschafter, der der Gesellschaft seine gesamte Arbeitskraft zur Verfügung stellt und daher keine weiteren Einkünfte erzielt, mitunter deutlich zu gering, um seinen Lebensunterhalt zu finanzieren. Darüber hinaus tragen die Gesellschafter gemäß § 15 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 EStG persönlich die Steuerlast für die auf sie entfallenden Gewinnanteile unabhängig davon, ob der Gewinnanteil kraft Gesetzes oder Gesellschaftsvertrag entnahmefähig ist oder in der Gesellschaft thesauriert wird.<sup>71</sup> Andererseits trägt die gesetzlich eröffnete Möglichkeit einer vollständigen Entnahme<sup>72</sup> des Gewinnanteils nicht dem Umstand Rechnung, dass die Gesellschaft zur Erhaltung ihrer Bestands- und Widerstandsfähigkeit Rücklagen bilden muss.<sup>73</sup> Der hierfür vorgesehene Vorbehalt des „offenbaren Schadens“ ist weder ausreichend transparent noch flexibel.<sup>74</sup>

Darüber hinaus ist der Umstand zu kritisieren, dass das Entnahmerecht erlischt, wenn es nicht bis zur Feststellung des nächsten Jahresabschlusses geltend gemacht wird.<sup>75</sup> Auf dem Kapitalkonto stehengelassene Gewinne können danach nicht mehr entnommen werden. In der Folge werden künftige entnahmefähige und die nicht (mehr) entnahmefähigen Gewinne auf einem Kapitalkonto verbucht. Dadurch werden Fremd- und Eigenkapital der Gesellschaft auf einem Konto vermischt, sodass die insbesondere für Banken bedeutsame Eigenkapitalquote nicht erkennbar ist.<sup>76</sup> Dieses Ergebnis ist nicht sachgerecht, sondern intransparent und irreführend.<sup>77</sup>

Es ist daher festzuhalten, dass der Gesellschaftsvertrag eine Abwägung zwischen dem Selbstfinanzierungsbedürfnis der Gesellschaft und dem dringenden Entnahmebedürfnis der Gesellschafter zur Finanzierung ihres Lebensunterhalts und der Steuerlast vornehmen muss. Insbesondere soll die vertragliche Regelung flexible Anpassungen im Einzelfall und eine Trennung entnahmefähiger von nicht entnahmefähigen Gewinnen ermöglichen.<sup>78</sup>

---

<sup>71</sup> Hoffmann/Bartlitz, in: Heymann (Fn. 8), § 122 Rn. 22; Schön (Fn. 38), S. 31, 41.

<sup>72</sup> Vorbehaltlich des Nichtvorliegens eines „offenbaren Schadens“, § 122 Abs. 1 Hs. 2.

<sup>73</sup> BGHZ, 132, 263, 276; Wertenbruch, Gewinnausschüttung und Entnahmepaxis in der Personengesellschaft, NZG 2005, 665 (665); Klimke, in: BeckOK-HGB (Fn. 26), § 122 Rn. 23; Priester, in: MüKo-HGB II (Fn. 2), § 122 Rn. 48.

<sup>74</sup> Schäfer, in: Staub III (Fn. 3), § 122 Rn. 24.

<sup>75</sup> Ebd., Rn. 10.

<sup>76</sup> Giehl, Gesellschaftsvertrag einer oHG Formular, 52. Edition 2020, Rn. 11; Oppenländer (Fn. 18), S. 942.

<sup>77</sup> Huber (Fn. 55), S. 45 f.; Oppenländer (Fn. 18), S. 940; Sieker (Fn. 14), S. 297.

<sup>78</sup> Huber (Fn. 55), S. 46; Priester, in: MüKo-HGB II (Fn. 2), § 122 Rn. 50.

#### **IV. Zusammenfassung: Ausblick für die Vertragsgestaltung**

Die gesetzliche Konzeption über die Ergebnisteilhaber der Gesellschafter weist grundlegende Unzulänglichkeiten auf. Der Ausgleich dieser Schwächen im Interesse der Gesellschafter ist Aufgabe der Kautelarjurisprudenz. So sollte bei der gesellschaftsvertraglichen Gestaltung der Ergebnisteilhaber eine feste Größe als Maßstab für die Ergebnisverteilung geschaffen werden. Einlagen-, Arbeits- und Haftungsleistungen der Gesellschafter sind angemessen zu berücksichtigen. Insbesondere ist der Schlechterstellung der in der Gesellschaft tätigen Gesellschafter entgegenzuwirken.<sup>79</sup> Den Gesellschaftern ist unter Umständen ein höheres Entnahmerecht zuzugestehen. Andererseits sollen zum Wohl der Gesellschaft finanzielle Rücklagen gebildet werden.

#### **D. Die vertraglichen Gestaltungsmöglichkeiten**

Aufgrund der grundlegenden Schwächen des Gesetzes weicht die Kautelarjurisprudenz regelmäßig umfassend davon ab. Da abweichende Vereinbarungen über die Ergebnisteilhaber lediglich das Innenverhältnis der Gesellschafter untereinander betreffen, handelt es sich bei den §§ 120 – 122 HGB um dispositives Recht.<sup>80</sup> Die unbeschränkte persönliche Haftung jedes Gesellschafter im Außenverhältnis bleibt von der gesellschaftsvertraglichen Gestaltung gemäß § 128 S. 2 HGB indessen unberührt, sodass etwaige Gläubigerinteressen nicht zu berücksichtigen sind. Lediglich § 138 BGB beschränkt die Privatautonomie der Gesellschafter.<sup>81</sup>

So können bei der gesellschaftsvertraglichen Gestaltung sowohl die Ergebnisverteilung als auch das Entnahmerecht vom Gesetz abweichend geregelt werden. Es soll daher zunächst dargestellt werden, in welcher Weise sich die Gesellschafter über die Aufteilung erzielter Gewinne oder Verluste einigen können (**I. bis IV.**). Im Anschluss wird herausgearbeitet, wie bei der Gestaltung des Gesellschaftsvertrags das Ausschüttungsinteresse der Gesellschafter und das Thesaurierungsinteresse der Gesellschaft in Einklang gebracht werden können (**V.**).

#### **I. Gewinnverteilung nach dem Verhältnis fester Kapitalanteile**

Weder eine Verteilung des Jahresgewinns nach Köpfen noch eine Verteilung im Verhältnis der variablen Kapitalanteile führen regelmäßig zu interessengerechten

---

<sup>79</sup> *Paulick* (Fn. 30), S. 198.

<sup>80</sup> § 109 HGB; *Priester*, in: MüKo-HGB II (Fn. 2), § 120 Rn. 100.

<sup>81</sup> *Paulick* (Fn. 30), S. 198.

Ergebnissen.<sup>82</sup> Vielmehr soll der Gewinn im Verhältnis fester Kapitalanteile auf die Gesellschafter verteilt werden, um unerwartete Verschiebungen der Beteiligungsverhältnisse zu vermeiden.<sup>83</sup> Die Grundlage hierfür schafft der Gesellschaftsvertrag, in dem zunächst die festen Kapitalanteile gebildet werden und sodann die Gewinnverteilung daran angeknüpft wird.

### 1. Der feste Kapitalanteil als Beteiligungsquote

Das Gesetz sieht je Gesellschafter lediglich ein Kapitalkonto vor, auf dem dessen variabler Kapitalanteil dargestellt wird.<sup>84</sup> Mithilfe einer gesellschaftsvertraglichen Vereinbarung wird dieses variable Kapitalkonto gezwerteilt.<sup>85</sup> Es entstehen dadurch je Gesellschafter ein festes Kapitalkonto I und ein variables Kapitalkonto II. Auf Festkapitalkonto I wird ein konstant bleibender Betrag gutgeschrieben, der zumeist der vereinbarten<sup>86</sup> Einlage des Gesellschafters entspricht.<sup>87</sup> Dieser Kapitalanteil bleibt durch Gewinne, Entnahmen oder Verlustzuschreibungen unverändert, da diese auf dem noch näher zu behandelnden variablen Kapitalkonto II verbucht werden.<sup>88</sup>

Mithin gibt der feste Kapitalanteil eines Gesellschafters seine Beteiligungsquote am Festkapital der OHG an.<sup>89</sup> Es handelt sich insofern um eine Annäherung der OHG an das Recht der Kapitalgesellschaften, da der Festkapitalanteil vergleichbar zum Nennwert des Geschäftsanteils bei der GmbH beziehungsweise zum Nennwert der Aktie in der AG ist.<sup>90</sup> Zur Implementierung der festen Kapitalanteile sind bei der Gestaltung des Gesellschaftsvertrags zunächst die unveränderlichen Kapitalanteile jedes Gesellschafters festzusetzen und deren Verbuchung auf einem Kapitalkonto I anzuordnen. Hierfür eignet

---

<sup>82</sup> Siehe oben, **C. I.**

<sup>83</sup> Roth, in: Baumbach/Hopt (Fn. 1), § 120 Rn. 15.

<sup>84</sup> Siehe oben, **B. III.**; Frese (Fn. 14), S. 27; Sieker (Fn. 14), S. 297.

<sup>85</sup> Roth, in: Baumbach/Hopt (Fn. 1), § 120 Rn. 19.

<sup>86</sup> Nicht der tatsächlich geleisteten Einlage; dazu ausführlich Huber (Fn. 55), S. 48 f.: Auf Kapitalkonto I des Gesellschafters wird sofort die volle Höhe der Einlage gutgeschrieben, auch wenn sie erst zu einem späteren Zeitpunkt in voller Höhe erbracht wird. Anderenfalls würden sich die Kapitalanteile durch spätere Leistungen wieder verändern, sodass das gewollte Ergebnis – eine unveränderliche Beteiligungsquote – nicht eintreten würde. Da die ausstehende Einlageleistung dennoch verbucht werden muss, wird sie auf Kapitalkonto II als Debet verbucht. Die spätere Einzahlung ist auf Kapitalkonto II dann ins Haben zu buchen.

<sup>87</sup> Schäfer, in: Staub III (Fn. 3), § 121 Rn. 25; Frese (Fn. 14), S. 30; Sieker (Fn. 14), S. 297 f.

<sup>88</sup> Siehe unten, **D. I. 4.**; Schäfer (Fn. 7), § 8 Rn. 5 ff.

<sup>89</sup> Giehl (Fn. 76), Rn. 11.

<sup>90</sup> Oppenländer (Fn. 18), S. 941; Schäfer, in: Staub III (Fn. 3), § 121 Rn. 24; Giehl (Fn. 76), Rn. 11.

sich eine Klausel, die den festen Kapitalanteil jedes Gesellschafters in Euro bestimmt.<sup>91</sup> Zur nachträglichen Änderung der festen Kapitalanteile muss also der Gesellschaftsvertrag geändert werden. Ob und unter welchen Voraussetzungen eine solche Änderung durch Mehrheitsbeschluss vollzogen werden kann, wird noch bei der Behandlung von Mehrheitsklauseln zu beurteilen sein.<sup>92</sup> Bereits durch die Vereinbarung fester Kapitalanteile kann auf den Willen der Gesellschafter geschlossen werden, dass die Mitgliedschaftsrechte im Verhältnis dieser Anteile bestehen sollen.<sup>93</sup> Um jedoch etwaigen Rechtsunsicherheiten bei der Auslegung des Gesellschaftsvertrages vorzubeugen, sollte auch die Verteilungsregel aus § 121 Abs. 3 Hs. 1 HGB ausdrücklich abbedungen werden, indem die Gewinnverteilung an die festen Kapitalanteile geknüpft wird.

## 2. Anknüpfung der Gewinnverteilung an feste Kapitalanteile

In einem zweiten Schritt ist daher eine Klausel in den Gesellschaftsvertrag einzufügen, die bestimmt, dass der Jahresgewinn nach dem Verhältnis der Kapitalkonten I auf die Gesellschafter zu verteilen ist.<sup>94</sup> Im Übrigen werden auch die Stimmrechte der Gesellschafter regelmäßig an die Festkapitalanteile geknüpft.<sup>95</sup> Da der feste Kapitalanteil nicht durch Einlagen, Gewinne, Verluste und Entnahmen verändert werden kann, schafft der Gesellschaftsvertrag damit einen konstanten und verlässlichen Schlüssel für die Verteilung von Gewinnen.<sup>96</sup> Insoweit wird die oben festgestellte Schwachstelle des Gesetzes kompensiert.

## 3. Berücksichtigung von Arbeits- und Haftungsleistungen

Da der feste Kapitalanteil regelmäßig in Höhe der vereinbarten Einlage festgesetzt wird, wird der Kapitaleinsatz des Gesellschafters bei der Gewinnverteilung angemessen berücksichtigt. Fraglich bleibt jedoch die Vorgehensweise, wenn anstelle von Einlagen andere Beiträge, insbesondere Arbeits- und Haftungsleistungen, vereinbart sind, da diese nicht einlagefähig sind. Im Ausgangspunkt hat der Gesellschafter daher keinen Kapitalanteil.<sup>97</sup>

Zur gerechten Berücksichtigung anderer Beiträge kann im Gesellschaftsvertrag vereinbart werden, dass dem betroffenen Gesellschafter ein fester Betrag auf

---

<sup>91</sup> Z. B.: „Gesellschafter A ist mit einem festen Kapitalanteil von 10 000 EUR, d. h. zu 50%, am Festkapital beteiligt.“ Das Festkapital beträgt im Beispiel folglich 20 000 EUR; vgl. *Giehl* (Fn. 76), § 5 II.

<sup>92</sup> Siehe unten, **E. II. 1.**

<sup>93</sup> *Priester*, in: MüKo-HGB II (Fn. 2), § 121 Rn. 26.

<sup>94</sup> *Giehl* (Fn. 76), § 14 Abs. 3.

<sup>95</sup> *Huber* (Fn. 55), S. 50; *Schäfer* (Fn. 7), § 8 Rn. 5.

<sup>96</sup> *Huber* (Fn. 55), S. 50.

<sup>97</sup> Siehe oben zum Kapitalanteil des Arbeitsgesellschafters, **B. I. 2.**

einem Kapitalkonto I gutgeschrieben werden soll. Dem Arbeitsgesellschafter<sup>98</sup> wird damit eine „quasi-Einlage“ gutgeschrieben, die es ermöglicht, dass er an Gewinn und Verlust im Verhältnis der festen Kapitalanteile teilnehmen kann. Für den Gesellschafter stellt sich die Buchung damit als Entgelt für seine Beitragsleistung dar,<sup>99</sup> denn er erhält für die Erbringung seines Beitrags eine Beteiligungsquote, als hätte er einen Kapitalanteil geleistet. Im österreichischen Recht ist diese Möglichkeit der Vertragsgestaltung seit 2015 ausdrücklich in § 1182 Abs. 3 S. 2 ABGB normiert.<sup>100</sup>

Allerdings kann dem Gesellschafter nicht willkürlich ein Betrag gutgeschrieben werden, ohne die Kapitalanteile der anderen Gesellschafter zu verändern. Anderenfalls stünde dem Kapitalanteil des Arbeitsgesellschafters kein Aktivposten in der Bilanz gegenüber, da dieser keinen aktivierbaren Beitrag geleistet hat. Aus diesem Grund vereinbaren die Gesellschafter, dass ein kapitalgebender Gesellschafter seine Einlage teilweise für Rechnung des arbeitenden Gesellschafters leistet.<sup>101</sup> Der feste Kapitalanteil des kapitalgebenden Gesellschafters wird um den entsprechenden Betrag gemindert, sodass es sich um eine mittelbare Zuwendung des kapitalgebenden an den arbeitenden Gesellschafter handelt.<sup>102</sup>

Auf diese Weise ermöglicht der Gesellschaftsvertrag eine Gewinnverteilung, die Beiträge in Form von Einlagen, Arbeitskraft und der Übernahme von Haftungsrisiken berücksichtigt. Indessen erscheint die Festlegung eines Kapitalanteils des nicht-kapitalgebenden Gesellschafters in der Praxis äußerst streitanfällig. Insbesondere kann bei der Vereinbarung der Anteile *ex ante* die Werthaltigkeit der Arbeitskraft und damit der Beitrag des Gesellschafters mitunter nicht angemessen beurteilt werden. Um den Bedürfnissen bloß arbeitender oder haftender Gesellschafter gerecht zu werden, sollte daher von anderen gesellschaftsvertraglichen Gestaltungsmöglichkeiten Gebrauch gemacht werden, die sogleich unter **IV.** aufgezeigt werden.

#### 4. Das variable Kapitalkonto II

Das System der festen Kapitalanteile auf Kapitalkonto I stellt eine unveränderliche Größe her, die eine zufriedenstellende Beteiligungsquote für die Gewinnverteilung schafft. Allerdings werden auf Kapitalkonto I keine

---

<sup>98</sup> Oder dem bloß haftenden Gesellschafter, vgl. *Huber* (Fn. 12), S. 203.

<sup>99</sup> *Fleischer/Pendl* (Fn. 21), S. 883; *Huber* (Fn. 12), S. 197.

<sup>100</sup> Im Rahmen der GesbR-Reform; *Fleischer/Pendl* (Fn. 21), S. 883.

<sup>101</sup> *Huber* (Fn. 12), S. 202 f.

<sup>102</sup> *Ebd.*

Veränderungen durch nachträgliche Einlagen, Gewinne, Verluste und Entnahmen abgebildet. Diese Bewegungen müssen jedoch zwangsläufig in der Buchführung der Gesellschaft aufgezeichnet werden, da sie die Höhe des Eigenkapitals der Gesellschaft beeinflussen und dieses gemäß § 247 Abs. 1 HGB zwingend in der Bilanz ausgewiesen werden muss.<sup>103</sup>

Für diesen Zweck kann der Gesellschaftsvertrag die Einrichtung mindestens eines weiteren Kontos je Gesellschafter neben dessen Festkapitalkonto vorsehen. Diesem Konto sind einerseits Gewinne und spätere Einlagen gutzuschreiben. Andererseits reduziert sich das Kapitalkonto II um die auf den Gesellschafter entfallenden Verluste und seine Entnahmen.<sup>104</sup> Folglich handelt es sich bei dem Kapitalkonto II um ein variables Kapitalkonto. Da das gesetzlich vorgesehene einheitliche Kapitalkonto bei dieser gesellschaftsvertraglichen Gestaltung gezweitelt wird, wird regelmäßig vom „System der geteilten Kapitalkonten“<sup>105</sup> oder dem „Zwei-Konten-Modell“<sup>106</sup> gesprochen. Dieses Modell bietet die einfachste Möglichkeit, um von der unbefriedigenden gesetzlichen Konzeption abzuweichen. Je nach Vertragsgestaltung ist das Zwei-Konten-Modell jedoch nicht zweckmäßig, sodass es der Errichtung weiterer Konten im Einzelfall bedarf. Hierauf wird an entsprechender Stelle hingewiesen.<sup>107</sup>

### 5. Alternative zu festen Kapitalanteilen: feste Quoten

Zur Vereinfachung dieses Prozesses könnte eine gesellschaftsvertragliche Regelung angedacht werden, nach der sich die Gewinnbeteiligung nicht nach dem Verhältnis fester Kapitalanteile, sondern nach vertraglich festgelegten Quoten ergibt. So könnte der Gesellschaftsvertrag beispielsweise vorsehen, dass Gesellschafter A zu 2/3 und Gesellschafter B zu 1/3 am Gewinn partizipieren.<sup>108</sup> Eine solche Vereinbarung ist für Gesellschaften mit sehr kleinem Gesellschafterkreis, in denen Veränderungen im Gesellschafterbestand und in der Höhe der Beteiligungen nahezu ausgeschlossen sind, durchaus denkbar. Indes entstehen Unzulänglichkeiten, wenn sich die Beteiligungen ändern. Wird beispielsweise ein neuer Gesellschafter in die Gesellschaft aufgenommen, so wird dieser von den ursprünglich bestimmten Quoten nicht erfasst. In der Folge müssten diese durch Vertragsänderung ständig neu ausgehandelt und festgelegt

---

<sup>103</sup> Huber (Fn. 12), S. 240.

<sup>104</sup> Wunsch (Fn. 34), S. 34; Frese (Fn. 14), S. 30.

<sup>105</sup> Huber (Fn. 12), S. 240.

<sup>106</sup> Klimke, in: BeckOK-HGB (Fn. 26), § 120 Rn. 30; Frese (Fn. 14), S. 30.

<sup>107</sup> Siehe unten, **D. III. 3.** sowie **D. V. 3. a).**

<sup>108</sup> Huber (Fn. 12), S. 239 f.

werden.<sup>109</sup> Tritt hingegen ein Gesellschafter in eine Gesellschaft mit einem festen Kapitalanteil ein, so verringert sich die prozentuale Beteiligung der anderen Gesellschafter am gesamten Festkapital automatisch. Aus diesem Grund ist die Vereinbarung fester Quoten für die Ausübung von Mitgliedschaftsrechten wenig praktikabel.<sup>110</sup>

## 6. Zusammenfassung: System fester Kapitalanteile

Das gesetzlich vorgesehene variable Kapitalkonto wird gesellschaftsvertraglich in einen festen und einen variablen Teil aufgespalten. Der feste Kapitalanteil gibt die grundsätzlich unveränderliche Beteiligungsquote eines Gesellschafters an, nach der die Gewinne der OHG auf die Gesellschafter zu verteilen sind. Damit wird dem festgestellten Verlangen nach einem konstanten Verteilungsschlüssel genügt, der einerseits die ursprünglichen Kapitalbeiträge der Gesellschafter berücksichtigt, andererseits aber nicht von Entnahmeentscheidungen verändert werden kann. Da sich der feste Kapitalanteil grundsätzlich nach der Höhe der Einlage des Gesellschafters richtet, kann für Gesellschafter, die keine Einlage leisten, ein fester Kapitalanteil vertraglich vereinbart werden.

Daneben werden auf dem variablen Kapitalkonto II die Veränderungen des Eigenkapitals durch nachträgliche Einlagen, Gewinne, Entnahmen und Verluste verbucht. Erst eine Saldierung von Kapitalkonto I und Kapitalkonto II gibt den Kapitalanteil, das heißt den Stand der Einlage<sup>111</sup>, des Gesellschafters an.<sup>112</sup> Sofern der Saldo der beiden Konten am Ende der Liquidation positiv ist, ist dieser Betrag gemäß § 155 HGB an den Gesellschafter auszubezahlen; ist er negativ, so ist er zur Nachzahlung verpflichtet.<sup>113</sup>

## II. Ausschluss der Gewinnbeteiligung

Bei der Gestaltung des Gesellschaftsvertrags sind jedoch auch Konstellationen denkbar, in denen bestimmte Gesellschafter überhaupt nicht am Gewinn beteiligt werden sollen. Zunächst ist festzuhalten, dass der vertragliche Ausschluss von der Gewinnbeteiligung durchaus zulässig ist. Entgegen der früher vertretenen Auffassung, dass für die Annahme eines gemeinsamen Zwecks zwingend eine Gewinnbeteiligung erforderlich ist, da es sich ansonsten um eine *societas leonina* handle, ist das Interesse an einer Gewinnbeteiligung

---

<sup>109</sup> Huber (Fn. 12), S. 240.

<sup>110</sup> Priester, in: MüKo-HGB II (Fn. 2), § 120 Rn. 103.

<sup>111</sup> Siehe oben zur Definition des Kapitalanteils, **B. I. 1.**

<sup>112</sup> Huber (Fn. 55), S. 66; Hoffmann/Bartlitz, in: Heymann (Fn. 8), § 120 Rn. 45; Huber (Fn. 12), S. 261; Frese (Fn. 14), S. 34.

<sup>113</sup> §§105 Abs. 3 HGB i. V. m. 735 BGB; Huber (Fn. 12), S. 261; Huber (Fn. 55), S. 62.



lediglich ein Motiv der Gesellschafter für eine Beteiligung.<sup>114</sup> Jedoch ist eine uneigennützige Beteiligung durchaus denkbar.<sup>115</sup> In der Praxis kommt ein Ausschluss der Gewinnbeteiligung insbesondere in zwei Fällen in Betracht, nämlich bei der Beteiligung eines Familienfremden an einer Familiengesellschaft sowie der Beteiligung einer GmbH.<sup>116</sup> Da letzterer Fall die Komplementärstellung einer GmbH in der GmbH & Co. KG betrifft, soll hier lediglich die Situation in der Familiengesellschaft geschildert werden.

Der familienfremde Beteiligte wird regelmäßig nur in die Gesellschaft aufgenommen, um bei der Geschäftsführung der OHG mitzuwirken. Zu diesem Zweck ist seine Aufnahme zwingend, da aufgrund des Prinzips der Selbstorganschaft in der Personengesellschaft kein Dritter die Geschäfte der Gesellschaft führen kann.<sup>117</sup> Dieser „Geschäftsführer-Gesellschafter“<sup>118</sup> leistet oftmals keine Einlage, sondern fördert den Gesellschaftszweck durch seine Geschäftsführung und die Übernahme der unbeschränkten persönlichen Haftung.<sup>119</sup> Wie bereits eingangs dargestellt, haben Arbeitsgesellschafter aus diesem Grund zunächst keinen Kapitalanteil. Im Gesellschaftsvertrag wird nun allerdings vereinbart, dass der Arbeitsgesellschafter auch künftig nicht am Ergebnis der Gesellschaft partizipieren soll, sodass das Vermögen der Gesellschaft „Familienvermögen“ und der Geschäftsführer-Gesellschafter langfristig ohne Kapitalanteil bleibt.<sup>120</sup> Da seine Beteiligung am Gewinn nicht erwünscht ist, muss seine Leistung für die Gesellschaft anderweitig honoriert werden. Hierfür kann im Gesellschaftsvertrag vereinbart werden, dass der Arbeitsgesellschafter eine gesonderte Vergütung für die Geschäftsführertätigkeit erhält.<sup>121</sup> Die näheren Gestaltungsmöglichkeiten hinsichtlich der Geschäftsführervergütung werden noch zu behandeln sein.<sup>122</sup>

---

<sup>114</sup> *Priester*, in: MüKo-HGB II (Fn. 2), § 121 Rn. 37; *Schäfer*, in: Staub III (Fn. 3), § 121 Rn. 19, § 105, Rn. 22.

<sup>115</sup> *Lieder*, in: Oetker (Fn. 1), § 121 Rn. 32.

<sup>116</sup> *Emmerich*, in: Heymann (Fn. 27), § 120 Rn. 26; *Priester*, in: MüKo-HGB II (Fn. 2), § 120 Rn. 92; *Huber* (Fn. 12), S. 289, 296; *Fleischer/Pendl* (Fn. 21), S. 883.

<sup>117</sup> *Priester*, in: MüKo-HGB II (Fn. 2), § 120 Rn. 92.

<sup>118</sup> Bezeichnung vorgeschlagen von *Huber* (Fn. 12), S. 290.

<sup>119</sup> *Huber* (Fn. 12), S. 294.

<sup>120</sup> *Priester*, in: MüKo-HGB II (Fn. 2), § 120 Rn. 91; *Huber* (Fn. 12), S. 289, 291.

<sup>121</sup> *Huber* (Fn. 12), S. 291; *Schäfer*, in: Staub III (Fn. 3), § 121 Rn. 75; *Priester*, in: MüKo-HGB II (Fn. 2), § 121 Rn. 37 a. E.

<sup>122</sup> Siehe unten, **D. IV. 3.**

### III. Die Verlustverteilung

#### 1. Verlustverteilung nach festen Kapitalanteilen

Das Gesetz sieht die Verteilung von Verlusten gleichmäßig nach Köpfen vor. Dieses Ergebnis ist aus den genannten Gründen unbefriedigend.<sup>123</sup> Wurde im Gesellschaftsvertrag eine Gewinnverteilung im Verhältnis der festen Kapitalanteile vereinbart, so ist dieser Verteilungsschlüssel im Zweifel auch für den Jahresverlust heranzuziehen.<sup>124</sup> Zur Vermeidung etwaiger Unsicherheiten empfiehlt sich jedoch auch hier eine klarstellende Klausel im Gesellschaftsvertrag, die eine Verlustverteilung im Verhältnis der festen Kapitalanteile anordnet.<sup>125</sup> Die dadurch ermittelten Verlustanteile eines Gesellschafters reduzieren das Kapitalkonto II.<sup>126</sup> Wird das Kapitalkonto II durch Verlustverrechnung negativ, begründet dies vor der Liquidation oder dem Ausscheiden des Gesellschafters noch keine Nachschusspflicht des Gesellschafters.<sup>127</sup> Im Übrigen beeinträchtigt der negative Stand des Kapitalkontos II nicht die Gewinnverteilung, da diese an den festen Kapitalanteil geknüpft ist.<sup>128</sup>

#### 2. Abweichende Vereinbarungen

Indes müssen Verluste nicht zwangsläufig im selben Verhältnis wie Gewinne verteilt werden, denn der Gesellschaftsvertrag kann spezielle Regelungen für die Verlustverteilung vorsehen.<sup>129</sup> Neben einer Verlustbeteiligung im Verhältnis der festen Kapitalanteile kann vereinbart werden, dass einzelne Gesellschafter nicht oder nur in einem bestimmten Umfang am Verlust teilnehmen.<sup>130</sup> Eine derartige Vereinbarung betrifft jedoch lediglich das Innenverhältnis. Im Außenverhältnis haftet ein Gesellschafter, der nach dem Gesellschaftsvertrag von der Verlusttragung ausgeschlossen ist, weiterhin unbeschränkt persönlich gemäß § 128 S. 2 HGB.<sup>131</sup> Zu beachten ist allerdings, dass eine unterschiedliche

---

<sup>123</sup> Siehe oben zur Kritik an § 121 Abs. 3, Verteilung nach Köpfen, **C. I.**

<sup>124</sup> §§ 105 Abs. 3 HGB i. V. m. 722 Abs. 2 BGB; *Schäfer*, in: Staub III (Fn. 3), § 121 Rn. 33.

<sup>125</sup> *Priester*, in: MüKo-HGB II (Fn. 2), § 121 Rn. 46; *Giehl* (Fn. 76), § 14 Abs. 4.

<sup>126</sup> *Schäfer*, in: Staub III (Fn. 3), § 121 Rn. 33; *Priester*, in: MüKo-HGB II (Fn. 2), § 121 Rn. 46.

<sup>127</sup> §§ 105 Abs. 3 HGB i. V. m. 707 BGB; *Lieder*, in: Oetker (Fn. 1), § 121 Rn. 21; *Schäfer*, in: Staub III (Fn. 3), § 121 Rn. 34.

<sup>128</sup> *Huber* (Fn. 12), S. 270.

<sup>129</sup> *Ehricke*, in: E/B/J/S (Fn. 27), § 121 Rn. 19.

<sup>130</sup> *Priester*, in: MüKo-HGB II (Fn. 2), § 121 Rn. 47; *Lieder*, in: Oetker (Fn. 1), § 121 Rn. 31.

<sup>131</sup> *Emmerich*, in: Heymann (Fn. 27), § 121 Rn. 11.

Verlusttragung nicht gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz verstoßen darf.<sup>132</sup> Demnach dürfen Gesellschafter nicht ohne sachliche Rechtfertigung in größerem Umfang am Verlust teilnehmen als andere Gesellschafter.<sup>133</sup>

An dieser Stelle bietet der Gesellschaftsvertrag einen Gestaltungsraum, der zur Würdigung der unterschiedlichen Beiträge der Gesellschafter in einem angemessenen Verhältnis genutzt werden kann. Dadurch kann eine faire Lastenverteilung in der Gesellschaft hergestellt und das Vertrauen der Gesellschafter gefestigt werden. So wäre der Ausschluss von der Verlustbeteiligung bei einem Gesellschafter sachlich gerechtfertigt, der seine gesamte Arbeitskraft in den Dienst der Gesellschaft stellt und weit überwiegend allein die Geschäfte der Gesellschaft führt, während die anderen Gesellschafter hiermit nicht befasst sind. Ein Ausschluss arbeitender Gesellschafter von der Verlustbeteiligung wurde bereits im Württembergischen Entwurf zum HGB von 1839 in Erwägung gezogen, was darauf hindeutet, dass eine solche Regelung durchaus ein legitimes Ziel verfolgt und den Interessen der Gesellschafter entsprechen kann.<sup>134</sup> Aufgrund seiner Kasuistik schien eine Kodifikation des Ausschlusses jedoch ungeeignet.

### 3. Kontengestaltung

Zur Einführung fester Kapitalanteile muss der Gesellschaftsvertrag mindestens zwei Konten für den Gesellschafter schaffen („Zweikontenmodell“).<sup>135</sup> Dieses System kann jedoch im Gesellschaftsvertrag noch weiter ausdifferenziert werden. Im Hinblick auf die hier zu behandelnden Verluste kann durch Vereinbarung im Gesellschaftsvertrag für jeden Gesellschafter ein Verlustvortragskonto eingerichtet werden, auf dem die auf ihn entfallenden Verlustanteile verbucht werden. Auf diese Weise können die Konten zu mehr Transparenz beitragen und die Feststellung aufgelaufener Verluste erleichtern.<sup>136</sup> Die Einrichtung eines Verlustvortragskontos ist insbesondere in Kombination mit einer vertraglichen Vereinbarung sinnvoll, nach der die Gesellschafter mit späteren Gewinnen zunächst die Verlustvortragskonten ausgleichen müssen, ehe sie über ihren Gewinnanteil verfügen können.<sup>137</sup> Haben die Gesellschafter gleiche Beiträge geleistet und keine unterschiedliche Verlusttragung vereinbart, so kann zur Vereinfachung der Kontenführung auch ein gemeinsames Verlustvortragskonto

---

<sup>132</sup> *Lieder*, in: Oetker (Fn. 1), § 121 Rn. 31.

<sup>133</sup> *Lieder*, in: Oetker (Fn. 1), § 109 Rn. 33.

<sup>134</sup> *Fleischer/Pendl* (Fn. 21), S. 883.

<sup>135</sup> Siehe oben zum festen Kapitalanteil als Beteiligungsquote, **D. I. 4.**

<sup>136</sup> *Giehl* (Fn. 76), Rn. 11, § 6 Abs. 2 a.

<sup>137</sup> *Schäfer*, in: Staub III (Fn. 3), § 121 Rn. 33; *Giehl* (Fn. 76), § 14 Abs. 4.

für alle Gesellschafter eingerichtet werden, das diese dann aus späteren Gewinnen zu gleichen Teilen auszugleichen haben.

#### IV. Vorabgewinn-Abreden

Eine Verteilung des Gewinns nach festen Kapitalanteilen kann die gesetzlichen Schwachstellen nur insoweit kompensieren, als die einlagenfähigen Beiträge der Gesellschafter verhältnismäßig berücksichtigt werden. Anderweitige Beiträge der Gesellschafter, die über deren Kapitaleistungen hinausgehen, beeinflussen die Ergebnisverteilung nach festen Kapitalanteilen indessen nicht.<sup>138</sup> Besonders die Führung der Geschäfte ist ein wesentlicher und aufwendiger Beitrag, der bei der Gewinnenteilhaber nach festen Kapitalanteilen keine Beachtung findet. Darüber hinaus sind aber auch Verdienste bei der Gründung des Unternehmens, die Übernahme der persönlichen Haftung, geschäftliche Kontakte, Nutzungsüberlassungen oder die Stärkung des Eigenkapitals der Gesellschaft durch Gewinnthesaurierung nicht zu vernachlässigen, da diese Leistungen in nicht unerheblichem Maße zum Wohl der Gesellschaft beitragen.<sup>139</sup> Zur Berücksichtigung dieser Förderbeiträge können im Gesellschaftsvertrag gesonderte Vergütungen vereinbart werden. Die Höhe der jeweiligen Vergütungen hängt im Einzelfall von den Besonderheiten der Gesellschaft ab. Sofern, wie beispielsweise in Dienstleistungsbetrieben, die Mitarbeit der Gesellschafter der wesentliche Faktor für die Gewinnerzielung ist, hat eine Vergütung höher auszufallen.<sup>140</sup> Beruht der Gewinn jedoch wesentlich auf der Zuführung von Kapital, so sollen die Vergütungen entsprechend niedriger ausfallen.

##### 1. Echte Vorabgewinne

Derartige Vergütungen können im Gesellschaftsvertrag als echte Vorabgewinne vereinbart werden. In diesem Fall stehen den berechtigten Gesellschaftern die Vorteile nur zu, wenn die Gesellschaft auch einen Gewinn erwirtschaftet hat, nicht hingegen, wenn Verluste erzielt wurden.<sup>141</sup> Die echten Vorabgewinne werden auf die berechtigten Gesellschafter verteilt, bevor der restliche Gewinn nach dem vereinbarten Gewinnverteilungsschlüssel<sup>142</sup> auf sämtliche Gesellschafter verteilt wird. Der verbleibende, unter allen Gesellschaftern zu

---

<sup>138</sup> Schäfer, in: Staub III (Fn. 3), § 121 Rn. 26.

<sup>139</sup> Klimke, in: BeckOK-HGB (Fn. 26), § 121 Rn. 19; Priester, in: MüKo-HGB II (Fn. 2), § 121 Rn. 38.

<sup>140</sup> Paulücke (Fn. 30), S. 213.

<sup>141</sup> Priester, in: MüKo-HGB II (Fn. 2), § 121 Rn. 39.

<sup>142</sup> Hier wurde die Verteilung im Verhältnis der festen Kapitalanteile vorgeschlagen, siehe oben, **D. I.**

verteilende Gewinn ist daher um den Betrag gemindert, der für die Vorabgewinne benötigt wurde.<sup>143</sup> Für die Kautelarjurisprudenz bietet sich hier ebenfalls ein weiter Gestaltungsspielraum. So können als Vorabgewinn sowohl feste Beträge als auch prozentuale Quoten aus dem Jahresgewinn vereinbart werden, um entsprechende Gesellschafter zu honorieren. Allerdings erscheint die Einigung über einen prozentualen Anteil am Jahresgewinn als Vorabgewinn anstelle eines festen Betrages sachgerechter, da feste Vorabgewinne einen bloß unzureichenden Jahresgewinn möglicherweise vollständig aufzehren können, sodass die übrigen Gesellschafter am Gewinn nicht mehr teilnehmen.<sup>144</sup> Unter Umständen kann hierin eine nicht sachlich zu rechtfertigende Ungleichbehandlung der Gesellschafter gesehen werden.

Der Gesellschaftsvertrag sollte bei der Ausgestaltung von Vorabgewinnen besonders präzise sein und mit seinem Wortlaut ausdrücklich auf die Erfolgsbezogenheit hinweisen. Denn neben soeben dargestellten echten Erfolgsbeteiligungen, die nur anfallen, wenn die Gesellschaft tatsächlich Gewinne erwirtschaftet hat, sind auch gesellschaftsvertragliche Vereinbarungen denkbar, nach denen bestimmte Gesellschafter erfolgsunabhängige Vergütungen erhalten.

## 2. Ergebnisunabhängige Vergütungen

Mitunter kann es den Interessen der Gesellschafter entsprechen, dass bestimmte Vergütungen den Berechtigten nicht bloß erfolgsabhängig, sondern auch in Verlustjahren zustehen sollen. Da das Gesetz keine gewinnunabhängige Vergütung für OHG-Gesellschafter vorsieht, kann eine solche vertraglich vereinbart werden.<sup>145</sup> Die erfolgsunabhängigen Vergütungen sind als Aufwand der Gesellschaft zu behandeln, sodass sich durch sie entweder ein Gewinn mindert, ein Verlust entsteht oder ein bereits vorliegender Jahresverlust vergrößert wird.<sup>146</sup> Dieser Verlust ist sodann nach der vereinbarten Verlustbeteiligung grundsätzlich von allen Gesellschaftern zu tragen, sofern nicht beispielsweise die geschäftsführenden Gesellschafter davon befreit sind.<sup>147</sup>

---

<sup>143</sup> *Schäfer*, in: Staub III (Fn. 3), § 121 Rn. 26.

<sup>144</sup> *Priester*, in: MüKo-HGB II (Fn. 2), § 121 Rn. 39.

<sup>145</sup> *Fleischer/Pendl* (Fn. 21), S. 884.

<sup>146</sup> *Ehricke*, in: E/B/J/S (Fn. 27), § 121 Rn. 17a; *Priester*, in: MüKo-HGB II (Fn. 2), § 121 Rn. 40.

<sup>147</sup> *Schäfer*, in: Staub III (Fn. 3), § 121 Rn. 28; *Priester*, in: MüKo-HGB II (Fn. 2), § 121 Rn. 40.

### 3. Insbesondere Geschäftsführervergütung

Die wohl bedeutsamste Vorabgewinn-Abrede betrifft die Vereinbarung einer Geschäftsführervergütung. Eine solche ist notwendig, da die Geschäftsführung keine Aufwendung i. S. d. § 110 HGB darstellt, für die der Gesellschafter Ersatz verlangen könnte.<sup>148</sup> Da die Gesellschafter, die mit der Leitung der Geschäfte dauerhaft betraut sind, regelmäßig ihre gesamte Arbeitskraft in die OHG investieren, wodurch auch die von der Geschäftsführung ausgeschlossenen Gesellschafter profitieren, werden Geschäftsführervergütungen typischerweise gewinnunabhängig vereinbart.<sup>149</sup> Anderenfalls könnten die betroffenen Geschäftsführer ihren Lebensunterhalt mangels anderweitiger Einkünfte nicht bestreiten.

Um die geschäftsführenden Gesellschafter allerdings auch an den von ihnen erwirtschafteten Gewinnen teilhaben zu lassen und eine Anreizwirkung für ihre zukünftige Arbeit zu schaffen, kann die Geschäftsführervergütung in Teilen vom Jahresgewinn abhängig gemacht werden. In diesem Fall wird die feste Vergütung der Geschäftsführer noch um ergebnisabhängige Tantiemen, beispielsweise einen prozentualen Anteil am Jahresgewinn, erweitert.<sup>150</sup> Um Rechtsunsicherheiten zu vermeiden, eignet sich beispielsweise eine Klausel, die ausdrücklich eine in Euro bezifferte Vorabvergütung auch in Verlustjahren vorsieht.<sup>151</sup> Soll die Vergütung hingegen bloß in erfolgreichen Jahren gewährt werden, so sollte der Gesellschaftsvertrag ausdrücklich anordnen, dass die Vergütung in Verlustjahren entfällt, da zum Schutz der Geschäftsführer im Zweifel von einer gewinnunabhängigen Vergütung auszugehen ist.<sup>152</sup>

Fraglich ist indes, ob die Geschäftsführervergütung überhaupt im Gesellschaftsvertrag zu regeln ist. Denkbar erscheint nämlich, dass zwischen dem geschäftsführenden Gesellschafter und der OHG ein gesonderter Dienstvertrag geschlossen wird, der die Vergütung des Geschäftsführers näher konkretisiert.<sup>153</sup>

---

<sup>148</sup> Hoffmann/Bartlitz, in: Heymann (Fn. 8), § 110 Rn. 27; BGHZ 17, 310; Rawert, in: MüKo-HGB II (Fn. 2), § 114 Rn. 77.

<sup>149</sup> Paulick (Fn. 30), S. 199; Priester, in: MüKo-HGB II (Fn. 2), § 121 Rn. 41; Schäfer, in: Staub III (Fn. 3), § 121 Rn. 29.

<sup>150</sup> Priester, in: MüKo-HGB II (Fn. 2), § 121 Rn. 41; Ebricke, in: E/B/J/S (Fn. 27), § 121 Rn. 17.

<sup>151</sup> Giehl (Fn. 76), § 14 Abs. 1.

<sup>152</sup> Klimke, in: BeckOK-HGB (Fn. 26), § 121 Rn. 20; Giehl (Fn. 76), § 14 Abs. 1.

<sup>153</sup> Hoffmann/Bartlitz, in: Heymann (Fn. 8), § 110 Rn. 29; Drescher, in: E/B/J/S (Fn. 27), § 114 Rn. 49; Rawert, in: MüKo-HGB II (Fn. 2), § 114 Rn. 79.

Zur Beurteilung dieser Frage ist auf die Tätigkeit abzustellen, für die die Vergütung gewährt werden soll. Der Gesellschafter ist kraft seiner Mitgliedschaft zur Förderung des Gesellschaftszwecks verpflichtet. Sofern er im Gesellschaftsvertrag nicht von der Geschäftsführung ausgeschlossen ist, ist die Pflicht zur Geschäftsführung ein weiterer Förderbeitrag neben seiner Einlage und der Übernahme des Haftungsrisikos.<sup>154</sup> Da sich die Geschäftsführungspflicht also unmittelbar aus seiner Mitgliedschaft ergibt, handelt es sich bei der Vergütung um eine Sozialverbindlichkeit der Gesellschaft, die als Gewinnvoraus gewährt wird.<sup>155</sup> Die Geschäftsführervergütung mindert also den auf die Gesellschafter zu verteilenden Gewinn, sodass die Vereinbarung einer Vergütung eine Gewinnverteilungsabrede ist, auf die sich die Gesellschafter im Gesellschaftsvertrag einigen müssen.<sup>156</sup> Die Vergütung ist auch dann als Gewinnverteilungsabrede einzuordnen, wenn sie gewinnunabhängig gewährt werden soll.<sup>157</sup> Demnach muss der Gesellschaftsvertrag die Geschäftsführervergütungen selbst regeln oder zumindest die Rahmenbedingungen, zum Beispiel durch Anordnung eines entsprechenden Gesellschafterbeschlusses, hierfür schaffen.<sup>158</sup>

#### 4. Insbesondere Kontenverzinsung

Die vorstehenden Ausführungen haben gezeigt, dass der Gesellschaftsvertrag sachdienliche Regelungen treffen kann, um anderweitige Beiträge neben den Kapitalleistungen der Gesellschafter zu honorieren. Dennoch darf nicht verkannt werden, dass vermögenswerte Beiträge der Gesellschafter ebenfalls von außerordentlicher Wichtigkeit zur Selbstfinanzierung der Gesellschaft sind, um deren Fortbestand und Widerstandsfähigkeit zu sichern.<sup>159</sup> So wurde bereits bei der Untersuchung der Schwachstellen der gesetzlichen Konzeption festgestellt, dass die Verzinsung der Kapitalanteile gemäß § 121 Abs. 1 HGB durchaus interessengerecht ist, da die Stärkung des Eigenkapitals durch Stehenlassen von Beträgen in der Gesellschaft ein zu würdigender Beitrag ist.<sup>160</sup> Lediglich im

<sup>154</sup> *Drescher*, in: E/B/J/S (Fn. 27), § 114 Rn. 48; *Schäfer*, in: Staub III (Fn. 3), § 121 Rn. 29.

<sup>155</sup> *Roth*, in: Baumbach/Hopt (Fn. 1), § 110 Rn. 19; *Schäfer*, in: Staub III (Fn. 3), § 114 Rn. 20, 48; *Rawert*, in: MüKo-HGB II (Fn. 2), § 114 Rn. 79; *Schäfer*, in: Staub III (Fn. 3), § 121 Rn. 29.

<sup>156</sup> *Rawert*, in: MüKo-HGB II (Fn. 2), § 114 Rn. 78 f.; *Schäfer*, in: Staub III (Fn. 3), § 121 Rn. 29.

<sup>157</sup> *Klimke*, in: BeckOK-HGB (Fn. 26), § 121 Rn. 21; *Priester*, in: MüKo-HGB II (Fn. 2), § 121 Rn. 41.

<sup>158</sup> *Priester*, in: MüKo-HGB II (Fn. 2), § 121 Rn. 41; *Drescher*, in: E/B/J/S (Fn. 27), § 114 Rn. 48; *Schäfer*, in: Staub III (Fn. 3), § 121 Rn. 29.

<sup>159</sup> *Schäfer*, in: Staub III (Fn. 3), § 121, Rn. 31.

<sup>160</sup> *Klimke*, in: BeckOK-HGB (Fn. 26), § 121 Rn. 22.

Zusammenspiel mit der Gewinnverteilung nach Köpfen werden im gesetzlichen System anderweitige Beiträge unangemessen vernachlässigt.

Aus diesem Grund kann der Gesellschaftsvertrag den gesetzlichen Grundgedanken von der Verzinsung der Gesellschafterkonten aufnehmen und den Umständen im Einzelfall anpassen. Auch in diesem Bereich besteht ein weiter Gestaltungsspielraum in der Kautelarpraxis, der in ähnlicher Weise wie bei der Geschäftsführervergütung genutzt werden kann. So können die Kapitalkonten der Gesellschafter als echte Vorabgewinne, das heißt nur bei Vorliegen eines Gewinns, sowie erfolgsunabhängig verzinst werden.<sup>161</sup> Im Übrigen können im Gesellschaftsvertrag feste oder variable Zinssätze vereinbart werden. Sofern eine variable Gestaltung gewünscht ist, bietet sich eine Abhängigkeit der Verzinsung vom Basiszinssatz an.<sup>162</sup> Um den Gesellschaftern eine attraktive Kapitalanlage zu bieten, sollte die Zinshöhe im Gesellschaftsvertrag derart bestimmt werden, dass die Führung des Kapitalkontos rentabler als etwa ein Bankguthaben ist.<sup>163</sup> In jedem Fall wird auch durch die Verzinsung der Kapitalkonten der im Anschluss auf alle Gesellschafter zu verteilende Gewinn gemindert. Sieht der Gesellschaftsvertrag gewinnunabhängige Verzinsungen vor, so sind diese – wie auch die Geschäftsführervergütung – als Geschäftskosten auszuweisen, wodurch ein Verlust entstehen oder vergrößert werden kann.<sup>164</sup>

Zuletzt gilt es zu klären, welches Konto des Gesellschafters verzinst werden sollte. Nach dem hier entwickelten Vorschlag wird das Kapitalkonto eines Gesellschafters sinnvollerweise mindestens in ein festes und ein variables Kapitalkonto geteilt. Da der verbleibende Gewinn üblicherweise ohnehin im Verhältnis der festen Kapitalanteile auf Kapitalkonto I verteilt wird, wäre eine Vorabverzinsung des Kapitalkonto I sinnwidrig. Dahingegen bildet das Kapitalkonto II ab, ob und in welchem Umfang der Gesellschafter ihm zustehende Beträge in der Gesellschaft belassen hat und dadurch zur Selbstfinanzierung der Gesellschaft beiträgt. Da es dieses Verhalten zu honorieren gilt, sollte der Gesellschaftsvertrag eine Verzinsung von Kapitalkonto II vorsehen.<sup>165</sup>

---

<sup>161</sup> *Ebricke*, in: E/B/J/S (Fn. 27), § 121 Rn. 17; *Schäfer*, in: Staub III (Fn. 3), § 121 Rn. 31.

<sup>162</sup> § 247 BGB; *Priester*, in: MüKo-HGB II (Fn. 2), § 121 Rn. 45.

<sup>163</sup> *Schäfer*, in: Staub III (Fn. 3), § 122 Rn. 35.

<sup>164</sup> *Hoffmann/Bartlitz*, in: Heymann (Fn. 8), § 121 Rn. 6; *Priester*, in: MüKo-HGB II (Fn. 2), § 121 Rn. 45.

<sup>165</sup> *Klimke*, in: BeckOK-HGB (Fn. 26), § 121 Rn. 22; zur Verzinsung eines Privatkontos siehe unten, **D. V. 3. b**).



## V. Vertragliche Entnahmeregelungen

Neben den Vereinbarungen über die Verteilung des Ergebnisses kann im Gesellschaftsvertrag auch geregelt werden, wie das erzielte Ergebnis verwendet werden soll. Die gesetzliche Regelung über das Entnahmerecht des Gesellschafters ist insofern unzulänglich, als sie einerseits nicht notwendig dem Entnahmeinteresse der Gesellschafter, andererseits aber nicht dem Selbstfinanzierungsinteresse der Gesellschaft gerecht wird. Eine Rücklagenbildung zur Selbstfinanzierung ist nur möglich, wenn erzielte Gewinne teilweise in der Gesellschaft verbleiben und nicht von den Gesellschaftern entnommen werden dürfen. Da jedoch das Gesetz selbst das Prinzip der vollständigen Entnahme in § 122 Abs. 1 HGB normiert und vorbehaltlich des Nichtvorliegens eines offenbaren Schadens keine Entnahmesperre kennt, ist zunächst das Thesaurierungsinteresse der Gesellschaft näher zu betrachten.

### 1. Thesaurierungsinteresse der Gesellschaft

Bei der Herausarbeitung der gesetzlichen Schwachstellen ist bereits angeklungen, dass die Gesellschaft zur Erhaltung ihrer Lebens- und Widerstandsfähigkeit Rücklagen aus erzielten Gewinnen bilden sollte. Indessen vermag die „Lebens- und Widerstandsfähigkeit“ der Gesellschaft noch nicht die Festsetzung der in Rücklagen einzustellenden Gewinne anhand objektiver Merkmale zu ermöglichen.<sup>166</sup> Vielmehr indiziert dieses Kriterium sogar, dass für die Bestandsfähigkeit der Gesellschaft zwingend der Zufluss von Kapital erforderlich ist. Dem ist aus betriebswirtschaftlicher Sicht jedoch zu entgegnen, dass die Zukunftssicherung der Gesellschaft nicht in jedem Fall von Kapitalzuflüssen, sondern auch von unternehmerischen Entscheidungen in Verbindung mit Desinvestitionen abhängen kann.<sup>167</sup> Daneben hängt das Thesaurierungsinteresse erheblich von der jeweiligen Nähe der Gesellschafter zur Gesellschaft und sonstiger individueller Verhältnisse ab.<sup>168</sup> Beispielsweise sind bloß kapitalgebende Gesellschafter regelmäßig an umfangreichen Entnahmen interessiert, während geschäftsführende Gesellschafter, die für ihre Tätigkeit vergütet werden, mitunter höhere Thesaurierungen befürworten, um Kapital für strategische Investitionen in der Gesellschaft zu halten. Jedenfalls aber beeinflussen die Kapitalintensität des Unternehmens und steuerrechtliche Aspekte das Selbstfinanzierungsbedürfnis der Gesellschaft.<sup>169</sup>

---

<sup>166</sup> Moxter, Ansatzwahlrechte und Bewertungswahlrechte im Rahmen der Erstellung einer Jahresbilanz, JZ 1996, 860 (860 f.).

<sup>167</sup> Schön (Fn. 38), S. 33.

<sup>168</sup> Ebd., S. 34.

<sup>169</sup> Priester, in: MüKo-HGB II (Fn. 2), § 122 Rn. 52.

Mithin ist festzuhalten, dass eine objektive Maßstabsgestaltung zur Festlegung einer Thesaurierungsquote Schwierigkeiten bereitet.<sup>170</sup> Es soll daher zunächst untersucht werden, in welchen Fällen das Ausschüttungsinteresse der Gesellschafter das Thesaurierungsinteresse überwiegt. Im Umkehrschluss kann dann darauf geschlossen werden, in welcher Höhe Gewinne vernünftigerweise in Rücklagen zu stellen sind.

## 2. Ausschüttungsinteresse der Gesellschafter

Der Gesellschaftsvertrag kann mit der Gestaltung des Entnahmerechts der Gesellschafter wesentlich zu interessengerechten Lösungen beitragen. Es wird daher nachfolgend dargestellt, unter welchen Umständen den Gesellschaftern ein Entnahmerecht zustehen soll.

### a) Insbesondere Geschäftsführervergütung

Um die Bemühungen der Gesellschafter in der Führung der Geschäfte angemessen zu honorieren, wurde bereits vorgeschlagen, dass der Gesellschaftsvertrag für die geschäftsführenden Gesellschafter eine gewinnunabhängige Vergütung vorsieht, die als Gewinnvoraus auf den Konten der Berechtigten zu verbuchen sind.<sup>171</sup> Da den geschäftsführenden Gesellschaftern zur Bestreitung ihres Lebensunterhalts auch tatsächlich Mittel zufließen müssen, ist es nur folgerichtig, wenn diesen auch ein Entnahmerecht hinsichtlich der vollständigen Vergütung zustehen soll.<sup>172</sup> In der näheren Ausgestaltung des Entnahmerechts ist der Gesellschaftsvertrag frei. Um jedoch dem Bedarf bei der Finanzierung des Lebensunterhalts und der laufenden Steuern zu entsprechen, sollte der Gesellschaftsvertrag den geschäftsführenden Gesellschaftern ein Entnahmerecht in Raten zusichern. Hierfür eignet sich beispielsweise eine Klausel, die ein monatliches Entnahmerecht der Geschäftsführer in Höhe von 1/12 ihrer festen Jahresvergütung bestimmt.<sup>173</sup> Hinsichtlich der im Erfolgsfall versprochenen Tantiemen besteht hingegen ein Entnahmerecht erst nach der tatsächlichen Feststellung des Gewinns. Im Gesellschaftsvertrag kann jedoch zugunsten der Geschäftsführer vereinbart werden, dass während des laufenden Jahres bereits Vorschüsse auf die Tantiemen entnommen werden dürfen.<sup>174</sup>

---

<sup>170</sup> Schön (Fn. 38), S. 38.

<sup>171</sup> Siehe oben, **D. IV. 3.**

<sup>172</sup> Klimke, in: BeckOK-HGB (Fn. 26), § 122 Rn. 25.

<sup>173</sup> Giehl (Fn. 76), § 15 Abs. 3; Priester, in: MüKo-HGB II (Fn. 2), § 122 Rn. 51.

<sup>174</sup> Priester, in: MüKo-HGB II (Fn. 2), § 122 Rn. 51; Schäfer, in: Staub III (Fn. 3), § 122 Rn. 27.

*b) Entnahme anderer Vergütungen*

Im Zusammenhang mit Vorabgewinn-Abreden wurde gezeigt, dass im Einzelfall neben Geschäftsführertätigkeiten die Honorierung anderer Beiträge sachgerecht sein kann. Dazu gehören insbesondere die Vergütung für Verdienste beim Aufbau des Unternehmens oder die Verzinsung von Kapitalkonten.<sup>175</sup> Gleichlaufend mit den Geschäftsführervergütungen sollte der Gesellschaftsvertrag vorsehen, dass den Berechtigten ein Entnahmerecht hinsichtlich dieser Vergütungen und Zinserträge zusteht. Da ohne Entnahme noch kein unmittelbarer Mittelzufluss an die Gesellschafter stattfindet, würde der Honorierungs- und Anreizeffekt entfallen, wenn die Berechtigten über ihre Vergütungen nicht disponieren könnten.<sup>176</sup>

*c) Steuerentnahmerecht*

Gemäß § 15 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 EStG tragen die Gesellschafter persönlich die Steuerlast des auf sie entfallenden Gewinnanteils.<sup>177</sup> Diese Besteuerung fällt unabhängig davon an, ob der Gesellschafter den Gewinnanteil entnimmt oder ob dieser ganz oder teilweise in der Gesellschaft verbleibt.<sup>178</sup> Da sich die Gesellschafter i. d. R. zur Mehrung ihres Vermögens an der Gesellschaft beteiligen, wäre es geradezu paradox, wenn sie persönlich die Steuern zu begleichen hätten, ohne hierfür auf den Gewinnanteil zugreifen zu können. Mithin sollte jedem Gesellschafter ein Steuerentnahmerecht zur Deckung seiner Steuerlast zustehen.

Fraglich ist jedoch, ob die Gewährung eines Steuerentnahmerechts im Gesellschaftsvertrag geregelt werden muss. Immerhin ist nach dem Wortlaut des § 122 Abs. 1 HGB ein solches Recht nicht vorgesehen. Allerdings gebietet eine Auslegung der Norm im Sinne der gesellschaftsrechtlichen Treupflicht, dass den Gesellschaftern aufgrund der oben dargestellten Widersprüchlichkeit ein Anspruch zur Entnahme für die Deckung der Einkommensteuer gewährt wird.<sup>179</sup> Überdies kann ein Anspruch auf Erstattung der Steuern auf § 110 HGB unter der Annahme gestützt werden, bei der Steuerzahlung handle es sich um Aufwendungen des Gesellschafter, da die Steuer andernfalls nicht das Vermögen trifft, dem die Gewinne zugeflossen sind.<sup>180</sup> Folgt man dem, so bedarf

---

<sup>175</sup> Siehe oben, **D. IV.**

<sup>176</sup> *Schäfer*, in: Staub III (Fn. 3), § 122 Rn. 35.

<sup>177</sup> Bei einer juristischen Person als Gesellschafter erfolgt die Besteuerung im Rahmen der Körperschaftsteuer.

<sup>178</sup> *Schön* (Fn. 38), S. 31.

<sup>179</sup> *Schäfer*, in: Staub III (Fn. 3), § 122 Rn. 30.

<sup>180</sup> *Priester*, in: MüKo-HGB II (Fn. 2), § 122 Rn. 61; *Schäfer*, in: Staub III (Fn. 3), § 122

es keiner Regelung des Steuerentnahmerechts im Gesellschaftsvertrag. Dennoch ist aus Erwägungen der Rechtssicherheit und zur Klarstellung für die Gesellschafter eine entsprechende Vereinbarung im Gesellschaftsvertrag empfehlenswert.<sup>181</sup> Unter Berufung auf den Wortlaut des § 122 HGB hat der BGH entgegen der dargestellten Argumente befunden, dass den Gesellschaftern ein Steuerentnahmerecht nur zusteht, sofern ein solches im Gesellschaftsvertrag vereinbart wurde.<sup>182</sup>

Denkbar erscheint eine Vereinbarung, wonach jeder Gesellschafter ein Entnahmerecht hinsichtlich der auf ihn individuell entfallenden Einkommensteuer sowie einer einheitlichen Nettodividende von zwischen 10 und 25% seines Gewinnanteils haben sollen.<sup>183</sup> Eine derartige Gestaltung berücksichtigt, dass die Gesellschafter möglicherweise unterschiedlichen Steuersätzen unterliegen. Allerdings setzt ein Entnahmerecht in Abhängigkeit von der Steuerbelastung voraus, dass die Gesellschafter ihre Einkommensteuerveranlagung offenlegen.<sup>184</sup> Dies wird in der Praxis jedoch regelmäßig nicht im Interesse der Gesellschafter sein, da sie etwa keine Informationen über weitere Einkünfte preisgeben möchten.

#### d) Vereinbarung von Entnahmekoten oder Gewinnverwendungsbeschlüssen

Um die Problematik der Offenlegung zu vermeiden, sollte der Gesellschaftsvertrag Entnahmekoten unabhängig von der individuellen Steuerlast vorsehen.<sup>185</sup> So soll ein bestimmter prozentualer Anteil des Gewinnanteils entnahmefähig gestellt werden, mit denen der Gesellschafter seine Steuerpflicht begleichen kann und darüber hinaus noch einen restlichen Betrag zur freien Disposition erhält.<sup>186</sup> Die für die Steuer benötigten Beträge sollen demnach jedenfalls die Untergrenze des Entnahmerechts bilden.<sup>187</sup> Ausgehend von einer Steuerprogression von bis zu 60% auf den Gewinnanteil jedes Gesellschafters, sollte ein Entnahmerecht von 70 bis 80% des Gewinnanteils zugestanden werden,<sup>188</sup> während der restliche Gewinnanteil zur

---

Rn. 30; dagegen *Ebricke*, in: E/B/J/S (Fn. 27), § 122 Rn. 56.

<sup>181</sup> *Ulmer* (Fn. 2), S. 953; *Klimke*, in: BeckOK-HGB (Fn. 26), § 122 Rn. 29.

<sup>182</sup> BGHZ 132, 263 (277).

<sup>183</sup> *Schäfer*, in: Staub III (Fn. 3), § 122 Rn. 29.

<sup>184</sup> *Priester*, in: MüKo-HGB II (Fn. 2), § 122 Rn. 63; *Schäfer*, in: Staub III (Fn. 3), § 122 Rn. 32.

<sup>185</sup> *Klimke*, in: BeckOK-HGB (Fn. 26), § 122 Rn. 26.

<sup>186</sup> *Bezzenberger/v. Falkenhausen/Schneider*, in: MünchHdbGesR I (Fn. 18), § 63 Rn. 68 f.

<sup>187</sup> *Ulmer* (Fn. 2), S. 952.

<sup>188</sup> *Schäfer*, in: Staub III (Fn. 3), § 122 Rn. 29; so auch *Bezzenberger/v. Falkenhausen/Schneider*, in: MünchHdbGesR I (Fn. 18), § 63 Rn. 77, die ebenfalls die

Rücklagenbildung in der Gesellschaft verbleiben soll. Der Gesellschaftsvertrag sollte daher ausdrücklich zwischen entnahmefähigen und nicht entnahmefähigen Gewinnanteilen unterscheiden. Es eignet sich eine Klausel, die beispielsweise bestimmt, dass 20% des Gewinnanteils zur Selbstfinanzierung in Rücklagen einzustellen sind und daher nicht entnommen werden dürfen.<sup>189</sup> Der restliche Betrag soll dem Gesellschafter als entnahmefähiger Gewinn zur Verfügung stehen.

Im Übrigen kann der Gesellschaftsvertrag vorsehen, dass die Gesellschafter jährlich darüber Beschluss fassen, in welchem Verhältnis ihre Gewinnanteile auszuschütten und zu thesaurieren sind.<sup>190</sup> Somit können die Gesellschafter die Entwicklungen der Gesellschaft, Prognosen und Investitionsvorhaben bei der Beschlussfassung einbeziehen, wodurch eine gewisse Flexibilität geschaffen wird. Ob und unter welchen Voraussetzungen ein solcher Beschluss mehrheitlich gefasst werden kann, wird noch zu behandeln sein.<sup>191</sup>

*e) Zusammenfassung: Vereinbarungen über Entnahmerecht*

Die Gesellschafter sollen als Vorabgewinn vereinbarte Vergütungen und Verzinsungen entnehmen können. Hierbei eignet sich ein monatliches Entnahmerecht. Vom Gewinnanteil der Gesellschafter sollen insbesondere zur Finanzierung ihrer Steuerlast 70 bis 80% entnahmefähig sein, während der restliche Betrag zur Selbstfinanzierung der Gesellschaft in Rücklagen einzustellen ist. Auf diese Weise werden einerseits die Leistungen der Gesellschafter für die Gesellschaft sowie ihre steuerliche Belastung, andererseits das Interesse der Gesellschaft an der Absicherung ihrer Kapitalgrundlage berücksichtigt. Der Gesellschaftsvertrag kann auch eine jährliche Beschlussfassung über die Rücklagenbildung vorsehen.

### **3. Kontengestaltung**

Die notwendige Bildung von Rücklagen hat zur Konsequenz, dass der Gewinnanteil eines Gesellschafters teilweise entnahmefähig und teilweise nicht entnahmefähig ist. Fraglich ist, wie sich dieser Umstand auf die Gestaltung der Konten der Gesellschafter auswirkt. Das Zwei-Konten-Modell, bestehend aus dem festen Kapitalkonto I und dem variablen Kapitalkonto II, führt dazu, dass der gesamte Gewinnanteil des Gesellschafters auf Kapitalkonto II verbucht wird,

---

Zugrundelegung des Spitzensteuersatzes vorschlagen.

<sup>189</sup> *Giehl* (Fn. 76), § 14 Abs. 3.

<sup>190</sup> *Priester*, in: MüKo-HGB II (Fn. 2), § 122 Rn. 52; *Klimke*, in: BeckOK-HGB (Fn. 26), § 120 Rn. 19; *Ehricke*, in: E/B/J/S (Fn. 27), § 122 Rn. 50; *Ulmer* (Fn. 2), S. 939.

<sup>191</sup> Siehe unten, **E. II. 3.**

wodurch der entnahmefähige und der nicht entnahmefähige Gewinn vermengt werden.<sup>192</sup> In der Folge ist schwer feststellbar, in welchem Umfang Entnahmen getätigt werden können.<sup>193</sup> Im Übrigen können die Gewinne nur innerhalb eines Jahres bis zur Feststellung der nächsten Bilanz entnommen werden, da der Gewinn danach auf dem variablen Kapitalkonto fixiert wird.<sup>194</sup> Diese Problematik stellte sich bereits bei dem gesetzlichen Modell, das lediglich ein variables Kapitalkonto vorsieht.<sup>195</sup>

a) *Dreikontenmodell*

Der Gesellschaftsvertrag kann das Problem jedoch durch die Errichtung eines weiteren Kontos je Gesellschafter neben dem festen Kapitalkonto I und dem variablen Kapitalkonto II lösen.<sup>196</sup> Um Irrtümern und Fehlbuchungen vorzubeugen, sollte das dritte Konto entgegen mancher Empfehlung<sup>197</sup> nicht als Kapitalkonto III, sondern als Privatkonto bezeichnet werden.<sup>198</sup> Auf dem Privatkonto jedes Gesellschafters ist sodann jeweils derjenige Teil seines Gewinnanteils zu verbuchen, den er nach dem Gesellschaftsvertrag entnehmen darf. Auf Kapitalkonto II werden hingegen der nicht entnahmefähige Gewinnanteil, der zur Rücklagenbildung in der Gesellschaft verbleiben soll, gutgeschrieben und Verluste abgeschrieben.

Aus der Dreiteilung der Gesellschafterkonten im Gesellschaftsvertrag folgt, dass die entnahmefähigen Gewinne auf dem Privatkonto nicht mehr mit den Verlusten verrechnet werden, die auf Kapitalkonto II verbucht werden.<sup>199</sup> Der Anspruch auf Auszahlung des entnahmefähigen Gewinns wird demnach nicht mehr durch künftige Verluste gefährdet.<sup>200</sup> Da auf dem Privatkonto also der Anspruch des Gesellschafters auf Auszahlung des entnahmefähigen Gewinns verbucht wird, handelt es sich um ein Forderungskonto.<sup>201</sup> Der darauf stehengelassene Betrag ist Fremd- und nicht Eigenkapital der Gesellschaft.<sup>202</sup> Im Übrigen können auf dem Privatkonto auch weitere Forderungen und

<sup>192</sup> *Oppenländer* (Fn. 18), S. 941; *Huber* (Fn. 55), S. 73.

<sup>193</sup> *Klimke*, in: BeckOK-HGB (Fn. 26), § 120 Rn. 30.

<sup>194</sup> *Schäfer*, in: Staub III (Fn. 3), § 120 Rn. 70.

<sup>195</sup> Siehe oben, **C. III.**; *Schäfer*, in: Staub III (Fn. 3), § 122 Rn. 10.

<sup>196</sup> *Wertenbruch* (Fn. 73), S. 667.

<sup>197</sup> *Oppenländer* (Fn. 18), S. 941.

<sup>198</sup> *Sieker* (Fn. 14), S. 298; *Giehl* (Fn. 76), § 6 II c); *Klimke*, in: BeckOK-HGB (Fn. 26), § 120 Rn. 31.

<sup>199</sup> *Wünsch* (Fn. 34), S. 34, 37.

<sup>200</sup> *Huber* (Fn. 55), S. 86; *Frese* (Fn. 14), S. 31.

<sup>201</sup> *Huber* (Fn. 55), S. 85.

<sup>202</sup> *Oppenländer* (Fn. 18), S. 941.

Verbindlichkeiten im Verhältnis zwischen Gesellschafter und Gesellschafter verbucht werden.<sup>203</sup> Dazu gehören einerseits die Geschäftsführergehälter, Aufwändungsersatzansprüche und Zinsen, andererseits aber auch Ansprüche aus Drittgeschäften mit dem Gesellschafter.<sup>204</sup>

*b) Technische Vorgehensweise*

Ein übersichtlich gestalteter Gesellschaftsvertrag sollte zunächst eigens bestimmen, welche Konten für jeden Gesellschafter eingerichtet werden.<sup>205</sup> Sodann wird in den Vertragsbestimmungen über die Gewinnverwendung ausdrücklich festgelegt, welche Beträge auf welchem Konto zu verbuchen sind. So kann der Gesellschaftsvertrag beispielsweise bestimmen, dass 20% des Gewinnanteils jedes Gesellschafters auf dessen Kapitalkonto II als Rücklage zu verbuchen sind. Darüber hinaus kann vereinbart werden, dass, falls das Kapitalkonto II negativ ist, dieser Verlust zunächst mit dem Gewinn ausgeglichen werden muss.<sup>206</sup> Erst der danach verbleibende entnahmefähige Gewinnanteil des Gesellschafters soll auf dessen Privatkonto gebucht werden.<sup>207</sup> Um den Gesellschaftern einen Anreiz zu geben, ihre entnahmefähigen Anteile stehen zu lassen, sollte der Gesellschaftsvertrag überdies eine Verzinsung der Privatkonten vorsehen.<sup>208</sup>

## **VI. Zusammenfassung zur gesellschaftsvertraglichen Gestaltung**

Um die Einlagen der Gesellschafter bei der Ergebnisverteilung angemessen zu berücksichtigen und dabei einen konstanten Verteilungsschlüssel zu gewährleisten, sollten im Gesellschaftsvertrag feste Kapitalanteile in Höhe der Einlagen gebildet werden, die auf einem dafür zu errichtenden Kapitalkonto I gutgeschrieben werden. Andersartige Beiträge der Gesellschafter, insbesondere die Geschäftsführung, sollen mit Vergütungsvereinbarungen als Gewinnvoraus honoriert werden. Außerdem könnten die geschäftsführenden Gesellschafter von einer Verlustbeteiligung ausgeschlossen werden. Die Gesellschafter legen überdies im Gesellschaftsvertrag fest, dass Vergütungen und Zinsen in jedem Fall entnahmefähig sind, sodass Steuerlast und Lebensunterhalt der Gesellschafter bedient werden können. Im Übrigen wird vereinbart, dass der

---

<sup>203</sup> *Klimke*, in: BeckOK-HGB (Fn. 26), § 120 Rn. 31; *Huber* (Fn. 55), S. 73; *Schäfer* (Fn. 7), § 8 Rn. 5.

<sup>204</sup> *Priester*, in: MüKo-HGB II (Fn. 2), § 120 Rn. 97; *Oppenländer* (Fn. 18), S. 941; *Sieker* (Fn. 14), S. 298.

<sup>205</sup> So auch der Vorschlag von *Frese* (Fn. 14), S. 137.

<sup>206</sup> *Giehl* (Fn. 76), § 14 Abs. 3.

<sup>207</sup> *Wertenbruch* (Fn. 73), S. 667.

<sup>208</sup> *Huber* (Fn. 55), S. 78 f.

Gewinnanteil teilweise nicht entnahmefähig, sondern in Rücklagen zur Selbstfinanzierung der Gesellschaft gestellt werden soll. Die entnahmefähigen Gewinnanteile sollen auf ein Privatkonto gebucht werden, sodass entnahmefähige und nicht entnahmefähige Gewinne getrennt werden. Ein derart gestalteter Gesellschaftsvertrag kompensiert alle eingangs herausgearbeiteten Schwächen der gesetzlichen Konzeption.

### **E. Mehrheitsklauseln über die Ergebnistteilhabe**

Die Darstellung hat gezeigt, dass die Gesellschafter im Gesellschaftsvertrag vollumfänglich von der gesetzlichen Regelung über die Ergebnisverteilung und -verwendung abweichen können. Aufgrund der Formfreiheit für Gesellschaftsverträge im Personengesellschaftsrecht können diese Vereinbarungen durch einstimmigen Beschluss sämtlicher Gesellschafter geändert werden.<sup>209</sup> Dass der Gesellschaftsvertrag grundsätzlich auch eine mehrheitliche Beschlussfassung vorsehen kann, ergibt sich bereits aus § 119 Abs. 2 HGB. Fraglich ist jedoch, ob und unter welchen Voraussetzungen eine Mehrheitsklausel auch Änderungen der vereinbarten Ergebnistteilhabe durch mehrheitlichen Beschluss legitimieren kann. Zur Klärung der Frage soll zunächst die Wirkung allgemeiner Mehrheitsklauseln und die Besonderheit von Mehrheitsklauseln in Bezug auf grundlegende Rechte der Gesellschafter ermittelt werden. Die daraus gewonnenen Erkenntnisse werden sodann auf die vertragliche Gestaltung der Ergebnistteilhabe übertragen.

## **I. Allgemeine und besondere Mehrheitsklauseln**

### **1. Bestimmtheitsgrundsatz**

Der Gesellschaftsvertrag kann unter Abweichung vom Einstimmigkeitsprinzip bestimmen, dass Beschlüsse mehrheitlich gefasst werden.<sup>210</sup> Eine solche allgemeine Mehrheitsklausel deckt jedenfalls Beschlüsse über gewöhnliche Geschäftsführungsmaßnahmen ab.<sup>211</sup> Darüber hinausgehende Beschlussgegenstände, für die eine mehrheitliche Beschlussfassung zulässig sein sollte, mussten nach früherem Verständnis aus Erwägungen des Minderheitenschutzes im Gesellschaftsvertrag hinreichend bestimmt sein.<sup>212</sup> So konnten beispielsweise Beschlüsse über die Bilanzfeststellung<sup>213</sup> oder über

---

<sup>209</sup> *Wertenbruch* (Fn. 73), S. 666.

<sup>210</sup> *Klimke*, in: BeckOK-HGB (Fn. 26), § 119 Rn. 34.

<sup>211</sup> *Priester*, Grundsatzfragen des Rechts der Personengesellschaften im Spiegel der Otto-Entscheidung des BGH, DStR 2008, 1386 (1387).

<sup>212</sup> *Priester*, Jahresabschlussfeststellung bei Personengesellschaften – Grundlagengeschäft? – Mehrheitsregeln – Thesaurierung im Konzern, DStR 2007, 28 (29).

<sup>213</sup> BGHZ 132, 263 (268).



Änderungen der Gewinnverteilung<sup>214</sup> nur mehrheitlich gefasst werden, wenn dies ausdrücklich im Gesellschaftsvertrag vorgesehen war. Da die Kautelarpraxis jenem Bestimmtheitsgrundsatz durch katalogartige Aufzählungen von Beschlussgegenständen mühelos entsprechen konnte, wurde er zunächst aufgeweicht.<sup>215</sup> So befand der BGH in seiner Otto-Entscheidung<sup>216</sup>, dass eine derartige Auflistung nicht erforderlich sei; vielmehr sei es ausreichend, wenn sich aus dem Gesellschaftsvertrag eindeutig ergibt, dass auch in grundlegenden Angelegenheiten der Gesellschaft ein Mehrheitsbeschluss zulässig sein soll.<sup>217</sup> Inzwischen ist der Bestimmtheitsgrundsatz gänzlich aufgegeben worden. Es soll nun im Wege der Auslegung einer Mehrheitsklausel nach allgemeinen Grundsätzen auf die Legitimation eines Mehrheitsbeschlusses geschlossen werden.<sup>218</sup> Daher können allgemeine Mehrheitsklauseln nach neuerer Auffassung neben gewöhnlichen Geschäftsführungsmaßnahmen auch außergewöhnliche Geschäfte und Änderungen des Gesellschaftsvertrags durch Mehrheitsentscheid legitimieren.<sup>219</sup>

## 2. Besonderheit: Mitwirkungspflichtige Beschlussgegenstände

Auch wenn ein Beschlussgegenstand nach Auslegung des Gesellschaftsvertrags von der allgemeinen Mehrheitsklausel erfasst wird, bedarf es zur Wirksamkeit des Beschlusses neben der erforderlichen Mehrheit der Zustimmung eines betroffenen Gesellschafters, wenn der Beschluss in ein relativ unentziehbares Recht des Gesellschafters eingreift.<sup>220</sup> Zu diesen mehrheitsfesten Rechten gehört insbesondere das hier in Rede stehende vermögensbezogene Recht auf Gewinnbeteiligung.<sup>221</sup> Wird durch einen Beschluss also die Gewinnbeteiligung eines Gesellschafters beeinträchtigt, so ist dessen Zustimmung erforderlich.

---

<sup>214</sup> BGH, WM 1975, 65 f.

<sup>215</sup> Priester (Fn. 211), S. 1387; Freitag, in: E/B/J/S (Fn. 27), § 119 Rn. 69.

<sup>216</sup> BGHZ 170, 283 ff.

<sup>217</sup> Klimke, in: BeckOK-HGB (Fn. 26), § 119 Rn. 36.

<sup>218</sup> BGH, NJW 859, Rn. 14 f.; Enzinger, in: MüKo-HGB II (Fn. 2), § 119 Rn. 80a; Klimke, in: BeckOK-HGB (Fn. 26), § 119 Rn. 38.

<sup>219</sup> Böttcher, Gesellschaftsvertragliche Mehrheitsklauseln und Stimmverbote bei Personengesellschaften in der aktuellen BGH-Rechtsprechung, NZG 2019, 61 (62); Roth, in: Baumbach/Hopt (Fn. 1), § 119 Rn. 37; Klimke, in: BeckOK-HGB (Fn. 26), § 119 Rn. 41.

<sup>220</sup> Enzinger, in: MüKo-HGB II (Fn. 2), § 119 Rn. 70; Klimke, in: BeckOK-HGB (Fn. 26), § 119 Rn. 54; Lieder, in: Oetker (Fn. 1), § 119 Rn. 55; im Übrigen wird bewusst auf die Begrifflichkeit der „Kernbereichslehre“ verzichtet, da sich die Rechtsprechung in BGHZ 203, 77 (90) davon jedenfalls distanziert hat; vgl. Enzinger, in: MüKo-HGB II (Fn. 2), § 119 HGB Rn. 64; Lieder, in: Oetker (Fn. 1), § 119 Rn. 53.

<sup>221</sup> Enzinger, in: MüKo-HGB II (Fn. 2), § 119 Rn. 72; Klimke, in: BeckOK-HGB, § 119,

Unter Umständen kann der betroffene Gesellschafter seine Zustimmung in den Eingriff allerdings bereits vorab im Gesellschaftsvertrag bei der Vereinbarung einer Mehrheitsklausel erteilen.<sup>222</sup> Um die Vereinbarung einer Mehrheitsklausel jedoch als antizipierte Zustimmung in den Eingriff in ein relativ unentziehbares Recht zu werten, ist eine einfache Mehrheitsklausel nicht ausreichend. Stattdessen ist erforderlich, dass die Klausel Ausmaß und Umfang des Eingriffs erkennen lässt, sodass der Gesellschafter die Verkürzung seiner Rechte absehen kann.<sup>223</sup> Entgegen vereinzelter Stimmen<sup>224</sup> ist der *BGH* von dieser Auffassung inzwischen<sup>225</sup> nicht abgerückt.<sup>226</sup> Zu klären ist daher, wie Klauseln im Gesellschaftsvertrag ausgestaltet werden sollten, die eine mehrheitliche Beschlussfassung über die Ergebnisteilhaber zulassen.

## II. Vertragsgestaltung

Die soeben erarbeiteten Grundsätze über Mehrheitsklauseln sollen nun in Zusammenhang mit den vertraglichen Gestaltungsmöglichkeiten über die Ergebnisteilhaber gebracht werden. Auch wenn die Rechtsprechung keine katalogartige Aufzählung der Beschlussgegenstände mehr verlangt, sollte der Gesellschaftsvertrag aus Gründen der Rechtssicherheit jedenfalls nicht abschließende Beispiele für Mehrheitsbeschlussgegenstände anführen.<sup>227</sup>

### 1. Veränderung der festen Kapitalanteile durch Mehrheitsbeschluss

Es wurde herausgearbeitet, dass im System fester Kapitalanteile dieselben für jeden Gesellschafter im Gesellschaftsvertrag festgesetzt werden. Sollen diese geändert werden, um neue Beteiligungsverhältnisse zu schaffen, bedarf es folglich einer Änderung des Gesellschaftsvertrags.<sup>228</sup> Eine allgemeine Mehrheitsklausel erfasst die Veränderung der festen Kapitalanteile indessen nicht,<sup>229</sup> denn mit der Verringerung des festen Kapitalanteils nur eines

---

Rn. 54.

<sup>222</sup> *Schäfer*, in: MüKo-BGB VI (Fn. 22), § 709 Rn. 91; *Klimke*, in: BeckOK-HGB (Fn. 26), § 119 Rn. 52; *Goette/Goette*, Mehrheitsklauseln im Personengesellschaftsrecht, DStR 2016, 74 (76); *Lieder*, in: Oetker (Fn. 1), § 119 Rn. 48.

<sup>223</sup> *Schäfer*, in: MüKo-BGB VI (Fn. 22), § 709 Rn. 92; *Lieder*, in: Oetker (Fn. 1), § 119 Rn. 62; *Klimke*, in: BeckOK-HGB (Fn. 26), § 119 Rn. 52.

<sup>224</sup> *Klimke*, in: BeckOK-HGB (Fn. 26), § 119 Rn. 46 f.; *Enzinger*, in: MüKo-HGB II (Fn. 2), § 119 Rn. 66.

<sup>225</sup> BGHZ 203, 77 ff.

<sup>226</sup> *Priester*, Eine Lanze für die Kernbereichslehre, NZG 2015, 529 (530); *Schäfer*, in: MüKo-BGB VI (Fn. 22), § 709 Rn. 92a.

<sup>227</sup> *Priester* (Fn. 211), S. 1391; *Freitag*, in: E/B/J/S (Fn. 27), § 119 Rn. 69.

<sup>228</sup> *Priester*, in: MüKo-HGB II (Fn. 2), § 120 Rn. 102.

<sup>229</sup> *Ebd.*

Gesellschafter wird dessen Gewinnbeteiligung gemindert; bei der Erhöhung einzelner Kapitalanteile wird die Gewinnbeteiligung der restlichen Gesellschafter vermindert. Da die Gewinnbeteiligung zu den relativ unentziehbaren Rechten eines Gesellschafter gehört,<sup>230</sup> kann eine vorweggenommene Zustimmung der Benachteiligten nur dann angenommen werden, wenn die Mehrheitsklausel bereits Grenzen für eine Veränderung der Kapitalanteile setzt. Hierfür kann im Gesellschaftsvertrag vereinbart werden, dass Erhöhungen oder Herabsetzungen der festen Kapitalanteile nur bis zu einem bestimmten Betrag durch Mehrheitsbeschluss zulässig sein sollen. Anderenfalls ist eine Zustimmung der Betroffenen erforderlich.

## **2. Veränderungen des Verteilungssystems und der Geschäftsführervergütung durch Mehrheitsbeschluss**

Gleichfalls deckt eine allgemeine Mehrheitsklausel nicht Beschlussfassungen über die Veränderung des vereinbarten Verteilungsschlüssels, da davon ebenso das Recht der Gesellschafter auf Gewinnbeteiligung beeinträchtigt wird.<sup>231</sup> Eine antizipierte Zustimmung in einen derartigen Beschluss kann nur angenommen werden, wenn bereits im Gesellschaftsvertrag das Ausmaß der gegebenenfalls eintretenden Kürzung der Rechtsstellung vorhersehbar geregelt ist.<sup>232</sup> Zu diesem Zweck sollte der Gesellschaftsvertrag daher Höchstgrenzen vorsehen, bis zu denen durch Mehrheitsbeschluss von der vereinbarten Ergebnisverteilung abgewichen werden kann.<sup>233</sup>

Da die Geschäftsführervergütungen als Vorabgewinn gewährt werden, die den zu verteilenden Gewinn mindern, wird die Vereinbarung hierüber ebenfalls als Gewinnverteilungsabrede qualifiziert.<sup>234</sup> Mitunter kann es geboten sein, die Gehälter der Geschäftsführer an geänderte Umstände anzupassen. Während jedoch eine Senkung der Vergütung in das Gewinnbeteiligungsrecht des geschäftsführenden Gesellschafter eingreift, wird durch eine Erhöhung seines Gehalts die Gewinnbeteiligung sämtlicher Gesellschafter beeinträchtigt. Konsequenterweise muss für die Annahme einer antizipierten Zustimmung eine Mehrheitsklausel für diesen Beschlussgegenstand ebenfalls mit Grenzen

---

<sup>230</sup> Siehe oben, **E. I. 2.**

<sup>231</sup> *Klimke*, in: BeckOK-HGB (Fn. 26), § 121 Rn. 17; *Priester*, in: MüKo-HGB II (Fn. 2), § 121 Rn. 30; *Schäfer*, in: Staub III (Fn. 3), § 121 Rn. 23; *Ehricke*, in: E/B/J/S (Fn. 27), § 121 Rn. 15.

<sup>232</sup> *Schön* (Fn. 38), S. 47.

<sup>233</sup> *Klimke*, in: BeckOK-HGB (Fn. 26), § 121 Rn. 18.

<sup>234</sup> *Schäfer*, in: Staub III (Fn. 3), § 121 Rn. 30.

versehen werden, bis zu denen das Gehalt des Geschäftsführers durch mehrheitlichen Beschluss angepasst werden kann.

### 3. Mehrheitsbeschluss über die Gewinnverwendung

Die Gesellschafter können im Gesellschaftsvertrag vereinbaren, dass jährlich darüber Beschluss gefasst wird, in welchem Verhältnis die Gewinnanteile in Rücklagen zu stellen beziehungsweise entnahmefähig sein sollen. Zu klären ist jedoch, ob ein solcher Beschluss auf Grundlage einer allgemeinen Mehrheitsklausel mehrheitlich gefasst werden kann oder ob es hierfür ebenfalls einer konkreteren Ermächtigung bedarf. Die Klärung dieser Frage hängt davon ab, ob ein Beschluss über die Rücklagenbildung in das Recht auf Gewinnbeteiligung eingreift.

Gegen die Annahme eines Eingriffs kann eingewandt werden, dass der Gesellschafter über seinen thesaurierten Gewinnanteil zwar nicht frei verfügen kann, dieser aber dennoch seinem Beteiligungskonto gutgeschrieben wird und ihm aufgrund dieser Wertsteigerung nicht der Gewinn selbst entzogen wird.<sup>235</sup> Demnach bedürfte es keiner Mehrheitsklausel, die konkretere Vorgaben für die Rücklagenbildung beinhaltet.<sup>236</sup>

Dieser Einwand mag dogmatisch überzeugen. Allerdings sollte berücksichtigt werden, dass sich die Gesellschafter grundsätzlich an der Gesellschaft beteiligen, um ihr Vermögen zu mehren. Eine merkliche Vermögensmehrung kann jedoch erst dann eintreten, wenn den Gesellschaftern tatsächlich und unmittelbar Mittel zufließen, nicht hingegen, wenn sich bloß der Buchwert ihrer Beteiligung erhöht. Aus diesem Grund sollte das Entnahmerecht als Bestandteil des Gewinnbeteiligungsrechts qualifiziert werden, sodass eine mehrheitliche Beschlussfassung über die Rücklagenbildung in das Gewinnbeteiligungsrecht eingreift.<sup>237</sup> Folglich wird ein Mehrheitsbeschluss über die Gewinnverwendung nur legitimiert, wenn die diesbezügliche Mehrheitsklausel konkrete Grenzen der Gewinnthesaurierung beinhaltet.<sup>238</sup>

Damit die Mehrheitsklausel diesen Anforderungen gerecht wird, sollte sie im Gesellschaftsvertrag also derart gestaltet werden, dass sie eine Vorstrukturierung des Gewinnverwendungsbeschlusses vorsieht. Eine solche kann an dieser Stelle indessen nicht allgemeingültig formuliert werden, da sie in der

---

<sup>235</sup> *Priester* (Fn. 211), S. 1391; *Priester*, in: *MüKo-HGB II* (Fn. 2), § 122 Rn. 55.

<sup>236</sup> *Priester* (Fn. 211), S. 1391.

<sup>237</sup> *Schäfer*, in: *Staub III* (Fn. 3), § 122 Rn. 36; *Ulmer* (Fn. 2), S. 944.

<sup>238</sup> *Schön* (Fn. 38), S. 40.

Kautelarjurisprudenz an die Gesellschaft und die Gesellschafter im Einzelfall angepasst werden muss.<sup>239</sup> Jedenfalls eignet sich die Vereinbarung prozentualer Quoten des Gewinnanteils, die mindestens ausgeschüttet oder thesauriert werden müssen.<sup>240</sup> Überdies kann eine Obergrenze für Thesaurierungen vereinbart werden, sodass die Gewinnanteile nur bis zu einem bestimmten Prozentsatz in Rücklagen eingestellt werden dürfen.<sup>241</sup> Eine derart gestaltete Mehrheitsklausel legitimiert sodann einen jährlichen Mehrheitsbeschluss über die Gewinnverwendung im Bereich zwischen Mindestausschüttung und maximal zulässiger Thesaurierung, in dem die Gesellschafter das Ausschüttungsverhalten von der Situation der Gesellschaft und ihren individuellen Umständen abhängig machen können.

### III. Zusammenfassung über die Gestaltung von Mehrheitsklauseln

Das Recht der Gesellschafter auf Gewinnbeteiligung ist ein relativ unentziehbares Recht, das nur mit Zustimmung der betroffenen Gesellschafter beschränkt werden darf. Beschlüsse über die Gewinnverteilung und Gewinnverwendung greifen in dieses Recht ein. Mehrheitsbeschlüsse sind in diesen Angelegenheiten daher nur wirksam, wenn der Betroffene mit der Vereinbarung der Mehrheitsklausel vorab dem Beschluss zugestimmt hat. Um die Vereinbarung der Mehrheitsklausel als antizipierte Zustimmung zu werten, muss bereits der Klausel der Umfang eines möglicherweise drohenden Rechtsverlusts entnommen werden können. Insbesondere im Hinblick auf mehrheitliche Gewinnverwendungsbeschlüsse eignet sich eine Vorstrukturierung im Gesellschaftsvertrag.

### F. Rückblick, Umblick und Ausblick

Die Vorschriften über die Ergebnisteilhaber der OHG-Gesellschafter im Handelsgesetzbuch werden den Bedürfnissen der Gesellschafter nach verhältnismäßiger Honorierung ihrer unterschiedlichen Einlage-, Arbeits- und Haftungsleistungen regelmäßig nicht gerecht. Diesem Umstand kann bei der Gestaltung des Gesellschaftsvertrags insbesondere mit festen Kapitalanteilen als Verteilungsschlüssel und Geschäftsführervergütungen entgegengewirkt werden.

---

<sup>239</sup> Für diese Situation in der GmbH appellieren *Hommelhoff, Hartmann, Hillers*, Satzungsklauseln zur Ergebnisverwendung in der GmbH, DNotZ 1986, 323 (327) an „Können, [...] Erfahrung und [...] Fingerspitzengefühl“ des Kautelarjuristen.

<sup>240</sup> *Priester*, in: MüKo-HGB II (Fn. 2), § 122 Rn. 52; *Priester* (Fn. 211), S. 1392, der die Vorstrukturierung zwar nicht für notwendig hält, sie aber dennoch empfiehlt.

<sup>241</sup> *Schäfer*, in: Staub III (Fn. 3), § 122 Rn. 36.

Anders verhält es sich dagegen im österreichischen Unternehmensgesetzbuch, in dem die geschilderten Anregungen über die gesellschaftsvertragliche Gestaltung der Ergebnisteilhaber mit den Reformen von 2007 und 2015 Gesetz wurden. So sieht § 121 Abs. 1 UGB im Zusammenspiel mit § 109 Abs. 1 UGB<sup>242</sup> vor, dass die Gesellschafter im Verhältnis ihrer Einlagen an Gewinn und Verlust beteiligt sind, sofern alle Gesellschafter in gleichem Ausmaß zur Mitwirkung in der Gesellschaft verpflichtet sind. Unterschiedliche Mitarbeit soll zum Schutze der für die Gesellschaft tätigen Gesellschafter bei der Zuweisung des Gewinns angemessen berücksichtigt werden.<sup>243</sup>

Indessen ist eine entsprechende Anpassung des Handelsgesetzbuches kein wesentlicher Teil der derzeitigen Diskussion über eine Reform des Personengesellschaftsrechts.<sup>244</sup> Dies ist möglicherweise dem Umstand geschuldet, dass die dargestellten gesellschaftsvertraglichen Gestaltungsmöglichkeiten die Schwächen des HGB hinreichend kompensieren können und daher längst fester Bestandteil der Kautelarpraxis sind. Dennoch sollte der Reformgesetzgeber auch hierzulande eine Abkehr von der Regelung aus dem 19. Jahrhundert und eine Anpassung an heutige Gegebenheiten anstreben, da sich die OHG in der Praxis mitunter weitgehend vom gesetzlichen Leitbild distanziert hat und die gesetzlichen Regelungen über die Ergebnisteilhaber daher zumeist zu unbefriedigenden Ergebnissen führen werden.

---

<sup>242</sup> Dort ist ausdrücklich definiert, dass der Kapitalanteil im Sinne des Gesetzes der vereinbarten Einlage entspricht.

<sup>243</sup> § 121 Abs. 2 UGB; im Übrigen werden Arbeitsgesellschafter ohne Kapitalanteil in § 121 Abs. 3 UGB ebenfalls bei der Gewinnbeteiligung berücksichtigt. Darüber hinaus ist die Möglichkeit einer Vergütungsvereinbarung in § 121 Abs. 4 UGB eröffnet.

<sup>244</sup> *Schäfer*, NJW-Beil 2016, 45 (47); *Wicke*, Reform des Personengesellschaftsrechts aus Sicht der Gestaltungspraxis, DNotZ 2017, 261 (261 ff.).

Mihail Kolev\*

## **Die Anfechtung anfänglich bestellter Sicherheiten für verbriefte Gesellschafterdarlehen. Besprechung des Urteils des Bundesgerichtshofs vom 14.02.2019, IX ZR 149/16**

### **Abstract**

Ob anfänglich bestellte Sicherheiten für verbriefte Gesellschafterdarlehen nach § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO anfechtbar sind, hängt von zwei Fragen ab: Zum einen, ob das Bargeschäftsprivileg nach § 142 Abs. 1 auf § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO anwendbar ist und zum anderen, ob die Verbriefung und ggf. die Übertragung der Forderung durch Veräußerung des Wertpapiers abweichende Ergebnisse begründen. Im Gang der Untersuchung werden die historische Entwicklung des betroffenen Regelungskomplexes sowie dessen Telos durchleuchtet.

---

\* Der Verfasser studiert Rechtswissenschaften im achten Semester an der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg. Der Beitrag ist als Seminararbeit i. R. d. Seminars „Aktuelle Fragen des Zivilprozess- und des Insolvenzrechts“ im Wintersemester 2019/2020 bei Prof. Dr. *Piekenbrock* und Prof. Dr. *Siegmann* entstanden und stellt zugleich eine Besprechung von BGHZ 221, 100 ff. dar. Besonderer Dank gilt Prof. Dr. *Piekenbrock* für seine Unterstützung und hilfreichen Anmerkungen.

## A. Einleitung

In der vorliegenden Arbeit wird der Frage nachgegangen, unter welchen Voraussetzungen Sicherheiten, die für verbrieftete Gesellschafterdarlehen bestellt wurden, der Anfechtung nach § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO unterliegen. Wirtschaftlich ist das Thema insofern von Bedeutung, dass sich im März 2020 in Deutschland Unternehmensanleihen mit einem Nominalwert von 344.136 Millionen Euro im Umlauf befanden.<sup>1</sup> Die wirtschaftlichen und rechtlichen Interessen der Anleihegläubiger sind genauso berührt wie die der Emittenten: Investoren sollten darüber im Klaren sein, welche Risiken sie mit dem Erwerb einer Inhaberschuldverschreibung eingehen. Die damit korrelierende Werthaltigkeit dieser Papiere ist auch für solche Unternehmer bedeutsam, die sich über dieses Kreditinstrument finanzieren wollen.

In die rechtliche Problematik leitet die Entscheidung des *IX Zivilrechtsenats* des *BGH* vom 14.2.2019 ein. Sie gibt zugleich das Untersuchungsprogramm vor, das sich in einen allgemeinen und einen besonderen Teil gliedern lässt. Im allgemeinen Teil ist die Frage zu beantworten, ob Sicherheiten für Gesellschafterdarlehen der insolvenzrechtlichen Anfechtung unterliegen; insbesondere, ob das Bargeschäftsprivileg auch für sie gilt. Sofern die Anfechtung nach § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO zu bejahen ist, sind etwaige Abweichungen von diesem Ergebnis zu untersuchen, die sich aus der Verbriefung der Forderungen ergeben könnten. An Bedeutung gewinnen in diesem Zusammenhang die Interessen des Erwerbers einer Schuldverschreibung.

## B. Der Ausgangsfall

Wollte man die Gesamtheit der rechtlichen Beziehungen aller an dem Ausgangsfall Beteiligten einheitlich grafisch darstellen, bedürfte es mehr als zwei Dimensionen. Daher konzentriert sich die Darstellung des dem Urteil zugrundeliegenden Sachverhalts auf diejenigen Umstände und Würdigungen durch das Gericht, welche für die Ziele der hiesigen Untersuchung wesentlich sind.

Die Insolvenzschildnerin ist, nach mehreren Umwandlungen, zum Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung eine GmbH, deren Gesellschafter eine OHG (39,21 %) und einer AG & Co. KG sind. Die OHG ist hundertprozentige Tochter der AG

---

<sup>1</sup> Für eine umfassende Werteübersicht über nichtfinanzielle Kapitalgesellschaften, Versicherungsunternehmen sowie sonstige Finanzinstitute s. *Deutsche Bundesbank*, Monatsbericht Mai 2020, abrufbar unter: <https://www.bundesbank.de/resource/blob/650620/d4a5b3c3088be03348832bdc3fe6b2cc/mL/skmsatb052pdf1-data.pdf> (zuletzt abgerufen am 30.6.2020).



& Co. KG. Um ihre Geschäftsidee zu finanzieren und Eigenkapital zu sammeln, geht die künftige Insolvenzschuldnerin zwei parallele Wege. Zum einen nimmt sie bei mehreren Kreditinstituten Darlehen auf. Zum anderen emittiert sie auf dem Kapitalmarkt Inhaberschuldverschreibungen in Höhe von 30 Millionen Euro. Diese beiden Arten von Forderungen sollen durch die gekauften Grundstücke besichert werden.

Für die Forderungen der Banken werden erstrangige Grundschulden bestellt. Die Inhaber der Schuldverschreibungen bilden eine Gemeinschaft nach Bruchteilen in Bezug auf zweitrangig bestellte Grundschulden. Diese werden für eine Anwaltssozietät bestellt. Sie agiert dann auf Grund eines Rahmen-Treuhandvertrages, geschlossen mit der künftigen Insolvenzschuldnerin. In diesem Vertrag verpflichtet sich die Anwaltssozietät im Innenverhältnis, die im Außenverhältnis ausschließlich für sie bestellten Grundpfandrechte im Interesse der Anlagegläubiger zu verwalten. Die AG & Co. KG erwarb Ende des Jahres 2006 Teilschuldverschreibungen in einer Stückzahl von 10.229 à 1.000 Euro, die auf die OHG übergingen und von dieser bis zum 19.11.2012 in einem Wertpapierdepot einer Bank gehalten wurden.<sup>2</sup>

Am 28.9.2012 wurde das Insolvenzverfahren über das Vermögen der Insolvenzschuldnerin eröffnet, nachdem sie sich seit dem Jahr 2010 in der Krise befunden und am 3.9.2012 den Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens gestellt hatte. Die als Sicherheit dienenden Grundstücke wurden im Laufe des Insolvenzverfahrens aus freier Hand verkauft und der nach der Befriedigung der erstrangigen Gläubiger verbliebene Erlös wurde bei einem Notar hinterlegt. Nach Beschluss der Gläubigerversammlung wurde dieser Betrag an die Treuhänderin gezahlt.<sup>3</sup>

Der Insolvenzverwalter hat der OHG gegenüber die Anfechtung der Sicherheitenbestellung in der Form des Anteils an der Bruchteilsgemeinschaft erklärt. Er befürchtete, dass die OHG die Teilschuldverschreibungen nach Verfahrenseröffnung an Dritte veräußert hat. Mithin hat der Insolvenzverwalter die OHG im Wege der Stufenklage verklagt. In der ersten Stufe wollte er wissen, ob und an wen die OHG die Teilschuldverschreibungen verkauft hat und – für den Fall des Verkaufs – welchen Verkaufserlös sie erzielt hat. Ferner begehrte er die Übertragung des als Sicherheit dienenden Bruchteils an der

---

<sup>2</sup> BGHZ 221, 100 Rn. 1.

<sup>3</sup> *Ebd.*, Rn. 2.

Bruchteilsgemeinschaft der Schuldverschreibungsgläubiger und die Abtretung ihrer Ansprüche gegen die Treuhänderin.

Auf der Grundlage der so festgestellten Tatsachen hat der *BGH* in rechtlicher Hinsicht Folgendes über die für die vorliegende Arbeit relevanten Punkte entschieden. Das Gericht vertritt den Standpunkt, dass das Bargeschäftsprivileg aus § 142 InsO für Sicherheiten, die für Gesellschafterdarlehen bestellt sind, nicht greifen soll.<sup>4</sup> Allein die Tatsache, dass es sich um Forderungen aus an der Börse handelbaren Teilschuldverschreibungen handelt, soll an der Anfechtbarkeit nach § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO nichts ändern.<sup>5</sup> Ein Jahr nach Veräußerung des Papiers soll die Anfechtbarkeit auch gegenüber dem Erwerber, der nicht Gesellschafter ist, erklärt werden können.<sup>6</sup>

### **C. Allgemeiner Teil: Die Anfechtbarkeit anfänglich bestellter Sicherheiten für Gesellschafterdarlehen**

In diesem Teil der Arbeit werden die unterschiedlichen Ansichten über die Anfechtbarkeit von Sicherheiten für Gesellschafterdarlehen dargestellt. Nach einer kritischen Auseinandersetzung wird eine eigene Ansicht über die strittigen Fragen entwickelt. Welche Bedeutung die Verbriefung der Forderung hat, soll dann untersucht werden, wenn anfänglich bestellte Sicherheiten anfechtbar sind.

#### **I. Bericht aus beiden Polen: Der Streit und seine Wurzeln**

Der Diskurs über die Anfechtbarkeit von Sicherheiten für Gesellschafterdarlehen kennzeichnet sich durch eine starke Polarisierung der Ansichten und Argumente. Entscheidend ist, ob das Bargeschäftsprivileg auf § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO anwendbar ist. Während einige Stimmen, angelehnt an den Sinn und Zweck des § 135 Abs. 1 und des § 142 Abs. 1 InsO, die Anwendbarkeit ablehnen, erstreitet die Gegenansicht ihre Überzeugungskraft primär aus dem Wortlaut und der Systematik des Gesetzes.<sup>7</sup> Auf beiden Seiten wird mit der Gesetzeshistorie argumentiert.

Das geschichtliche und gedankliche Urproblem hinter dem angedeuteten zeitgenössischen Disput ist, wie man ein Gleichgewicht zwischen dem Interesse des Investors an flexiblen Finanzierungsmöglichkeiten und dem Vertrauen der

---

<sup>4</sup> *Ebd.*, Rn. 37.

<sup>5</sup> *Ebd.*, Rn. 61.

<sup>6</sup> *Ebd.*, Rn. 63.

<sup>7</sup> *Köth*, Die Verwertbarkeit von Sicherheiten für Gesellschafterdarlehen in der Insolvenz, ZGR 2016, 541 (565 ff.).

Gläubiger schafft.<sup>8</sup> Das Problem ist mindestens so alt wie die Rechtsform der Kapitalgesellschaft selbst.<sup>9</sup> Die neuen Regelungen im Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen vom 23.10.2008 (MoMiG) stellen daher lediglich eine Momentaufnahme der langjährigen geschichtlichen Entwicklung dar.<sup>10</sup> Sie schenken der alten Auseinandersetzung jedoch ihre heutige Gestalt.

## II. Entwicklung einer eigenen Ansicht

Den Streit um die Anfechtbarkeit des § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO wird eine sorgfältige Auslegung der in Betracht kommenden Normen entscheiden.

### 1. Vorüberlegungen: Allgemeine Voraussetzungen für die Anfechtung

Vereinzelt wird versucht, eine unwiderlegbare Vermutung der Gläubigerbenachteiligung in den § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO hineinzulesen.<sup>11</sup> Da nicht von vornherein auszuschließen ist, dass eine Gläubigerbenachteiligung im Fall der Besicherung eines Darlehens fehlen kann,<sup>12</sup> ist die allgemeine Voraussetzung nach § 129 Abs. 1 InsO stets zu prüfen. Dies folgt aus der Gesetzessystematik sowie aus dem Wortlaut des § 128 Abs. 1 InsO, der ausdrücklich alle Anfechtungstatbestände von §§ 130 bis 146 InsO benennt.<sup>13</sup> § 135 Abs. 1 InsO beinhaltet keine unwiderlegbare Vermutung der Gläubigerbenachteiligung. Vom *BGH* wird auch nicht das Gegenteil vertreten: Er wendet § 129 Abs. 1 InsO i. R. v. § 135 Abs. 1 InsO an.<sup>14</sup> Im Folgenden wird vom Vorliegen einer Gläubigerbenachteiligung ausgegangen.

### 2. Wortlaut

Die Anhänger der Ansicht, dass das Bargeschäftsprivileg auf § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO anwendbar ist, berufen sich auf den Wortlaut des § 142 Abs. 1 InsO.<sup>15</sup>

---

<sup>8</sup> Vgl. *Thiesen*, Gesellschafterfremdfinanzierung nach dem MoMiG, ZGR 2015, 396 (398 f.).

<sup>9</sup> *Ebd.*

<sup>10</sup> Einzelheiten zur geschichtlichen Entwicklung *Thiesen*, Gesellschafterfremdfinanzierung nach dem MoMiG, ZGR 2015, 396 (398-402).

<sup>11</sup> *Marotzke*, Gläubigerbenachteiligung und Bargeschäftsprivileg bei Gesellschafterdarlehen und vergleichbare Transaktionen, ZInsO 2013, 641 (651, 656 f.).

<sup>12</sup> *Marotzke* (Fn. 11), S. 651; eine Gläubigerbenachteiligung verneinend *Hiebert*, Die anfängliche Besicherung eines Gesellschafterdarlehens in der Insolvenz. Zur Anwendbarkeit des Bargeschäftsprivilegs (§ 142 InsO) auf § 135 I Nr. 1 InsO und fehlender Gläubigerbenachteiligung, ZInsO 2016, 1679 (1682).

<sup>13</sup> *Bork*, Einführung in das Insolvenzrecht, 9. Auflage, Tübingen 2019, Rn. 252.

<sup>14</sup> BGHZ 221, 100 Rn. 39; vgl. auch BGHZ 215, 262 Rn. 10.

<sup>15</sup> *Marotzke*, Gesellschaftsinterne Nutzungsverhältnisse nach Abschaffung des

Danach ist eine Leistung des Schuldners, für die eine gleichwertige Gegenleistung in sein Vermögen gelangt, nur anfechtbar, wenn die Voraussetzungen des § 133 Abs. 1 bis 3 InsO gegeben sind. Im Umkehrschluss folgt also, dass § 142 Abs. 1 InsO auf § 135 Abs. 1 InsO Anwendung findet.

*a) Vergleich des § 142 I InsO mit § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO*

Die Gegenauffassung macht geltend, dass man auf den Wortlaut des § 142 Abs. 1 InsO nicht entscheidend abstellen kann, weil er nicht mit dem Wortlaut des § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO zu vereinbaren sei.<sup>16</sup> Nach § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO sei die zeitliche Abfolge von Darlehensgewährung und Sicherheitenbestellung nicht von Bedeutung und eine Anwendung des Bargeschäftsprivilegs würde zu einer nicht gerechtfertigten Privilegierung von Sicherungen führen, die in engem zeitlichen Zusammenhang mit der Darlehensauszahlung gewährt wurden.<sup>17</sup>

*b) Vergleich des § 142 Abs. 1 InsO mit § 6 Abs. 1 AnfG*

Es wird noch auf die wortgleiche Regelung im § 6 Abs. 1 AnfG hingewiesen, für die nicht nur eine vergleichbare Privilegierung wie nach § 142 Abs. 1 InsO fehlt, sondern auch den §§ 130 bis 132 InsO entsprechende Normen nicht vorzufinden sind.<sup>18</sup> Um eine folgerichtige Regelungsstruktur zu konstruieren, bedürfe es einer Rechtsfortbildung entweder über eine teleologische Reduktion des § 6 Abs. 1 AnfG oder eine analoge Anwendung des § 142 Abs. 1 InsO i. R. d. AnfG.<sup>19</sup>

*c) Methodologisch richtig: Teleologische Reduktion*

Diese Argumentation überzeugt nicht. I. R. d. Wortlautauslegung einer Norm kann nicht der Wortlaut einer anderen maßgeblich sein, es sei denn, die eine Norm enthält einen ausdrücklichen Ausschluss der anderen. Ein solcher Ausschluss fehlt in § 135 Abs. 2 Nr. 1 InsO. Der Hinweis darauf, dass eine

---

Eigenkapitalersatzrechts, ZInsO 2008, 1281 (1286); *ders.* (Fn. 11), S. 650; *Bitter*, Anfechtung von Sicherheiten für Gesellschafterdarlehen nach § 135 I Nr. 1 InsO, ZIP 2013, 1497 (1503 ff., 1506 f.); *ders.*, Anfechtbarkeit ursprünglicher Sicherheiten für Gesellschafterdarlehen: Es lebe die Betriebsaufspaltung!, ZIP 2019, 737 (743); *Hiebert* (Fn. 12), S. 1680; *Habersack*, in: Ulmer/Habersack/Löble, 2. Aufl. 2014, Anh. § 30 Rn. 116 f.; *Klaabsen*, in: Kölner Kommentar zur InsO, 2017, § 135 Rn. 90; *Rühle*, Nutzungsüberlassung durch Gesellschafter in Zeiten des MoMiG, ZIP 2009, 1358 (1360); *Ganter/Weinland*, in: K. Schmidt, 19. Aufl. 2016 § 142 Rn. 11.

<sup>16</sup> *Brinkmann*, in: Schmidt/Uhlenbruck/Brinkmann, 5. Aufl. 2016, Rn. 2.128; *Köth* (Fn. 7), S. 565 f.; BGHZ 221, 100 Rn. 43.

<sup>17</sup> *Gehrlein*, Verbindungslinien zwischen Eigenkapitalersatz, Insolvenzanfechtung und Deliktshaftung, in: FS Kübler, 2015, S. 181 (187 f.); BGHZ 221, 100 Rn. 43 m. w. N.

<sup>18</sup> *Köth* (Fn. 7), S. 565 f.; BGHZ 221, 100 Rn. 43.

<sup>19</sup> *Ebd.*

Anwendung zu einer ungerechtfertigten Privilegierung führt, ist teleologischer Natur, denn aus dem bloßen Wortlaut des § 135 Abs. 1 InsO kann dieser Schluss nicht gezogen werden. Ein schwaches Argument ist auch der Vergleich mit der wortgleichen Regelung des § 6 AnfG, weil man die auf dem Boden der grammatikalischen Auslegung entstehenden Widersprüche in beide Richtungen beheben kann: Sowohl durch eine Nichtanwendung des Bargeschäftsprivilegs, als auch durch eine analoge Anwendung bzw. durch eine teleologische Reduktion des § 6 AnfG.<sup>20</sup> In beiden Fällen ist aber Sinn und Zweck der Regelungen und nicht (allein) der Wortlaut maßgebend.

Es ist folglich daran festzuhalten, dass der Wortlaut des § 142 Abs. 1 InsO nicht die Anwendbarkeit auf § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO ausschließt. Der methodologisch richtige Ansatzpunkt, das Gegenteil anzunehmen, wäre eine teleologische Reduktion der Norm. Diese gilt es zu begründen.

### 3. Systematische Erwägungen

Die Systematik des Gesetzes spricht für die Anwendbarkeit des § 142 Abs. 1 InsO auf § 135 Abs. 1 InsO.<sup>21</sup> § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO gehört zu den §§ 130 bis 136 InsO, die die Anfechtungstatbestände enthalten, während § 142 Abs. 1 InsO zu den nachgelagerten, zusätzlichen Anfechtungsvoraussetzungen zählt.<sup>22</sup>

#### *a) Anwendung von § 133 InsO auf anfänglich bestellte Sicherheiten?*

Ferner wird angenommen, dass § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO nur nachträglich bestellte Sicherheiten umfasse, denn der § 133 InsO, der ja nach dem Wortlaut des § 142 Abs. 1 InsO ausdrücklich aus dessen Anwendungsbereich ausgenommen ist, sei auf anfänglich bestellte Sicherheiten anzuwenden.<sup>23</sup> In ihrer Konsequenz ermöglicht diese Ansicht eine insolvenzfeste Besicherung einer Gesellschafterdarlehensforderung sogar ein Jahr vor Insolvenzantrag, was gegen die einjährige Frist für Zurückzahlung der Forderung nach § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO verstößt.<sup>24</sup>

---

<sup>20</sup> Darauf hinweisend *Marotzke* (Fn. 11), S. 645, der für eine analoge Anwendung plädiert wie *Bitter*, Anfechtung von Sicherheiten für Gesellschafterdarlehen nach § 135 I Nr. 1 InsO, ZIP 2013, 1497 (1507 f.).

<sup>21</sup> *Kirchhof/Freudenberg*, in: MüKo-InsO II, 4. Auflage 2019, Vor §§ 129 bis 147 Rn. 93; *Hiebert* (Fn. 12), S. 1681; *Klaabsen*, in: Kölner Kommentar InsO (Fn. 15), § 135 Rn. 61; BGHZ 221, 100 Rn. 44.

<sup>22</sup> *Kirchhof/Freudenberg*, in: MüKo-InsO II (Fn. 21), Vor §§ 129 bis 147 Rn. 93; BGHZ 221, 100 Rn. 44.

<sup>23</sup> *Rühle* (Fn. 15), 1360; vgl. auch *Gehrlein* (Fn. 17), S. 185 f.; *Köth* (Fn. 7), S. 566 f.

<sup>24</sup> *Köth* (Fn. 7), S. 567.

*b) Vergleich mit §§ 130, 131 i. V. m. § 138 InsO?*

Auch ein Vergleich des § 135 Abs. 1 InsO mit §§ 130, 131 i. V. m. § 138 InsO wird bemüht, um die Anwendbarkeit des Bargeschäftsprivilegs zu begründen.<sup>25</sup> Da der Anwendungsbereich § 142 Abs. 1 InsO auch die §§ 130, 131 InsO mitumfasse, die genauso wie § 135 Abs. 1 InsO eine „Insiderdeckungsanfechtung“ im Falle des § 138 InsO beinhaltet, sei die Rechtshandlung nach § 135 Abs. 1 InsO auch zu privilegieren, wenn gleichwertige Leistungen gegenüberstünden.<sup>26</sup> Der Legitimationsgrund für die Anfechtung sei in den beiden Fällen gleich: ein Informationsvorsprung des Anfechtungsgegners.<sup>27</sup> Unter die nahestehenden Personen i. S. v. § 138 InsO fallen aber auch solche, die in einer engen familiären Beziehungen zum Schuldner stehen, z. B. Ehegatten, Lebenspartner und Verwandte. Es kann nicht unterstellt werden, dass nur wirtschaftliche Motive sie zum Handeln bewegt. Häufig sind für diese Personen – im Unterschied zu Gesellschaftern – emotionelle Beweggründe ausschlaggebend. Im Verhältnis zur Fallgruppe des § 138 Abs. 2 InsO ist § 135 Abs. 1 InsO eine spezialgesetzliche Regelung. Der Vergleich des § 135 Abs. 1 InsO mit §§ 130, 131 i. V. m. § 138 InsO kann folglich die Anwendbarkeit nicht zwingend begründen.

*c) Relativierung der systemischen Argumente*

Mit Blick auf die Regelung des § 135 Abs. 3 InsO verliert die Argumentation mit der systematischen Stellung des § 135 InsO weiter an Bedeutung. § 135 Abs. 3 InsO betrifft normative Fragen, die dem zweiten Abschnitt der Insolvenzordnung angehören; die Norm ist im dritten Abschnitt als ein „Fremdkörper“ anzusehen und steht dort maßgeblich nur aus historischen Gründen.<sup>28</sup> Hieraus ist auch die Intention des Gesetzgebers abzulesen, alle Normen betreffend des Gesellschafterdarlehens kompakt regeln zu wollen. Folglich ist die systematische Stellung keineswegs ein zwingendes Argument.

---

<sup>25</sup> Thole, Nachrang und Anfechtung bei Gesellschafterdarlehen – zwei Seiten derselben Medaille?, ZHR 176 (2012), 513 (524); Thole., Gläubigerschutz durch Insolvenzrecht. Anfechtung und verwandte Regelungsinstrumente in der Unternehmensinsolvenz, 2010, S. 408.

<sup>26</sup> Hiebert (Fn. 12), S. 1681; Marotzke (Fn. 11), S. 644; Spliedt, MoMiG in der Insolvenz – ein Sanierungsversuch, ZIP 2009, 149 (151), der aber die Anfechtbarkeit bejaht; Schröder, Die Reform des Eigenkapitalersatzrechts durch das MoMiG, 2012, S. 44.

<sup>27</sup> Thole, Nachrang und Anfechtung bei Gesellschafterdarlehen – zwei Seiten derselben Medaille?, ZHR 176 (2012), 513 (524).

<sup>28</sup> Haas, Allgemeines Anfechtungsrecht und das Recht der subordinierten Gesellschafterdarlehen, ZIP 2017, 545 (545); K. Schmidt, in: K. Schmidt (Fn. 15), § 135 Rn. 2.

#### 4. Historie

Für das richtige Verständnis des § 135 Abs. 1 InsO und des § 142 Abs. 1 InsO ist ihre jeweilige Historie und Genealogie von entscheidender Bedeutung.

##### a) Historie des § 142 Abs. 1 InsO

In der Gesetzesbegründung des § 142 Abs. 1 InsO findet sich keine Erwägung betreffend § 135 InsO und umgekehrt.<sup>29</sup> Da aber die alte Fassung des § 135 InsO an das Merkmal des „Kapitalersatzes“ anknüpfte, kam es bei der Schaffung des § 142 InsO möglicherweise nicht darauf an.<sup>30</sup> Daher kann aus diesem Umstand keine Folge für die Anwendbarkeit des § 142 InsO auf § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO gezogen werden.

##### b) Historie des § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO

Die Änderung des § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO, die hier von Interesse ist, erfolgte durch das MoMiG im Jahr 2008. Auffällig ist, dass sich die Ansicht, die die Anwendbarkeit des Bargeschäftsprivilegs bejaht, sowie auch die Gegenauffassung auf die Historie dieser Norm stützen. Demnach ist ein sorgfältiger Umgang mit der Gesetzesgeschichte erforderlich.<sup>31</sup>

Hierzu ist an den Überlegungen festzuhalten, dass jede Schaffung einer neuen Regelung ein Willensakt des Gesetzgebers ist, der zwei Komponenten beinhaltet – eine negative und eine positive. Zum einen kommt der Wille des Gesetzgebers zum Ausdruck, die alte Rechtslage abzulehnen. Der Grund für diese Ablehnung ist die Unzufriedenheit des Gesetzgebers mit den auf tatsächlicher Ebene liegenden Konsequenzen der alten Rechtslage. Die positive Komponente ist die Festsetzung einer neuen Rechtslage, mit der neue Folgen auf tatsächlicher Ebene bewirkt werden sollen. Diese beiden Elemente gilt es herauszuarbeiten, denn sie sind für den Sinn und Zweck der Regelung von maßgeblicher Bedeutung.

##### aa) Blick in das alte Recht und die negativen Komponenten

Vor der Verkündung des MoMiG waren auf Gesellschafterdarlehen die sogenannten „Novellenregeln“ und die „Rechtsprechungsregeln“ anwendbar.<sup>32</sup> Entscheidend war im alten Recht die Qualifizierung des Darlehens als

<sup>29</sup> BT-Drs. 12/2443, S. 168 bzw. 161.

<sup>30</sup> Vgl. BGHZ 221, 100 Rn. 47.

<sup>31</sup> BGHZ 221, 100 Rn. 45 bis 48 auf der einen und *OLG Karlsruhe*, ZIP 2018, S. 1987 Rn. 41 auf der anderen Seite.

<sup>32</sup> *Henkel*, Das Bargeschäftsprivileg gilt nicht im Rahmen von § 135 I InsO, ZInsO 2009, 1577 (1577).

„kapitalersetzend“.<sup>33</sup> Infolgedessen waren Rückzahlungen und Besicherungen solcher Darlehen ohne Berücksichtigung von Fristen anfechtbar und das Darlehen wurde in analoger Anwendung des § 30 a. F. GmbHG<sup>34</sup> als Eigenkapital behandelt.<sup>35</sup> Die Rechtslage vor dem MoMiG kennzeichnete sich durch hohe Komplexität, die der Gesetzgeber ausräumen und mit einer klaren und verständlichen Regelung ersetzen wollte, die für die Gesellschafter und Organe einer solventen Gesellschaft leicht zugänglich sind.<sup>36</sup>

Durch das MoMiG hat der Gesetzgeber das Nebeneinander von den sogenannten „Novellenregeln“ und „Rechtsprechungsregeln“ beseitigt und das Merkmal des Eigenkapitalersatzes abgeschafft.<sup>37</sup> Gesellschafterdarlehen sollen nach der Neuregelung nicht mehr in der Insolvenz als Eigenkapital behandelt werden, vgl. § 30 Abs. 1 S. 3 GmbHG. Die Anleger müssen nunmehr nicht die Anfechtung einer zehn Jahre vor Insolvenzantrag bestellten Sicherheit fürchten.<sup>38</sup> Auch die Unterscheidung zwischen „eigenkapitalersetzenden“ und normalen Darlehen wurde aufgehoben.<sup>39</sup>

#### bb) Die positiven Komponenten

Die Sonderregelungen für Gesellschafterdarlehen sollten nach dem MoMiG rechtsformneutral angewendet werden. Auch entsprechende Auslandsgesellschaften, deren Insolvenz in Deutschland abzuwickeln ist, sollten dem neuen Regime unterfallen.<sup>40</sup> Aus diesem Grund hat der Gesetzgeber den § 135 Abs. 1 InsO, der wie sein Vorläufer in der Konkursordnung (§ 32a KO) jede Umgehungsmöglichkeit von § 32a GmbHG sperren sollte, zur zentralen Vorschrift heraufgesetzt, nach der die Anfechtung von Sicherheitenbestellungen für Gesellschafterdarlehen zu richten ist. Entsprechend hat der Gesetzgeber den § 32a GmbHG abgeschafft. Das sogenannte Gesellschafterdarlehensrecht wurde vollständig ins Insolvenzrecht transloziert.<sup>41</sup>

---

<sup>33</sup> *Ebd.*

<sup>34</sup> Vgl. auch §§ 57 Abs. 1 S. 1, 64 AktG.

<sup>35</sup> Zu dieser Gleichstellung im alten Recht: *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, § 37 IV 1 c).

<sup>36</sup> BT-Drs. 16/6140, S. 42.

<sup>37</sup> *Ebd.*

<sup>38</sup> BT-Drs. 354/07, S. 129 f.

<sup>39</sup> BT-Drs. 16/6140, S. 26.

<sup>40</sup> BT-Drs. 354/07, S. 130.

<sup>41</sup> BT-Drs. 354/07, S. 96.



cc) Folgen für die Auslegung des § 142 Abs. 1 und des § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO

Dass § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO vom Bargeschäftsprivileg nicht erfasst sein soll, ist mit keinem Wort in den Begründungen des Gesetzesentwurfes erwähnt. Rückschlüsse auf diese Frage können aus den Ausführungen zur Neufassung des § 135 InsO gezogen werden, wonach „Rückzahlungen auf Gesellschafterdarlehen im fraglichen Zeitraum [...] nach der vorgeschlagenen Regelung stets anfechtbar“ sein sollen.<sup>42</sup> Dies deutet gerade auf die Nichtanwendung des Bargeschäftsprivilegs auf Sicherheiten für Gesellschafterdarlehen.

Außerdem ist in diesem Zusammenhang auf die Änderung des § 6 AnfG aufmerksam zu machen, der etwaige bestehende Lücken zu schließen bestimmt ist, die aus der Abschaffung des § 32a GmbHG entstehen können.<sup>43</sup> Dass § 135 InsO und § 6 AnfG aufeinander abgestimmt sein sollen, liegt auf der Hand. Da mit den Änderungen im Anfechtungsgesetz keine dem § 142 Abs. 1 InsO entsprechende Regelung geschaffen wurde, die auf § 6 Abs. 1 Nr. 1 AnfG anzuwenden wäre, ist davon auszugehen, dass sich der Gesellschafter i. R. d. Gläubigeranfechtung nicht auf das Bargeschäftsprivileg berufen kann.<sup>44</sup> An dieser Stelle wird wieder hervorgehoben, dass „sämtliche Rückzahlungen“ anfechtbar sein sollen.<sup>45</sup> Es liegt nahe, dass dies nach der Vorstellung des Gesetzgebers auch für die Anfechtung in der Insolvenz gelten soll.

Die Abschaffung der Rechtsprechungsregel und die Distanzierung von der grundsätzlichen Gleichbehandlung von Gesellschafterdarlehen und Eigenkapital spricht nicht für die Anwendung des § 142 Abs. 1 InsO auf § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO.<sup>46</sup> Denn der Gesetzgeber wollte den Unterschied zwischen „eigenkapitalersetzenden“ und anderen Gesellschafterdarlehen in der Insolvenz aufheben. Deshalb wurde in erster Linie die rückwirkende Anfechtung nach §§ 30, 31 a. F. GmbHG und §§ 57 Abs. 1 S 1, 64 AktG analog beseitigt. Die Besicherung eines Gesellschafterdarlehens wird mit keinen negativen Folgen verbunden, soweit und solange die Gesellschaft „gesund“ ist. Anderes gilt, wenn die Gesellschaft in die Krise gerät.

---

<sup>42</sup> BT-Drs. 16/6140, S. 57.

<sup>43</sup> *Ebd.*, S. 42, 57 f.

<sup>44</sup> Wie hier *Brinkmann*, Zwei Brennpunkte im Recht der Gesellschafterdarlehen. Die Behandlung des Cash Pools und die Besicherung von Gesellschafterdarlehen, ZGR 2017, 708 (720).

<sup>45</sup> BT-Drs. 16/6140, S. 57.

<sup>46</sup> So aber *Hiebert* (Fn. 12), S. 1681 f.

dd) Leitlinien für die Auslegung

Aus den Gesetzesmaterialien lassen sich Leitlinien für die Auslegung der neuen Regelung des § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO entnehmen. Dass die neuen Regelungen rechtsformneutral und auf ausländische Gesellschaftsformen anzuwenden sind, bedeutet zugleich, dass sich eine rechtsformspezifische, auf dem deutschen nationalen Recht fußende Auslegung verbietet. Die Übertragung der Regelungen betreffend Gesellschafterdarlehen in die Insolvenzordnung macht eine insolvenzrechtsspezifische Deutung des § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO erforderlich. Das bedeutet, dass die Gefahren, die diese Form der Unternehmensfinanzierung für die Gläubiger mit sich bringen, vom Insolvenzrecht her zu bestimmen und zu bekämpfen sind.

c) *Zwischenergebnis*

Aus den Gesetzesmaterialien ist keine ausdrückliche Antwort auf die Frage nach der Anwendung von § 142 Abs. 1 InsO auf § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO zu entnehmen. Dennoch deuten die Gesetzesmaterialien eine Nichtanwendung des Bargeschäftsprivilegs an.

## 5. Sinn und Zweck des § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO

Zweck des § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO ist, die insolvenzspezifische Gefahr zu bekämpfen, die mit der Besicherung von Gesellschafterdarlehen verbunden ist. Es muss verhindert werden, dass der Gesellschafter zu Lasten externer Gläubiger spekuliert, indem er aus den Gewinnen der Gesellschaft profitiert ohne entsprechend an den Verlusten teilzunehmen.<sup>47</sup> Erst recht darf dem Gesellschafter im Insolvenzfall der Genuss der in der Sicherheit enthaltenen Zinsen nicht gestattet werden. Der Legitimationsgrund dafür ist gerade seine Stellung als Gesellschafter.<sup>48</sup> Denn hieraus erwächst sein Informationsvorteil gegenüber anderen Gläubigern.

a) *Die insolvenzspezifische Gefahr*

§ 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO ist in seiner Funktion eine Ergänzung der Kapitalerhaltungsvorschriften (z. B. §§ 30, 31 GmbHG).<sup>49</sup> Die Norm erschöpft sich aber nicht in dieser Funktion, denn § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO ist darüber hinaus eine gedankliche Erweiterung der Regelung auf Gesellschaften, für die das

---

<sup>47</sup> *Altmeyden*, Ratio legis des Rechts der Gesellschafterdarlehen am Beispiel der Sicherheiten, ZIP 2019, 1985 (1989).

<sup>48</sup> A. A. *Bitter*, Die Nutzungsüberlassung in der Insolvenz nach dem MoMiG, ZIP 2010, 1 (10).

<sup>49</sup> *Förste*, Insolvenzrecht, 7. Aufl. 2018, Rn. 316.

deutsche Gesellschaftsrecht nicht anwendbar ist. Es soll verhindert werden, dass der Gesellschafter rechtsmissbräuchlich handelt.<sup>50</sup> Der Gesellschafter ist so zu behandeln, als ob er sein Unternehmen ordnungsgemäß finanziert hätte.<sup>51</sup> Dieser Grundgedanke des alten Rechts setzt sich in das neue Recht fort.<sup>52</sup>

An dieser Stelle ist zu betonen, dass die Gewährung von Gesellschafterdarlehen nicht per se gegen die ordnungsgemäße Finanzierung verstößt; seine Besicherung ist auch nicht unzulässig, was bereits aus der gesetzlichen Klarstellung in § 30 Abs. 1 S. 3 GmbHG zu entnehmen ist.<sup>53</sup> Erst die damit verbundene Nichtberücksichtigung des gebotenen Gläubigerschutzes, die sich durch den Eintritt der Krise verwirklicht, macht die Darlehensgewährung zu einer Form nicht ordnungsmäßiger Finanzierung.<sup>54</sup>

Schließe man die Anfechtbarkeit der Besicherung aus, erhöhe sich der Risikoanreiz des Gesellschafters, der bei Kapitalgesellschaften ohnehin schon als hoch einzustufen ist auf Grund der beschränkten Haftung.<sup>55</sup> Die Vornahme von risikobehafteten Geschäften soll so lange erlaubt bleiben, bis sie an die Grenze der Spekulation zu Lasten von Drittgläubigern stößt. Mit anderen Worten soll § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO davor schützen, dass der Gesellschafter das mit einer Darlehensgewährung verbundene Insolvenzrisiko auf die Drittgläubiger der Gesellschaft überträgt.<sup>56</sup>

#### *b) Stellung des Gesellschafters*

Dazu ist der Gesellschafter insbesondere durch seine besondere Stellung befähigt. Er verfügt über einen Informationsvorsprung sowie über Machtmittel, die die außenstehenden Drittgläubiger nicht haben.

Dieser Informationsvorsprung ist nicht nur passiver, sondern auch aktiver Natur: Der Gesellschafter informiert sich fortlaufend über die Vermögensverhältnisse der Gesellschaft und nicht nur einmalig und begrenzt über die in Frage

<sup>50</sup> Vgl. *Gehrlein*, in: MüKo-InsO II (Fn. 21), § 135 Rn. 6 bis 10.

<sup>51</sup> *Hölzle*, Zur Durchsetzbarkeit von Sicherheiten für Gesellschafterdarlehen in der Insolvenz. Erwiderung auf *Bitter*, ZIP 2013, 1497, ZIP 2013, 1992 (1997); *K. Schmidt*, Normzwecke und Zurechnungsfragen im Recht der Gesellschafter-Fremdfinanzierung. Grundfragen der Neufassung der §§ 39, 135 InsO, GmbHR 2009, 1009 (1019).

<sup>52</sup> *Hölzle* (Fn. 52), S. 1997; *K. Schmidt* (Fn. 52), S. 1019.

<sup>53</sup> Vgl. auch *Hiebert* (Fn. 52), S. 1681.

<sup>54</sup> Vgl. *Hölzle* (Fn. 52), S. 1997.

<sup>55</sup> *Huber/Habersack*, GmbH-Reform: Zwölf Thesen zu einer möglichen Reform des Rechts der kapitalersetzenden Gesellschafterdarlehen, BB 2006, 1 (2), die aber die Anwendung des Bargeschäfts bejahen; *Henkel* (Fn. 32), S. 1579.

<sup>56</sup> *Altmeyden* (Fn. 48), S. 1988 f; BGHZ 221, 100 Rn. 50.

kommende Sicherheit.<sup>57</sup> Er kann sie daher immer zum „richtigen“ Zeitpunkt verwerten. Und nach allgemeinen Regeln kann der Gesellschafter die Sicherheit risikolos verwerten. Dafür müssen nur die übrigen Fristen nach §§ 130 ff. InsO eingehalten werden.<sup>58</sup> Nach § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO wird auch keine Bösgläubigkeit vermutet.<sup>59</sup> Darauf kommt es aber nicht an, denn die Vorschrift dient dazu, der abstrakten Gefahr, die aus der anfänglichen Bestellung einer Sicherheit für Gesellschafterdarlehen entspringt, entgegenzutreten.<sup>60</sup> § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO soll die Gläubigergemeinschaft davor schützen, dass der Gesellschafter zu ihren Lasten spekuliert.

## 6. Unvereinbarkeit mit Sinn und Zweck des § 142 Abs. 1 InsO

Das Telos des § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO lässt sich mit dem Zweck des § 142 Abs. 1 InsO nicht in Einklang bringen.<sup>61</sup> § 142 Abs. 1 InsO hat die Funktion, dem späteren Insolvenzschuldner zu ermöglichen, mit neutralen Dritten Geschäfte zu schließen.<sup>62</sup> Dass der sich in der Krise befindende Schuldner praktisch vom allgemeinen Geschäftsverkehr ausgeschlossen wäre, wenn die von ihm getätigten gleichwertigen Bargeschäfte der Anfechtung unterlägen, wird vom Gesetzgeber als tragender Grund für die Ausnahmegesetzgebung benannt.<sup>63</sup> Dieser Vertrauensschutz, der Drittgläubigern gegenüber zu wahren ist, entfällt auf Grund des bestehenden Informationsvorsprungs und der möglichen Spekulation im Verhältnis zum Gesellschafter.<sup>64</sup> Zudem ist eine Gesellschaft als Insolvenzschuldnerin ihren Gesellschaftern gegenüber nicht schutzwürdig.

Durch die Gewährung eines Gesellschafterdarlehens wird i. d. R. keine Beförderung des operativen Geschäfts erreicht, denn die Kreditmittel werden für Begleichung der dringlichsten Verbindlichkeiten verwendet.<sup>65</sup> Ins Auge springt die Schwäche dieser Begründung: Sie kann aufgrund der Möglichkeit, eine

---

<sup>57</sup> A. A. *Bitter* (Fn. 20), S. 1506.

<sup>58</sup> *Altmeyden* (Fn. 48), S. 1988 f.

<sup>59</sup> *Marotzke* (Fn. 11), S. 644.

<sup>60</sup> *Köth* (Fn. 7), S. 571.

<sup>61</sup> *Haas*, Verhandlungen des sechshundsechzigsten deutschen Juristentages Stuttgart 2006, Band I, Gutachten, E 73.

<sup>62</sup> *Henkel*, Die Insolvenzanfechtung fristgemäß gezahlter Nutzungsentgelte nach § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO, ZInsO 2010, 2209 (2210).

<sup>63</sup> BT-Drs. 12/2443, S. 167.

<sup>64</sup> *Haas*, Das neue Kapitalersatzrecht nach dem RegE-MoMiG, ZInsO 2007, 617 (624); bereits vor MoMiG: *Haas/Dittrich*, Eigenkapitalersetzende Dienstleistungen? Zugleich Besprechung vom österr. OGH, Urteil vom 24. 2. 2000, 8 Ob 136/99, DStR 2001, 623 (629 f).

<sup>65</sup> *Köth* (Fn. 7), S. 568 f.; *Spliedt* (Fn. 26), S. 151, 153 f.

Kapitalgesellschaft praktisch ohne Eigenkapital zu gründen,<sup>66</sup> nicht verallgemeinert werden. Denn in diesem Fall kann erst ein Gesellschafterdarlehen die Geschäfte in Gang setzen. Daher ist auf diesen Punkt nicht entscheidend abzustellen.<sup>67</sup>

Anderes gilt jedoch für die Erkenntnis, dass die Anfechtung ohne Rücksicht auf das Vorliegen einer Krise und nur innerhalb der zehnjährigen Frist möglich ist.<sup>68</sup> Aus diesem Grund ist die Beibehaltung der Handlungsfähigkeit kein Argument für die Anwendbarkeit des § 142 Abs. 1 InsO auf § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO.

Dieser Argumentation wird entgegengehalten, dass der kreditgewährende Gesellschafter ungerechtfertigt schlechter gestellt wird, wenn die Gesellschaft Kreditmittel zu gleichen Konditionen auch von Dritten erhalten konnte (sogenannter „Drittvergleich“).<sup>69</sup> Aber genau der Vergleich mit außenstehenden Dritten zeigt den Grund für die Ungleichbehandlung auf.<sup>70</sup> Wegen der Stellung des Gesellschafters, der über die mit seiner Stellung verbundenen Informationen und Machtmittel verfügt, können die Umstände, unter denen die Darlehensgewährung erfolgt, niemals die Gleichen sein. Rein rechnerische und rechtstechnische Erwägungen stellen noch keine wirtschaftliche Betrachtung dar. Die Schlechterstellung des Gesellschafters wird durch den Normzweck des § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO gerechtfertigt.<sup>71</sup>

An dieser Ansicht wird bemängelt, dass sie zwischen materieller und nomineller Unterkapitalisierung nicht unterscheidet.<sup>72</sup> Es sei nur die nominelle Unterkapitalisierung zu sanktionieren.<sup>73</sup> Der Gesellschafter müsse faktisch zur Finanzierung seiner Gesellschaft über das von ihm übernommene Insolvenzrisiko nicht gezwungen werden. Die von ihm getroffene Finanzierungsentscheidung werde nicht respektiert.<sup>74</sup> Nach der Übertragung der Vorschriften über das Gesellschafterdarlehen in die Insolvenzordnung, die

---

<sup>66</sup> Z. B. die deutsche UG.

<sup>67</sup> So aber *Köth* (Fn. 7), S. 568 f.; BGHZ 221, 100 Rn. 53.

<sup>68</sup> Im Zusammenhang mit § 39 I Nr. 5: *Haas* (Fn. 28), S. 549.

<sup>69</sup> *Bitter*, in: Scholz, 12. Aufl. 2020, Anh. § 64 GmbHG Rn. 182; *ders.* (Fn. 20), S. 1504; *Hiebert* (Fn. 12), S. 1681.

<sup>70</sup> *Brinkmann* (Fn. 45), S. 721.

<sup>71</sup> I. E. auch *Brinkmann*, in: Schmidt/Uhlenbruck/Brinkmann (Fn. 16), Rn. 2.128.

<sup>72</sup> *Hiebert* (Fn. 12), S. 1682; *Bitter*, Anfechtbarkeit ursprünglicher Sicherheiten für Gesellschafterdarlehen: Es lebe die Betriebsaufspaltung!, ZIP 2019, 737 (744 ff.); *Bitter* (Fn. 20), S. 1505, der das Problem über eine Durchgriffshaftung zu lösen versucht.

<sup>73</sup> *Ebd.*

<sup>74</sup> *Bitter* (Fn. 20), S. 1504; *Habersack*, in: Ulmer/Habersack/Löble (Fn. 25), Anh. § 30 Rn. 117.

nunmehr auch auf nichtdeutsche Gesellschaftsformen anwendbar sind, können auf dem spezifisch deutschen Gesellschaftsrecht fußende Argumente nicht streitentscheidend sein. Deshalb ist die Unterscheidung zwischen materieller und nomineller Unterkapitalisierung nicht tragend.

Darüber hinaus eröffnet das Gesetz keinen Gestaltungsspielraum über das „wie“ der Darlehensgewährung – solche Darlehen sind stets mit qualifiziertem Insolvenzrisiko gemäß § 39 Nr. 5 InsO behaftet. Der Gesellschafter darf nur entscheiden, ob er ein Darlehen gewährt oder nicht. Seine Kenntnis von dieser Rechtslage ist zu unterstellen, sodass er keine begrenzte Finanzierungsentscheidung treffen kann.<sup>75</sup> Die Annahme, diese Entscheidung sei begrenzt, ist nur zutreffend, wenn die Besicherung eines Gesellschafterdarlehens grundsätzlich insolvenzfest wäre. Diese Argumentation ist aber zirkelschlüssig: Es wird die Insolvenzfestigkeit vorausgesetzt – und genau die ist zu beweisen.

Aus alledem folgt, dass der Zweck des Bargeschäftsprivilegs nicht auf die Anfechtung anfänglich bestellter Sicherheiten für Gesellschafterdarlehen abgestimmt ist. Der Wortlaut des § 142 Abs. 1 InsO ist daher teleologisch zu reduzieren.<sup>76</sup>

## 7. Folgen der Anfechtbarkeit und Umgehungsmöglichkeiten

Im Schrifttum wird auf die Folge der Anfechtbarkeit dahingehend aufmerksam gemacht, dass der Eigentumsvorbehalt, die Sicherungsübereignung, das unechte Factoring und das Finanzierungsleasing im Verhältnis zwischen Gesellschaft und Gesellschafter „ihr Ende finden“.<sup>77</sup> Diese Folge bedeute keine unbillige Härte, sodass das Ergebnis aus diesem Grunde zu korrigieren wäre.<sup>78</sup> Die genannten Geschäfte sind Kreditgeschäfte und als solche von dem Anwendungsbereich des § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO mitumfasst.<sup>79</sup> Dass gerade mit den oben aufgezeigten Kreditgeschäften eine geringere Gefahr für die Insolvenzgläubiger verbunden sei, was ihre abweichende Behandlung begründen könnte, ist nicht einzusehen. Die vereinzelt vorgeschlagene unterschiedliche Behandlung des Eigentumsvorbehalts mit der Begründung, dass die als Sicherheit dienende Sache

<sup>75</sup> Brinkmann (Fn. 45), S. 723; Hölzle (Fn. 52), S. 1997.

<sup>76</sup> Brinkmann (Fn. 45), S. 723.

<sup>77</sup> Bitter, Anfechtbarkeit ursprünglicher Sicherheiten für Gesellschafterdarlehen: Es lebe die Betriebsaufspaltung!, ZIP 2019, 737 (742 f.).

<sup>78</sup> Vgl. zur Ergebniskontrolle Möllers, Juristische Methodenlehre, 2. Auflage 2019, § 5 Rn. 73.

<sup>79</sup> Brinkmann (Fn. 45), S. 723 f.

aus dem Vermögen des Kreditgebers stamme, geht aus den gleichen Gründen fehl.<sup>80</sup>

Auf die Befürchtung, dass man § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO durch eine Betriebsaufspaltung leicht umgehen könne,<sup>81</sup> ist zu erwidern, dass die Folgen der Insolvenzfestigkeit noch gravierender auf die Gesamtheit der Insolvenzgläubiger einwirken. Denn im Falle der Nutzungsüberlassung darf das Wirtschaftsgut nach § 135 Abs. 3 InsO weiterhin in ihrem Interesse benutzt werden. Bei Verwertung der Sicherheit würde ihr ganzer Wert dem Gesellschafter zugutekommen.

#### 8. Verfassungskonformität des Ergebnisses

Nicht zuletzt verstößt die unbeschränkte Anfechtbarkeit von Gesellschafterdarlehen nicht gegen Art. 3 Abs. 1 GG.<sup>82</sup> In der Regelung der §§ 39 Abs. 1 Nr. 5, 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO wird nicht wesentlich Gleiches ungleich behandelt. Mit Blick auf das Kleinbeteiligtenprivileg (§§ 135 Abs. 4, 39 Abs. 5 InsO) und das Sanierungsprivileg (§§ 135 Abs. 4, 39 Abs. 4 S. 2 InsO), die den persönlichen Anwendungsbereich einschränken, sind alle Bedenken betreffend der Verfassungswidrigkeit des Ergebnisses ausgeräumt.

#### IV. Zurück zu den Wurzeln

Mit den hier erörterten Änderungen durch das MoMiG wurde die Finanzierung der Kapitalgesellschaft insoweit flexibler gestaltet, als Sicherheiten für Gesellschafterdarlehen, die außerhalb der zehnjährigen Frist i. S. v. § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO bestellt wurden, insolvenzfest sind. Mit der hier vertretenen Ansicht, dass Sicherheiten für Gesellschafterdarlehen nicht dem Bargeschäftsprivileg unterliegen, wird auch dem Vertrauen der Drittgläubiger hinreichend Rechnung getragen. Damit wird das Gleichgewicht zwischen den widerstreitenden Interessen der Gesellschafter und den Drittgläubigern gewahrt.

#### D. Besonderer Teil: Mögliche Abweichungen für verbrieftes Gesellschafterdarlehen

Vor diesem Hintergrund ist zu fragen, ob sich das Ergebnis ändert, wenn das Gesellschafterdarlehen – wie in der Ausgangsentscheidung des *BGH* – in Inhaberschuldverschreibungen verbrieft ist. Einerseits sind Umgehungsmöglichkeiten nicht zu gestatten, während andererseits

---

<sup>80</sup> Anders *Mylich*, *Kreditsicherheiten für Gesellschafterdarlehen* ZHR 176 (2012), 547 (569), der in diesem Fall keine Ausnutzung eines Informationsvorsprungs annimmt.

<sup>81</sup> *Bitter* (Fn 83), S. 740.

<sup>82</sup> Anders *Marotzke*, *Darlehen und sonstige Nutzungsüberlassungen im Spiegel des § 39 I Nr. 5 InsO*, JZ 2010, 592 (598), *Marotzke* (Fn. 11), S. 656 f.

hinreichender Schutz des Erwerbers auf dem Kapitalmarkt zu gewährleisten ist. Entscheidend wird dabei sein, ob die Forderung auch im Falle der Verbriefung gemäß § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO nachrangig ist, denn nur Sicherheiten für solche nachrangigen Forderungen können gemäß § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO angefochten werden. Im Fall der Übertragung ist nach der Anwendbarkeit des § 145 Abs. 2 InsO zu fragen.

### **I. Rechtslage vor Übertragung der Forderung**

Aus der Verbriefung allein ändert sich die insolvenzrechtliche Behandlung des Falles nicht. Werden Schuldverschreibungen auf den Inhaber von einem Gesellschafter oder einer mit ihm verbundenen Person gehalten, entsprechen die sich daraus ergebenden Forderungen einem Gesellschafterdarlehen nach § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO.

#### **1. Sachlicher Anwendungsbereich von § 39 Abs. 1 Nr. 5 Alt. 2 InsO**

Inbesondere sind Inhaberschuldverschreibungen vom sachlichen Anwendungsbereich des § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO erfasst. Dieser ist nicht auf Forderungen aus einem Darlehensvertrag nach § 488 BGB beschränkt. Nach § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO sind auch Forderungen aus Rechtshandlungen, die einem Gesellschafterdarlehen wirtschaftlich entsprechen, mitumfasst.<sup>83</sup> Maßgeblich ist die Finanzierungsfunktion der Rechtshandlung.<sup>84</sup> Die Vorschrift eröffnet die Möglichkeit, vergleichbare Fälle gleich zu behandeln.<sup>85</sup>

Schuldverschreibungen auf den Inhaber (§ 793 BGB) dienen der Fremdfinanzierung von Unternehmen.<sup>86</sup> Bedenken gegen die Anwendung des § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO auf Inhaberschuldverschreibungen können sich daraus ergeben, dass sie i. d. R. keinen Kreditrückzahlungsanspruch verbiefen: Dieses Leistungsversprechen ist zwar ein abstraktes Schuldversprechen i. S. v. § 780 S. 1 BGB.<sup>87</sup> Die Einzelheiten dieser bürgerlich-rechtlichen Struktur spielen für die wirtschaftliche Wertung aber keine Rolle.<sup>88</sup> Entscheidend ist, dass der erste Inhaber dazu verpflichtet ist, Kapital in Höhe des Nennbetrags an den Aussteller

---

<sup>83</sup> BT-Drs. 16/6140, S. 56.

<sup>84</sup> *Kleindiek*, in: Kayser/Thole, 9. Aufl. 2018, § 39 Rn. 35; BGHZ 221, 100 Rn. 59.

<sup>85</sup> BGHZ 196, 220 Rn. 12; BGHZ 221, 100 Rn. 59; vgl. auch BT-Drs. 8/3908 S. 74.

<sup>86</sup> *Wilhelm*, Kapitalgesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2018, Rn. 730; *Rümker*, Formen kapitalersetzender Gesellschafterdarlehen in der Bankpraxis, FS Stimpel, 1985, S. 673 (699).

<sup>87</sup> *Marburger*, in: Staudinger, 2015, § 793 BGB Rn. 6; *OLG München*, DB 1997, 1072 Rn. 22.

<sup>88</sup> *Al. Wilhelm*, ZHR 180 (2016), 776 (787).



zu überlassen.<sup>89</sup> Die Verbriefung führt nicht zum Ausschluss der Forderung aus dem Anwendungsbereich des § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO.<sup>90</sup> Für die Tatsache, dass die Wertpapiere auf der Börse handelbar waren, gilt nichts anderes.<sup>91</sup>

## 2. Persönlicher Anwendungsbereich von § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO

Ob der persönliche Anwendungsbereich eröffnet ist, entscheidet sich anhand wirtschaftlicher Gesichtspunkte.<sup>92</sup> Maßgeblich ist allein, ob der Inhaber Gesellschafter ist und nicht zu welchem Zeitpunkt er diese Stellung eingenommen hat.<sup>93</sup> Ist der Gesellschafter zugleich Inhaber der Schuldverschreibung, fällt die Forderung unter dem persönlichen Anwendungsbereich von § 39 Abs. 1 Nr. 5.

## II. Rechtslage nach Übertragung der Forderung

Damit bleibt aber die Frage offen, ob die Sicherheit weiterhin anfechtbar ist, wenn die Schuldverschreibung auf den Inhaber gemäß § 793 Abs. 1 S. 1 BGB einem außenstehenden Drittgläubiger übertragen wird. Da die Übertragung keine inhaltliche Veränderung der Forderung bewirkt, ist allein die Eröffnung des persönlichen Anwendungsbereichs problematisch.

### 1. Abtretung gemäß § 398 BGB

Zum Verständnis ist der Blick kurz auf die vergleichbare Lage zu wenden, die nach einer Forderungsabtretung gemäß § 398 BGB eintritt. Richtigerweise wirkt sich § 35 Abs. 1 Nr. 5 InsO auch dem Zessionar gegenüber aus. Dies folgt aus der Anwendung des § 404 BGB, wonach der Schuldner dem neuen Gläubiger Einwendungen entgegensetzen kann, die zur Zeit der Abtretung der Forderung gegen dem bisherigen Gläubiger begründet waren.<sup>94</sup> Dies gilt jedoch, wie es aus der gesetzlichen Bewertung des § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO folgt, nur innerhalb eines Jahres nach der Abtretung.<sup>95</sup> Auch eine etwaige Einbeziehung des § 145 Abs. 2 InsO führt nicht zu einem abweichenden Ergebnis, denn dem Zessionar wird die Gesellschafterstellung des Zedenten und mithin der Umstand bekannt sein, der die Anfechtbarkeit begründet.

---

<sup>89</sup> *Ebd.*, S. 780.

<sup>90</sup> Bereits zum § 32a GmbHG: *Rimker* (Fn. 92), S. 699.

<sup>91</sup> BGHZ 221, 100 Rn. 61.

<sup>92</sup> *Kleindiek*, in: Kayser/Thole (Fn. 90), § 39 Rn. 45; BT-Drs. 16/6140, S. 56.

<sup>93</sup> *Kleindiek*, in: Kayser/Thole (Fn. 90), § 39 Rn. 45.

<sup>94</sup> Vgl. BGHZ 196, 220 Rn. 24 m. w. N.

<sup>95</sup> BGHZ 196, 220, Rn. 25 m. w. N.

## 2. Übertragung durch Veräußerung der Schuldverschreibung

Schuldverschreibungen auf den Inhaber (§ 793 Abs. 1 BGB) sind Wertpapiere im engeren Sinne und als solche erschöpft sich ihre Funktion nicht bloß in der Legitimation (wie Schuldscheine) – vielmehr sind sie Träger des verbrieften Rechts.<sup>96</sup> Dieses Recht lässt sich demnach durch Veräußerung des Wertpapiers nach sachenrechtlichen Grundsätzen übertragen.<sup>97</sup>

### a) Anwendung des § 796 BGB statt des § 404 BGB

Der Erwerber der Inhaberschuldverschreibung wird durch § 796 BGB abweichend von § 404 BGB davor geschützt, die Einwendungen des Schuldners gegen sich gelten zu lassen, welche gegen den vorherigen Gläubiger begründet waren. Die unterschiedlichen Ergebnisse, die sich aus den beiden Normen ergeben, sind Ausdruck ihrer verschiedenen Zwecke.<sup>98</sup>

§ 404 BGB dient dem Schuldnerschutz und ist Ausdruck des Grundsatzes, dass niemand mehr Rechte zu übertragen befugt ist, als er selbst hat.<sup>99</sup> Im Fall der Abtretung nach § 398 BGB ist der Schuldner deswegen schutzwürdig, weil er sich die Person seines Gläubigers selbst ausgesucht hat.<sup>100</sup> Dem Zedenten soll nicht möglich sein, die Rechte des Schuldners durch Abtretung zu mindern.<sup>101</sup>

Im Unterschied dazu soll § 796 BGB die Umlauffähigkeit der Inhaberschuldverschreibung ermöglichen, indem er nicht nur den Schuldner, sondern auch den Gläubiger schützt.<sup>102</sup> Der Inhaber darf gemäß § 796 BGB nur solche Einwendungen seitens des Ausstellers befürchten, die die Gültigkeit der Ausstellung betreffen oder sich aus der Urkunde ergeben oder dem Aussteller unmittelbar gegen den Inhaber zustehen. Der Begriff der Einwendung ist im Kontext der Norm weit auszulegen, sodass § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO grundsätzlich darunter zu subsumieren ist.<sup>103</sup> Eine denkbare teleologische Reduktion des § 796 BGB ist mithin mit dem Sinn und Zweck der Vorschrift nicht zu vereinbaren.<sup>104</sup>

---

<sup>96</sup>Marburger, in: Staudinger (Fn. 93), Vorb. §§ 793 – 808, Rn. 2; Ulmer, Das Recht der Wertpapiere, 1938, S. 20.

<sup>97</sup>Ebd.

<sup>98</sup>d'Avoine, Gesellschafterdarlehen und vergleichbare Rechtsgeschäfte gem. § 39 I Nr. 5 InsO – Rangverbesserung in der Insolvenz durch Verkauf und Übertragung der Anleihe, NZI 2013, 321 (325), davon ausgehend Rümker (Fn. 92), S. 700.

<sup>99</sup>Westermann, in: Erman, 15. Aufl. 2017, § 404, Rn. 1; d'Avoine (Fn. 104), S. 325.

<sup>100</sup>D'Avoine (Fn. 104), S. 325.

<sup>101</sup>Ebd.

<sup>102</sup>Marburger, in: Staudinger (Fn. 93), § 796 Rn. 1.

<sup>103</sup>Vgl. OLG Düsseldorf, Urt. v. 25.5.2016 – 12 U 34/15, Rn. 35 (juris).

<sup>104</sup>D'Avoine (Fn. 104), S. 325.

Das wirtschaftliche Ziel, das mit der Emittierung von Schuldverschreibungen verfolgt wird, wäre nicht zu erreichen, weil die Anleihegläubiger stets befürchten müssten, dass ein Jahr vor ihrem Erwerb ein Gesellschafter die Anleihen gehalten hat.<sup>105</sup>

Daher fallen die Sicherheiten, die für eine Inhaberschuldverschreibung anfänglich bestellt worden sind, nicht unmittelbar unter den Anwendungsbereich des § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO, wenn der Inhaber ein Nichtgesellschafter ist.

*b) Konsequente Anwendung des § 145 Abs. 2 InsO*

Zu einem abweichenden Ergebnis könnte § 145 Abs. 2 InsO führen. Gemäß § 145 Abs. 2 InsO kann die Anfechtung gegen einen Rechtsnachfolger, der kein Gesamtrechtsnachfolger ist, geltend gemacht werden, wenn die Voraussetzungen von Nr. 1 bis 3 vorliegen.

*aa) Erwerber der Schuldverschreibung: Einzelrechtsnachfolger*

§ 145 Abs. 2 InsO setzt voraus, dass der Anfechtungsgegner kein Gesamtrechtsnachfolger nach § 145 Abs. 1 InsO ist. Eine sonstige Rechtsnachfolge setzt die Identität der Gestalt und des Inhalts des anfechtbaren Rechts voraus.<sup>106</sup> Durch den Erwerb der Schuldverschreibung tritt der neue Inhaber vollständig in die Stellung des vorherigen Inhabers ein. Er darf nunmehr Leistung nach Maßgabe des Versprechens verlangen, § 793 Abs. 1 S. 1 BGB. Das Recht verändert weder seine Gestalt noch seinen Inhalt.

*bb) Kenntnis über die Anfechtbarkeit des Erwerbs*

Nach dem Wortlaut des § 145 Abs. 2 Nr. 1 und 2 InsO ist die Kenntnis des Rechtsnachfolgers über Umstände erforderlich, welche die Anfechtbarkeit des Erwerbs seines Rechtsvorgängers begründen. Dass ein Gesellschafter das in der Inhaberschuldverschreibung verbrieftes Recht und mithin die Sicherheit dafür erworben hat, ist der objektive Umstand dieses Erwerbs, der seine Anfechtbarkeit nach § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO begründet. Heute werden alle Teilforderungen in einer Sammelurkunde verbrieft (§ 9a Abs. 1 S. 1 DepotG). Der entsprechende Miteigentumsanteil wird übertragen (vgl. § 24 Abs. 1 DepotG). Der An- und Verkauf von Wertpapieren auf dem Kapitalmarkt erfolgt i. d. R. aufgrund eines Kommissionsgeschäfts, sodass ein hoher Grad an

---

<sup>105</sup> *Ebd.*; vgl. zur „Verstrickung“ auch *Piekenbrock*, Ist die Mündelsicherheit von Pfandbriefen in Gefahr? Kritische Anmerkung zu BGH, Urt. v. 14.2.2019 = WM 2019, 650, WM 2019, 2229 (2231).

<sup>106</sup> *Huber*, in: Graf-Schlicker, 4. Aufl. 2014, § 145 Rn. 5.

Anonymität erreicht wird. Aus der Kumulierung dieser Umstände folgt, dass von einer Kenntnis über die Identität des vorherigen Inhabers der Schuldverschreibung nicht auszugehen ist.

cc) Teleologische Reduktion des § 145 Abs. 2 InsO?

Obwohl der Erwerb einer Schuldverschreibung von dem Wortlaut des § 145 Abs. 2 InsO erfasst ist, ist die Norm möglicherweise teleologisch zu reduzieren. Systematische Erwägungen, die zur Anwendbarkeit des § 145 Abs. 2 InsO führen, müssen nicht außer Acht gelassen werden, obwohl ihnen keine entscheidende Bedeutung zukommt, wenn es um § 135 Abs. 1 InsO geht.

Wie bei § 142 Abs. 1 InsO sind Sinn und Zweck der Norm maßgeblich. Das Telos hinter § 145 Abs. 2 InsO ist janusköpfiger Natur. Zum einen soll eine mehrfache Veräußerung des anfechtbaren erworbenen Vermögensgegenstands kein Hindernis für die Anfechtbarkeit bilden.<sup>107</sup> Daneben ist § 145 Abs. 2 Nr. 1 und § 2 InsO der Rechtsgedanke immanent, dass der Einzelrechtsnachfolger schutzwürdig ist, wenn er den Vermögensgegenstand gutgläubig erworben hat.<sup>108</sup> Zudem eröffnen sich über die Anwendung des § 145 Abs. 2 Nr. 1 und des § 2 InsO auf Erwerber, die die Anfechtbarkeit kennen, keine Umgehungsmöglichkeiten für den Gesellschafter. Eine Erstreckung auch gegenüber dem nichtsahnenden neuen Inhaber ist wegen seiner reinen Stellung als außenstehender Gläubiger nicht mehr begründet. Die Legitimationsgrundlage für die Schlechterstellung wird entzogen. Schutzwürdige außenstehende Drittgläubiger einer Gesellschaft sollen nicht mit dem auf den Gesellschafter zugeschnittenen Insolvenzrisiko des § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO belastet werden.

Rechtsnachfolger sind nur dann nicht mehr schutzwürdig, wenn sie Kenntnis der anfechtungsbegründenden Umstände haben.<sup>109</sup> Ließe man die Anfechtung trotz der Wertungen des § 145 Abs. 2 InsO auch dem nichtsahnenden Inhaber der Schuldverschreibung gegenüber durchgreifen, würde man für Rechtsunsicherheit sorgen. Auf dem Kapitalmarkt ist nicht ersichtlich, ob der vorherige Inhaber eines Wertpapiers Gesellschafter der emittierenden Gesellschaft ist. Der neue Inhaber könnte nicht wissen, ob er mit einem qualifizierten Insolvenzrisiko belastet ist. Dieses Ergebnis wird auch von der Gesetzeshistorie des § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO unterstützt. I. R. d. mit dem MoMiG erfolgten Reform wurde auch

---

<sup>107</sup> *Kirchhof/Piekenbrock*, in: MüKo-InsO II (Fn. 21), § 145 Rn. 1; *Braun*, in: Braun, Insolvenzordnung 8. Aufl. 2020, § 145, Rn. 1.

<sup>108</sup> *Leithaus*, in: Andres/Leithaus, Insolvenzordnung. Kommentar, 4. Aufl. 2018, § 145 Rn. 4.

<sup>109</sup> *Ebd.*

§ 6 Abs. 1 Nr. 1 AnfG eingeführt. Im Anfechtungsgesetz findet § 15 Abs. 2 AnfG Anwendung, der gleichlautend mit § 145 Abs. 2 InsO ist. Da Einstimmigkeit zwischen der Anfechtung nach dem Anfechtungsgesetz und der Insolvenzordnung zu gewährleisten ist, muss § 145 Abs. 2 InsO auf § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO angewendet werden. Hier besteht auch ein Unterschied zur Anwendung des Bargeschäftsprivilegs: Im Anfechtungsgesetz gibt es keine dem § 142 Abs. 2 InsO entsprechende Rechtsvorschrift.

Die Nichtanwendung des § 145 Abs. 2 InsO auf Sicherheiten für Inhaberschuldverschreibungen würde dem Normzweck zuwiderlaufen, wenn die besonderen Voraussetzungen gemäß § 145 Abs. 2 Nr. 1 bis 3 InsO nicht erfüllt sind.

### *c) Haftung des Gesellschafters*

Die Anwendung von § 145 Abs. 2 InsO auf den Inhaber einer Schuldverschreibung, der kein Gesellschafter ist, aber von einem solchen das Papier erworben hat, führe jedoch dazu, dass die Masse um die Befriedigung durch die Auslösung der Sicherheit verkürzt würde. Eine Rechtsnorm, auf welche die Haftung des Gesellschafters gestützt werden kann, ist schwer zu finden.<sup>110</sup>

Diese Lücke könnte jedoch dadurch geschlossen werden, dass die Veräußerung an einen außenstehenden Dritten durch den Gesellschafter analog § 135 Abs. 1 Nr. 1, 2 InsO angefochten wird. So würde der Gesellschafter wieder in seine Stellung als nachrangiger Insolvenzgläubiger gestellt. Er wäre so zu behandeln, als ob er Befriedigung durch die Sicherheit erlangt hätte. Dies wird durch das vom Gesetzgeber gesetzte Ziel unterstützt, dass Sicherheiten für Gesellschafterdarlehen „stets“ anfechtbar sind.

Der Lösungsansatz ist von dem Legitimationsgrund des § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO gedeckt, der in dem aus der Stellung als Gesellschafter wurzelnden Informationsvorsprung besteht. Gerade auf Grund dieses Informationsvorsprungs wäre der Gesellschafter veranlasst, seine Inhaberschuldverschreibungen zu veräußern, um sich zu refinanzieren. Diese Veräußerung wäre dann mittelbar gläubigerbenachteiligend, wenn sich der neue Inhaber der Schuldverschreibung aus der wegen §§ 796 BGB, 145 Abs. 2 InsO insolvenzfesten Sicherheit befriedigt. In den Rechtsfolgen unterscheidet sich wirtschaftlich diese Lösung nicht wesentlich von §§ 44a, 135 Abs. 2 InsO. Dass die Gläubigersamtheit das Insolvenzrisiko des Gesellschafters zu tragen hat,

---

<sup>110</sup> D'Avoine (Fn. 104), S. 326.

ist ein hinzunehmender Nachteil dieses Lösungsansatzes. Die in § 143 Abs. 1 S. 1 InsO angeordnete Rechtsfolge bereitet keine Hindernisse, denn gerade das verschärfte Insolvenzrisiko, das der Gesellschafter trägt, wird aus der Masse weggegeben. § 142 Abs. 1 S. 1 InsO bezweckt gerade die Masse so zu stellen, als ob die benachteiligende Wirkung nicht eingetreten wäre.<sup>111</sup>

*d) Kompatibilität des Ergebnisses mit dem SchVG*

Dieses Ergebnis steht auch im Einklang mit den gesetzlichen Wertungen des SchVG, ohne dass hieraus zwingende Rechtsfolgen zur Unterstützung gezogen werden. Danach sind die Inhaber einer Schuldverschreibung gemäß § 5 Abs. 2 S. 1 Nr. 5 SchVG befugt, durch qualifizierten Mehrheitsbeschluss die Nachrangigkeit ihrer Forderungen anzuordnen.<sup>112</sup> Liegt ein solcher Beschluss der Gläubiger nicht vor und ergibt sich nichts Abweichendes aus der Urkunde, so sind die Anleihegläubiger Insolvenzgläubiger nach § 38 InsO. Von der Ausübung des Stimmrechts über die Entscheidung dieser Frage sind nach § 6 Abs. 1 SchVG der Schuldner und die mit ihm verbundenen Personen ausgeschlossen. Dies lässt die Vorstellung des Gesetzgebers erkennen, dass Inhaber von Schuldverschreibungen grundsätzlich Insolvenzgläubiger nach § 38 InsO sind und dass der Aussteller und die mit ihm besonders verbundenen Personen abweichend zu behandeln sind.

## **E. Conclusio**

Anfänglich bestellte Sicherheiten für Gesellschafterdarlehen sind ohne Berücksichtigung des Bargeschäftsprivilegs innerhalb der zehnjährigen Frist des § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO anfechtbar. Dies folgt aus der Gesetzeshistorie sowie aus dem Telos des § 135 Abs. 1 Nr. 1 und des § 142 Abs. 1 InsO. Aus der Tatsache, dass die Darlehen verbrieft sind, sind keine abweichenden Rechtsfolgen zu ziehen.

Erwirbt ein nichtsahnender Nichtgesellschafter die Schuldverschreibung, ändert sich die Rechtslage. Seine Forderung ist nicht nach § 35 Abs. 1 Nr. 5 InsO nachrangig, was aus § 796 BGB folgt. § 145 Abs. 2 InsO ist auf den bösgläubigen Rechtsnachfolger anzuwenden. Die Anwendung sperrt Umgehungsmöglichkeiten. Im Umkehrschluss schützt die Vorschrift den gutgläubigen Erwerber. Der Gesellschafter haftet nach § 135 Abs. 1 Nr. 1 und § 2 InsO analog, indem die von ihm betätigte Veräußerung anzufechten ist.

---

<sup>111</sup> Thole/Kleindiek, in: Kayser/Thole (Fn. 90), § 143 Rn. 4.

<sup>112</sup> Am häufigsten angewendet zur Vermeidung der Überschuldung, vgl. Vogel, in: Preuß, 2011, § 5 SchVG, Rn. 33.

**Benedikt Ehrlich\***

## **Sachgrundlose Befristung bei Vorbeschäftigung – Die zeitliche Reichweite des § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG im Lichte der Rechtsprechung**

### **Abstract**

Der Beitrag befasst sich mit der arbeitsrechtlichen Regelung des § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG. Die Norm schließt eine sachgrundlose Befristung aus, wenn bereits zuvor mit demselben Arbeitgeber ein befristetes oder unbefristetes Arbeitsverhältnis bestanden hat. Es stellt sich die Frage, ob auch zeitlich länger zurückliegende Arbeitsverhältnisse eine sachgrundlose Befristung ausschließen. Ein zeitlich eingeschränktes Verständnis dieser Norm könnte sich aus der Auslegung ergeben oder mit einer Rechtsfortbildung begründen lassen. Die Problematik war Gegenstand einer Reihe von Gerichtsentscheidungen, die in dem Beitrag erläutert und bewertet werden. Dafür bedarf es einer Auseinandersetzung mit den Grundsätzen der juristischen Methodik.

---

\* Der Verfasser ist Student der Rechtswissenschaft an der Julius-Maximilians-Universität Würzburg. Der Beitrag beruht auf einer Studienarbeit, die von Herrn Prof. *Dr. Dr. h.c. Christoph Weber* im Sommersemester 2019 gestellt wurde. Es handelt sich um eine überarbeitete Fassung dieser im ersten Quartal 2019 angefertigten Studienarbeit.

## A. Einführung in die Problematik

Befristete Arbeitsverhältnisse sind in der Praxis von hoher Bedeutung.<sup>1</sup> Sie erlauben es Arbeitgeberinnen und -gebern, Arbeitnehmer und -nehmerinnen flexibel einzusetzen, ohne sich für eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit dem Recht des Kündigungsschutzes auseinandersetzen zu müssen.<sup>2</sup> Befristungen ohne Sachgrund sind nach § 14 Abs. 2, Abs. 2a und Abs. 3 des Teilzeit- und Befristungsgesetzes (TzBfG) nur eingeschränkt zugelassen. Die als „Vorbeschäftigungsverbot“ oder „Anschlussverbot“<sup>3</sup> bezeichnete Regelung des § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG bestimmt, dass eine sachgrundlose Befristung unzulässig ist, wenn "mit demselben Arbeitgeber bereits zuvor ein befristetes oder unbefristetes Arbeitsverhältnis bestanden hat". Ob und inwieweit davon auch länger zurückliegende Arbeitsverhältnisse umfasst sind, ist Gegenstand einer lebhaften Entwicklung der Rechtsprechung. In diesem Beitrag soll im Lichte dieser Entwicklung die Frage beantwortet werden, unter welchen Voraussetzungen das Anschlussverbot gilt.

Dafür wird zunächst dargelegt, welche Zwecke das Befristungsrecht verfolgt und welchen Hintergrund und Anwendungsbereich die Regelung des § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG hat (**B.**). Dann wird die Entwicklung der Rechtsprechung dargestellt (**C.**). Im Anschluss wird erörtert, welche Grenzen für die Auslegung und richterliche Rechtsfortbildung gelten und ob sie von der Rechtsprechung bei der Beurteilung des Anschlussverbotes beachtet wurden (**D.**). Zuletzt wird die Verfassungsmäßigkeit der Regelung untersucht (**E.**) und ihre Handhabung unter Berücksichtigung der neueren Rechtsprechung des *BVerfG* wird dargestellt (**F.**). Nicht Gegenstand dieses Beitrages ist die Frage, ob der Gesetzgeber bei der Ausgestaltung des Anschlussverbotes eine rechtspolitisch sinnvolle Entscheidung getroffen hat.

## B. Hintergrund und Anwendungsbereich des Anschlussverbotes

Um die Reichweite der Regelung des § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG zu untersuchen, ist zunächst erforderlich, die historische Entwicklung des Befristungsrechts im Allgemeinen und dieser Regelung im Speziellen darzustellen. Anschließend wird

---

<sup>1</sup> Im Jahr 2018 gab es etwa 2,7 Millionen befristet Beschäftigte in der Bundesrepublik Deutschland, dies entspricht einer Befristungsquote von 8,0 Prozent (Statistisches Bundesamt, 11.9.2019, Pressemitteilung Nr. 349).

<sup>2</sup> *Persch*, Kernfragen des Befristungsrecht, 2010, S. 23 f.

<sup>3</sup> Eingehend zu diesen Begrifflichkeiten und überzeugend gegen eine Bezeichnung als „Vorbeschäftigungsverbot“ *Ulber*, Vom »Schrecken der deutschen Sprache«: Das sogenannte »Vorbeschäftigungsverbot«, in: FS Buschmann, 2014, S. 129 (130 ff.).



erläutert, in welchen Fällen das Anschlussverbot grundsätzlich Anwendung findet.

### **I. Stärkung des Kündigungsschutzes und seine Umgehung durch befristete Arbeitsverträge**

Das Recht zum Schutz vor Kündigungen entstand nach Ende des Ersten Weltkrieges und wurde seitdem stetig weiterentwickelt.<sup>4</sup> Die bedeutendste Entwicklung auf diesem Weg stellte der Erlass des Kündigungsschutzgesetzes (KSchG) im Jahr 1951 dar.<sup>5</sup>

Der Kündigungsschutz greift nur ein, wenn ein Arbeitsverhältnis durch eine Kündigung durch die Arbeitgeberin oder den Arbeitgeber, also durch eine rechtsgestaltende Willenserklärung,<sup>6</sup> beendet wird. Er gilt also nicht, wenn das Arbeitsverhältnis durch Zeitablauf endet.<sup>7</sup> Daher liegt nahe, dass Arbeitgeber und -geberinnen versucht sein können, die Regelungen des Kündigungsschutzes dadurch zu umgehen, dass sie eine Befristung vereinbaren und so das Arbeitsverhältnis zu einem bestimmten Zeitpunkt enden lassen. Insbesondere war es möglich, mit derselben Arbeitnehmerin beziehungsweise demselben Arbeitgeber nacheinander immer wieder befristete Verträge zu vereinbaren, sogenannte Kettenbefristungen.<sup>8</sup>

Im Jahr 1960 entschied der *Große Senat* des BAG, dass ein Arbeitsvertrag nur wirksam befristet werden konnte, wenn für die Befristung ein sachlicher Grund vorlag.<sup>9</sup> Freilich galt das nur für den Fall, dass der Kündigungsschutz eingreifen würde und er so durch eine Befristung umgangen würde.<sup>10</sup> Hinter dem Befristungsrecht und dem Kündigungsschutzrecht steht der gemeinsame Gedanke des Bestandsschutzes des Arbeitsverhältnisses.<sup>11</sup>

---

<sup>4</sup> Eingehend zur Entstehungsgeschichte des Kündigungsschutzes Preis, in: Ascheid/Preis/Schmidt, 5. Aufl. 2017, Grundlagen A. Rn. 1 ff.; Rabor, in: KR, 12. Aufl. 2019, § 1 KSchG Rn. 1 ff.

<sup>5</sup> BGBl I. S. 499.

<sup>6</sup> Rabor, in: KR (Fn. 4), § 1 KSchG Rn. 159.

<sup>7</sup> Vgl. Dörner, Der befristete Arbeitsvertrag, 2004, Rn. 2.

<sup>8</sup> Vgl. dazu und zur diesbezüglichen Rechtsprechung des Reichsgerichtes Backhaus, in: Ascheid/Preis/Schmidt (Fn. 4), § 14 TzBfG Rn. 2; Dörner (Fn. 7), Rn. 5 ff.

<sup>9</sup> BAG, AP BGB § 620 Befristeter Arbeitsvertrag Nr. 16 (unter C. 2. der Gründe).

<sup>10</sup> Ebd. (unter C. 1. der Gründe).

<sup>11</sup> Höpfer, Die Reform der sachgrundlosen Befristung durch das BAG – Arbeitsmarktpolitische Vernunft contra Gesetzestreue, NZA 2011, 893 (893); vgl. auch Persch (Fn. 2), S. 50.

## II. Beschäftigungsförderungsgesetz von 1985

Im Jahr 1985 beschloss der Gesetzgeber das Beschäftigungsförderungsgesetz (BeschFG 1985).<sup>12</sup> Mit der Regelung des § 1 BeschFG 1985 wurde die Befristung von Arbeitsverträgen erleichtert, indem in bestimmten Fällen und für eine begrenzte Dauer eine Befristung auch ohne Vorliegen eines Sachgrundes wieder erlaubt wurde.<sup>13</sup> Die Ermöglichung sachgrundloser Befristungen sollte insbesondere die Bereitschaft der Arbeitgeber und -geberinnen erhöhen, neue Arbeitnehmerinnen und -nehmer einzustellen; es sei auch zu erwarten, dass befristete Arbeitsverträge in vielen Fällen in unbefristete Arbeitsverhältnisse münden.<sup>14</sup>

Das BeschFG wurde im Jahr 1996 geändert.<sup>15</sup> Die Befristung von Arbeitsverträgen wurde damit weiter erleichtert, insbesondere, indem mit § 1 Abs. 1 S. 2 BeschFG 1996 bis zu einer Gesamtdauer von zwei Jahren auch die Verlängerung sachgrundlos befristeter Arbeitsverträge gestattet wurde. In § 1 Abs. 3 S. 1 BeschFG 1996 wurde festgelegt, dass eine sachgrundlose Befristung allerdings nicht zulässig ist, wenn die betreffende Person bereits vorher bei dem Arbeitgeber angestellt war und zu diesem vorhergehenden Arbeitsverhältnis ein sachlicher Zusammenhang besteht.<sup>16</sup> Gemäß § 1 Abs. 3 S. 2 BeschFG 1996 lag ein solcher sachlicher Zusammenhang insbesondere dann vor, wenn zwischen den Arbeitsverträgen ein Zeitraum von weniger als vier Monaten lag.<sup>17</sup> Diese Norm kann als Vorgängerregelung des § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG begriffen werden.

---

<sup>12</sup> BGBl. I. S. 710.

<sup>13</sup> Diese Regelung war zunächst bis zum 1. Januar 1990 befristet, wurde aber durch den Erlass neuer Gesetze mehrmals verlängert.

<sup>14</sup> BT-Drucks. 10/2102, S. 14; eingehend zu den Gründen für eine Deregulierung im Befristungsrecht *Persch* (Fn. 2), S. 18 ff.

<sup>15</sup> BGBl. I. S. 1476

<sup>16</sup> § 1 Abs. 3 S. 1 BeschFG 1996: „Die Befristung nach den Absätzen 1 und 2 ist nicht zulässig, wenn zu einem vorhergehenden unbefristeten Arbeitsvertrag oder zu einem vorhergehenden befristeten Arbeitsvertrag nach Absatz 1 mit demselben Arbeitgeber ein enger sachlicher Zusammenhang besteht.“. Eine entsprechende Regelung war bereits im BeschFG 1985 in § 1 Abs. 1 S. 2 und S. 3 zu finden.

<sup>17</sup> § 1 Abs. 3 S. 2 BeschFG 1996: „Ein solcher enger sachlicher Zusammenhang ist insbesondere anzunehmen, wenn zwischen den Arbeitsverträgen ein Zeitraum von weniger als vier Monaten liegt.“.

### III. Befristungsrichtlinie und ihre Umsetzung im Teilzeit- und Befristungsgesetz

Zur Durchführung einer Rahmenvereinbarung der Sozialpartner erließ der europäische Gesetzgeber im Jahr 1999 die Befristungs-Richtlinie<sup>18</sup>. Diese wurde in der Bundesrepublik Deutschland im darauffolgenden Jahr mit dem TzBfG umgesetzt.<sup>19</sup> Anders als im bisherigen Befristungsrecht erfassen die Regelungen der §§ 14 ff. TzBfG auch Arbeitsverhältnisse, für die der allgemeine Kündigungsschutz nicht gilt, etwa solche, die erst seit sechs Monaten oder weniger bestehen (vgl. § 1 Abs. 1 KSchG).<sup>20</sup> Das TzBfG dient daher nicht allein dem Zweck, die Umgehung des Kündigungsschutzes zu unterbinden, sondern soll auch allgemein verhindern, dass der Arbeitgeber oder die Arbeitgeberin die Vertragsfreiheit missbraucht.<sup>21</sup> Im Grundsatz verlangt das TzBfG nach § 14 Abs. 1 für jede Befristung einen sachlichen Grund.

Kalendermäßige Befristungen ohne Sachgrund sind nach § 14 Abs. 2 S. 1 Halbs. 1 TzBfG bis zu einer Gesamtdauer von zwei Jahren möglich. Während dieses Zeitraums darf das befristete Arbeitsverhältnis gemäß § 14 Abs. 2 S. 1 Halbs. 2 TzBfG höchstens dreimal verlängert werden. Mit der Ermöglichung der sachgrundlosen Befristung nach § 14 Abs. 2 S. 1 TzBfG will der Gesetzgeber Unternehmerinnen und Unternehmern ein flexibles Mittel zur Reaktion auf wechselnde Auftragslagen und Marktbedingungen geben.<sup>22</sup> Für Arbeitnehmer und -nehmerinnen soll die sachgrundlose Befristung eine Alternative zur Arbeitslosigkeit und Brücke zur Dauerbeschäftigung schaffen.<sup>23</sup>

### IV. Regelung des § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG

Nicht zulässig ist eine sachgrundlose Befristung nach § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG, wenn mit demselben Arbeitgeber bereits zuvor ein Arbeitsverhältnis bestanden hat. Sinn und Zweck des Anschlussverbotes ist, zu verhindern, dass die Möglichkeit der sachgrundlosen Befristung missbraucht wird, um Kettenbefristungen abzuschließen.<sup>24</sup> Vom Anschlussverbot unberührt bleibt die

---

<sup>18</sup> Richtlinie 1999/70/EG, ABl. EG 1999 Nr. L 175, S. 43.

<sup>19</sup> BGBl I. S. 1966.

<sup>20</sup> BAG, AP TzBfG § 14 Nr. 7 (unter B. I. 2. der Gründe).

<sup>21</sup> Preis/Temming, Individualarbeitsrecht, 6. Aufl. 2019, Rn. 3232.

<sup>22</sup> BT-Drucks. 14/4374, S. 13 f.

<sup>23</sup> Ebd., S. 14

<sup>24</sup> Ebd., S. 14, 19.

Möglichkeit, nach § 14 Abs. 2 S. 1 Halbs. 2 TzBfG einen bereits bestehenden sachgrundlos befristeten Arbeitsvertrag zu verlängern.<sup>25</sup>

Arbeitgeber i. S. v. § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG ist der Vertragsarbeitnehmer.<sup>26</sup> Es ist zu berücksichtigen, dass bei der Leiharbeit nur mit der Verleiherin beziehungsweise dem Verleiher ein Arbeitsverhältnis begründet wird.<sup>27</sup> Führen mehrere Arbeitgeberinnen oder -geber einen gemeinsamen Betrieb, sind sie nicht derselbe Arbeitgeber i. S. d. Regelung.<sup>28</sup> Wenn allerdings bei gleichbleibender Tätigkeit ein befristetes Arbeitsverhältnis mit einem anderen Arbeitgeber oder einer anderen Arbeitgeberin im Gemeinschaftsbetrieb abgeschlossen wird, um das Anschlussverbot zu umgehen, kann eine Korrektur nach § 242 BGB geboten sein.<sup>29</sup> Im Übrigen umfasst das Anschlussverbot auch Vorbeschäftigungen bei einem anderen Unternehmen derselben Arbeitgeberin oder desselben Arbeitgebers.<sup>30</sup>

Das Anschlussverbot gilt nach seinem Wortlaut nur, wenn zuvor ein Arbeitsverhältnis bestanden hat. Unschädlich ist deshalb ein vorheriges Heimarbeitsverhältnis<sup>31</sup>, Beamtenverhältnis<sup>32</sup> oder Praktikumsverhältnis<sup>33</sup>.

---

<sup>25</sup> BAG, AP TzBfG § 14 Nr. 1 (unter II. 3. b) der Gründe); eingehend zum Begriff der Verlängerung BAG, AP TzBfG § 14 Verlängerung Nr. 1, Rn. 10 ff.; Dörner (Fn. 7), Rn. 558 ff.; Stoye, Rechtsdogmatische und rechtspolitische Probleme des § 14 Abs. 2 Teilzeit- und Befristungsgesetz, 2007, S. 75 ff.

<sup>26</sup> BAG, AP TzBfG § 14 Nr. 14 (unter II. 1. der Gründe); AP TzBfG § 14 Nr. 131, Rn. 16.

<sup>27</sup> BAG, AP TzBfG § 14 Verlängerung Nr. 4, Rn. 12 ff.; zu Umgehungsfällen Rudnik (Fn. 28), S. 301 f.

<sup>28</sup> Dörner (Fn. 7), Rn. 546; Persch (Fn. 2), S. 321; Stoye (Fn. 25), S. 186 f.; zur alten Rechtslage mit demselben Ergebnis BAG, AP BeschFG 1996 § 1 Nr. 10 (unter II. 1. a) bb) der Gründe); für eine analoge Anwendung der Norm auf Gemeinschaftsbetriebe Rudnik, Die Gesetzesumgehung in der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, 2019, S. 301.

<sup>29</sup> Persch (Fn. 2), S. 321 f.; Stoye (Fn. 25), S. 187 f.; zur alten Rechtslage mit demselben Ergebnis BAG, AP BeschFG 1996 § 1 Nr. 10 (unter II. 1. a) bb) der Gründe); vgl. auch BAG, AP TzBfG § 14 Nr. 131, Rn. 23 f.

<sup>30</sup> Persch (Fn. 2), S. 320 f.; zur alten Rechtslage mit demselben Ergebnis BAG, AP BeschFG 1996 § 1 Nr. 10 (unter II. 1. a) aa) der Gründe).

<sup>31</sup> BAG, AP TzBfG § 14 Nr. 145, Rn. 12 ff.

<sup>32</sup> BAG, AP TzBfG § 14 Nr. 140, Rn. 26 ff.

<sup>33</sup> BAG, AP TzBfG § 14 Nr. 19 (unter 3. der Gründe).

Teilweise wird vertreten, dass wegen § 10 Abs. 2 BBiG auch ein vorheriges Berufsausbildungsverhältnis von der Regelung umfasst sei.<sup>34</sup> Dem tritt die herrschende Meinung mit dem Verweis auf die Gesetzesbegründung, nach der Berufsausbildungsverhältnisse nicht umfasst sein sollen,<sup>35</sup> entgegen.<sup>36</sup> Eine einmalige sachgrundlose Befristung trägt zur Übernahme früherer Auszubildender in den Arbeitsmarkt bei, sodass für das Anschlussverbot eine Gleichstellung des Ausbildungsverhältnisses mit einem Arbeitsvertrag nach § 10 Abs. 2 BBiG nicht geboten ist.<sup>37</sup>

Eine für § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG zu berücksichtigende Vorbeschäftigung liegt ab dem Zeitpunkt vor, zu dem nach die Parteien ihre gegenseitigen Rechten und Pflichten begründen wollen, regelmäßig also zum arbeitsvertraglich vereinbarten Arbeitsbeginn. Darauf, ob das Arbeitsverhältnis tatsächlich in Vollzug gesetzt wurde, kommt es nicht an.<sup>38</sup>

Falls bereits zuvor ein Arbeitsverhältnis bestand und durch § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG eine sachgrundlose Befristung untersagt wird, bleiben dem Arbeitgeber oder der Arbeitgeberin drei Möglichkeiten: Er kann die Einstellung unterlassen, er kann bei Vorliegen eines Sachgrundes eine Befristung nach § 14 Abs. 1 TzBfG vereinbaren oder er kann eine unbefristete Einstellung vornehmen.<sup>39</sup>

---

<sup>34</sup> *Schlachter*, in: Laux/Schlachter, 2. Aufl. 2011, § 14 Rn. 113; *Wroblewski*, in: Däubler/Deinert/Zwanziger, 11. Aufl. 2020, § 14 TzBfG Rn. 202; noch mit Verweis auf die Vorgängerregelung des § 3 Abs. 2 BBiG a. F. *Däubler*, Das neue Teilzeit- und Befristungsgesetz, ZIP 2001, 217 (223); *Schlachter*, Befristete Einstellung nach Abschluss der Ausbildung – Sachgrund erforderlich?, NZA 2003, 1180 (1182); kritisch auch *Lembke*, Die sachgrundlose Befristung von Arbeitsverträgen in der Praxis, NJW 2006, 325 (326).

<sup>35</sup> BT-Drucks. 14/4374, S. 19 f.

<sup>36</sup> *BAG*, AP TzBfG § 14 Nr. 86, Rn. 14 ff.; AP TzBfG § 14 Nr. 157, Rn. 15; *Backhaus*, in: Ascheid/Preis/Schmidt (Fn. 4), § 14 TzBfG Rn. 385 f.; *Bauer/Fischinger*, Sachgrundlose Befristung und Verbot der Vorbeschäftigung bei „demselben Arbeitgeber“, DB 2007, 1410 (1410); *Dörner* (Fn. 7), Rn. 534 f.; *Lipke*, in: KR (Fn. 4), § 14 TzBfG Rn. 574 f.; *Maschmann*, in: Annuß/Thüsing, 3. Aufl. 2012, § 14 Rn. 73; *Müller-Glüge*, in: Erfurter Kommentar zum ArbR, 20. Aufl. 2020, § 14 TzBfG Rn. 94; *Schmalenberg/Sasse*, in: Tschöpe, Arbeitsrecht Handbuch, 11. Aufl. 2019, Teil 1 E Rn. 15; *Sievers*, Kommentar zum Teilzeit- und Befristungsgesetz, § 14 Rn. 558; *Stoye* (Fn. 25), S. 166 ff.

<sup>37</sup> *BAG*, AP TzBfG § 14 Nr. 86, Rn. 15 ff.; *Backhaus*, in: Ascheid/Preis/Schmidt (Fn. 4), § 14 TzBfG Rn. 386.

<sup>38</sup> Zum Ganzen *BAG*, NZA 2019, 1352 (1353).

<sup>39</sup> Vgl. BT-Drucks. 14/4374, S. 14.

### C. Beurteilung der Reichweite des Anschlussverbotes durch die Rechtsprechung

Es bleibt die Frage, ob jedes vorherige Arbeitsverhältnis eine sachgrundlose Befristung untersagt. Wie weit das zeitliche Kriterium „bereits zuvor“ reicht, wurde von den Gerichten auf verschiedene Weise beurteilt.

#### I. Frühere Rechtsprechung des BAG

Im Jahr 2003 hatte sich der 2. Senat des BAG mit einem Fall auseinanderzusetzen, bei dem das vorherige Arbeitsverhältnis etwa ein Jahr zurücklag.<sup>40</sup> Er stellte fest, dass es auf den zeitlichen Abstand zwischen dem früheren Arbeitsverhältnis und dem ohne Sachgrund befristeten Arbeitsverhältnis „grundsätzlich“ nicht ankomme.<sup>41</sup> Der Senat begründete dies mit einem Vergleich zu der Vorgängerregelung des § 1 Abs. 3 BeschFG 1996, die anders als § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG eine zeitliche Begrenzung enthielt.<sup>42</sup> Diese Rechtsprechung bestätigte der 2. Senat in einer Entscheidung zu einem mehr als vier Jahre zurückliegenden Arbeitsverhältnis.<sup>43</sup> Gegen beide Urteile wurde unter Berufung auf die Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG Verfassungsbeschwerde erhoben, die das BVerfG jeweils nicht zur Entscheidung annahm.<sup>44</sup> Der 7. Senat bestätigte diese Rechtsprechung des 2. Senates in einem Beschluss aus dem Jahr 2009 und betonte die Eindeutigkeit des Wortlautes des § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG.<sup>45</sup> Im zugrundeliegenden Sachverhalt lag das frühere Arbeitsverhältnis mehr als zehn Jahre zurück.<sup>46</sup>

#### II. Einführung einer Zeitgrenze durch das BAG

Mit dem Wechsel des Vorsitzes im 7. Senat des BAG<sup>47</sup> im Jahr 2009 ging dann ein Wandel in der Rechtsprechung einher.

---

<sup>40</sup> BAG, AP TzBfG § 14 Nr. 7.

<sup>41</sup> Ebd. (unter B. I. 3. der Gründe).

<sup>42</sup> Ebd. Siehe zur Vorgängerregelung oben **B. II.**

<sup>43</sup> BAG, EzBAT SR 2y BAT TzBfG Nr. 10 (unter B. I. 3. der Gründe).

<sup>44</sup> BVerfG, Beschl. v. 11.11.2004 – 1 BvR 930/04, Rn. 1 (juris); BVerfG, Beschl. v. 11.11.2004 – 1 BvR 2150/04, Rn. 1 (juris).

<sup>45</sup> BAG, EzTöD 100 § 30 Abs. 1 TVöD-AT Sachgrundlose Befristung Nr. 12 (unter I. 1. der Gründe).

<sup>46</sup> LAG Berlin-Brandenburg, LAGE TzBfG § 14 Nr. 50.

<sup>47</sup> Wolfgang Linsenmaier übernahm zum 1.10.2009 den Vorsitz von Hans-Jürgen Dörner, Pressemitteilung des BAG Nr. 101/09.

### 1. Aussagen des Urteils vom 6. April 2011

Im Jahr 2011 hatte sich der 7. Senat mit einem Fall zu beschäftigen, in dem die Klägerin mit dem Freistaat Sachsen ein befristetes Arbeitsverhältnis vereinbarte, obwohl sie schon sechs Jahre zuvor als studentische Hilfskraft bei dem Freistaat Sachsen angestellt war.<sup>48</sup> Der 7. Senat entschied, dass sich aus der „Auslegung“ der Vorschrift ergebe, dass eine Vorbeschäftigung i. S. d. § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG nicht vorliegt, wenn das frühere Arbeitsverhältnis mehr als drei Jahre zurückliege.<sup>49</sup>

Die Adverbialkonstruktion „bereits zuvor“ sei kontextabhängig und daher nicht eindeutig.<sup>50</sup> Das BAG legte dar, dass die Entwicklungen im Gesetzgebungsverfahren für ein zeitlich uneingeschränktes Verständnis der Norm sprechen. Doch die subjektive Vorstellung der am Gesetzgebungsverfahren beteiligten Organe sei nicht entscheidend und das Gewicht der historischen Auslegung nicht zu überschätzen.<sup>51</sup> Der Normzweck rechtfertige kein lebenslanges Anschlussverbot, denn die Verhinderung von Kettenbefristungen könne auch ohne ein lebenslanges Anschlussverbot erreicht werden.<sup>52</sup> Die durch Art. 12 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1 GG geschützte Freiheit, ein Arbeitsverhältnis zu begründen, könne durch ein zeitlich uneingeschränktes Verständnis der Vorschrift unverhältnismäßig beeinträchtigt werden.<sup>53</sup> Daher sei eine „verfassungsorientierte Auslegung“ geboten,<sup>54</sup> die eine „im Wege der Rechtsfortbildung vorzunehmende Konkretisierung“ erfordere.<sup>55</sup> In einem darauffolgenden Urteil bestätigte das BAG seine Rechtsprechung und betonte dabei, dass ein zeitlich unbeschränktes Anschlussverbot verfassungswidrig wäre.<sup>56</sup>

---

<sup>48</sup> BAG, AP TzBfG § 14 Nr. 82.

<sup>49</sup> *Ebd.*, Rn. 13.

<sup>50</sup> *Ebd.*, Rn. 17.

<sup>51</sup> *Ebd.*, Rn. 19.

<sup>52</sup> *Ebd.*, Rn. 20 ff.

<sup>53</sup> *Ebd.*, Rn. 30 ff.

<sup>54</sup> *Ebd.*, Rn. 27.

<sup>55</sup> *Ebd.*, Rn. 39.

<sup>56</sup> *Ebd.*, Rn. 23 ff.

## 2. Resonanz in den Instanzgerichten

In den Instanzgerichten stieß die Rechtsprechung des *BAG* auf gemischte Resonanz.<sup>57</sup>

Nach dem *LAG Baden-Württemberg*<sup>58</sup> stellten auch weitere Instanzgerichte<sup>59</sup> entgegen der Rechtsprechung des *BAG* fest, dass das Anschlussverbot keiner Auslegung zugänglich sei und zeitlich uneingeschränkt gelte. Das *ArbG Braunschweig* lehnte ein eingeschränktes Verständnis der Norm ebenfalls ab.<sup>60</sup> Im Wege der konkreten Normenkontrolle nach Art. 100 Abs. 1 GG legte es dem *BVerfG* die Frage vor, ob das nach seiner Auffassung uneingeschränkt geltende Anschlussverbot verfassungsmäßig ist.<sup>61</sup>

Das *LAG Nürnberg*<sup>62</sup> und das *LAG Hamm*<sup>63</sup> schlossen sich der Auffassung des *BAG* an und befürworteten das eingeschränkte Verständnis der Norm. Nach Zurückweisung der Nichtzulassungsbeschwerde gegen ersteres Urteil durch das *BAG*<sup>64</sup> legte der Kläger Verfassungsbeschwerde ein.

### III. Rechtsprechung des *BVerfG*

Das *BVerfG* hatte sich in der Folge mit zwei Fragen auseinanderzusetzen. Zum einem musste es über die Vorlage des *ArbG Braunschweig* bezüglich der Verfassungsmäßigkeit des § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG entscheiden. Zum anderen musste es über die Verfassungsbeschwerde entscheiden – ob also die im Jahr 2011 geänderte Rechtsprechung des *BAG* verfassungsgemäß ist.

#### 1. Aussagen des Beschlusses vom 6. Juni 2018

Auf beide Fragen ging der 1. Senat des *BVerfG* in demselben Beschluss ein.<sup>65</sup>

---

<sup>57</sup> Siehe zu der Rechtsprechung der LAGE auch *Lembke/Tegel*, Das Anschlussverbot des § 14 II 2 TzBfG – erneute Rechtsprechungswende in Sicht?, NZA-RR 2018, 175 (177 ff.).

<sup>58</sup> *LAG Baden-Württemberg*, LAGE TzBfG § 14 Nr. 78, Rn. 23 ff.; LAGE TzBfG § 14 Nr. 82, Rn. 16 ff.; LAGE TzBfG § 14 Nr. 107, Rn. 42 ff.; LAGE TzBfG § 14 Nr. 119, Rn. 17 ff.

<sup>59</sup> *Hessisches LAG*, LAGE TzBfG § 14 Nr. 117, Rn. 29 ff.; *LAG Schleswig-Holstein*, LAGE TzBfG § 14 Nr. 118, Rn. 15 ff.; *LAG Mecklenburg-Vorpommern*, LAGE TzBfG § 14 Nr. 120, Rn. 26.

<sup>60</sup> *ArbG Braunschweig*, LAGE TzBfG § 14 Nr. 83, Rn. 33 ff.

<sup>61</sup> *Ebd.*, Rn. 15.

<sup>62</sup> *LAG Nürnberg*, Urt. v. 30.1.2014 – 5 Sa 1/13, Rn. 13 ff. (juris).

<sup>63</sup> *LAG Hamm*, Urt. v. 15.12.2016 – 11 Sa 735/16, Rn. 59 (juris).

<sup>64</sup> *BAG*, Beschl. v. 30.4.2014, BeckRS 2014, 123870.

<sup>65</sup> *BVerfG*, AP TzBfG § 14 Nr. 170.



Die Verfassungsbeschwerde hielt es für begründet. Die Auslegung des § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG dahingehend, dass sie nicht anwendbar sei, wenn zwischen den Arbeitsverhältnissen ein Zeitraum von mehr als drei Jahren liegt, überschreite die Grenzen zulässiger richterlicher Rechtsfortbildung. Somit liege ein Verstoß gegen Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 20 Abs. 3 GG vor.<sup>66</sup> Der Gesetzgeber habe sich bewusst gegen eine zeitliche Begrenzung des Verbots entschieden; die Auslegung durch das BAG löse sich von der gesetzgeberischen Grundentscheidung und ersetze diese durch ein eigenes Regelungsmodell.<sup>67</sup>

Über die konkrete Normenkontrolle entschied das BVerfG, indem es die Verfassungsmäßigkeit des § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG feststellte. In unzumutbaren Fällen sei ihr Anwendungsbereich einschränkbar.<sup>68</sup> Die mit dem Anschlussverbot vorgenommene Einschränkung der sachgrundlosen Befristung solle nicht nur Kettenbefristungen verhindern, sondern auch die unbefristete Dauerbeschäftigung als Regelbeschäftigungsform sichern.<sup>69</sup> Allerdings müssen die Fachgerichte in bestimmten Fällen eine verfassungskonforme Auslegung vornehmen. Solche Fälle seien gegeben, wenn weder die Gefahr von Kettenbefristungen besteht noch das Verbot der sachgrundlosen Befristung erforderlich ist, um das unbefristete Arbeitsverhältnis als Regelbeschäftigungsform zu erhalten. Dies könne insbesondere dann der Fall sein, wenn eine Vorbeschäftigung sehr lange zurückliegt, ganz anders geartet ist oder nur von sehr kurzer Dauer war.<sup>70</sup>

## 2. Folgeentscheidung des BAG

Nach der Entscheidung des BVerfG gab das BAG seine „Drei-Jahres-Regel“ wieder auf. In einer Folgeentscheidung zum Anfang des Jahres 2019 stellte es fest, dass auch bei einem acht Jahre zurückliegenden Arbeitsverhältnis eine sachgrundlose Befristung nach § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG unzulässig sei.<sup>71</sup> Ein solcher Zeitraum sei nicht „sehr lange“ und erfordere daher auch unter Berücksichtigung der vom BVerfG genannten Kriterien keine verfassungskonforme Auslegung.<sup>72</sup> Im Übrigen entschied das BAG, dass kein

---

<sup>66</sup> *Ebd.*, Rn. 34, 71 ff.

<sup>67</sup> *Ebd.*, Rn. 76.

<sup>68</sup> *Ebd.*, Rn. 33, 35 ff.

<sup>69</sup> *Ebd.*, Rn. 48 ff.

<sup>70</sup> Zum Ganzen *ebd.*, Rn. 33, 62 f.

<sup>71</sup> BAG, AP TzBfG § 14 Nr. 175, Rn. 23 ff.; im Einzelnen und zu weiteren Folgeentscheidungen des BAG siehe unten **F. I.**

<sup>72</sup> BAG, AP TzBfG § 14 Nr. 175, Rn. 26.

Vertrauensschutz aufgrund seiner Rechtsprechung aus dem Jahr 2011 gewährt werden könne.<sup>73</sup>

#### **D. Grenzen von Auslegung und richterlicher Rechtsfortbildung und ihre Beachtung**

Im Folgenden soll die Frage beantwortet werden, ob das *BAG* und das *BVerfG* mit ihren Entscheidungen zu § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG die Vorgaben des GG beachtet haben. Dafür müssen die Grundsätze der juristischen Methodik und ihre verfassungsrechtliche Relevanz betrachtet werden.

#### **I. Allgemeines zu Auslegung und Rechtsfortbildung**

Nach Art. 20 Abs. 3 GG sind vollziehende Gewalt und Rechtsprechung an „Gesetz und Recht“ gebunden. In dieser Verfassungsbestimmung findet die Methodenlehre ihren Ausgangspunkt.<sup>74</sup> Die Grenzen der Verfassung werden überschritten, wenn sich ein Gericht aus der Rolle des Normanwenders in die Rolle einer normsetzenden Instanz begibt, sich also objektiv der Bindung an Recht und Gesetz entzieht.<sup>75</sup> Um die Bedeutung von Rechtsnormen zu ermitteln, ist immer eine Auslegung notwendig.<sup>76</sup> Der Normtext ist nicht mit der Rechtsnorm identisch, er ist nur ihr sprachlicher Ausdruck.<sup>77</sup> Die Gerichte müssen daher, um eine Norm anwenden zu können, von den anerkannten Methoden der Gesetzesauslegung Gebrauch machen; dabei ist die Grundentscheidung des Gesetzgebers zu respektieren.<sup>78</sup> Die äußerste Grenze der Auslegung bildet der mögliche Wortsinn des Gesetzes.<sup>79</sup> Die Gerichte haben darüber hinaus auch die Aufgabe und Befugnis, das Recht fortzubilden.<sup>80</sup> Eine richterliche Rechtsfortbildung setzt allerdings voraus, dass das Gesetz eine Lücke aufweist.<sup>81</sup> Die Gewaltenteilung verlangt, dass die Gerichte keine freie Rechtsfindung betreiben, die methodisch nicht begründet ist.<sup>82</sup> Beachtet die

---

<sup>73</sup> *Ebd.*, Rn. 40 ff.

<sup>74</sup> Röhl/Röhl, *Allgemeine Rechtslehre*, 3. Aufl. 2006, S. 603; *Rüthers/Fischer/Birk*, *Rechtstheorie*, 11. Aufl. 2020, Rn. 706.

<sup>75</sup> BVerfGE 87, 273 (280); 96, 375 (394).

<sup>76</sup> *Rüthers/Fischer/Birk* (Fn. 74), Rn. 731; vgl. auch *Höpfner*, *Die systemkonforme Auslegung*, 2008, S. 143 f.

<sup>77</sup> *Höpfner* (Fn. 76), S. 145; vgl. auch *Zippelius*, *Juristische Methodenlehre*, 11. Aufl. 2012, S. 15 f.

<sup>78</sup> BVerfGE 96, 375 (395); 122, 248 (258).

<sup>79</sup> BVerfGE 71, 108 (115).

<sup>80</sup> BVerfGE 34, 269 (287 f.); 49, 304 (318).

<sup>81</sup> BVerfGE 82, 6 (13); 132, 99, Rn. 18.

<sup>82</sup> *Rudnik* (Fn. 28), S. 32; *Rüthers*, *Methodenrealismus in Jurisprudenz und Justiz*, JZ 2006, 53 (53).

Rechtsprechung die Grundsätze der Methodik nicht, verletzt sie ihre Gesetzesbindung gemäß Art. 20 Abs. 3 GG. Bis zu dieser Grenze ist die Auslegung einfachen Rechts und die Wahl der anzuwendenden Methode Sache der Fachgerichte.<sup>83</sup> Im Folgenden soll zunächst untersucht werden, was die Auslegung der Norm ergibt. Erst im Anschluss wird erörtert, ob eine Rechtsfortbildung zulässig ist.

## II. Auslegung von § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG

Nach § 14 Abs. 2 S. 2 setzt der Abschluss eines sachgrundlos befristeten Arbeitsvertrages voraus, dass nicht „bereits zuvor“ mit demselben Arbeitgeber ein befristetes oder unbefristetes Arbeitsverhältnis bestanden hat. Welche Bedeutung diese Worte haben, ist durch die Auslegung zu ermitteln.

Zwar gibt es keine feststehende Rangordnung zwischen den verschiedenen Auslegungsmethoden.<sup>84</sup> Die Gesetzesbindung verlangt allerdings, dass zunächst Wortsinn und Bedeutungszusammenhang ermittelt werden müssen, bevor der Regelungszweck berücksichtigt werden kann.<sup>85</sup> Auch gehen die verschiedenen Auslegungsmethoden ineinander über, sodass keine klare Abgrenzung möglich ist.<sup>86</sup> Anerkannt ist, dass grundsätzlich Wortlaut (grammatische Auslegung), Systematik (systematische Auslegung), Entstehungsgeschichte (historische Auslegung) sowie Sinn und Zweck der Rechtsnorm (teleologische Auslegung) zu berücksichtigen sind.<sup>87</sup>

### 1. Grammatische Auslegung

Ausgangspunkt der Auslegung ist der Wortlaut.<sup>88</sup> Dafür ist die Bedeutung der Worte im Sprachgebrauch des Sprechenden, also des Gesetzgebers, zu ermitteln.<sup>89</sup> Gibt dieser eine Bedeutung nicht vor, ist auf den üblichen

---

<sup>83</sup> BVerfGE 82, 6 (11); 96, 375 (394); vgl. auch *Zippelius* (Fn. 77), S. 50.

<sup>84</sup> *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. 1995, S. 166 mit dem Hinweis, die Auslegung sei „kein Rechenexempel, sondern eine schöpferische Geistestätigkeit“; siehe auch *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Aufl. 2011, S. 564 f.; *Looschelders/Roth*, Juristische Methodik im Prozeß der Rechtsanwendung, 1996, S. 193 f.; *Wank*, Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung, 1978, S. 76 f.; eingehend *Xu*, Rangfolge der Auslegungskriterien, StudZR-WissOn 2015, 193 (201 ff.).

<sup>85</sup> Vgl. BVerfGE 1, 299 (312); *Larenz/Canaris* (Fn. 84), S. 166; *Looschelders/Roth* (Fn. 84), S. 192 f.

<sup>86</sup> *Bydlinski* (Fn. 84), S. 564.

<sup>87</sup> Statt vieler BVerfGE 11, 126 (130).

<sup>88</sup> BGHSt 3, 259 (262); *Höpfner* (Fn. 76), S. 144; *Rüthers/Fischer/Birk* (Fn. 74), Rn. 741.

<sup>89</sup> *Larenz/Canaris* (Fn. 84), S. 141; *Rüthers/Fischer/Birk* (Fn. 74), Rn. 738.

Sprachgebrauch des Gesetzgebers zurückzugreifen.<sup>90</sup> Dieser unterscheidet sich in der Regel von dem umgangssprachlichen Sprachgebrauch.<sup>91</sup> Nur wenn nichts anderes feststellbar ist, ist davon auszugehen, dass er dem allgemein üblichen, alltäglichen Sprachgebrauch entspricht.<sup>92</sup>

Die Worte „bereits zuvor“ können sich, abhängig vom Kontext, auf einen zeitlich unbegrenzten oder eingeschränkten Zusammenhang beziehen.<sup>93</sup> Eine Person ohne juristische Fachkenntnisse würde bei einer ersten Lektüre der Vorschrift „bereits zuvor“ wohl als „irgendwann zuvor“ verstehen.<sup>94</sup> Aufgrund der von der Alltagssprache grundsätzlich abweichenden Begriffsverwendung des Gesetzgebers kann es darauf freilich nicht ankommen. Um demgegenüber zu verdeutlichen, dass auch ein engeres Verständnis möglich ist, bildet das BAG ein Beispiel: In einer Regelung, die Nachtschichten untersagt, wenn „bereits zuvor“ in einer Tagschicht gearbeitet wurde, werde man die Worte nicht als „irgendwann zuvor“ verstehen.<sup>95</sup> Nicht weiter hilft auch die Feststellung, dass eine präzisere Formulierung wie „früher“<sup>96</sup> oder „je zuvor“<sup>97</sup> denkbar gewesen wäre.<sup>98</sup> Ebenso wäre eine engere Formulierung wie „unmittelbar zuvor“ denkbar gewesen. Der deutsche Gesetzgeber erhebt keinen Anspruch, Normen zu schaffen, die auf jeden Zweifelsfall eine eindeutige Antwort bieten.<sup>99</sup> Ein zwingendes

---

<sup>90</sup> Rütters/Fischer/Birk (Fn. 74), Rn. 738.

<sup>91</sup> Schwacke, Juristische Methodik, 5. Aufl. 2011, S. 89; Wank, Die Auslegung von Gesetzen, 6. Aufl. 2015, S. 42 f.

<sup>92</sup> Larenz/Canaris (Fn. 84), S. 141; Schwacke (Fn. 91), S. 91; vgl. Rütters/Fischer/Birk (Fn. 74), Rn. 741.

<sup>93</sup> BVerfG, AP TzBfG § 14 Nr. 170, Rn. 79; BAG, AP TzBfG § 14 Nr. 82, Rn. 17.

<sup>94</sup> Adam, Anmerkung zu BVerfG, Beschl. v. 6.6.2018 – BvL 7/14, 1 BvR 1375/14, EzA TzBfG § 14 Nr. 132 (unter III.).

<sup>95</sup> BAG, AP TzBfG § 14 Nr. 82, Rn. 17; ein Beispiel ohne juristischen Bezug bildet Bayreuther, Das BVerfG und die sachgrundlose Befristung – Neues aus dem Arbeitsverfassungsrecht, NZA 2018, 905 (907).

<sup>96</sup> Bauer, Tückisches Befristungsrecht, NZA 2011, 241 (243).

<sup>97</sup> Müller-Glöge, in: Erfurter Kommentar zum ArbR, 18. Aufl. 2018, § 14 TzBfG Rn. 99a.

<sup>98</sup> Schlachter, in: Laux/Schlachter (Fn. 34), § 14 Rn. 112.

<sup>99</sup> Deckert, Folgenorientierung in der Rechtsanwendung, 1995, S. 22 ff.; Wank (Fn. 91), S. 42.

Auslegungsergebnis lässt sich dem Wortlaut alleine dementsprechend nicht entnehmen.<sup>100</sup>

## 2. Systematische Auslegung

Die Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung ist ein unerfüllbares Ideal.<sup>101</sup> Dennoch kann es hilfreich sein, den Zusammenhang einer Norm mit anderen Normen zu betrachten.<sup>102</sup> Aus der Bedeutung eines Begriffes in einer anderen Norm kann sich die Bedeutung eines Begriffes in der auszulegenden Norm herleiten lassen, wenn der Gesetzgeber eine einheitliche Begriffsverwendung beabsichtigte.<sup>103</sup>

In § 14 Abs. 3 S. 1 TzBfG findet sich die Formulierung „unmittelbar vor Beginn des befristeten Arbeitsverhältnisses“. Dies deutet darauf hin, § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG im Umkehrschluss nicht als „unmittelbar zuvor“ zu verstehen.<sup>104</sup> Entsprechendes gilt für die in § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 TzBfG verwendeten Worte „im Anschluss an eine Ausbildung oder ein Studium“.<sup>105</sup>

Die mit dem Erlass des TzBfG eingeführte Sonderregelung für ältere Arbeitnehmer fand nach § 14 Abs. 3 S. 2 TzBfG a. F.<sup>106</sup> keine Anwendung, wenn zu einem vorhergehenden unbefristeten Arbeitsverhältnis ein enger sachlicher Zusammenhang besteht. Ein solcher war nach § 14 Abs. 3 S. 3 TzBfG bei einem Zeitraum von weniger als sechs Monaten zwischen den Arbeitsverhältnissen anzunehmen. Der systematische Vergleich mit dieser Regelung spricht jedenfalls dafür, Vorbeschäftigungen nicht schon bei einem zeitlichen Zusammenhang von weniger als sechs Monaten unberücksichtigt zu lassen.<sup>107</sup> Weitergehend zeigt diese frühere Regelung allerdings auch, dass zeitliche Grenzen für die

---

<sup>100</sup> *BVerfG*, AP TzBfG § 14 Nr. 170, Rn. 78 f.; *BAG*, AP TzBfG § 14 Nr. 82, Rn. 17; *Bauer*, Befristete Arbeitsverträge unter neuen Vorzeichen, Teil 1: Europarechtliche Vorgaben und Befristungen ohne Sachgrund, BB 2001, 2473 (2475); *Bauer* (Fn. 96), S. 243; *Dörner* (Fn. 7), Rn. 528; *Greiner*, Das Recht der befristeten Arbeitsverhältnisse im Umbruch, ZESAR 2014, 357 (359); für eindeutig halten den Wortlaut *LAGE Schleswig-Holstein*, LAGE TzBfG § 14 Nr. 118, Rn. 16 f.; *Backhaus*, in: *Ascheid/Preis/Schmidt* (Fn. 4), § 14 TzBfG Rn. 381g; *Persch* (Fn. 2), S. 331 f.; *Stoye* (Fn. 25), S. 196.

<sup>101</sup> *Rüthers/Fischer/Birk* (Fn. 74), Rn. 145; *Schwacke* (Fn. 91), S. 93.

<sup>102</sup> *Bydlinski* (Fn. 84), S. 442; *Schwacke* (Fn. 91), S. 93 f.; *Wank* (Fn. 91), S. 57.

<sup>103</sup> *Schwacke* (Fn. 91), S. 96 f.

<sup>104</sup> *BAG*, AP TzBfG § 14 Nr. 82, Rn. 18; *Höpfner* (Fn. 11), S. 896.

<sup>105</sup> *Höpfner* (Fn. 11), S. 896.

<sup>106</sup> Fassung vom Erlass des Gesetzes (siehe Fn. 19) bis zum 30.4.2007, geändert mit BGBl. I S. 538.

<sup>107</sup> *BAG*, AP TzBfG § 14 Nr. 82, Rn. 18; *Lönisch*, 'Zuvor' bedeutet nicht: 'In aller Vergangenheit', BB 2001, 254 (255).

Berücksichtigung von früheren Arbeitsverhältnissen durchaus positiv festlegt sind, wenn Arbeitsverhältnisse nicht uneingeschränkt berücksichtigt werden dürfen.

Festzuhalten ist, dass sich aus dem Gesetzeszusammenhang gewichtige Argumente für ein zeitlich uneingeschränktes Verständnis des Anschlussverbotes entnehmen lassen. Er lässt es allerdings für sich genommen noch nicht für unvertretbar erscheinen, den Worten „bereits zuvor“ eine zeitlich beschränkte Bedeutung zukommen zu lassen.<sup>108</sup> Ein eindeutiges Auslegungsergebnis lässt sich daher auch an dieser Stelle noch nicht feststellen.

### 3. Historische Auslegung

Um die Bedeutung einer Norm zu ermitteln, ist auch ihr historischer Rahmen bedeutungsvoll.<sup>109</sup> Darunter ist die Vorgeschichte einer Norm, die Entstehungsgeschichte im eigentlichen Sinn und die Geschichte der Entwicklung nach Inkrafttreten der Norm zu fassen.<sup>110</sup> Um das Auslegungskriterium der Entstehungsgeschichte einzuordnen, muss zunächst der Streit zwischen den Auslegungstheorien in gebotener Kürze dargestellt werden. Die darauffolgenden Untersuchungen beziehen sich neben der Vorgeschichte vor allem auf die Entstehungsgeschichte im eigentlichen Sinn.

#### a) Subjektive und objektive Auslegungstheorie

Die vornehmlich früher vertretene *subjektive* Auslegungstheorie hält den Willen des historischen Gesetzgebers für entscheidend.<sup>111</sup> Nach dieser Theorie kommt es nicht darauf an, ob dieser subjektive Wille des Gesetzgebers im Gesetzestext überhaupt zum Ausdruck gekommen ist.<sup>112</sup>

---

<sup>108</sup> Vgl. *BVerfG*, AP TzBfG § 14 Nr. 170, Rn. 78, 80.

<sup>109</sup> *Bydlinski* (Fn. 84), S. 449; *Engisch*, Einführung in das juristische Denken, 12. Aufl. 2018, S. 120 f.; *Schwacke* (Fn. 91), S. 97.

<sup>110</sup> *Wank* (Fn. 91), S. 67.

<sup>111</sup> Siehe die Nachweise bei *Engisch* (Fn. 109), S. 133 f.

<sup>112</sup> *Looschelders/Roth* (Fn. 84), S. 29.

Heute wird zumeist die *objektive* Theorie, die maßgeblich auf den „Willen des Gesetzes“ abstellt, in einer gemäßigten Form vertreten.<sup>113</sup> Natürlich kann ein Text keinen Willen haben.<sup>114</sup> Präziser ist die Formulierung des *BVerfG*, es komme auf den in dem Gesetz zum Ausdruck kommenden objektivierten Willen des Gesetzgebers an.<sup>115</sup> An anderer Stelle führte es aus, es sei „nicht maßgeblich, was der Gesetzgeber zu regeln meinte, sondern was er geregelt hat“.<sup>116</sup> Der Wille des Gesetzgebers muss dabei gleichwohl beachtlich bleiben: aufgrund der Gesetzesbindung geht es bei der Auslegung gerade darum, festzustellen, welche Bedeutung der Gesetzgeber, der die Worte formulierte, ihnen zumessen wollte.<sup>117</sup> Eine streng objektive Theorie, in dem Sinne, dass historische Gesichtspunkte keinerlei Berücksichtigung finden dürfen, ist folglich abzulehnen.<sup>118</sup> Jedoch muss der Wille des Gesetzgebers in das Gesetz aufgenommen worden und aus dem Wortlaut und Sinnzusammenhang erkennbar werden. Die Entstehungsgeschichte hilft dabei, Zweifel aus dem Weg zu räumen, die sich bei Betrachtung dessen ergeben.<sup>119</sup>

#### b) Vorgeschichte

Die Vorgängerregelung des § 1 Abs. 3 BeschFG 1996 legte ausdrücklich fest, wann ein vorheriges Arbeitsverhältnis keine Berücksichtigung mehr findet.<sup>120</sup> Dass eine solche Festlegung in § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG nicht mehr aufgenommen wurde, ist im Umkehrschluss ein starkes Argument für ein zeitlich uneingeschränktes Verständnis der Vorschrift.<sup>121</sup>

---

<sup>113</sup> Siehe dazu aus der Rechtsprechung des *BVerfG* insbesondere BVerfGE 11, 126 (129 f.); aus der Literatur, wenn auch nicht immer mit dieser Bezeichnung, *Engisch* (Fn. 109), S. 143 ff.; *Larenz/Canaris* (Fn. 84), S. 138 ff., 153 ff.; *Looschelders/Roth* (Fn. 84), S. 61; *Möllers*, Juristische Methodenlehre, 2. Aufl. 2019, § 6 Rn. 79; *Schwacke* (Fn. 91), S. 87; zu früheren Vertretern der objektiven Theorie *Engisch* (Fn. 109), S. 134 f. Die traditionelle Fragestellung nach der zutreffenden Auslegungstheorie für falsch gestellt und daher nicht zu beantworten halten *Bydlinski* (Fn. 84), S. 436; *Rüthers/Fischer/Birk* (Fn. 74), Rn. 820.

<sup>114</sup> *Larenz/Canaris* (Fn. 84), S. 139 f.; *Rüthers/Fischer/Birk* (Fn. 74), Rn. 719, 797.

<sup>115</sup> BVerfGE 1, 299 (312); 11, 126 (129 ff.); 79, 106 (121).

<sup>116</sup> *BVerfG*, NVwZ-RR 2002, 117 (118).

<sup>117</sup> *Deckert* (Fn. 99), S. 54; *Larenz/Canaris* (Fn. 84), S. 139; *Schwacke* (Fn. 91), S. 87; vgl. auch *Rüthers/Fischer/Birk* (Fn. 74), Rn. 812.

<sup>118</sup> *Bydlinski* (Fn. 84), S. 432 f.; *Engisch* (Fn. 109), S. 143; *Larenz/Canaris* (Fn. 84), S. 139; *Rüthers/Fischer/Birk* (Fn. 74), Rn. 812; *Schwacke* (Fn. 91), S. 87.

<sup>119</sup> Zum Ganzen BVerfGE 1, 299 (312); 11, 126 (130 f.).

<sup>120</sup> Siehe oben **B. II.**

<sup>121</sup> *BVerfG*, AP TzBfG § 14 Nr. 170, Rn. 84; vgl. auch *BAG*, AP TzBfG § 14 Nr. 82, Rn. 19.

Hinzu kommt, dass das Regelungsmodell des § 1 Abs. 3 BeschFG 1996 auf § 14 Abs. 3 TzBfG a. F. übertragen wurde;<sup>122</sup> es wird auch dort ein enger sachlicher Zusammenhang verlangt, der im darauffolgenden Satz konkretisiert wird. Eine solche Regelung wäre daher auch in § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG zu erwarten gewesen, wenn frühere Arbeitsverhältnisse nicht zeitlich uneingeschränkt berücksichtigt werden sollen.<sup>123</sup>

*c) Entstehungsgeschichte im eigentlichen Sinn*

Aus dem Ablauf des Gesetzgebungsverfahrens lassen sich wichtige Erkenntnisse für die Auslegung gewinnen.

aa) Ablauf des Gesetzgebungsverfahrens

Der Gesetzentwurf der Bundesregierung zum TzBfG wurde gemäß Art. 76 Abs. 2 S. 1 GG zunächst dem Bundesrat zugeleitet.<sup>124</sup> In der Begründung zum Gesetzentwurf wird ausgeführt, dass eine sachgrundlose Befristung mit der Neuregelung „nur bei *Neueinstellungen*, d. h. bei der *erstmaligen* Beschäftigung“ zulässig sei; es gebe nur noch die „*einmalige[n]* Möglichkeit der Befristung ohne Sachgrund“. <sup>125</sup> Ferner wurde betont, dass im Gegensatz zum bisherigen Recht eine sachgrundlose Befristung bei demselben Arbeitgeber ausgeschlossen sei.<sup>126</sup> Mit dem bisherigen Recht war die Regelung des § 1 Abs. 3 BeschFG 1996 gemeint, wonach eine sachgrundlose Befristung mit demselben Arbeitgeber auch nicht grundsätzlich, sondern erst nach viermonatiger Unterbrechung zulässig ist.<sup>127</sup> Der Freistaat Bayern beantragte daraufhin, den Gesetzentwurf entsprechend dieser Vorgängerregelung so zu fassen, dass vier Monate zurückliegende Arbeitsverhältnisse nicht mehr zu berücksichtigen sind.<sup>128</sup> Der Bundesrat lehnte diesen Antrag ab<sup>129</sup> und leitete den Gesetzentwurf ohne Stellungnahme an den Bundestag weiter<sup>130</sup>. Der Hauptverband des Deutschen Einzelhandels e. V. kritisierte bei der anschließenden öffentlichen Sachverständigenanhörung, dass nur einmal ein befristeter Arbeitsvertrag

---

<sup>122</sup> *BVerfG*, AP TzBfG § 14 Nr. 170, Rn. 84; *Höpfner* (Fn. 11), S. 896; siehe zu § 14 Abs. 3 TzBfG a. F. oben **D. II. 2.**

<sup>123</sup> Vgl. *BVerfG*, AP TzBfG § 14 Nr. 170, Rn. 84; *Höpfner* (Fn. 11), S. 896.

<sup>124</sup> BR-Drucks. 591/00.

<sup>125</sup> BR-Drucks. 591/00, S. 19; BT-Drucks. 14/4374, S. 14.

<sup>126</sup> BR-Drucks. 591/00, S. 32; BT-Drucks. 14/4374, S. 14, 19.

<sup>127</sup> Siehe oben **B. II.**

<sup>128</sup> BR-Drucks. 591/5/00.

<sup>129</sup> Bundesrat, Plenarprotokoll 755, 20.10.2000, S. 412.

<sup>130</sup> BT-Drucks. 14/4374, S. 5.



abgeschlossen werden könne.<sup>131</sup> Der Sachverständige *Preis* wies darauf hin, dass in § 14 Abs. 2 TzBfG eine Zwei-Jahres-Karenzregelung aufgenommen werden könnte; auch damit könne das Ziel, Kettenbefristungen zu verhindern, erreicht werden.<sup>132</sup> Die Mitglieder der Unionsfraktion bemängelten, dass sachgrundlose Befristungen nur noch bei Neueinstellungen möglich sein würden.<sup>133</sup> Der Wirtschaftsausschuss empfahl dem Bundesrat, die Einberufung des Vermittlungsausschusses zu verlangen. Dies begründete er damit, dass eine Beschränkung befristeter Arbeitsverhältnisse auf Neuabschlüsse nicht geboten sei und schlug ebenfalls eine Regelung entsprechend des § 1 Abs. 3 BeschFG 1996 vor, die sich bewährt habe.<sup>134</sup> Entgegen all dieser Kritik wurde die Regelung des § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG ohne Änderungen entsprechend dem Gesetzentwurf beschlossen.<sup>135</sup>

#### bb) Bewertung

Aus alledem wird deutlich, dass der Gesetzgeber zu keinem Zeitpunkt während des Gesetzgebungsverfahrens davon ausging, dass die Regelung etwas anderes als ein zeitlich unbeschränktes Anschlussverbot zur Folge haben würde. Dies ergibt sich nicht zuletzt aus den in der Begründung und Diskussion zur Regelung gewählten deutlichen Formulierungen. Durch von verschiedener Seite aufgezeigte Alternativen und aufgrund der Vorregelung des § 1 Abs. 3 BeschFG 1996 war dem Gesetzgeber klar, wie ein zeitlich eingeschränktes Anschlussverbot ausgestaltet werden könnte. Die in der Gesetzesbegründung formulierten Absichten der Gesetzesverfasser macht sich der Gesetzgeber – also die Abgeordneten im Parlament – zu eigen, wenn er das Gesetz beschließt.<sup>136</sup> Dies gilt insbesondere für konkrete Normvorstellungen.<sup>137</sup> Der Gesetzgeber behielt die Formulierung des Gesetzentwurfes trotz der Alternativvorschläge bei und entschied sich somit bewusst dafür, nur bei der erstmaligen Begründung eines Arbeitsverhältnisses eine sachgrundlose Befristung zuzulassen.<sup>138</sup>

Auch das *BAG* erkannte, dass diese Umstände „nahelegen“ würden, dass der Wille des historischen Gesetzgebers auf ein nicht durch einen Zeitraum

---

<sup>131</sup> BT-Drucks. 14/4625, S. 17.

<sup>132</sup> Ebd., S. 18.

<sup>133</sup> Ebd., S. 19.

<sup>134</sup> BR-Drucks. 783/1/00, S. 3.

<sup>135</sup> BGBl I. S. 1966.

<sup>136</sup> Zur dieser „Paktentheorie“ *Engisch* (Fn. 109), S. 142; *Frieling*, Gesetzesmaterialien und Wille des Gesetzgebers, 2017, S. 140 ff.; *Neuner*, Die Rechtsfindung contra legem, 2. Aufl. 2005, S. 104; vgl. auch *Koch/Rüßmann*, Juristische Begründungslehre, 1982, S. 211 f.

<sup>137</sup> *Frieling* (Fn. 136), S. 152.

<sup>138</sup> *BVerfG*, AP TzBfG § 14 Nr. 170, Rn. 85; *Höpfner* (Fn. 11), S. 897.

begrenztes Anschlussverbot gerichtet war; daraus zwingende Rückschlüsse auf den Inhalt der Regelung zu ziehen, lehnte es jedoch ab.<sup>139</sup> Es verwies auf die Rechtsprechung des *BVerfG*, wonach die Gesetzesmaterialien nur insoweit berücksichtigt werden sollten, als sie auf einen objektiven Gesetzesinhalt schließen lassen.<sup>140</sup> Mit dieser Rechtsprechung wollte das *BVerfG* sich allerdings nur abermals von einer subjektiven Auslegung distanzieren, nach der sich der Gesetzesinhalt allein aus den Materialien entnehmen lässt.<sup>141</sup> Auch an dieser Stelle wiederholte das *BVerfG* allerdings, dass der Wille der Gesetzgebers aber soweit zu berücksichtigen ist, wie er im Text Niederschlag gefunden hat.<sup>142</sup>

Der Wille des Gesetzgebers, ein zeitlich uneingeschränktes Anschlussverbot zu schaffen, hat im Text Niederschlag gefunden. Weder aus dem Wortlaut des § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG noch aus dem Vergleich mit zusammenhängenden Vorschriften lassen sich Anhaltspunkte entnehmen, die für eine zeitliche Einschränkung des Anschlussverbotes sprechen. Wenn man dem Willen des Gesetzgebers bei der Auslegung berücksichtigt, ergibt sich eindeutig, dass die Norm ohne zeitliche Einschränkung zu verstehen ist. Er schuf eine Regelung, die entsprechend seinem Willen für alle zurückliegenden Arbeitsverhältnisse gelten sollte. Die Gesetzesbindung gebietet daher, sie nicht auf andere Weise auszulegen. Zutreffend führt das *BVerfG* aus, die fachgerichtliche Auslegung könne nicht beiseiteschieben, dass ein zeitlich eingeschränktes Anschlussverbot gerade keine Mehrheit im Gesetzgebungsverfahren gefunden hat.<sup>143</sup>

#### 4. Berücksichtigung weiterer Auslegungskriterien

Auch wenn man Sinn und Zweck der Norm und das Verfassungsrecht berücksichtigt, kann sich daraus nichts anderes ergeben.

##### a) *Sinn und Zweck*

Das *BAG* führte in seiner Rechtsprechung aus dem Jahr 2011 aus, der Normzweck des § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG, Kettenbefristungen zu verhindern, rechtfertige kein lebenslanges Anschlussverbot; ein solches wäre

---

<sup>139</sup> *BAG*, AP TzBfG § 14 Nr. 82, Rn. 19.

<sup>140</sup> *Ebd.* mit Verweis auf BVerfGE 62, 1 (45).

<sup>141</sup> BVerfGE 62, 1 (45).

<sup>142</sup> *Ebd.*

<sup>143</sup> *BVerfG*, AP TzBfG § 14 Nr. 170, Rn. 87.

überschießend.<sup>144</sup> Ferner würde es dem mit der grundsätzlichen Ermöglichung sachgrundloser Befristungen verfolgten Zweck zuwiderlaufen.<sup>145</sup>

Derartige Erwägungen sind hier allerdings unzulässig: Das BAG gibt vor, mit seiner Rechtsprechung dem vom Gesetzgeber verfolgten Normzweck Rechnung zu tragen, setzt sich dabei aber über den erklärten Willen des Gesetzgebers bezüglich des konkreten Inhalts der Regelung hinweg.<sup>146</sup> Eine Abkehr von den Gesetzesmaterialien als Hilfsmittel zur Auslegung wäre nur konsequent vollzogen, wenn auch der Sinn und Zweck der Norm unabhängig von der gesetzgeberischen Vorstellung bestimmt worden wäre.<sup>147</sup> Wie bereits dargelegt ist eine vollständige Abkehr von den Materialien allerdings nicht zulässig.<sup>148</sup>

Die teleologische Auslegung dient dazu, die mutmaßliche gesetzgeberische Wertentscheidung zu ermitteln und so die Bedeutung einer Norm feststellen zu können.<sup>149</sup> Im Fall des § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG bestehen allerdings keine Zweifel an der Wertentscheidung des Gesetzgebers, erleichterte sachgrundlose Befristungen mit derselben Arbeitgeberin oder demselben Arbeitgeber nur einmal zu gestatten. Die sprachliche Unklarheit der Norm kann hier schon durch die Betrachtung des Willens des Gesetzgebers beseitigt werden, sodass es keines Rückgriffes auf teleologische Erwägungen bedarf.<sup>150</sup> Dem Gesetzgeber bleibt es unbenommen, eine einseitige Regelung zu schaffen, um einen von ihm als vorrangig betrachteten Zweck zu fördern.<sup>151</sup> Ob dies verfassungsrechtlichen Bedenken begegnet, ist keine Frage der teleologischen Auslegung.

#### *b) Verfassungsrechtliche Erwägungen*

Das BAG begründet seine Entscheidung aus dem Jahr 2011 mit einer *verfassungsorientierten* Auslegung.<sup>152</sup> Als das BAG seine Rechtsprechung im gleichen Jahr bestätigte, nahm es die Kritik aus dem Schrifttum zum Anlass, festzustellen, dass ein eingeschränktes Verständnis der Norm auch nach dem Grundsatz der

---

<sup>144</sup> BAG, AP TzBfG § 14 Nr. 82, Rn. 20 ff.

<sup>145</sup> *Ebd.*, Rn. 25. Zum verfolgten Zweck siehe oben **B. III.**

<sup>146</sup> *Wedel*, Anmerkung zu *LAG Baden-Württemberg*, Urt. v. 26.9.2013 – 6 Sa 28/13, AuR 2014, 31; vgl. auch *Höpfner*, Gesetzesbindung und verfassungskonforme Auslegung im Arbeits- und Verfassungsrecht, RdA 2018, 321 (327).

<sup>147</sup> Vgl. *Wank* (Fn. 91), S. 71.

<sup>148</sup> Siehe oben **D. II. 3. a).**

<sup>149</sup> *Looschelders/Roth* (Fn. 84), S. 160 f.

<sup>150</sup> Vgl. *Bydlinski* (Fn. 84), S. 557, 565.

<sup>151</sup> *Larenz/Canaris* (Fn. 84), S. 154.

<sup>152</sup> BAG, AP TzBfG § 14 Nr. 82, Rn. 27, 34.

möglichst *verfassungskonformen* Auslegung geboten sei.<sup>153</sup> Auch das *BVerfG* hält eine solche für geboten, um das Anschlussverbot in unzumutbaren Fällen nicht gelten zu lassen.<sup>154</sup>

Mit der verfassungsorientierten Auslegung werden die Grundentscheidungen der Verfassung bei der Interpretation des einfachen Rechts berücksichtigt.<sup>155</sup> Insbesondere ist die Ausstrahlungswirkung von Grundrechten bei unbestimmten Rechtsbegriffen, Ermessensspielräumen und Generalklauseln zu berücksichtigen.<sup>156</sup> In der Norm des § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG liegt keiner dieser Fälle vor. Eine Vorrangregel, die ein bestimmtes Auslegungsergebnis zwingend vorgibt, ist die verfassungsorientierte Auslegung nicht.<sup>157</sup>

Als verfassungskonforme Auslegung wird der Grundsatz bezeichnet, nachdem bei mehreren möglichen Auslegungsergebnissen dasjenige zu wählen ist, das mit dem GG vereinbar ist.<sup>158</sup> Die verfassungskonforme Auslegung setzt allerdings voraus, dass eine Norm mehrdeutig ist und darf nicht dazu führen, dass verfassungswidrige Vorschriften „umgebogen werden“.<sup>159</sup> Dem eindeutig zum Ausdruck gekommenen Willen des Gesetzgebers darf nicht zuwidergelaufen werden.<sup>160</sup> Der Gesetzgeber hat seinen Willen, ein zeitlich unbeschränktes Anschlussverbot zu schaffen, mit der Regelung des § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG umgesetzt. Sie ist in dieser Hinsicht nicht mehrdeutig, sodass eine

---

<sup>153</sup> *BAG*, AP TzBfG § 14 Nr. 86, Rn. 28.

<sup>154</sup> *BVerfG*, AP TzBfG § 14 Nr. 170, Rn. 63.

<sup>155</sup> *Höpfner* (Fn. 76), S. 179 f.; *Vosskuhle*, Theorie und Praxis der verfassungskonformen Auslegung von Gesetzen durch Fachgerichte, AöR 125 (2000), 177 (180); vgl. auch *Möllers* (Fn. 113), § 11 Rn. 39 ff.

<sup>156</sup> *Höpfner* (Fn. 76), S. 179; *Vosskuhle* (Fn. 155), S. 180.

<sup>157</sup> *Canaris*, Die verfassungskonforme Auslegung und Rechtsfortbildung im System der juristischen Methodenlehre, in: FS Kramer, 204, S. 141 (146); *Möllers* (Fn. 113), § 11 Rn. 40 f.

<sup>158</sup> *BVerfGE* 35, 263 (280); *Bydlinski* (Fn. 84), S. 455 f.; *Larenz/Canaris* (Fn. 84), S. 159 f.; *Rüthers/Fischer/Birk* (Fn. 74), Rn. 763; *Schwacke* (Fn. 91), S. 118 f. Die Terminologie ist nicht einheitlich, teilweise wird letzteres auch als verfassungsorientierte Auslegung bezeichnet und der Begriff „verfassungskonforme Auslegung“ für Fälle der Rechtsfortbildung genutzt, so etwa *Wank*, Die verfassungsgerichtliche Kontrolle der Gesetzesauslegung und Rechtsfortbildung durch die Fachgerichte, JuS 1980, 545 (547 f.); *Wank*, Sachgrundlose Befristung – „Zuvor-Beschäftigung“, RdA 2012, 361 (362).

<sup>159</sup> *Rüthers/Fischer/Birk* (Fn. 74), Rn. 763 f.

<sup>160</sup> *BVerfGE* 67, 382 (390); 110, 226 (267).

verfassungskonforme Auslegung ausscheidet.<sup>161</sup> Ob die Norm verfassungswidrig ist, steht auf einem anderen Blatt.<sup>162</sup>

Ein Spielraum für eine zeitlich eingeschränkte Auslegung besteht daher insgesamt auch unter Berücksichtigung des Verfassungsrechts nicht.

### 5. Ergebnis der Auslegung

§ 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG ist dahingehend auszulegen, dass jedes vorherige Arbeitsverhältnis, unabhängig davon, wie lange es zurückliegt, eine sachgrundlose Befristung mit demselben Arbeitgeber oder derselben Arbeitgeberin ausschließt.<sup>163</sup>

Das BAG nahm in seiner Entscheidung aus dem Jahr 2011 zwei Schritte vor. Zunächst stellte es fest, dass eine Auslegung ein zeitlich eingeschränktes Verständnis ergibt; in einem zweiten Schritt konkretisierte es im Wege der Rechtsfortbildung diese zeitliche Einschränkung.<sup>164</sup> Schon der erste Schritt des BAG ist allerdings unzulässig, da ein derartiges Verständnis historische Gesichtspunkte bei der Auslegung nicht hinreichend berücksichtigt. Gleiches gilt für die nach dem BVerfG gebotene verfassungskonforme Auslegung.

### III. Zulässigkeit einer Rechtsfortbildung

Unabhängig von der durch die Gerichte verwendeten Terminologie wird im Folgenden untersucht, ob sich ihre Ergebnisse – also die nur eingeschränkte Anwendbarkeit des § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG – nach den Grundsätzen der Rechtsfortbildung begründen lassen. Über die Grenzen der Auslegung hinaus kann das Recht durch die Gerichte fortgebildet werden, wenn es eine Lücke aufweist.<sup>165</sup> Die Aufgabe und Befugnis zur Rechtsfortbildung ist in dem beschleunigten Wandel gesellschaftlicher Verhältnisse, den begrenzten Reaktionsmöglichkeiten des Gesetzgebers sowie in der offenen Formulierung

---

<sup>161</sup> Höpfner (Fn. 146), S. 331; Lembke/Tegel, Neues zum Vorbeschäftigungsverbot des Befristungsrechts, NZA 2019, 1029 (1032).

<sup>162</sup> Siehe dazu unten E.

<sup>163</sup> Backhaus, in: Ascheid/Preis/Schmidt (Fn. 4), § 14 TzBfG Rn. 381g; Dörner (Fn. 7), Rn. 530; Höpfner (Fn. 11), S. 898; Schlachter, in: Laux/Schlachter (Fn. 34), § 14 Rn. 112; Stoye (Fn. 25), S. 207; Wank, Sachgrundlose Befristung – „Zuvor-Beschäftigung“, RdA 2012, 361 (363).

<sup>164</sup> BAG, AP TzBfG § 14 Nr. 82, Rn. 39; Linsenmaier, Zur Methodik der Rechtsfindung – warum in § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG „bereits zuvor“ nicht „jemals zuvor“ bedeutet, in: FS Bepler, 2012, S. 373 (388).

<sup>165</sup> BVerfGE 34, 269 (287 f.); Schwacke (Fn. 91), S. 121; Wank (Fn. 91), S. 83 f.

zahlreicher Normen begründet.<sup>166</sup> Es kommt für die Zulässigkeit der Rechtsfortbildung darauf an, ob im Verhältnis zum Gesetzgeber das Gericht für die Entscheidung zuständig war.<sup>167</sup> Häufig anzutreffende Formen der Rechtsfortbildung sind die Analogie und die teleologische Reduktion.<sup>168</sup>

### 1. Begriff der Lücke und verfassungsrechtliche Grenzen

Der Begriff der Lücke meint eine planwidrige Unvollständigkeit des Rechts.<sup>169</sup> Es lassen sich verschiedene Arten von Lücken unterscheiden, bei denen eine Rechtsfortbildung in Betracht kommt.

Es kann bewusste Lücken geben, wenn der Gesetzgeber keine Regelung trifft, um der Rechtsprechung die Regelung zu überlassen.<sup>170</sup> In diesem Fall ist eine Rechtsfortbildung erkennbar erlaubt.<sup>171</sup> Dem gegenüber liegt eine unbewusste Lücke vor, wenn der Gesetzgeber eine regelungsbedürftige Rechtsfrage übersehen hat.<sup>172</sup> In diesem Fall bedarf die Rechtsfortbildung einer besonderen Begründung.<sup>173</sup>

Immer unzulässig ist die Rechtsfortbildung *contra legem*, die sich gegen die Wertungen des Gesetzes stellt.<sup>174</sup> Eine solche liegt vor, wenn Richter ihre eigenen materiellen Gerechtigkeitsvorstellungen an die Stelle derjenigen des Gesetzgebers setzen.<sup>175</sup> Eindeutige Entscheidungen des Gesetzgebers sind hinzunehmen und nicht aufgrund rechtspolitischer Erwägungen durch judikative Lösungen zu ersetzen.<sup>176</sup> Zur Feststellung der Grundkonzeption des Gesetzes sind nicht nur der Gesetzeswortlaut, sondern auch die Gesetzesmaterialien und die Entstehungsgeschichte zu berücksichtigen.<sup>177</sup> Nur so kann bei sprachlichen

---

<sup>166</sup> BVerfGE 96, 375 (394); 128, 193 (210).

<sup>167</sup> *Wank*, Die verfassungsgerichtliche Kontrolle der Gesetzesauslegung und Rechtsfortbildung durch die Fachgerichte, JuS 1980, 545 (551).

<sup>168</sup> Vgl. *Meier/Jocham*, Rechtsfortbildung – Methodischer Balanceakt zwischen Gewaltenteilung und materieller Gerechtigkeit, JuS 2016, 392 (394); *Möllers* (Fn. 113), § 6 Rn. 81.

<sup>169</sup> *Canaris*, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, 1983, S. 39; *Möllers* (Fn. 113), § 6 Rn. 101.

<sup>170</sup> *Rüthers/Fischer/Birk* (Fn. 74), Rn. 851; *Wank* (Fn. 91), S. 84.

<sup>171</sup> *Wank* (Fn. 91), S. 84; vgl. auch BVerfGE 128, 193 (210) („vom Gesetzgeber [...] ausdrücklich [...] gebilligt“).

<sup>172</sup> *Canaris* (Fn. 169), S. 134 f.; *Rüthers/Fischer/Birk* (Fn. 74), Rn. 852.

<sup>173</sup> Vgl. *Möllers* (Fn. 113), § 13 Rn. 85.

<sup>174</sup> *Meier/Jocham* (Fn. 168), S. 394; *Möllers* (Fn. 113), § 13 Rn. 23.

<sup>175</sup> BVerfGE 128, 193 (210); *BVerfG*, AP TzBfG § 14 Nr. 170, Rn. 73.

<sup>176</sup> BVerfGE 82, 6 (12).

<sup>177</sup> BVerfGE 133, 168, Rn. 66; *BVerfG*, AP TzBfG § 14 Nr. 170, Rn. 74.

Unklarheiten dem demokratisch legitimierten Gesetzgeber ermöglicht werden, sein Regelungsanliegen gegenüber der Rechtsprechung durchzusetzen.<sup>178</sup>

## 2. Vorliegen einer Lücke und Grundentscheidung des Gesetzgebers im Fall des Anschlussverbotes

Der Gesetzgeber hat sich, wie gezeigt, bewusst für ein zeitlich uneingeschränktes Anschlussverbot entschieden. Er hat seinen Willen auch normtextlich umgesetzt, sodass von einer planwidrigen Unvollständigkeit schon nicht die Rede sein kann.

Gesetze werden durch das im GG vorgeschriebene Verfahren demokratisch legitimiert – Gerichten ist es nicht gestattet, eine in diesem Verfahren nicht erreichbare gesetzliche Regelung durch ihre Judikatur zu verwirklichen.<sup>179</sup> Ebendas hat das *BAG* – und auch das *BVerfG* – allerdings getan: Vorschläge einer zeitlich eingeschränkten Regelung wurden im Parlament eingebracht, konnten sich aber nicht durchsetzen.<sup>180</sup> Der Gesetzgeber hat damit die Grundentscheidung getroffen, sachgrundlose Befristungen bei jeder noch so weit zurückliegenden Vorbeschäftigung auszuschließen. Das *BAG* führte in seiner Entscheidung im Jahr 2011 aus, das Interesse an einer praktikablen Regelung spreche gegen ein zeitlich unbeschränktes Verständnis der Vorschrift.<sup>181</sup> Das zeigt, dass es sich von rechtspolitischen Erwägungen leiten ließ und ist als Ersatzgesetzgeber tätig wurde.<sup>182</sup> Der Grundentscheidung des Gesetzgebers wird dabei widersprochen.

Es bleibt die Frage, ob gleichwohl eine zulässige Rechtsfortbildung vorläge, wenn die Norm, wie sie erlassen wurde, also mit zeitlich uneingeschränkter Geltung, verfassungswidrig wäre. Auch die Beseitigung eines Verfassungsverstoßes im Wege der Rechtsfortbildung setzt jedoch voraus, dass die Korrektur nicht der gesetzgeberischen Wertentscheidung widerspricht.<sup>183</sup> Verfassungsrechtliche Erwägungen können nicht dazu führen, dass die Rechtsfortbildung in weiterem Umfang als sonst zulässig ist. Sie können nur zu einem anderen Ergebnis führen, wenn verschiedene Rechtsfortbildungen möglich und zulässig sind.<sup>184</sup> Würde man eine solche Grenze nicht anerkennen, könnte jedes verfassungswidrige

---

<sup>178</sup> Vgl. BVerfGE 133, 168, Rn. 66; 122, 248 (284 – abw. M.).

<sup>179</sup> *Ipsen*, Richterrecht und Verfassung, 1975, S. 236.

<sup>180</sup> Siehe oben **D. II. 3. c) aa).**

<sup>181</sup> *BAG*, AP TzBfG § 14 Nr. 82, Rn. 26.

<sup>182</sup> Vgl. *Frieling*, Anmerkung zu *BAG*, Urt. v. 6.4.2011 – 7 AZR 716/09, EzA TzBfG § 14 Nr. 77 (unter II. 1. c)) mit dem Hinweis, dem Gesetzgeber stehe es auch zu, unpraktikables Recht zu schaffen.

<sup>183</sup> *Loosbelders/Roth* (Fn. 84), S. 242.

<sup>184</sup> *Koch/Rüßmann* (Fn. 136), S. 267.

Gesetz auf seinen verfassungskonformen Inhalt reduziert werden. Betroffene Normen würden dann einen Inhalt haben, der in dieser Form nie vom demokratisch legitimierten Gesetzgeber beschlossen wurde. Richtigerweise muss der Gesetzgeber bei verfassungswidrigen Normen aber angehalten sein, eine erneute, mit der Verfassung in Einklang stehende, Wertentscheidung zu treffen, wenn er sein Regelungsanliegen verwirklichen will. Teilweise wird vertreten, bei besonders offensichtlichen Grundrechtsverletzungen könne eine verfassungskonforme Rechtsfortbildung auch gegen den Willen des Gesetzgebers zulässig sein,<sup>185</sup> eine solche ist mit § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG jedoch nicht gegeben.

Aus dem Unionsrecht kann sich nichts anderes ergeben: Das TzBfG dient der Umsetzung der Befristungs-Richtlinie, sodass nach Art. 51 Abs. 1 GRC die Unionsgrundrechte Anwendung finden.<sup>186</sup> Auch eine unionsrechtskonforme Rechtsfortbildung könnte allerdings nicht über die Grenzen der nationalen Methodenlehre hinausgehen.<sup>187</sup>

§ 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG lässt nach alledem die Möglichkeit einer Rechtsfortbildung nicht zu.<sup>188</sup>

### 3. Hypothetische Betrachtung der Art und Weise der Rechtsfortbildung

Hypothetischer Natur ist die Frage, wie die Lückenschließung vollzogen werden könnte, wenn eine Rechtsfortbildung zulässig wäre. Zu betonen ist, dass es bei der Rechtsfortbildung nicht um Rechtsfindung geht.<sup>189</sup> Man kann dagegen von „Rechtssetzung“<sup>190</sup> durch die Gerichte oder einem „Akt schöpferischer Erkenntnis“<sup>191</sup> sprechen. Richter haben dafür die Lücken in möglichst enger Anlehnung an das geltende Recht und an die Vorschriften der Verfassung zu

---

<sup>185</sup> Möllers (Fn. 113), § 1 Rn. 71 ff.

<sup>186</sup> Greiner (Fn. 100), S. 360.

<sup>187</sup> EuGH, Urt. v. 24.1.2012, C-282/10. *Dominguez* ./.. *Centre informatique*, Rn. 25; Urt. v. 5.9.2012, C-42/11 *Lopes Da Silva Jorge*, Rn. 55 f.; *Gsell*, Zivilrechtsanwendung im Europäischen Mehrebenensystem, AcP 214 (2014), 99 (136 ff.); vgl. auch BGHZ 179, 27, Rn. 21 f.; zum konkreten Fall des Anschlussverbotes *BAG*, AP TzBfG § 14 Nr. 175, Rn. 34.

<sup>188</sup> Ebenso *Krause*, Sachgrundlose Befristung – Vorbeschäftigungsverbot – Rechtsprechungsänderung, JA 2012, 468 (469); *Preis*, Unvollkommenes Gesetz und methodengerechte Rechtsfindung im Arbeitsrecht, in: FS Wank, 2014, S. 413 (419); für eine Rechtsfortbildung *Persch* (Fn. 2), S. 340 ff.; *Wank* (Fn. 163), S. 364 f.

<sup>189</sup> *Hilger*, Überlegungen zum Richterrecht, in: FS Larenz, 1973, S. 109 (113); *Rüthers/Fischer/Birk* (Fn. 74), Rn. 883.

<sup>190</sup> *Rüthers/Fischer/Birk* (Fn. 74), Rn. 883.

<sup>191</sup> *Larenz/Canaris* (Fn. 84), S. 222.



schließen.<sup>192</sup> Die Wertungen des Gesetzes sind also zu berücksichtigen und so die Kompetenzverteilung zwischen Legislative und Exekutive zu wahren.<sup>193</sup>

Unter der Prämisse, dass die Grundentscheidung des Gesetzgebers im Fall des § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG einer Rechtsfortbildung nicht entgegenstünde, wäre eine teleologische Reduktion auf verschiedene Art und Weise denkbar. Das fortbildende Gericht könnte einen hinreichenden zeitlichen Zusammenhang mit dem vorherigen Arbeitsverhältnis verlangen. Dafür könnte es einen unbestimmten Rechtsbegriff verwenden, beispielsweise könnte es entscheiden, dass bei „lange“ zurückliegenden Arbeitsverhältnissen § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG unangewendet bleibt.<sup>194</sup> Es könnte auch, wie das *BAG* in seiner Entscheidung aus dem Jahr 2011, eine bestimmte Zeitspanne festsetzen. Eine weitere Möglichkeit ist, einen offeneren Rechtsbegriff, der nicht nur auf den zeitlichen Zusammenhang abstellt, heranzuziehen. Das *BVerfG* verlangte eine Prüfung der Zumutbarkeit, die eine Abwägung im Einzelfall erfordert.<sup>195</sup>

Das *BAG* wählte bei seiner Entscheidung im Jahr 2011 eine Grenze von drei Jahren, nach denen Arbeitsverhältnisse nicht mehr berücksichtigt werden sollen. Zwar wurde diese unter anderem damit begründet, dass der Gesetzgeber mit der regelmäßigen Verjährungsfrist in § 195 BGB bestimmt habe, dass ein Schuldner aus einem Lebenssachverhalt, der mindestens so lange zurückliegt, nicht mehr in Anspruch genommen werden kann. Dieser Zeitraum wurde aber nicht etwa im Wege einer Analogie auf das Anschlussverbot übertragen. Das *BAG* betonte sogar, dass es sich bei mehreren in Betracht kommenden Lösungen für diesen Zeitraum entschieden habe. In die Entscheidung eingeflossen seien auch andere Gesichtspunkte wie der Gedanke des Vertrauensschutzes. Zudem sei die genaue Festlegung eines zeitlichen Abstands aus Gründen der Rechtssicherheit vorzugswürdig.<sup>196</sup>

Mit dieser genauen Bestimmung eines Zeitraumes schuf das Gericht eine generelle Regelung, statt nur einen Einzelfall zu entscheiden.<sup>197</sup> Diese Art von schöpferischer Tätigkeit der Gerichte wird im Schrifttum als „Richtlinien-

---

<sup>192</sup> BVerfGE 56, 37 (51).

<sup>193</sup> *Wank*, Richterliche Rechtsfortbildung und Verfassungsrecht, ZGR 1988, 314 (338).

<sup>194</sup> Vgl. *Wank* (Fn. 163), S. 365.

<sup>195</sup> *Laber/Santon*, Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum Vorbeschäftigungsverbot, ArbRB 2018, 349 (352); *Wank*, Anmerkung zu *BVerfG*, Beschl. v. 6.6.2018 – 1 BvL 7/14, 1 BvR 1375/14, AP TzBfG § 14 Nr. 170 (unter IV. 2., V.).

<sup>196</sup> Zum Ganzen *BAG*, AP TzBfG § 14 Nr. 82, Rn. 39.

<sup>197</sup> Vgl. *Larenz/Canaris* (Fn. 84), S. 260.

Rechtsprechung<sup>198</sup> oder als Festlegung „gegriffener Größen“<sup>199</sup> bezeichnet. Wenn Gerichte eigene Wertungen aufstellen, können sie diese nicht einfach mit dem Gesetz begründen, sondern müssen ihre eigenen Sachzielvorstellungen zugrunde legen; dies muss in der den Urteilsgründen zu erkennen gegeben werden.<sup>200</sup> Hinsichtlich dieser Erkennbarkeit ist die Entscheidung des BAG nicht zu kritisieren.

Gegen die Zulässigkeit der Festlegung gegriffener Größen durch Gerichte wird allerdings eingewandt, dass ihnen ein gewisses Maß an Willkür anhafte und Besonderheiten von Einzelfällen nicht mehr Rechnung getragen werden könne.<sup>201</sup> Wenn der Gesetzgeber keine detaillierte Regelung trifft, verlange die Gewaltenteilung, dass die Gerichte dies respektieren.<sup>202</sup> Diese Argumentation verfängt jedenfalls in Fällen wie diesem nicht: Wenn die Rechtsfortbildung zulässig ist, weil der Gesetzgeber gerade keine Regelung getroffen hat, dann ja ohnehin nur, wenn es dem Willen des Gesetzgebers nicht entgegensteht. Auf der Ebene des „Wie“ ist hinzunehmen, dass die Gerichte eine originäre Aufgabe des Gesetzgebers ausüben. Wenn dem Gesetz keine Wertungen entnommen werden können, haben Richter und Richterinnen keine andere Möglichkeit, als solche selbst aufzustellen.<sup>203</sup>

Nicht zu verkennen ist ferner, dass nach einer großen Anzahl von Einzelentscheidungen ohnehin auch eine gewisse Typisierung eintritt.<sup>204</sup> Wenn Gerichte gegriffene Größen festlegen, wird eine länger dauernde Rechtsunsicherheit vermieden.<sup>205</sup> Insbesondere im Arbeitsrecht gibt es eine Vielzahl von „Massentatbeständen“, die immer wieder Gegenstand gerichtlicher Verfahren sind, aber gleichzeitig existenzielle Bedeutung für die Betroffenen haben.<sup>206</sup> Die Gewährleistung von Rechtssicherheit ist durch das Rechtsstaatsprinzip geboten.<sup>207</sup> Daher kann die Rechtsfortbildung mittels

---

<sup>198</sup> Larenz, Der Richter als Gesetzgeber?, in: FS Henkel, 1974, S. 31 (36).

<sup>199</sup> Wannagat, Rechtsfortbildung durch die sozialgerichtliche Rechtsprechung, in: Rechtsfortbildung durch die sozialgerichtliche Rechtsprechung, Verhandlungen des Deutschen Sozialgerichtsverbandes, 1. Deutscher Sozialgerichtstag Kassel, 30. und 31. Mai 1972, 1973, S. 17 (24).

<sup>200</sup> Hilger (Fn. 189), S. 114 f.

<sup>201</sup> Larenz (Fn. 198), S. 36 f.; Meys, Rechtsfortbildung extra legem im Arbeitsrecht, 2019, S. 108.

<sup>202</sup> Larenz/Canaris (Fn. 84) S. 261.

<sup>203</sup> Hilger (Fn. 189), S. 113.

<sup>204</sup> Vgl. Larenz (Fn. 198), S. 37.

<sup>205</sup> Wank (Fn. 163), S. 365.

<sup>206</sup> Mit Beispielen Meys (Fn. 201), S. 109 f.

<sup>207</sup> BVerfGE 2, 380 (403); 7, 89 (92).

gegriffener Größen für den Fall, dass ein Gesetz eine Lücke aufweist, durchaus der vorzugswürdige Weg sein. Würde man eine Rechtsfortbildung für zulässig erachten, wäre dem *BAG* mithin nicht vorzuwerfen, dass es sich für die Festlegung der Drei-Jahres-Grenze entschieden hat. Ordnet man die Lösung des *BVerfG* als Rechtsfortbildung ein, greift sie weniger in die Grundkonzeption des Gesetzgebers ein, geht allerdings auch mit weniger Rechtssicherheit einher.<sup>208</sup>

#### IV. Schlussfolgerung und Methodenehrlichkeit

Das *BAG* legte die Norm des § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG in seiner im Jahr 2011 geänderten Rechtsprechung als unvollständig aus, um dann die vermeintliche Lücke im Wege der Rechtsfortbildung zu schließen.<sup>209</sup> Die Norm ist allerdings als lebenslanges Anschlussverbot zu verstehen und nicht lückenhaft. Die aus Art. 20 Abs. 3 GG folgenden Grenzen der Rechtsfortbildung hatte das *BAG* daher überschritten.<sup>210</sup> Aus Art. 2 Abs. 1 GG folgt i. V. m. Art. 20 Abs. 3 GG ein subjektives Recht des Einzelnen auf Beachtung dieser Grenzen,<sup>211</sup> welches mithin verletzt wurde. Das stellte das *BVerfG* zutreffend fest.<sup>212</sup> Allerdings ist

---

<sup>208</sup> Vgl. *Bayreuther* (Fn. 95), S. 908; *Laber/Santon* (Fn. 195), S. 352; *Lembke/Tegel* (Fn. 161), S. 1032.

<sup>209</sup> Kritisch zu dieser durch Auslegung geschaffenen Unvollständigkeit auch *Frieling* (Fn. 182), unter II. 2.

<sup>210</sup> So auch *Höpfner* (Fn. 11), S. 896; *Höpfner* (Fn. 146), S. 324; *Junker*, Europarechtliche und verfassungsrechtliche Fragen des deutschen Befristungsrechts, *EuZA* 2013, 3 (17); *Krause* (Fn. 188), 468 (469); *Lakies*, Verfassungswidrige Rechtsprechung zur Erleichterung der sachgrundlosen Befristung, *AuR* 2011, 190 (191 f.); *Lembke/Tegel* (Fn. 161), S. 1032; *Lipke*, in: *KR* (Fn. 4), § 14 TzBfG Rn. 570 f.; *Meinel*, in: *Meinel/Heyn/Herms*, 5. Aufl. 2015, § 14 Rn. 259; *Preis* (Fn. 188), S. 418 f.; *Preis*, in: *Staudinger*, 2016, § 620 Rn. 184; *Preis/Temming* (Fn. 21), Rn. 3290; *Sievers* (Fn. 36), § 14 Rn. 550; *Stenslik/Heine*, Sachgrundlose Befristung trotz Vorbeschäftigung?, *DStR* 2011, 2202 (2205); *Wedel* (Fn. 146); *Wendeling-Schröder*, Neue Elemente im Befristungsrecht, *AuR* 2012, 92 (93); *Wróblewski*, in: *Däubler/Deinert/Zwanziger* (Fn. 34), § 14 TzBfG Rn. 193; der Entscheidung des *BAG* zumindest i. E. zustimmend *Lönisch*, Die „Zuvor“-Regelung des § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG in neuer Sicht des BAG, *SAE* 2012, 31 (33 f.); *Müller-Glöge*, in: *Erfurter Kommentar zum ArbR* (Fn. 97), § 14 TzBfG Rn. 99; *Persch*, Kehrtwende in der BAG-Rechtsprechung zum Vorbeschäftigungsverbot bei sachgrundloser Befristung nach § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG, *ZfTR* 2011, 404 (405 f.); *Sprenger*, Sachgrundlose Befristung nach der „verjährten“ Zuvor-Beschäftigung, *BB* 2012, 447 (449 ff.); *Wank* (Fn. 163), S. 363 ff.

<sup>211</sup> *BVerfGE* 128, 193 (209); 132, 99, Rn. 73.

<sup>212</sup> *BVerfG*, AP TzBfG § 14 Nr. 170, Rn. 89.

ihm der gleiche Vorwurf zu machen.<sup>213</sup> Für die vorgenommene verfassungskonforme Auslegung war kein Raum und auch auf eine Rechtsfortbildung lässt sich sein Ergebnis nicht stützen.

Das *BVerfG* zeigte auf, dass in der Norm die gesetzgeberische Grundentscheidung zum Ausdruck kommt, dass nur bei der erstmaligen Einstellung eine sachgrundlose Befristung zulässig ist und das Anschlussverbot zeitlich uneingeschränkt gilt. Deshalb sei eine anderweitige Auslegung ausgeschlossen. Eine Rechtsfortbildung dahingehend, dass das Anschlussverbot bei über drei Jahre zurückliegenden Arbeitsverhältnissen nicht gilt, sei ebenfalls unzulässig.<sup>214</sup> Nicht überzeugend verlangt das *BVerfG* gleichwohl, dass die Fachgerichte eine „verfassungskonforme Auslegung“ vornehmen, um in Fällen der Unzumutbarkeit den Anwendungsbereich der Norm einzuschränken.<sup>215</sup> Dabei entspricht es der Rechtsprechung des *BVerfG*, dass die verfassungskonforme Auslegung ihre Grenzen bei den anerkannten Auslegungsmethoden findet.<sup>216</sup>

Nur durch eine einheitliche und offengelegte Methodenanwendung in Gerichtsentscheidungen sind diese transparent und nachprüfbar.<sup>217</sup> Zu dieser *Methodenehrlichkeit* gehört es, die hinter einer Entscheidung stehenden Überlegungen nicht hinter „methodischen Kniffen“ zu verstecken, sondern Rechenschaft über den eingeschlagenen methodischen Weg abzulegen.<sup>218</sup> Die Methodenanwendung des *BAG* überzeugt zwar nicht, wird dem Anspruch der Methodenehrlichkeit allerdings gerecht. Der Vorwurf, es grenze nicht klar zwischen Auslegung und Rechtsfortbildung ab,<sup>219</sup> ist nicht berechtigt: Es legt die Norm als zeitlich eingeschränktes Anschlussverbot aus. Daher muss es im Anschluss rechtsfortbildend tätig werden, um die fehlende Konkretisierung dieser zeitlichen Einschränkung vorzunehmen.<sup>220</sup> Das *BVerfG* hingegen wendet

---

<sup>213</sup> Vgl. *Bender/Denzen*, Das befristungsrechtliche Vorbeschäftigungsverbot: Verfassungskonforme Einzelfallbetrachtung statt zeitlicher Festgrenze, SAE 2019, 118 (121); *Rech*, Die Rechtsprechung zur Vorbeschäftigung bei sachgrundloser Befristung – ein Beitrag zur Bestimmung der Grenzen des Richterrechts?, RdA 2020, 31 (35); *Wank* (Fn. 195), unter IV. 3.

<sup>214</sup> Zum Ganzen *BVerfG*, AP TzBfG § 14 Nr. 170, Rn. 76 ff.

<sup>215</sup> *Ebd.*, Rn. 63.

<sup>216</sup> *BVerfG*, NJW 2011, 1931, Rn. 160; NJW 2018, 1935, Rn. 150.

<sup>217</sup> *Höpfner*, Arbeitsrecht und Methode? – Kölner Konferenz am 1. und 2. 10. 2010, NZA-Beil. 2011, 97 (98); *Rudnik* (Fn. 28), S. 32.

<sup>218</sup> *Preis* (Fn. 188), S. 415; vgl. auch *Deckert* (Fn. 99), S. 230; *Möllers* (Fn. 113), § 1 Rn. 36.

<sup>219</sup> Diesen erheben etwa *Höpfner* (Fn. 11), S. 897, Fn. 61; *Wank* (Fn. 163), S. 361.

<sup>220</sup> *Linsenmaier* (Fn. 164), S. 388.

die Methoden nicht ehrlich an, wenn es die Norm erst als keiner anderweitigen Auslegung zugänglich darstellt und dann doch eine solche vornimmt. Will man dem *BVerfG* keine Widersprüchlichkeit vorwerfen, ist sein Ergebnis nur so zu verstehen, dass eine Rechtsfortbildung (nicht: Auslegung) zwar stattfinden müsse, die Drei-Jahres-Lösung des *BAG* allerdings eine unzulässige Art und Weise der Rechtsfortbildung sei.<sup>221</sup> Dies brachte das *BVerfG* aber jedenfalls nicht in hinreichender Klarheit zum Ausdruck.<sup>222</sup>

### E. Verfassungsmäßigkeit des Anschlussverbotes

Nachdem § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG weder eine zeitlich eingeschränkte Auslegung noch eine Rechtsfortbildung zulässt, stellt sich die Frage, ob sie ohne Einschränkungen verfassungsmäßig ist. Das *BAG* und das *BVerfG* machten deutlich, dass sie das Anschlussverbot nur für verfassungsmäßig halten, wenn es mit einer zeitlichen Einschränkung angewandt wird.<sup>223</sup> Folgt man dieser Auffassung, ist die Norm, da sie keiner Einschränkung zugänglich ist, verfassungswidrig.

### I. Vereinbarkeit mit Art. 12 Abs. 1 GG

Zunächst wirft die Regelung Bedenken hinsichtlich der Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG auf.

#### 1. Eingriff in den Schutzbereich

Die Berufswahl und -ausübung sind untrennbar miteinander verbunden und fallen daher unter das einheitliche Grundrecht der Berufsfreiheit.<sup>224</sup> Die freie Wahl des Arbeitsplatzes ist betroffen, wenn der Einzelne am Erwerb eines verfügbaren Arbeitsplatzes gehindert oder zur Annahme, Beibehaltung oder Aufgabe eines Arbeitsplatzes gezwungen wird.<sup>225</sup> Im beruflichen Bereich wird die Vertragsfreiheit durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützt.<sup>226</sup>

---

<sup>221</sup> Vgl. *Rech* (Fn. 213), S. 35 f.; *Wank* (Fn. 195), unter IV. 2., IV. 3.

<sup>222</sup> Für inkonsequent halten die Rechtsprechung des *BVerfG* auch *Bayreuther* (Fn. 95), S. 908; *Höpfner* (Fn. 146), S. 332; *Lembke/Tegel* (Fn. 161), S. 1032; *Rech* (Fn. 213), S. 35 f.; *Wank* (Fn. 195), unter IV. 2.

<sup>223</sup> Vgl. *BVerfG* AP TzBfG § 14 Nr. 170, Rn. 62 f.; *BAG*, AP TzBfG § 14 Nr. 82, Rn. 38. Noch deutlicher *BAG*, AP TzBfG § 14 Nr. 86, Rn. 28.

<sup>224</sup> *BVerfGE* 7, 377 (401 ff.); 95, 193 (214).

<sup>225</sup> *BVerfG*, AP Einigungsvertrag Art. 31 Nr. 1 (unter C. III. 1. a) der Gründe); AP KSchG 1969 § 23 Nr. 17 (unter B. I. 1. der Gründe); vgl. auch *Schmidt*, in: Erfurter Kommentar zum ArbR (Fn. 36), Art. 12 GG Rn. 11.

<sup>226</sup> *BVerfG*, AP GG Art. 9 Nr. 129 (unter C. II. 2. a) aa) der Gründe); AP GG Art. 12 Nr. 146, Rn. 69 f.

Eine Regelung wie § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG, die bei Vorliegen ihrer Voraussetzungen den Abschluss eines befristeten Arbeitsvertrages ohne Sachgrund untersagt, ist demzufolge ein Eingriff in den Schutzbereich der Berufswahlfreiheit von Arbeitssuchenden, sowie in die Arbeitsvertragsfreiheit der beiden Arbeitsvertragsparteien.<sup>227</sup>

## 2. Rechtfertigung

Der einfache Gesetzesvorbehalt des Art. 12 Abs. 1 S. 2 gilt für Berufswahl und -ausübung.<sup>228</sup> Das Gesetz muss materiell verfassungsgemäß, also insbesondere verhältnismäßig sein. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit setzt voraus, dass das eingesetzte Mittel zur Verfolgung eines legitimen Zwecks geeignet, erforderlich und angemessen ist.<sup>229</sup>

### a) Legitimer Zweck

Es können auch Gesichtspunkte berücksichtigt werden, die in der Gesetzesbegründung keinen Niederschlag gefunden haben;<sup>230</sup> der Zweck ist also objektiv zu bestimmen.<sup>231</sup>

Zum einen dient die Beschränkung sachgrundloser Befristungen dazu, Kettenbefristungen zu verhindern.<sup>232</sup> Zum anderen bezweckt die Regelung die unbefristete Dauerbeschäftigung, die für Arbeitnehmerinnen und -nehmer mit mehr Sicherheit verbunden ist, als Regelbeschäftigungsform zu sichern.<sup>233</sup> Die Beschäftigungsförderung ist Teil des gemäß Art. 20 Abs. 1, 28 Abs. 1 GG verfassungsrechtlich gewährleisteten Sozialstaatsprinzips.<sup>234</sup>

### b) Geeignetheit

Durch die Einschränkung der Fälle, in denen Arbeitsverhältnisse befristet werden können, werden Kettenbefristungen unterbunden und die

---

<sup>227</sup> Vgl. *BVerfG*, AP TzBfG § 14 Nr. 170, Rn. 39; *BAG*, AP TzBfG § 14 Nr. 82, Rn. 31.

<sup>228</sup> *BVerfGE* 7, 377 (403).

<sup>229</sup> Jeweils m. w. N. *Dreier*, in: *Dreier*, Band I, 3. Aufl. 2013, Vorb. zu Art. 1 Rn. 146; *Grzeszick*, in: *Maunz/Dürig*, 89. EL 2019, Art. 20 VII. Rn. 110.

<sup>230</sup> *BVerfG*, NJW 1998, 1776 (1777).

<sup>231</sup> Eingehend *Cremer*, Rechtfertigung legislativer Eingriffe in Grundrechte des Grundgesetzes und Grundfreiheiten des EG-Vertrags nach Maßgabe objektiver Zwecke, *NVwZ* 2004, 668 (670 ff.).

<sup>232</sup> *BT-Drucks.* 14/4374, S. 1, 14, 19 f.

<sup>233</sup> *BVerfG*, AP TzBfG § 14 Nr. 170, Rn. 48 ff. Vgl. *BT-Drucks.* 14/4374, S. 1, 12.

<sup>234</sup> *BVerfG*, AP GG Art. 9 Nr. 129 (unter C. II. 2. c) aa) der Gründe); AP TzBfG § 14 Nr. 170, Rn. 48.

Dauerbeschäftigung als Regelbeschäftigungsform gestärkt. Die Regelung ist daher zur Förderung der verfolgten Zwecke geeignet.<sup>235</sup>

*c) Erforderlichkeit*

Das Gebot der Erforderlichkeit verlangt, dass aus mehreren gleich wirksamen Mitteln das am wenigsten einschränkende ausgewählt wird.<sup>236</sup> Hier ist zwischen den beiden verfolgten Zwecken zu unterscheiden.

Um Kettenbefristungen zu verhindern, reicht auch ein zeitlich beschränktes Verbot aus.<sup>237</sup> Sowohl ein Anschlussverbot, das nur bei einem sachlichen Zusammenhang zwischen den Arbeitsverhältnissen gilt, als auch ein Anschlussverbot, das nach einer Zeitspanne von mehreren Jahren nicht mehr eingreift, wäre gleich wirksam. Es wären damit nur solche Fälle ausgeschlossen, in denen von einem für Arbeitnehmer und -nehmerinnen mit Unsicherheiten verbundenen Aneinanderreihen von Arbeitsverhältnissen nicht mehr gesprochen werden kann. Wenn bei einer Karenzregelung die Frist lange genug ist, wäre es lebensfremd, davon auszugehen, dass eine Verkettung gleichwohl dadurch erreicht wird, dass der Zeitraum mit einer anderen Arbeitnehmerin oder einem anderen Arbeitnehmer überbrückt wird.<sup>238</sup> Jedenfalls würde eine Regelung, die nicht nur auf zeitliche Kriterien, sondern auf einen sachlichen Zusammenhang zwischen den Arbeitsverhältnissen abstellt, eine solche Praxis nicht ermöglichen. Den Arbeitnehmer beziehungsweise die Arbeitnehmerin mit wesentlich geänderter Aufgabenstellung erneut befristet zu beschäftigen,<sup>239</sup> könnte durch eine Kombination von Sachgrund und Frist unterbunden werden.<sup>240</sup> Ein derart eingeschränktes Anschlussverbot wäre also nicht weniger effektiv, um Kettenbefristungen zu verhindern. Es würde aber die Vertragsfreiheit der Arbeitsvertragsparteien weniger beeinträchtigen.

Um die Dauerbeschäftigung als Regelbeschäftigungsform zu stärken, ist dagegen kein milderes Mittel ersichtlich. Ein eingeschränktes Anschlussverbot ermöglicht immer in mehr Fällen eine sachgrundlose Befristung, als ein uneingeschränktes. § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG zwingt also in einer größeren Zahl von Fällen Arbeitgeberinnen und -geber dazu, einen unbefristeten Arbeitsvertrag statt einen

---

<sup>235</sup> *BVerfG*; AP TzBfG § 14 Nr. 170, Rn. 49.

<sup>236</sup> *BVerfGE* 121, 317 (354); 117, 163 (189).

<sup>237</sup> *BAG*, AP TzBfG § 14 Nr. 82, Rn. 20, 38.

<sup>238</sup> Mit dieser Begründung aber grundsätzlich gegen die gleiche Wirksamkeit von Karenzregelungen *BVerfG*, AP TzBfG § 14 Nr. 170, Rn. 51.

<sup>239</sup> Hierauf verweist *ebd.*, Rn. 52.

<sup>240</sup> Vgl. den Regelungsvorschlag von *Wank* (Fn. 163), S. 365.

befristeten abzuschließen, als eine eingeschränkte Regelung es könnte.<sup>241</sup> Nur soweit die Regelung dazu dient, die unbefristete Dauerbeschäftigung als Regelbeschäftigungsform zu stärken, ist sie daher – in uneingeschränkter Form – erforderlich.

*d) Angemessenheit*

Die Rechtsprechung des *BAG* und der darauffolgende Beschluss des *BVerfG* stimmen insoweit überein, als sie ein uneingeschränktes Anschlussverbot als unangemessenen Eingriff in die Berufsfreiheit einordnen.<sup>242</sup>

Zur Beurteilung der Schwere des Eingriffs ist zu berücksichtigen, dass der Abschluss unbefristeter Arbeitsverträge nicht immer eine Lösung bietet; schwankende Auftragslagen und Marktbedingungen fordern flexible Reaktionen von Arbeitgebern und Arbeitgeberinnen, die durch den Abschluss befristeter Verträge erfolgen können.<sup>243</sup> Wenn eine Arbeitgeberin oder ein Arbeitgeber eine Stelle nur mit einem befristet beschäftigten Arbeitnehmer oder einer entsprechenden Arbeitnehmerin besetzen will, stellt das Anschlussverbot für Arbeitnehmerinnen und -nehmer, die bereits bei dem Arbeitgeber oder der Arbeitgeberin beschäftigt waren, ein nicht zu überwindendes Hindernis dar. Sie haben dann unabhängig von ihrer Qualifikation keine ernsthafte Chance, eingestellt zu werden.<sup>244</sup> Der Arbeitsplatz dient als wirtschaftliche Existenzgrundlage und beeinflusst die gesellschaftliche Stellung, den Lebenszuschnitt und das Wohnumfeld.<sup>245</sup> Daher wiegen die Interessen derer, die auf der Suche nach Arbeit sind, schwer.<sup>246</sup>

Die Zielsetzung, die Dauerbeschäftigung zu stärken, dient der Beschäftigungspolitik. Wenn die sachgrundlose Befristung nur einmalig zulässig ist, kann dies dazu führen, dass Arbeitnehmer und -nehmerinnen in mehr Fällen unbefristet beschäftigt werden, was für sie weniger Unsicherheit bedeutet. Die Gefahr, dass die strukturelle Unterlegenheit der Arbeitnehmerinnen und -nehmer ausgenutzt wird, wird auf diese Weise bekämpft.<sup>247</sup> Zudem kann davon ausgegangen werden, dass unbefristete Beschäftigungen eine längere

---

<sup>241</sup> Vgl. *BVerfG*, AP TzBfG § 14 Nr. 170, Rn. 51.

<sup>242</sup> *Ebd.*, Rn. 62 f.; *BAG*, AP TzBfG § 14 Nr. 82, Rn. 38; noch deutlicher *BAG*, AP TzBfG § 14 Nr. 86, Rn. 31.

<sup>243</sup> *BVerfG*, AP TzBfG § 14 Nr. 170, Rn. 57.

<sup>244</sup> Vgl. *ebd.*, Rn. 56; *Höpfner* (Fn. 11), S. 899.

<sup>245</sup> *BVerfG*, AP KSchG 1969 § 23 Nr. 17 (unter B. I. 3. b) aa) der Gründe); AP TzBfG § 14 Nr. 170, Rn. 56; *Persch* (Fn. 2), S. 40.

<sup>246</sup> *BVerfG*, AP TzBfG § 14 Nr. 170, Rn. 56.

<sup>247</sup> *Ebd.*, Rn. 61.



Beschäftigungsdauer zur Folge haben kann. Mit der einmaligen zugelassenen Befristung kann der Arbeitgeber oder die Arbeitgeberin sich ein Bild von dem oder der Beschäftigten machen, um diese Person bei einer erneuten Beschäftigung unbefristet einzustellen.<sup>248</sup>

Bei der Wahl der Mittel zur Erreichung beschäftigungspolitischer Ziele ist dem Gesetzgeber zwar ein großer Spielraum einzuräumen.<sup>249</sup> Für den Regelfall des § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG ist es daher angemessen, wenn der Gesetzgeber die Interessen der Arbeitssuchenden zurücktreten lässt, um die genannten beschäftigungspolitischen Ziele zu erreichen.<sup>250</sup>

Die Regelung umfasst allerdings aufgrund ihrer uneingeschränkten Geltung auch Sonderfälle. Sie verbietet den Abschluss sachgrundlos befristeter Arbeitsverträge auch, wenn die Vorbeschäftigung nur eine geringfügige Nebenbeschäftigung von kurzer Dauer war, die zeitlich weit zurückliegt und eine ganz andere Tätigkeit umfasste. Auch nach einer beruflichen Neuorientierung greift das Anschlussverbot ein. In diesen Fällen kann sie der beschäftigungspolitischen Zielsetzung nicht mehr Rechnung tragen.<sup>251</sup> Es ist nicht angemessen, nur eine Dauerbeschäftigung zuzulassen, wenn die Sachlage der einer Neueinstellung entspricht. Die Chancen von vorbeschäftigten Arbeitssuchenden werden dann beeinträchtigt, ohne dass sie davon irgendeinen Vorteil haben. Auch für Arbeitgeberinnen und -geber ist die Untersagung der sachgrundlosen Befristung lediglich nachteilhaft. Wenn die Tätigkeit ganz anders geartet ist, hilft auch das Argument nicht weiter, der Arbeitgeber beziehungsweise die Arbeitgeberin konnte sich bei dem vorherigen Arbeitsverhältnis bereits ein Bild vom Arbeitnehmer beziehungsweise der Arbeitnehmerin machen. Bemerkenswert ist zudem, dass im öffentlichen Dienst der Arbeitgeber regelmäßig das Land oder der Bund ist; aber auch in diesen Fällen schließt § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG nach einer Vorbeschäftigung jede befristete Beschäftigung bei diesem Arbeitgeber aus.<sup>252</sup> In Fällen einer derartig weiten Reichweite des Anschlussverbotes wiegt die Beeinträchtigung nochmals schwerer. Die Regelung ist nicht angemessen und der Eingriff in die Berufsfreiheit daher nicht zu rechtfertigen.

---

<sup>248</sup> Vgl. *ebd.*, Rn. 60.

<sup>249</sup> *Ebd.*

<sup>250</sup> Vgl. *ebd.*, Rn. 61.

<sup>251</sup> *Persch* (Fn. 2), S. 339 f; vgl. zum Ganzen auch *BVerfG*, AP TzBfG § 14 Nr. 170, Rn. 63.

<sup>252</sup> Vgl. *Persch* (Fn. 2), S. 321; exemplarisch *ebd.*, S. 301; zur Beschäftigung in einem anderen Bundesministerium *BAG*, AP TzBfG § 14 Nr. 176, Rn. 21.

## II. Vereinbarkeit mit Art. 2 Abs. 1 GG

Die allgemeine Handlungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG umfasst auch die Vertragsfreiheit.<sup>253</sup> Wenn, wie hier, die Vertragsfreiheit im Bereich beruflicher Betätigung betroffen ist, ist Art. 12 Abs. 1 GG jedoch die speziellere Regelung.<sup>254</sup>

## III. Vereinbarkeit mit Art. 3 Abs. 1 GG

Die Regelung des § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG ist auch im Hinblick auf den allgemeinen Gleichheitssatz aus Art. 3 Abs. 1 GG problematisch.

Eine Ungleichbehandlung, die Art. 3 Abs. 1 GG verletzt, ist gegeben, wenn eine Gruppe von Normadressatinnen und -adressaten im Verhältnis zu anderen Normadressaten und -adressatinnen ungleich behandelt wird, ohne dass zwischen ihnen Unterschiede von solchem Gewicht vorliegen, dass sie die Ungleichbehandlung rechtfertigen können.<sup>255</sup> Je nach Art und Ausmaß der Ungleichbehandlung können vernünftige Gründe zur Rechtfertigung ausreichen oder es kann eine intensive Verhältnismäßigkeitsprüfung erforderlich sein.<sup>256</sup> Auf die Unterscheidung zwischen sach- und personenbezogenen Ungleichbehandlungen kommt es dafür nicht entscheidend an.<sup>257</sup> Entscheidend ist, inwieweit die Kriterien, nach denen unterschieden wird, von den Betroffenen beeinflusst werden können.<sup>258</sup>

Bewerber und Bewerberinnen, die bereits vorher bei einem Arbeitgeber beschäftigt waren, werden von der Regelung des § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG betroffen; Bewerberinnen und Bewerber, die vorher nicht bei dem Arbeitgeber oder der Arbeitgeberin beschäftigt waren, nicht. Zwar kann sich eine Bewerberin oder ein Bewerber entscheiden, ob er eine befristete Beschäftigung eingeht. Danach hat sie beziehungsweise er allerdings keinen Einfluss mehr darauf, dass weitere ohne Sachgrund befristete Beschäftigungen durch das Anschlussverbot untersagt werden. Für den Regelfall des § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG besteht für die Differenzierung ein hinreichender Grund, denn Kettenbefristungen werden vermieden und die Dauerbeschäftigung gefördert. Das zur Berufsfreiheit

---

<sup>253</sup> BVerfGE 8, 274 (328); 95, 267 (303).

<sup>254</sup> Vgl. *BVerfG*, AP GG Art. 9 Nr. 129 (unter C. II. 2. a) aa) der Gründe); AP GG Art. 12 Nr. 146, Rn. 70.

<sup>255</sup> BVerfGE 55, 72 (88); 124, 199 (219 f.).

<sup>256</sup> Vgl. BVerfGE 133, 377, Rn. 74.

<sup>257</sup> P. Kirchhof, in: Maunz/Dürig (Fn. 229), Art. 3 Abs. 1 Rn. 268; eingehend zur Abkehr der Rechtsprechung von diesem Erfordernis *Brütz*, Der allgemeine Gleichheitssatz in der Rechtsprechung des BVerfG, NJW 2014, 346 (347 ff.).

<sup>258</sup> Heun, in: Dreier (Fn. 229), Art. 3 Rn. 32; vgl. auch *BVerfG*, NJW 2014, 139, Rn. 11.

Ausgeführte gilt freilich auch hier: Bei sehr lange zurückliegenden, anders gearteten Vorbeschäftigungen besteht kein hinreichender Grund für die Benachteiligung solcher Bewerber und Bewerberinnen.<sup>259</sup>

#### IV. Ergebnis zur Verfassungsmäßigkeit und Konsequenzen

Dass § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG gilt, wenn irgendwann zuvor ein Arbeitsverhältnis mit derselben Arbeitgeberin oder demselben Arbeitgeber gegeben war, wurde bereits dargelegt. Die Regelung verletzt Art. 12 Abs. 1 und Art. 3 Abs. 1 GG, denn in Fällen, in denen kein ausreichender zeitlicher oder sachlicher Zusammenhang zum vorherigen Arbeitsverhältnis besteht, ist sie nicht verfassungsrechtlich zu rechtfertigen.<sup>260</sup> Das BAG hätte deshalb die Norm nach Art. 100 Abs. 1 GG dem BVerfG vorlegen müssen.<sup>261</sup> Diesen richtigen Weg hat nur das ArbG Braunschweig eingeschlagen.<sup>262</sup> Verstößt eine Norm, die dem BVerfG im Rahmen einer konkreten Normenkontrolle vorgelegt wurde, gegen das GG, hat es zwei Entscheidungsmöglichkeiten, die beide nach § 31 Abs. 2 S. 1 BVerfGG Gesetzeskraft entfalten: Es kann sie für nichtig erklären oder als mit dem GG unvereinbar; bei letzterem kann zugleich der Gesetzgeber aufgefordert werden, binnen einer bestimmten Frist eine Neuregelung zu schaffen.<sup>263</sup> Zweifelsohne hätte eine Nichtigkeitserklärung weitreichende Folgen, denn innerhalb der Grenzen des § 14 Abs. 2 S. 1 TzBfG wären sachgrundlose Befristungen ausnahmslos zulässig.<sup>264</sup> Die Norm als mit dem GG unvereinbar zu erklären und dem Gesetzgeber so die Möglichkeit zur Schaffung einer sachgerechten Neuregelung zu bieten wäre hingegen ein gangbarer Weg.<sup>265</sup> Das BVerfG hat sich nicht für den gangbaren Weg der Unvereinbarkeitserklärung,

<sup>259</sup> ArbG Braunschweig, LAGE TzBfG § 14 Nr. 83, Rn. 97 f.

<sup>260</sup> Für Verfassungswidrigkeit auch *ebd.*, Rn. 68 ff.; Höpfner (Fn. 11), S. 898 f.; Höpfner (Fn. 146), S. 331; Rech (Fn. 213), S. 38; für Verfassungsmäßigkeit nur nach einer einschränkenden Auslegung oder Rechtsfortbildung (und damit für Verfassungswidrigkeit, wenn man diese Möglichkeit ablehnt) BVerfG, AP TzBfG § 14 Nr. 170, Rn. 62; BAG 21.9.2011 – 7 AZR 375/10, AP TzBfG § 14 Nr. 86, Rn. 28; Löwisch (Fn. 107), S. 254 ff.; Persch (Fn. 2), S. 340 f.; Wank (Fn. 195), unter IV. 2.; für Verfassungsmäßigkeit auch ohne Einschränkungen LAG Baden-Württemberg, LAGE TzBfG § 14 Nr. 82, Rn. 26; Hessisches LAG, LAGE TzBfG § 14 Nr. 117, Rn. 34 ff.; LAG Schleswig-Holstein, LAGE TzBfG § 14 Nr. 118, Rn. 29 ff.; Backhaus, in: Ascheid/Preis/Schmidt (Fn. 4), § 14 TzBfG Rn. 381h ff.; Junker (Fn. 210), S. 18; Meinel, in: Meinel/Heyn/Herms (Fn. 210), § 14 Rn. 259 f.; Preis, in: Staudinger, 2016, § 620 Rn. 183; Stoye (Fn. 25), S. 204 ff.

<sup>261</sup> Höpfner (Fn. 11), S. 899; Krause (Fn. 188), S. 469 f.

<sup>262</sup> Siehe oben C. II. 2.

<sup>263</sup> Lenz/Hansel, 2. Aufl. 2015, § 81 Rn. 15.

<sup>264</sup> Bayreuther (Fn. 95), S. 908; Linsenmaier (Fn. 164), S. 387.

<sup>265</sup> Vgl. Rech (Fn. 213), S. 38; Wank (Fn. 195), unter IV. 2.

sondern für einen methodisch unzutreffenden Weg entschieden. Die „verfassungskonforme Auslegung“ für Fälle der Unzumutbarkeit, die sich als Rechtsfortbildung entpuppt,<sup>266</sup> ist nicht überzeugend.

## **F. Handhabung des Anschlussverbotes nach der Entscheidung des BVerfG**

Die Entscheidung des *BVerfG* mag zwar angreifbar sein, entfaltet nach § 31 Abs. 2 i. V. m. § 13 Nr. 11 BVerfGG jedoch Gesetzeskraft. Die Praxis wird sich daher an die Vorgaben aus Karlsruhe halten müssen. Daher werden im Folgenden die vom *BVerfG* für die Beurteilung der Zumutbarkeit aufgestellten Kriterien erläutert (**I.**). Zudem ist von Interesse, welche Wirkungen ein Eingreifen des Anschlussverbotes nach sich zieht (**II.**).

### **I. Beurteilung der Zumutbarkeit**

Das *BVerfG* entschied, dass die Anwendung von § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG insbesondere unzumutbar sein könne, wenn die Vorbeschäftigung sehr lang zurückliegt (**1.**), ganz anders geartet war (**2.**) oder von sehr kurzer Dauer gewesen ist (**3.**).<sup>267</sup> Das Wort „insbesondere“ verdeutlicht, dass die Kriterien nicht als abschließend zu verstehen sind.<sup>268</sup>

Beispielhaft wurde ausgeführt, die Unzumutbarkeit sei gegeben bei geringfügigen Nebenbeschäftigungen während Schul-, Studien- oder Familienzeit; bei Werkstudenten und studentischen Mitarbeitern im Rahmen ihrer Berufsqualifizierung; und bei Unterbrechungen der Erwerbsbiographie, die mit einer beruflichen Neuorientierung oder einer Aus- und Weiterbildung einhergehen.<sup>269</sup> Diese Beispiele lassen sich am ehesten unter die zweite Fallgruppe („ganz anders geartet“) subsumieren.<sup>270</sup>

Seit dem Beschluss des *BVerfG* erging eine Reihe von Entscheidungen des *BAG*, in denen es die Kriterien anzuwenden hatte.

---

<sup>266</sup> Siehe oben **D. IV.**

<sup>267</sup> *BVerfG*, AP TzBfG § 14 Nr. 170, Rn. 63.

<sup>268</sup> *Naber/Schulte*, BB-Rechtsprechungsreport zum Vorbeschäftigungsverbot nach § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG, BB 2020, 436 (437); *Sievers* (Fn. 36), § 14 Rn. 555; vgl. auch *Laber/Santon* (Fn. 195), S. 352.

<sup>269</sup> Zum Ganzen *BVerfG*, AP TzBfG § 14 Nr. 170, Rn. 63.

<sup>270</sup> *Backhaus*, Sachgrundlose Befristung von Arbeitsverträgen – Stand der Rechtsprechung, jM 2019, 192 (194 f.); *Spielberger*, Die Vorbeschäftigung im TzBfG – ein Fall für die Pathologie?!, NJW 2020, 22 (24); vgl. auch *BAG*, AP TzBfG § 14 Nr. 178, Rn. 26.

### 1. Sehr lang zurückliegende Vorbeschäftigung

Das BAG entschied, dass eine Vorbeschäftigung, die acht<sup>271</sup>, neun<sup>272</sup> oder 15<sup>273</sup> Jahre zurückliegt, nicht sehr lang zurückliegt und damit einer Anwendung von § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG nicht entgegenstehen kann. Eine 22 Jahre zurückliegende Vorbeschäftigung schließe dagegen in der Regel einer Anwendung der Norm aus.<sup>274</sup>

Das BAG stellt für die Entscheidung, ob eine Vorbeschäftigung sehr lang zurückliegt, im Wesentlichen zwei Erwägungen an. Zum einen stellt es darauf ab, wie viele sachgrundlose befristete Arbeitsverhältnisse von zweijähriger Dauer mit demselben Arbeitnehmer oder derselben Arbeitnehmerin geschlossen werden können. Dabei legt es zugrunde, dass ein Erwerbsleben bei typisierender Betrachtung etwa 40 Jahre umfasst.<sup>275</sup> Wenn man nach 15 Jahren eine erneute sachgrundlose Befristung zulassen würde, wären drei sachgrundlos befristete Arbeitsverhältnisse in einem Erwerbsleben möglich und die sachgrundlose Befristung damit nicht mehr die Ausnahme.<sup>276</sup> Wenn man dagegen erst nach 22 Jahren eine erneute sachgrundlose Befristung zulässt, sind nur zwei sachgrundlos befristete Arbeitsverhältnisse in einem Erwerbsleben möglich, sodass die sachgrundlose Befristung die Ausnahme bleibt.<sup>277</sup> Rechnerisch lässt sich ermitteln, dass nach diesen Grundsätzen die Grenze, nach der eine Vorbeschäftigung sehr lange zurückliegt, bei 18 Jahren zu ziehen wäre.<sup>278</sup> Zum anderen bezieht sich das BAG auf die Regelung des § 622 Abs. 2 Nr. 7 BGB, welche die längste Kündigungsfrist nach einer Dauer eines Arbeitsverhältnisses von 20 Jahren eingreifen lässt.<sup>279</sup>

Zwar lässt sich feststellen, dass jedenfalls bei einer Vorbeschäftigung, die mindestens 20 Jahre zurückliegt, davon ausgegangen werden kann, dass § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG einer erneuten sachgrundlosen Befristung nicht

---

<sup>271</sup> BAG, AP TzBfG § 14 Nr. 175, Rn. 26; AP TzBfG § 14 Nr. 176 (32).

<sup>272</sup> BAG, NZA 2019, 1563 (1566).

<sup>273</sup> BAG, AP TzBfG § 14 Nr. 178, Rn. 24.

<sup>274</sup> BAG, AP TzBfG § 14 Nr. 183, Rn. 24.

<sup>275</sup> BAG, AP TzBfG § 14 Nr. 175, Rn. 26; AP TzBfG § 14 Nr. 178, Rn. 25; AP TzBfG § 14 Nr. 183, Rn. 25.

<sup>276</sup> BAG, AP TzBfG § 14 Nr. 178, Rn. 25; kritisch *Arnold*, Aktuelle Rechtsprechung zum Befristungsrecht, NZA-RR 2020, 1 (2).

<sup>277</sup> BAG, AP TzBfG § 14 Nr. 183, Rn. 25.

<sup>278</sup> *Lembke/Tegel* (Fn. 161), S. 1033; vgl. auch *Rech* (Fn. 213), S. 37.

<sup>279</sup> BAG, AP TzBfG § 14 Nr. 178, Rn. 25; AP TzBfG § 14 Nr. 183, Rn. 25; kritisch *Fischer*, Die Rechtsprechungsänderung zum befristungsrechtlichen Vorbeschäftigungsverbot und ihre Folgen für die Personalpraxis, BB 2019, 2356 (2358).

entgegensteht.<sup>280</sup> Jedoch gilt dies nach dem *BAG* auch nur dann, wenn keine „besonderen Umstände“ die Anwendung des Anschlussverbotes erfordern.<sup>281</sup> Weiterhin ist zu bedenken, dass in bestimmten Berufsgruppen das typische Erwerbsleben kürzer ist, was dazu führen kann, dass auch bei Vorbeschäftigungen, die weniger als 20 Jahre zurückliegen, das Vorbeschäftigungsverbot unangewendet bleiben muss.<sup>282</sup>

## 2. Ganz anders geartete Vorbeschäftigung

Das *BAG* sah eine Vorbeschäftigung als „Montagearbeiter“ im Verhältnis zu „Facharbeiter im Bereich Produktion und Logistik“<sup>283</sup>, die Vorbeschäftigung als „Montierer in unserer Abteilung Motorenbau“ im Verhältnis zu „Montierer in der Fahrzeugmontage im Bereich Karosseriemontage“<sup>284</sup>, die Vorbeschäftigung als „Bürosachbearbeiter“ im Verhältnis zu „Sachbearbeiter“<sup>285</sup> und die Vorbeschäftigung als „Produktionshelfer“ im Verhältnis zu „Maschinenbediener“<sup>286</sup> jeweils nicht als nicht als ganz anders geartet an. Näher führt es aus, dass eine Vorbeschäftigung regelmäßig ganz anders geartet ist, wenn „die im neuen Arbeitsverhältnis geschuldete Tätigkeit Kenntnissen oder Fähigkeiten erfordert, die sich wesentlich von denjenigen unterscheiden, die für die Vorbeschäftigung erforderlich waren“.<sup>287</sup> Es ist zu erwarten, dass die Gerichte auf Grundlage dieser Definition insbesondere Beschäftigungen während der Schul- oder Studienzeit vor Beginn des typischen Erwerbslebens als ganz anders geartet einordnen werden, was auch den durch das *BVerfG* aufgezählte Beispielfällen entspricht.<sup>288</sup> Es führte hierzu aus, dass die Anwendung des Anschlussverbots bei geringfügigen Nebenbeschäftigungen während der Schul- und Studien- oder Familienzeit unzumutbar sei.<sup>289</sup> Für die Beurteilung, ob eine Beschäftigung geringfügig ist, kann § 8 Abs. 1 SGB IV herangezogen werden.<sup>290</sup>

---

<sup>280</sup> *Bauer/Zeh*, Anmerkung zu *BAG*, Urt. v. 23.1.2019 – 7 AZR 733/16, AP TzBfG § 14 Nr. 175 (unter II. 3.); vgl. auch *Naber/Schulte* (Fn. 268), S. 440.

<sup>281</sup> *BAG*, AP TzBfG § 14 Nr. 183, Rn. 24.

<sup>282</sup> *Naber/Schulte* (Fn. 268), S. 440.

<sup>283</sup> *BAG*, AP TzBfG § 14 Nr. 175, Rn. 27.

<sup>284</sup> *BAG*, Urt. v. 23.1.2019 – 7 AZR 13/17, Rn. 24 (juris).

<sup>285</sup> *BAG*, AP TzBfG § 14 Nr. 176, Rn. 33.

<sup>286</sup> *BAG*, AP TzBfG § 14 Nr. 178, Rn. 26.

<sup>287</sup> *Ebd.*

<sup>288</sup> *Spielberger* (Fn. 270), S. 24.

<sup>289</sup> *BVerfG*, AP TzBfG § 14 Nr. 170, Rn. 63.

<sup>290</sup> *BAG*, NZA 2019, 1563, Rn. 30 ff.

### 3. Vorbeschäftigung von sehr kurzer Dauer

Um festzustellen, wann eine Vorbeschäftigung von sehr kurzer Dauer war, zieht das BAG § 1 Abs. 1 KSchG heran, wonach ein Arbeitnehmer nach Ablauf von *sechs Monaten* Kündigungsschutz erwirbt. Zudem stellt es auf § 622 Abs. 5 S. 1 Nr. 1 BGB ab, wonach bei einer vorübergehenden Aushilfe keine kürzere als in § 622 Abs. 1 BGB genannte Kündigungsfrist vereinbart werden kann, wenn das Arbeitsverhältnis über die Zeit von *drei Monaten* fortgesetzt wird.<sup>291</sup>

An anderer Stelle führt das BAG jedoch aus, dass selbst eine Vorbeschäftigung, die lediglich sechs Wochen dauerte, nicht zwingend unberücksichtigt bleiben muss; es komme darauf an, ob die während der Vorbeschäftigung geschuldeten Tätigkeiten ganz andere waren als die im streitigen Beschäftigungsverhältnis.<sup>292</sup> Der Fallgruppe der Vorbeschäftigung von sehr kurzer Dauer kann infolge dieser Ausführungen des BAG daher für sich genommen keine hohe Bedeutung zugeschrieben werden.<sup>293</sup>

### 4. Anwendung der Kriterien

Dass eine Vorbeschäftigung unberücksichtigt bleibt und somit § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG keine Anwendung findet, kann sich nicht nur aus der isolierten Betrachtung einer der Fallgruppen ergeben. Insbesondere, wenn zeitliche und inhaltliche Faktoren zusammenkommen, kann dies dazu führen, dass das Anschlussverbot nicht gilt.<sup>294</sup> Auch nach der Konkretisierung der Fallgruppen durch das BAG bleibt eine klare Grenzziehung zwischen zu berücksichtigender und nicht zu berücksichtigender Vorbeschäftigung aus. Selbst wenn eine der drei genannten Kriterien erfüllt ist, *kann* dies, muss jedoch nicht, dazu führen, dass die Anwendung des § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG unzumutbar ist.<sup>295</sup>

Die Unzumutbarkeit setzt nach dem *BVerfG* voraus, dass eine Gefahr der Kettenbefristung in Ausnutzung der strukturellen Unterlegenheit der Beschäftigten nicht besteht und das Verbot der sachgrundlosen Befristung nicht erforderlich ist, um das unbefristete Arbeitsverhältnis als

---

<sup>291</sup> Zu beiden Gesichtspunkten BAG, AP TzBfG § 14 Nr. 175, Rn. 28; Urt. v. 23.1.2019 – 7 AZR 13/17, Rn. 24 (juris).

<sup>292</sup> BAG, NZA 2019, 1563 (1567).

<sup>293</sup> Kritisch *Spielberger* (Fn. 270), S. 24 f.; vgl. auch *Beden/Denzler*, Das befristungsrechtliche Vorbeschäftigungsverbot: Verfassungskonforme Einzelfallbetrachtung statt zeitlicher Festgrenze, SAE 2019, 118 (123).

<sup>294</sup> Vgl. *Bader*, Anmerkung zu *LAG Düsseldorf*, Urt. v. 10.10.2018 – 7 Sa 792/17, NZA-RR 2019, 73 (74); *Fischer* (Fn. 279), S. 2356 f.; zweifelnd *Naber/Schulte* (Fn. 268), S. 441.

<sup>295</sup> *BVerfG*, AP TzBfG § 14 Nr. 170, Rn. 63.

Regelbeschäftigungsform zu erhalten. Zudem muss das legitime Interesse des Arbeitssuchenden an einer auch nur befristeten Beschäftigung und das ebenfalls legitime Flexibilisierungsinteresse des Arbeitgebers einer Anwendung des Verbots entgegenstehen.<sup>296</sup> Dass eine Vorbeschäftigung nicht berücksichtigt wird, muss demnach eine an hohe Anforderungen geknüpfte Ausnahme bleiben.<sup>297</sup> Die aus der in diesem Zusammenhang bestehenden Rechtsunsicherheit resultierende praktische Folge ist, dass Arbeitgeberinnen und -geber bei einer bestehenden Vorbeschäftigung von einer sachgrundlosen Befristung absehen muss, um auf der sicheren Seite zu sein.<sup>298</sup> Immerhin entspricht dies der Absicht des Gesetzgebers, eine Regelung zu schaffen, die für ausnahmslos jede Vorbeschäftigung gilt.<sup>299</sup>

## II. Wirkungen des Anschlussverbotes

Die Befristung von Arbeitsverhältnissen, die unter das Anschlussverbot fallen, ist nach § 16 S. 1 Halbs. 1 TzBfG unwirksam und der Arbeitsvertrag gilt als auf unbestimmte Zeit geschlossen. Nichts anderes gilt für den Fall, dass die Vorbeschäftigung mehr als drei Jahre zurücklag. Ein Vertrauen in den Fortbestand der früheren Rechtsprechung des BAG wird nicht geschützt.<sup>300</sup>

Arbeitnehmer und -nehmerinnen müssen allerdings gemäß § 17 S. 1 TzBfG bis spätestens drei Wochen nach dem vereinbarten Ende des Arbeitsverhältnisses die Unwirksamkeit der Befristung geltend machen. Andernfalls gilt nach § 17 S. 2 TzBfG i. V. m. § 7 Halbs. 1 KSchG die Befristung als von Anfang an wirksam.

Eine Offenbarungspflicht von Bewerberinnen und Bewerbern hinsichtlich seiner Vorbeschäftigungen besteht nicht.<sup>301</sup> Arbeitgebern und -geberinnen steht jedoch ein Fragerecht zu; die Arbeitnehmerin beziehungsweise der Arbeitnehmer muss die Frage, ob er bereits zuvor bei demselben Arbeitgeber beziehungsweise

---

<sup>296</sup> Zum Ganzen *ebd.*, Rn. 62.

<sup>297</sup> Vgl. *Naber/Schulte* (Fn. 268), S. 437.

<sup>298</sup> *Arnold* (Fn. 276), S. 2.

<sup>299</sup> Vgl. *Benkert*, Befristung und Vorbeschäftigung – Rechnen mit unbekanntem Größen, *NJW-Spezial* 2019, 690 (691).

<sup>300</sup> BAG, AP TzBfG § 14 Nr. 175, Rn. 40 ff.; AP TzBfG § 14 Nr. 176, Rn. 39 ff.; LAG Mecklenburg-Vorpommern, LAGE TzBfG § 14 Nr. 120, Rn. 37; LAG Düsseldorf, NZA-RR 2019, 71, Rn. 36 ff; kritisch *Fischer* (Fn. 279), S. 2358 f.

<sup>301</sup> *Höpfner* (Fn. 11), S. 894.



derselben Arbeitgeberin beschäftigt war, also wahrheitsgemäß beantworten.<sup>302</sup> Bei Falschbeantwortung liegt es nahe, der Arbeitnehmerin beziehungsweise dem Arbeitnehmer die Berufung auf die Unwirksamkeit der Befristung nach dem Grundsatz von Treu und Glauben aus § 242 BGB zu verwehren.<sup>303</sup> Ferner kommt – bei Vorliegen der jeweiligen Voraussetzungen – eine fristlose Kündigung nach § 626 Abs. 1 BGB,<sup>304</sup> eine Anfechtung wegen arglistiger Täuschung nach § 123 Abs. 1 BGB,<sup>305</sup> wegen Eigenschaftsirrtums nach § 119 Abs. 2 BGB,<sup>306</sup> eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses nach den Grundsätzen der Störung der Geschäftsgrundlage gemäß § 323 Abs. 2 BGB<sup>307</sup> oder ein Schadensersatzanspruch nach den Grundsätzen der *culpa in contrahendo*<sup>308</sup> in Betracht. Arbeitgeber und -geberinnen haben zudem die Möglichkeit, die Wirksamkeit des Arbeitsvertrages unter die Bedingung, dass nicht bereits zuvor ein Arbeitsverhältnis bestand, zu stellen; dies fällt als Rechtsbedingung nicht unter § 21 TzBfG.<sup>309</sup>

### G. Fazit und Ausblick

Das Verständnis der Worte „bereits zuvor“ in der Regelung des § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG war Gegenstand einer Kontroverse in Literatur und Rechtsprechung. Die Absicht des Gesetzgebers, ohne Einschränkungen jedes vorherige Arbeitsverhältnis einschließen zu wollen, wurde während des Gesetzgebungsverfahrens allerdings hinreichend deutlich. Dieser Wille hat auch Niederschlag im Normtext gefunden. Daher verbietet sich eine anderweitige Auslegung der Norm. Eine Rechtsfortbildung läuft der Grundkonzeption des

<sup>302</sup> *Maschmann*, in: Annuß/Thüsing (Fn. 36), § 14 Rn. 79; *Meinel*, in: Meinel/Heyn/Herms (Fn. 210), § 14 Rn. 261; *von Steinau/Burmann*, „Zurück auf Los“ im Befristungsrecht?, NJW-Spezial 2018, 498 (499); ebenso, aber kritisch zur praktischen Wirksamkeit des Fragerechts *BAG*, AP TzBfG § 14 Nr. 82, Rn. 26; *Dörner* (Fn. 7), Rn. 550 ff.; *Höpfner* (Fn. 11), S. 895; siehe auch BT-Drucks. 14/4374, S. 19.

<sup>303</sup> *Lakies* (Fn. 210), S. 191; vgl. auch den Verweis in BT-Drucks. 14/4374, S. 19.

<sup>304</sup> *Bauer* (Fn. 100), S. 2476; *Bauer* (Fn. 96), S. 244.

<sup>305</sup> *BAG*, AP TzBfG § 14 Nr. 82, Rn. 26; *Bauer* (Fn. 96), S. 244; *Dörner* (Fn. 7), Rn. 552; *Höpfner* (Fn. 11), S. 894; *Lembke/Tegel* (Fn. 161), S. 1033; *Maschmann*, in: Annuß/Thüsing (Fn. 36), § 14 Rn. 79; *Schmalenberg/Sasse*, in: Tschöpe (Fn. 36), Teil 1 E Rn. 19; vgl. auch den Verweis in der Gesetzesbegründung auf § 123 BGB (BT-Drucks. 14/4374, S. 19).

<sup>306</sup> *Straub*, Erste Erfahrungen mit dem Teilzeit- und Befristungsgesetz, NZA 2001, 919 (926). Kritisch *Bauer* (Fn. 100), S. 2477; ablehnend *Dörner* (Fn. 7), Rn. 553.

<sup>307</sup> *Bauer* (Fn. 100), S. 2477; *Höpfner* (Fn. 11), S. 895; *Straub* (Fn. 306), S. 926; ablehnend *Dörner* (Fn. 7), Rn. 555.

<sup>308</sup> *Von Steinau/Burmann* (Fn. 302), S. 499.

<sup>309</sup> *Maschmann*, in: Annuß/Thüsing (Fn. 36), § 14 Rn. 79; *Schmalenberg/Sasse*, in: Tschöpe (Fn. 36), Teil 1 E Rn. 19; kritisch *Bauer/Fischinger* (Fn. 34), S. 1411 f.; diese Möglichkeit für eine unwirksame Umgehung des § 16 TzBfG haltend *Höpfner* (Fn. 11), S. 895.

Gesetzgebers zuwider. Daher stufte das *BVerfG* die Rechtsprechung des *BAG*, wonach das Anschlussverbot nicht für mehr als drei Jahre zurückliegende Arbeitsverhältnisse gilt, zu Recht als verfassungswidrige Rechtsfortbildung ein. Gleichzeitig hat es jedoch neue Fallgruppen genannt, bei denen das Anschlussverbot nicht gelten soll. Ein Plus an Rechtssicherheit geht damit nicht einher.

Der Gesetzgeber ist dazu aufgerufen, eine Neuregelung zu schaffen, die dieses Plus an Rechtssicherheit gewährleistet.<sup>310</sup> Dieser Aufruf hätte in Gestalt einer Unvereinbarkeitserklärung bereits vom *BVerfG* kommen müssen, denn die Regelung des § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG ist verfassungswidrig. Für die Fälle, in denen zu zurückliegenden Arbeitsverhältnissen keinerlei Zusammenhang besteht, ist der Eingriff in die Berufsfreiheit und die Benachteiligung von vorbeschäftigten Arbeitnehmerinnen und -nehmern nicht zu rechtfertigen. Hätte das *BVerfG* seine eigenen Worte ernst genommen, hätte es die Vorschrift auch nicht im Wege der „verfassungskonformen Auslegung“ vor der Verfassungswidrigkeit gerettet.

Die Große Koalition hat sich vorgenommen, das Anschlussverbot zeitlich zu begrenzen.<sup>311</sup> Bis zu einem erneuten Wandel im Normtext oder der Rechtsprechung bleibt die Handhabung der neuen Kriterien des *BVerfG* durch die Arbeitsgerichte spannend.

---

<sup>310</sup> *Beden/Denzer* (Fn. 293), S. 118; *Fink*, Sachgrundlose Befristung (§ 14 Abs. 2 TzBfG) – Vorbeschäftigung bei demselben Arbeitgeber, DB 2020, 232; *Fischer* (Fn. 279), S. 2360; *Kothe-Heggemann*, Sachgrundlose Befristung – BAG folgt BVerfG, GmbHR 2019, R74; *Schröder*, Vorbeschäftigungsverbot: Fünf Jahre sind nicht „sehr lange“, DB 2019, 73.

<sup>311</sup> Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD, 19. Legislaturperiode, S. 52.

Philipp Weng\*

## **Demokratische Grenzen für Völkervertragsrecht nach BVerfG III: Sind die in der Entscheidung zu CETA (BVerfGE 143, 65 ff.) zur Wahrung der verfassungsrechtlichen Grenzen formulierten Vorgaben und Mechanismen aus Sicht des Völkerrechts überzeugend?**

### **Abstract**

In seiner Entscheidung zur vorläufigen Anwendung von CETA hat das BVerfG festgestellt, dass eine Verletzung von Verfassungsrechtsgütern möglich erscheine, sich das Risiko der verfassungsrechtlichen Nachteile jedoch durch unterschiedliche völkerrechtliche Vorkehrungen ausschließen lasse. Der vorliegende Beitrag untersucht die Vorkehrungen daraufhin, ob diese im Völkerrecht wirksam implementiert werden und aus völkerrechtlicher Sicht diejenige Wirkung entfalten können, die notwendig ist, um den mit der Vorkehrung verfolgten Zweck zu erreichen.

In its decision on the provisional application of CETA, the BVerfG stated that although an infringement of constitutional rights seems possible, the risk of disadvantages could be excluded by different provisions of international law. This article examines the provisions with a view to whether they can be effectively implemented in international law and whether they can have the effect that is necessary to achieve the purpose pursued by the provision.

---

\* Der Verfasser hat Rechtswissenschaft an der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg studiert und ist akademischer Mitarbeiter am Lehrstuhl für Strafrecht und Strafprozessrecht, Medizinrecht und Rechtsphilosophie (Prof. *Dr. Jan C. Schubert*). Der Beitrag beruht auf einer Studienarbeit, die im Rahmen eines Schwerpunktseminars bei Prof. *Dr. Bernd Grzeszick, LL.M.* verfasst wurde.

## A. Einleitung

### I. CETA und die neue Generation von Freihandelsabkommen

Im Lichte der Blockade des *Appellate Body* der *WTO* durch die USA,<sup>1</sup> des Scheiterns der *Doha Development Agenda* und der generellen Hinwendung zu umfassenden regionalen Wirtschaftsabkommen verfolgt auch die EU auf Basis der Art. 207, 218 AEUV<sup>2</sup> verstärkt den Abschluss sogenannter *Deep and Comprehensive Trade Agreements*.<sup>3</sup> Neben dem Freihandelsabkommen mit Korea und den USA steht hierbei auch das *Comprehensive Economic Trade Agreement* (im Folgenden: CETA)<sup>4</sup> zwischen Kanada und der EU und ihren Mitgliedsstaaten für eine neue Generation von Freihandelsabkommen.

Gekennzeichnet ist dieses Abkommen insbesondere durch das institutionelle System<sup>5</sup>, bestehend aus dem sogenannten Gemischten CETA-Ausschuss, der zu verbindlichen Entscheidungen befugt ist,<sup>6</sup> und der neuartigen Investitionsgerichtsbarkeit.<sup>7</sup> Auf rechtliche Bedenken der EU-Mitgliedsstaaten hinsichtlich der Vertragsschlusskompetenz der EU hin<sup>8</sup> wurde CETA als

---

<sup>1</sup> Analyse hierzu bei *Glöckle/Würdemann*, Die Appellate Body-Krise der WTO – eine Analyse der US-Kritikpunkte, *EuZW* 2018, 976 (976).

<sup>2</sup> *Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union* (AEUV), 9.5.2008, ABl. 2012 Nr. C 326, S. 47, ratifiziert durch 28 Staaten, in Kraft getreten am 1.12.2009.

<sup>3</sup> *Hermann*, Stellungnahme für die Öffentliche Anhörung des Ausschusses für Wirtschaft und Energie des Deutschen Bundestages am 5.9.2016. Unionsrechtliche und verfassungsrechtliche Fragen des Abschlusses und der vorläufigen Anwendung des *Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA)* zwischen der EU (inkl. Mitgliedstaaten) und Kanada, S. 2. Zu derartigen Abkommen auch *ders./Guilliard*, in: *Krenzler/Hermann/Niestedt*, EU-Außenwirtschafts- und Zollrecht, I, 13. EL 2019, § 130 Rn. 55 ff. Zum Investitionsschutzrecht allgemein *Schäfer*, Einführung in das internationale Investitionsschutzrecht, *JuS* 2016, 795.

<sup>4</sup> *Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA) between Canada, of the one part, and the European Union and its Member States, of the other part*, 30.10.2016, ABl. 2017 Nr. L 11/1; noch nicht ratifiziert (Stand: Juni 2020).

<sup>5</sup> Ein solches ist bereits in dem *Freihandelsabkommen zwischen der Europäischen Union und ihren Mitgliedstaaten einerseits und der Republik Korea andererseits*, 6.10.2010, ABl. 2011 L 127, 6, vorgesehen, Art. 15.1, vgl. auch *Weiß*, Verfassungsanforderungen und Integrationsverantwortung bei beschließenden Vertragsorganen in Freihandelsabkommen, *EuZW* 2016, 286 (286).

<sup>6</sup> In der Kompetenz des Gremiums stehen insb. die Änderung des Abkommens (Art. 4.7.1, 5.14.2, 20.22.1 CETA), die verbindliche Auslegung von Bestimmungen (Art. 8.31.3, 26.1.5 CETA) und die Anwendbarkeit von Ausnahmen (Anh. 13-B CETA). Hierzu und zu weiteren Kompetenzen des Gremiums *Weiß*, (Fn. 5), S. 286.

<sup>7</sup> Vgl. hierzu Art. 8.23 CETA.

<sup>8</sup> Zu den Vertragsschlusskompetenzen der EU im Hinblick auf CETA vgl. *Nettesheim*,

gemischtes Abkommen zwischen Kanada, der EU und den Mitgliedsstaaten geschlossen.

## II. CETA und das Urteil des *BVerfG*

Die beim *BVerfG* eingereichten Verfassungsbeschwerden gegen die Mitwirkung der Bundesregierung bei Unterzeichnung, Abschluss und vorläufiger Anwendung von CETA haben erstmals die Fragen der Integrationsverantwortung bei auswärtigem Handeln der EU und der Anforderungen an die demokratische Legitimation bei völkerrechtlichen Verträgen aufgeworfen.<sup>9</sup> Aufgrund der knappen Terminierung des Rates konnte das *BVerfG* lediglich eine Entscheidung über den Erlass einer einstweiligen Anordnung treffen.

Nach Vornahme einer Folgenabwägung am Maßstab des § 32 BVerfGG unter Zuhilfenahme der Doppelhypothese lehnte das *BVerfG* den Erlass einer einstweiligen Anordnung ab. Zwar sei nicht auszuschließen, dass der Beschluss über die vorläufige Anwendung als Ultra-Vires-Akt Art. 38 Abs. 1 S. 1 i. V. m. Art. 79 Abs. 3, 20 Abs. 2 S. 1 GG und als Beeinträchtigung der demokratischen Verfassungsidentität Art. 38 Abs. 1 S. 1 i. V. m. Art. 20 Abs. 1 S. 2 GG verletze. Das Risiko der Nachteile lasse sich jedoch durch unterschiedliche Vorkehrungen ausschließen.<sup>10</sup>

---

Umfassende Freihandelsabkommen und Grundgesetz. Verfassungsrechtliche Grundlagen der Zustimmung zu CETA, 2017, § 2; zum Gutachten des *EuGH* zu den Zuständigkeitsregelungen des (vergleichbaren) EU-Freihandelsabkommens mit Singapur: *Bebrends/Kubicki/Rathke*, Infobrief des Wissenschaftlichen Dienstes des Deutschen Bundestages: Das Gutachten des *EuGH* zum EU-Freihandelsabkommen mit Singapur (EUSFTA), 2017, Az. PE 6 -3010 -044/17.

<sup>9</sup> *Grzeszick*, Völkervertragsrecht in der parlamentarischen Demokratie. CETA als Präzedenzfall für die demokratischen Anforderungen an völkerrechtliche Verträge, *NVwZ* 2016, 1753 (1754); *Holterhus*, Die Rolle des Deutschen Bundestags in der auswärtigen Handelspolitik der Europäischen Union – Insbesondere zu den parlamentarischen Einflussmöglichkeiten im völkerrechtlichen Vertragsschlussverfahren, *EuR* 2017, 234 (234); *ders.*, Eilanträge in Sachen CETA – Europäische Außenhandelspolitik im Mehrebenengeflecht von Verfassungs-, Unions- und Völkerrecht, *EuZW* 2016, 896 (897); *Hoffmann*, Das CETA-Urteil des Bundesverfassungsgerichts – Nach der Unterzeichnung ist vor der Ratifikation, *ZEuS* 2016, 459 (466); ausführlicher auch *Nowrot/Tietje*, CETA an der Leine des Bundesverfassungsgerichts: Zum schmalen Grat zwischen Ultra-vires-Kontrolle und Ultra-vires-Handeln, *EuR* 2017, 137 (141 f.).

<sup>10</sup> *BVerfGE* 143, 65 (98 ff.); hierzu auch *Hoffmann* (Fn. 9), S. 464.

### III. Fragestellung und Gang der Untersuchung

Der vorliegende Beitrag beleuchtet die vom *BVerfG* formulierten Vorkehrungen und setzt sich mit der Frage auseinander, ob die Vorgaben und Mechanismen aus Sicht des Völkerrechts überzeugend sind.

Hierbei ist zu untersuchen, ob die Vorkehrungen im Völkerrecht tatsächlich wirksam implementiert werden und aus völkerrechtlicher Sicht diejenige Wirkung entfalten können, die notwendig ist, um den mit der Vorkehrung verfolgten Zweck zu erreichen.

In einem ersten Schritt sind daher die Urteilsabwägungen des *BVerfG* näher zu beleuchten (**B. II.**) und vor diesem Hintergrund die unterschiedlichen durch das *BVerfG* formulierten Vorkehrungen kritisch zu analysieren (**B. III.**). Sodann ist zu untersuchen, ob die vom *BVerfG* vorgegebenen Vorkehrungen aus völkerrechtlicher Sicht überzeugend sind (**C.**).

#### B. Analyse des Urteils des *BVerfG*

##### I. Einleitung und Entscheidungsmaßstab

Mangels unmittelbarer Rechtswirkungen für die Antragsteller erachtet das *BVerfG* den Antrag im Hinblick auf die *Unterzeichnung* von CETA bereits für offensichtlich unbegründet und setzt sich lediglich näher mit den Anträgen gegen die *vorläufige Anwendung* auseinander.<sup>11</sup>

Während im Rahmen des § 32 Abs. 1 BVerfGG das *BVerfG* bei der Prüfung von Zustimmungsgesetzen zu völkerrechtlichen Verträgen grundsätzlich eine summarische Prüfung der Verfassungsmäßigkeit vornimmt, lehnt das Gericht eine derartige Ausnahme vorliegend ab.<sup>12</sup> Weder könne die summarische Prüfung begründende endgültige völkerrechtliche Bindung eintreten, da das Abkommen noch ratifiziert werden müsse, noch habe die Beschlussvorlage das hinreichende Maß an Konkretisierung erreicht. Insofern nimmt das Gericht die im Rahmen des § 32 BVerfGG übliche Folgenabwägung nach der Doppelhypothese vor.<sup>13</sup>

---

<sup>11</sup> BVerfGE 143, 65 (89).

<sup>12</sup> BVerfGE 143, 65 (87 ff.); ablehnend zu diesem Prüfungsmaßstab *Walter*, in: BeckOK-BVerfGG, 8. Ed. 2020, § 32 Rn. 65; vgl. zum Rechtsschutz nach § 32 BVerfGG allgemein *Frenz*, Öffentliches Recht. Eine nach Anspruchszielen geordnete Darstellung zur Examensvorbereitung, 8. Aufl. 2019, Rn. 178 f.; *Mauer*, Staatsrecht I. Grundlagen – Verfassungsorgane – Staatsfunktionen, 6. Aufl. 2010, § 20 Rn. 35 ff.

<sup>13</sup> BVerfGE 143, 65 (89 ff.).

## II. Verstoß gegen das GG durch die Beteiligung des Vertreters im Rat

Hierbei untersucht das Gericht zunächst die zu erwartenden Folgen, wenn eine Anordnung nicht erlassen wird, sich die Mitwirkung der Bundesregierung an der Beschlussfassung jedoch als unzulässig erweist. Es setzt sich – insofern in Einklang mit seiner Rechtsprechung zur Identitätskontrolle und den im OMT-Vorlagebeschluss erörterten Handlungs- und Unterlassungspflichten deutscher Staatsorgane bei Ultra-Vires-Akten<sup>14</sup> – mit der Verfassungsmäßigkeit der Mitwirkung der Bundesregierung an dem Beschluss zur vorläufigen Anwendung von CETA auseinander.<sup>15</sup>

### 1. Ultra-Vires-Kontrolle

Das *BVerfG* erachtet es für nicht ausgeschlossen, dass der Beschluss des Rates zur vorläufigen Anwendung des Abkommens einen Ultra-Vires-Akt darstellt und die Mitwirkung der Bundesregierung an dem Beschluss gegen Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG i. V. m. Art. 20 Abs. 1, Abs. 2 GG i. V. m. Art. 79 Abs. 3 GG verstößt.<sup>16</sup>

Wie das *BVerfG* im Maastricht-Urteil herausgearbeitet<sup>17</sup> und in weiteren Urteilen präzisiert (und beschränkt) hat,<sup>18</sup> sind EU-Rechtsakte bei einer fehlenden vertraglichen Einzelermächtigung mangels hinreichend bestimmter Ermächtigung durch Bundestag und Bundesrat und damit aufgrund defizitärer demokratischer Legitimation nicht vom Rechtsanwendungsbefehl im nationalen Zustimmungsgesetz gedeckt. Insofern schützt Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG i. V. m. Art. 20 Abs. 1, Abs. 2 GG i. V. m. Art. 79 Abs. 3 GG vor hinreichend qualifizierten Kompetenzüberschreitungen der EU.<sup>19</sup>

---

<sup>14</sup> BVerfGE 142, 123 (212) (OMT-Urteil); *Proelß*, Verfassungsgerichtliche Kontrolle gemischter EU-Handelsabkommen: Das Beispiel CETA, ZEuS 2016, 401 (403).

<sup>15</sup> Weshalb das *BVerfG* materiell die *Verfassungsmäßigkeit* des Handelns der Bundesregierung prüft, erscheint vor dem Hintergrund des erörterten Prüfungsmaßstabs nicht einleuchtend – wie festgestellt, spielt die Rechtmäßigkeit für den Erlass der einstweiligen Anordnung gerade keine Rolle. So auch *Nowrot/Tietje* (Fn. 9), S. 146.

<sup>16</sup> BVerfGE 143, 65 (95).

<sup>17</sup> BVerfGE 89, 155 (182, 185 ff.) (Maastricht-Urteil).

<sup>18</sup> BVerfGE 123, 267 (330) (Lissabon-Urteil); BVerfGE 126, 286 (303 ff.) (Honeywell-Urteil); BVerfGE 142, 123 (173 ff.) (OMT-Urteil); ein kurzer Überblick und Kritik an der Ultra-Vires-Kontrolle findet sich bei *Ludwigs*, Der Ultra-vires-Vorbehalt des BVerfG – Judikative Kompetenzanmaßung oder legitimes Korrektiv?, NVwZ 2015, 537 (538 ff.); vgl. auch anschaulich *Frenz* (Fn. 12), Rn. 49 ff. und *Nettesheim*, Das CETA-Urteil des BVerfG: eine verpasste Chance?, NJW 2016, 3567 (3568).

<sup>19</sup> BVerfGE 134, 366 (392 f.) (OMT-Beschluss); BVerfGE 142, 123 (174 ff.) (OMT-Urteil).

Das Gericht hält es für nicht ausgeschlossen, dass ein Beschluss über die vorläufige Anwendung des *gesamten* Abkommens nicht vollständig in die Kompetenz der EU fällt und damit einen Ultra-Vires-Akt darstellt.<sup>20</sup> Dies gelte zum einen hinsichtlich bestimmter von CETA erfasster Sachbereiche (u. a. Portfolioinvestitionen, Investitionsschutz, internationaler Seeverkehr),<sup>21</sup> zum anderen hinsichtlich der Übertragung von Hoheitsrechten auf das Gerichts- und Ausschlussystem nach Art. 207, 216 Abs. 1, 218 AEUV.<sup>22</sup>

## 2. Identitätskontrolle: Verletzung der Verfassungsidentität

Für nicht ausgeschlossen hält es das *BVerfG* darüber hinaus, dass das Ausschussystem die Grundsätze des Demokratieprinzips als Teil der Verfassungsidentität des Grundgesetzes verletzt.<sup>23</sup> Zum Schutz des unantastbaren Kerns des Grundgesetzes könnten Kompetenzen nicht über die Grenze der unverfügbaren Verfassungsidentität (Art. 79 Abs. 3 GG) auf die EU übertragen oder von dieser in Anspruch genommen werden.<sup>24</sup>

Das *BVerfG* betont die Bindungswirkung der Beschlüsse des Gemeinsamen CETA-Ausschusses gemäß Art. 26.1 CETA mit ihrer großen Reichweite und die Pflicht zu deren Umsetzung durch die Vertragsparteien. Es weist darauf hin, dass aufgrund der Besetzung des Ausschusses nach Art. 26.1 Abs. 1 S. 1 CETA durch Vertreter der EU und Kanadas, nicht jedoch der Mitgliedsstaaten, keine gesicherte Einwirkungsmöglichkeit Deutschlands besteht, sodass die Beschlüsse damit möglicherweise nicht demokratisch legitimiert seien.<sup>25</sup> Wegen der

---

<sup>20</sup> Da für die Annahme eines Ultra-Vires-Aktes ein strenger Maßstab gilt und ein gravierender, hinreichend qualifizierter Kompetenzverstoß erforderlich ist, verwundert die Formulierung des Gerichts, vgl. auch *Ruffert*, Völkerrecht, Europarecht und Verfassungsrecht: Zustimmung zur vorläufigen Anwendung von CETA, JuS 2016, 1141 (1143) und *Hoffmann* (Fn. 9), S. 468.

<sup>21</sup> BVerfGE 143, 65 (93); kritisch hierzu *Ruffert* (Fn. 20), S. 1143 und *Nowrot/Tietje* (Fn. 9), S. 148 f.; zur Kompetenz im Seerecht vgl. auch *Paschke/Lutter*, CETA, das BVerfG und die Auswirkungen auf den Seeverkehr, RdTW 2016, 441 (441).

<sup>22</sup> BVerfGE 143, 65 (95); nach Ansicht des *BVerfG* könnte darüber hinaus die Übertragung von Hoheitsrechten nicht von Art. 23 Abs. 1 GG gedeckt sein. Dies setzt voraus, dass tatsächlich Hoheitsrechte auf das Ausschussystem übertragen werden; dies bejahend *Weiß* (Fn. 5), S. 290, ablehnend *Grzeszick* (Fn. 9), S. 1759 ff.

<sup>23</sup> BVerfGE 143, 65 (95 ff.).

<sup>24</sup> BVerfGE 123, 267 (344, 348) (Lissabon-Urteil); *Walter*, in: Maunz/Dürig, 90. EL 2020, Art. 93 Rn. 169; *Hoffmann* (Fn. 9), S. 466; *Frenz* (Fn. 12), Rn. 52.

<sup>25</sup> BVerfGE 143, 65 (97 f.); kritisch zur Annahme der Bindungswirkung der Beschlüsse *Grzeszick* (Fn. 9), S. 1756.



Beschlussfassung mit qualifizierter Mehrheit nach Art. 16 Abs. 3 EUV<sup>26</sup>, Art. 218 Abs. 8 UAbs. 1 AEUV könnten die Mitgliedsstaaten auch nicht hinreichend sicher mittelbar über einen sogenannten Gemeinsamen Standpunkt nach Art. 218 Abs. 9 AEUV auf die Beschlussfassung des Ausschusses einwirken.<sup>27</sup> Insofern sei die demokratische Legitimation der Beschlüsse „prekär“.<sup>28</sup>

### III. Vorkehrung zur Wahrung der verfassungsrechtlichen Grenzen

Das *BVerfG* geht jedoch davon aus, dass sich die Nachteile für die Schutzgüter des Art. 38 Abs. 1 GG und Art. 20 Abs. 1, Abs. 2 GG durch unterschiedliche Vorkehrungen „praktisch“<sup>29</sup> ausschließen lassen.<sup>30</sup>

#### 1. Begrenzung des Umfangs der vorläufigen Anwendung

Die Bundesregierung müsse Ausnahmen von der vorläufigen Anwendung bewirken, sodass der Beschluss des Rates zur vorläufigen Anwendung keinen Ultra-Vires-Akt darstelle.<sup>31</sup>

Da die vorläufige Anwendung lediglich zwischen Kanada und der EU – und ohne Beteiligung der Mitgliedsstaaten – stattfinden soll, dürfe sich diese lediglich auf die Teile des Vertrages beziehen, die in die Zuständigkeit der EU fallen.<sup>32</sup> Die

---

<sup>26</sup> Vertrag über die Europäische Union idF des Vertrags von Lissabon (EUV), 13.12.2007, ABl. 2008 Nr. C 115, S. 13, ratifiziert durch 28 Staaten, in Kraft getreten am 1.12.2009.

<sup>27</sup> BVerfGE 143, 65 (97 f.).

<sup>28</sup> BVerfGE 143, 65 (98).

<sup>29</sup> Interessant – und in der Literatur bisweilen nicht beachtet – ist, dass das *BVerfG* von einem „praktischen“ Ausschluss der Nachteile spricht. Es erhebt damit nicht den Anspruch eines *rechtlich* vollständigen Schutzes. Nichtsdestotrotz untersucht der vorliegende Beitrag die Vorkehrungen daraufhin, ob diese *rechtlich* überzeugend sind. Etwaige Unterschiede hierbei erscheinen insbesondere im Rahmen der zweiten Vorkehrung des Gerichts im Hinblick auf die Wirkung im Außenverhältnis möglich.

<sup>30</sup> BVerfGE 143, 65 (98).

<sup>31</sup> BVerfGE 143, 65 (100).

<sup>32</sup> Anders im Rahmen des Inkrafttretens des Abkommens: Hier bereiten die begrenzten Kompetenzen der EU aufgrund des Abschlusses als gemischtes Abkommen und der Beteiligung der mitgliedstaatlichen Parlamente keine Probleme.

Lediglich aus völkerrechtlicher Sicht stellt sich die Frage, ob die EU für die nicht integrierten Bereiche in der Kompetenz der Mitgliedsstaaten aufgrund der begrenzten Völkerrechtssubjektivität keine völkerrechtliche Handlungsmacht hat und der Vertrag daher nichtig ist. Auf Grundlage einer impliziten Ermächtigung durch die Mitgliedsstaaten und des Vertrauensschutzes wird man dies ablehnen müssen. Vgl. hierzu *Arnauld/Meindl*, in: Dausen/Ludwigs, Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, 49. Aufl. 2019, K. I. Rn. 84 ff. und *Sattler*, Gemischte Abkommen und gemischte Mitgliedschaften der EG und ihrer Mitgliedstaaten, 2007, S. 66 ff.

Bundesregierung solle daher nur einer vorläufigen Anwendung derjenigen Teile zustimmen, die sich „zweifelloso“ auf eine Einzelermächtigung der EU stützen lassen und – soweit nicht Ausnahmen von der vorläufigen Anwendung im Beschluss des Rates erklärt werden – „Vorbehalte“ anbringen.<sup>33</sup>

Es überzeugt nicht, dass das Gericht die Kompetenzverteilung nicht endgültig klärt („nicht ausgeschlossen“), der deutsche Vertreter die Kompetenzen jedoch bei Erklärung des Vorbehalts detailliert bestimmen soll.<sup>34</sup> Keine Abhilfe schafft die Maßnahme darüber hinaus gegen vom Gericht geäußerte Bedenken an der Übertragung von Hoheitsrechten auf den Gemischten CETA-Ausschuss aufgrund von Art. 207, 216, 218 AEUV.<sup>35</sup>

## 2. Deutsche Beteiligung an den Beschlüssen des CETA-Ausschusses

Da das CETA-Ausschusssystem nach Ansicht des *BVerfG* die Verfassungsidentität nach Art. 79 Abs. 3 GG bedroht, bedürfe es einer „interinstitutionelle[n] Vereinbarung“, nach der Beschlüsse nach Art. 30.2 Abs. 2 CETA nur auf Grundlage eines vom Rat einstimmig angenommenen gemeinsamen Standpunkts nach Art. 218 Abs. 9 AEUV gefasst werden.<sup>36</sup>

Zur Gewährleistung der demokratischen Legitimation nach Art. 20 Abs. 1, Abs. 2 GG würde der Bundesrepublik Deutschland (im Folgenden: Deutschland) hierdurch ein „faktisches Vetorecht“ eingeräumt<sup>37</sup> und damit Bedenken gegen eine Übertragung von Hoheitsrechten auf den CETA-Ausschuss relativiert werden.<sup>38</sup> Insofern soll eine dem sogenannten Luxemburger Kompromiss ähnliche institutionelle Struktur auch für CETA gelten.<sup>39</sup>

<sup>33</sup> BVerfGE 143, 65 (100); zum Sinn und Zweck auch *Mögele*, in: Streinz, EUV/AEUV. Kommentar, 3. Aufl. 2018, Art. 218 AEUV Rn. 35; *Sattler* (Fn. 32), S. 57.

<sup>34</sup> So insbesondere *Nettesheim* (Fn. 18), S. 3569. In BVerfGE 144, 1 (13 ff.) hat das *BVerfG* die Materien gebilligt, die der Rat in seinem Beschluss zur vorläufigen Anwendung des Abkommens ausgenommen hat.

<sup>35</sup> *Holterbus* (Fn. 9), S. 899.

<sup>36</sup> BVerfGE 143, 65 (100).

<sup>37</sup> *Schiffbauer*, Vorläufige Anwendung nur unter drei Auflagen – das (erste?) CETA-Urteil des *BVerfG* vom 13.10.2016, in: JuWiss-Blog vom 18.10.2016, abrufbar unter: [www.juwiss.de/79-2016](http://www.juwiss.de/79-2016) (zuletzt abgerufen am 30.6.2020).

<sup>38</sup> *Hoffmann* (Fn. 9), S. 471; *Holterbus* (Fn. 9), S. 899; *Krajewski*, Spielstand nach dem CETA-Beschluss: 2:2, und Karlsruhe behält das letzte Wort, in: Verfassungsblog vom 13.10.2016, abrufbar unter: [www.verfassungsblog.de/spielstand-nach-dem-ceta-beschluss-2-2-und-karlsruhe-behaelt-das-letzte-wort](http://www.verfassungsblog.de/spielstand-nach-dem-ceta-beschluss-2-2-und-karlsruhe-behaelt-das-letzte-wort) (zuletzt abgerufen am 30.6.2020).

<sup>39</sup> *Nowrot/Tietje* (Fn. 9), S. 152 f.; nach dem Luxemburger Kompromiss war bei

### 3. Interpretationserklärung hinsichtlich eines Beendigungsrechts

Das Gericht geht davon aus, dass Deutschland die vorläufige Anwendung des Abkommens möglicherweise nach Art. 30.7 Abs. 3 lit. c CETA durch schriftliche Notifikation beenden kann. Dies habe die Bundesregierung in „völkerrechtlich erheblicher Weise zu erklären und ihren Vertragspartnern zu notifizieren“<sup>40</sup> um sicherzustellen, dass Deutschland seine völkerrechtliche Bindung beenden kann, falls trotz der ersten und zweiten Vorkehrung ein Ultra-Vires-Akt vorliegt oder die Verfassungsidentität verletzt wird.<sup>41</sup>

#### C. Beurteilung der Vorkehrungen aus völkerrechtlicher Sicht

Vor diesem Hintergrund sind die Vorkehrungen aus völkerrechtlicher Sicht zu beurteilen. Es wird untersucht, ob die Vorgaben und Mechanismen im Völkerrecht wirksam umgesetzt werden und aus völkerrechtlicher Sicht die durch das *BVerfG* bezweckte Wirkung erzielen können.

#### I. Begrenzung des Umfangs der vorläufigen Anwendung

Das *BVerfG* hat der Bundesregierung aufgegeben, Ausnahmen von der vorläufigen Anwendung zu bewirken und „Vorbehalte“ anzubringen.

##### 1. Rechtscharakter einer Vereinbarung der vorläufigen Anwendung

Die vorläufige Anwendung von Verträgen ist in Art. 25 WVKIO<sup>42</sup> verankert. Zwar sind weder die EU noch Kanada Vertragsparteien der WVKIO. Überwiegend verkörpern die Vorschriften des Abkommens – so auch Art. 25 WVKIO – jedoch geltendes Gewohnheitsrecht.<sup>43</sup> Während die vorläufige

---

Beschlüssen des Ministerrats der EU abweichend vom Erfordernis der qualifizierten Mehrheit ein Konsens anzustreben, wenn ein Mitgliedsstaat ein „sehr wichtiges Interesse“ geltend macht; hierzu allgemein *Bieber/Haag*, in: *Bieber/Epiney/Haag/Kotzur*, Die Europäische Union. Europarecht und Politik, 13. Aufl. 2019, § 4 Rn. 55.

<sup>40</sup> BVerfGE 143, 65 (101).

<sup>41</sup> BVerfGE 143, 65 (100 f.); *Mögele*, in: Streinz (Fn. 33), Art. 218 AEUV Rn. 35.

<sup>42</sup> *Vienna Convention on the Law of Treaties between States and International Organizations or between International Organizations* (WVKIO), 21.3.1986, ratifiziert durch 32 Staaten, noch nicht in Kraft getreten.

<sup>43</sup> *Krieger*, in: Dörr/Schmalenbach, Vienna Convention on the Law of Treaties. A Commentary, 2. Aufl. 2018, Art. 25 Rn. 3, *Kempen/Schiffbauer*, Die vorläufige Anwendung völkerrechtlicher Verträge im internationalen Mehrebenensystem, *ZaöRV* 77 (2017), 95 (96); jedenfalls bzgl. Art. 25 Abs. 1 WVK auch *Kleinlein*, Die vorläufige Anwendung völkerrechtlicher Verträge. Zwischen effektiver Kooperation und parlamentarischer Legitimation?, *JZ* 2017, 377 (382); Deutscher Bundestag, Ausarbeitung der

Anwendung in der Vergangenheit dem Zweck diene, die mangels schneller Kommunikationsmittel unerwünscht lang andauernden Ratifikationsprozesse zu vermeiden,<sup>44</sup> sind heutzutage regelmäßig Effektivitäts- und Kontinuitätserwägungen für die vorläufige Anwendung entscheidend.<sup>45</sup>

Hinsichtlich des Rechtscharakters der vorläufigen Anwendung ergibt sich bereits aus dem Wortlaut des Art. 25 Abs. 1 WVKIO, dass diese auf einer eigenständigen, separaten Vereinbarung zwischen den Vertragsparteien beruht, die auf die Verpflichtungen des Hauptvertrags Bezug nimmt.<sup>46</sup> Eine solche enthält auch Art. 30 Abs. 3 lit. a CETA, die unter der Bedingung der gegenseitigen Notifizierung oder einer Vereinbarung nach Art. 30.7 Abs. 3 lit. a CETA steht. Durch die Vorschrift bringen die Parteien zum Ausdruck, dass der folgenden Notifizierung und Vereinbarung Rechtswirkung zukommen soll.<sup>47</sup>

Wie bereits der Sonderberichterstatter *Gómez-Robledo* im Bericht der *International Law Commission* verdeutlicht hat, kommt einer Vereinbarung zur vorläufigen Anwendung regelmäßig Bindungswirkung zu. Sie stellt keine reine Absichtserklärung dar, die Rechtswirkungen lediglich aufgrund guten Glaubens und *estoppel* entfaltet.<sup>48</sup> Hierfür sprechen neben Art. 18 WVKIO insbesondere Sinn und Zweck der Vereinbarung: Das durch die Vereinbarung geschaffene Vertrauen und der regelmäßig bestehende Staatenwille, dass die Vereinbarung nicht in unverbindlichem Raum bleibt, sprechen für eine regelmäßig bestehende Bindungswirkung.

---

Wissenschaftlichen Dienste, Fachbereich 6 – Europa, Zur rechtlichen Wirkung der Protokollerklärungen anlässlich des Erlasses der Ratsbeschlüsse über die Unterzeichnung und vorläufige Anwendung des CETA, 2016, Az. PE 6 - 3000 - 156/16, Fn. 9.

<sup>44</sup> *Krenzler*, Die vorläufige Anwendung völkerrechtlicher Verträge, 1963, S. 19 f.; *Kempen/Schiffbauer* (Fn. 43), S. 99.

<sup>45</sup> *Kleinlein* (Fn. 43), S. 380; umfassender Überblick hierüber bei *Gómez-Robledo*, First report on the provisional application of treaties, 3.6.2013, UN Dok. A/CN.4/664, § 25 ff.; *Kleinmann/Kübek*, The Signing, Provisional Application, and Conclusion of Trade and Investment Agreements in the EU: The Case of CETA and Opinion 2/15, LIEI 45 (2018), 13 (25).

<sup>46</sup> *Mathy*, in: Corten/Klein, The Vienna Conventions on the law of treaties. A commentary. Volume 1, 2011, Art. 25 Rn. 23; *Kempen/Schiffbauer* (Fn. 43), S. 104; *Kleinlein* (Fn. 43), S. 379.

<sup>47</sup> *Kempen/Schiffbauer* (Fn. 43), S. 101. Es handelt sich damit um einen Fall des Art. 25 Abs. 1 lit. a WVKIO.

<sup>48</sup> *Gómez-Robledo*, Second report on the provisional application of treaties, 9.6.2014, UN Dok. A/CN.4/675, § 24; *ders.* (Fn. 45), § 37; *Montag*, Völkerrechtliche Verträge mit vorläufigen Wirkungen, 1986, S. 48.

## 2. Inhaltlich begrenzte vorläufige Anwendung nicht ausgeschlossen

Vor diesem Hintergrund ist fraglich, ob aus völkerrechtlicher Perspektive die vorläufige Anwendung, wie vom *BVerfG* angenommen, nur für *bestimmte Teile* des gemischten Abkommens vereinbart werden kann.

Nach Ansicht der gegenwärtigen Praxis der EU können gemischte Abkommen in einen Unionsteil und einen mitgliedstaatlichen Teil unterteilt werden und die vorläufige Anwendung damit auf diejenigen Vertragsteile beschränkt werden, die, wenn sie alleiniger Bestandteil des Hauptvertrages wären, als *EU-only*-Abkommen nicht zustimmungspflichtig wären.<sup>49</sup> Hiernach ist es möglich, die vorläufige Anwendung auf bestimmte Materien zu begrenzen.

Jedoch erwachen Zweifel an der Rechtmäßigkeit dieser Praxis:

Begreift man die vorläufige Anwendung und den Hauptvertrag als zueinander akzessorisch, kann die vorläufige Anwendung möglicherweise nur im Umfang des Hauptvertrages stattfinden.

Ebenso wird bezweifelt, dass die Vereinbarung der vorläufigen Anwendung als *EU-only* von dem Verhandlungsmandat des Rates gemäß Art. 218 Abs. 2, Abs. 3 AEUV gedeckt ist, da dieses nur auf den Abschluss (und implizit die vorläufige Anwendung<sup>50</sup>) eines gemischten Abkommens gerichtet ist.<sup>51</sup>

Zwar sind die beiden Vereinbarungen in der Tat insofern akzessorisch, als dass die vorläufige Anwendung unter der auflösenden Beendigung des Inkrafttretens des Hauptvertrages steht. Für das Bedürfnis einer strengen *inhaltlichen* Akzessorietät ist jedoch dogmatisch kein Bedürfnis ersichtlich. Die vorläufige Anwendung beruht, wie gezeigt wurde, auf einer eigenständigen Vereinbarung, deren Inhalt die Parteien kraft ihrer Souveränität selbstständig bestimmen können. Es sind insofern keine Gründe ersichtlich, weshalb die vorläufige

---

<sup>49</sup> *Kempen/Schiffbauer* (Fn. 43), S. 116 mit Verweis auf die Freihandelsabkommen mit der Republik Korea, Peru und Kolumbien.

<sup>50</sup> *Lorenzmeier*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union I, 69. EL 2020, Art. 218 AEUV Rn. 42b.

<sup>51</sup> *Kempen/Schiffbauer* (Fn. 43), S. 117; ansatzweise auch *Bäumler*, Vom Vertragstext zum Inkrafttreten: Das Vertragsschlussverfahren im Mehrebenensystem am Beispiel CETA, EuR 2016, 607 (626), die ein entsprechendes Vorgehen als „systemwidrig“ bezeichnet.

Anwendung nicht nur für diejenigen Teile vereinbart werden kann, die sich in der EU-Kompetenz befinden.<sup>52</sup>

Zum anderen erstreckt sich auch das Verhandlungsmandat auf die Vereinbarung der inhaltlich begrenzten vorläufigen Anwendung. Die inhaltlich begrenzte vorläufige Anwendung bezieht sich nicht auf ein *aliud* im Vergleich zum Hauptvertrag, sondern stellt lediglich ein *minus* dar. Ein hierauf gerichtetes Verhandlungsmandat beinhaltet daher implizit entsprechende Spielräume für die Vereinbarung einer begrenzten vorläufigen Anwendung.

Insofern sind aus völkerrechtlicher Perspektive keine Gründe ersichtlich, die gegen die vorläufige Anwendung nur eines *bestimmten Teils* des gemischten Abkommens sprechen.

### 3. „Vorbehalte“ zur inhaltlich begrenzten vorläufigen Anwendung

Nach Ansicht des *BVerfG* soll die Bundesregierung „Vorbehalte“ zur Begrenzung der vorläufigen Anwendung anbringen. In Betracht kommt ein Vorbehalt Deutschlands zu Art. 30 Abs. 3 lit. a CETA mit dem Inhalt, dass die vorläufige Anwendung des Abkommens hinsichtlich bestimmter Materien generell nicht möglich ist.

#### a) CETA als multilaterales Abkommen

Gemäß Art. 2 Abs. 1 lit. d WVKIO bezeichnet der Begriff des Vorbehalts eine Erklärung mit dem Zweck, die Rechtswirkung von Vertragsbestimmungen auf Staaten oder Organisationen auszuschließen oder zu ändern.

Aus systematischen Erwägungen ergibt sich, dass ein Vorbehalt nur im Rahmen von multilateralen Abkommen erklärt werden kann. So hätte ein Vorbehalt zu bilateralen Verträgen zur Folge, dass bei Ablehnung mangels Einigung kein Vertrag oder bei Annahme ein modifizierter Vertrag zustande kommt.<sup>53</sup>

---

<sup>52</sup> Sofern Klarheit über die Kompetenzgrenzen besteht. Bedenken bestehen bei einer fehlenden Klarstellung der Kompetenzverteilung innerhalb des Vertrags und bei dem Fehlen einer Trennungsklausel, beides ist zur Wahrnehmung der Integrationsverantwortung erforderlich, vgl. *Nettesheim* (Fn. 8), S. 40 ff.

<sup>53</sup> *Heinschel von Heinegg*, in: Ipsen, *Völkerrecht*, 7. Aufl. 2018, § 17 Rn. 7; *von Arnould*, *Völkerrecht*, 4. Aufl. 2019, § 3 Rn. 216.

CETA wurde aufgrund der Kompetenzteilung zwischen EU und Mitgliedsstaaten<sup>54</sup> als gemischtes Abkommen<sup>55</sup> abgeschlossen, wobei Kanada, die EU und die Mitgliedsstaaten Vertragsparteien des Abkommens sind. Art. 30 Abs. 3 lit. a CETA beruht damit auf einer multilateralen Vereinbarung, sodass Deutschland diesbezüglich Vorbehalte anbringen kann.<sup>56</sup>

*b) Zeitpunkt der Wirkung von Vorbehalten*

Vorbehalte wirken erst mit Wirksamwerden der Vereinbarung, auf die sie Bezug nehmen.<sup>57</sup> Daher erscheint es möglich, dass ein Vorbehalt Deutschlands erst mit der *Ratifikation* von CETA wirkt und damit hinsichtlich der *vorläufigen Anwendung* keine Rechtswirkung entfalten kann.

Art. 30 Abs. 3 lit. a CETA stellt jedoch, wie gezeigt wurde, eine eigenständige völkerrechtliche Vereinbarung dar. Diese wird, wie aus ihrem Zweck hervorgeht, abweichend von Art. 30.7 Abs. 2 CETA bereits mit der Unterzeichnung durch die Parteien wirksam,<sup>58</sup> sodass Vorbehalte zu Art. 30 Abs. 3 lit. a CETA bereits zu diesem Zeitpunkt wirksam werden. Damit kann ein Vorbehalt Deutschlands zu Art. 30 Abs. 3 lit. a CETA Rechtswirkungen bei der vorläufigen Anwendung des Abkommens entfalten.

---

<sup>54</sup> Sattler (Fn. 32), S. 54; Grupp, Gemischte Abkommen, in: Bergmann, Handlexikon der Europäischen Union, 5. Aufl. 2015.

<sup>55</sup> Es handelt sich um ein bilaterales gemischtes Abkommen, bei dem die EU und die Mitgliedsstaaten mangels Trennungsklausel aufgrund von Treu und Glauben gesamtschuldnerisch für die Erfüllung der Vertragspflichten haften. Zu der Unterscheidung zwischen bilateralen und multilateralen gemischten Abkommen *van der Loo/Wessel*, The non-ratification of mixed agreements: Legal consequences and solutions, CMLR 54 (2017), 735 (736). Vgl. zu CETA auch *Deutscher Bundestag*, Ausarbeitung der Wissenschaftlichen Dienste, Fachbereich 6 – Europa, Fragen zur Beendigung von CETA, 2017, Az. PE 6-3000-11/17, S. 4; Möldner, European Community and Union, Mixed Agreements, in: Max Planck Encyclopedia of Public International Law, 5/2011, Rn. 13; Schmalenbach, in: Calieff/Ruffert, EUV/AEUV. Kommentar, 5. Aufl. 2016, Art. 216 AEUV Rn. 7; Kaiser, Gemischte Abkommen im Lichte bundesstaatlicher Erfahrungen. Eine rechtsvergleichende Studie zur Völkervertragspraxis der EG, 2009, S. 87 f. Für eine solche Einordnung gemischter Abkommen auch Generalanwalt Jacobs, Schlussantrag Rs. C-316/91, 10. Nov. 1993, Slg. 1994 I-00625, Rn. 69.

<sup>56</sup> Dass die vorläufige Anwendung lediglich zwischen der EU und Kanada vereinbart werden soll, steht dem nicht entgegen. Konstruktiv wird dies dadurch möglich, dass nur die EU (und nicht die Mitgliedsstaaten) den Bedingungseintritt nach Art. 30 Abs. 3 lit. a CETA herbeiführt.

<sup>57</sup> Weiß, Gutachten zur Realisierbarkeit von Präzisierungen und Korrekturen am CETA in der Ratifikationsphase, 2016, S. 5.

<sup>58</sup> Kempen/Schiffbauer (Fn. 43), S. 104.

c) Verstoß gegen Art. 19 lit. a WVKIO

Ein Vorbehalt Deutschlands zur inhaltlichen Begrenzung der vorläufigen Anwendung könnte nach Art. 19 lit. a WVKIO unzulässig sein. Ein Vorbehalt ist hiernach unzulässig, wenn der Vertrag den Vorbehalt verbietet. Ein *explizites* Verbot von Vorbehalten beinhaltet CETA nicht. Art. 30.7 Abs. 3 lit. b CETA könnte jedoch *implizit* Vorbehalte zur Begrenzung der vorläufigen Anwendung verbieten, sodass ein hierauf gerichteter Vorbehalt unzulässig wäre.

aa) Art. 19 lit. a WVKIO und implizite Verbote

Während der Wortlaut des Art. 19 lit. a WVKIO keine klare Aussage darüber trifft, ob auch ein *implizites* Verbot eines Vorbehalts zu dessen Unzulässigkeit führt, sprechen insbesondere Erwägungen der Rechtssicherheit gegen diese Annahme.<sup>59</sup> Zu berücksichtigen sind nach Art. 32 lit. a WVK jedoch die vorbereitenden Arbeiten zu Art. 19 WVK: Nach diesen sind „reservations expressly or *impliedly* prohibited by the terms of the treaty“ unzulässig. Auch systematisch legt ein Vergleich mit Art. 19 lit. c WVKIO nahe, dass Vorbehalte dem Grundgedanken des Vertrages nicht widersprechen dürfen. Vor diesem Hintergrund führt nach Art. 19 lit. c WVKIO auch ein *implizites* Verbot eines Vorbehalts zu dessen Unzulässigkeit.<sup>60</sup>

bb) Art. 30.7 Abs. 3 lit. b CETA als implizites Verbot

Ein implizites Verbot ist gegeben, wenn aufgrund logischer Operationen auf einen entsprechenden Willen der Parteien geschlossen werden kann.<sup>61</sup> Vorliegend kann aus der Existenz und dem Zweck des Art. 30.7 Abs. 3 lit. b CETA auf das Verbot eines Vorbehalts zur inhaltlichen Begrenzung der vorläufigen Anwendung geschlossen werden.

CETA wird nicht *direkt* aufgrund von Art. 30.7 Abs. 3 lit. a CETA, sondern erst aufgrund der Notifizierung oder Vereinbarung nach Art. 30.7 Abs. 3 lit. a CETA vorläufig angewendet. Nach Art. 30.7 Abs. 3 lit. b CETA können hierbei Bestimmungen von CETA von der vorläufigen Anwendung ausgenommen werden.

---

<sup>59</sup> Giegerich, Treaties, Multilateral, Reservations to, in: Max Planck Encyclopedia of Public International Law, 10/2010, Rn. 9.

<sup>60</sup> Pellet, in: Corten/Klein (Fn. 46), Art. 19 Rn. 77; Tomuschat, Admissibility and Legal Effects of Reservations to Multilateral Treaties, ZaöRV 27 (1967), 463 (469).

<sup>61</sup> Tomuschat (Fn. 60), S. 470.



Das hierin verankerte Notifikations- und Widerspruchsverfahren soll Rechtsklarheit hinsichtlich des Umfangs der vorläufigen Anwendung schaffen. Gleichzeitig soll das Konsultationserfordernis Klarheit über die Erwägungen der Parteien bringen und eine Möglichkeit zur Einigung eröffnen.

Könnte der Umfang der vorläufigen Anwendung außerhalb des Verfahrens nach Art. 30.7 Abs. 3 lit. b CETA durch einen entsprechenden Vorbehalt begrenzt werden, könnten diese Erfordernisse nicht erfüllt werden. Da Vorbehalte zum Umfang der vorläufigen Anwendung durch alle 30 Vertragsparteien erklärt werden könnten, bestünde keine hinreichende Rechtssicherheit hinsichtlich des möglichen Inhalts der vorläufigen Anwendung. Auch würde das Konsultationserfordernis durch die antizipierte inhaltliche Begrenzung der vorläufigen Anwendung umgangen werden, da ein solches im Rahmen der Erklärung eines Vorbehalts nicht vorgesehen ist.

Mit der Normierung des Verfahrens nach Art. 30.7 Abs. 3 lit. b CETA zur inhaltlichen Begrenzung der vorläufigen Anwendung haben die Vertragsparteien damit implizit vereinbart, dass Vorbehalte zur Begrenzung der vorläufigen Anwendung nicht angebracht werden dürfen.

Damit kann Deutschland einen Vorbehalt zu CETA zur inhaltlichen Begrenzung der vorläufigen Anwendung nach Art. 19 lit. a WVKIO nicht erklären.

*d) Keine Erklärung Deutschlands nach Art. 30 Abs. 3 lit. b CETA*

Deutschland könnte jedoch eine Erklärung nach Art. 30.7 Abs. 3 lit. b CETA abgeben, um Bestimmungen von der vorläufigen Anwendung auszunehmen, wenn es Vertragspartei i. S. d. Art. 30.7 Abs. 3 lit. b CETA wäre.

Die Vertragsparteien könnten nach der Definition des Art. 1.1 CETA zu bestimmen sein. EU-Vertragspartei bezeichnet hiernach (1) entweder die EU (2) oder die jeweiligen Mitgliedsstaaten (3) oder die EU und die Mitgliedsstaaten. Dies richtet sich nach der internen Kompetenzverteilung.<sup>62</sup>

Hiernach wären die Mitgliedsstaaten nach Art. 1.1 CETA Vertragsparteien der vorläufigen Anwendung und damit zur Abgabe von Erklärungen nach Art. 30.7

---

<sup>62</sup> Hierzu *Fischer-Lescano*, Antrag Organstreitverfahren und Verfassungsbeschwerde zu BVerfGE 143, 65, 15.7.2016, S. 5, abrufbar unter: [www.mehr-demokratie.de/fileadmin/pdf/2016-08\\_Verfassungsbeschwerde\\_Fischer-Lescano\\_CETA-Organklage\\_15.7.2016.pdf](http://www.mehr-demokratie.de/fileadmin/pdf/2016-08_Verfassungsbeschwerde_Fischer-Lescano_CETA-Organklage_15.7.2016.pdf) (zuletzt abgerufen am 30.6.2020) und *Holterbus* (Fn. 9), S. 899.

Abs. 3 lit. b CETA befugt, sobald die EU die vorläufige Anwendung in einem Bereich erklärt, der in die Kompetenz der Mitgliedsstaaten fällt.

Dies widerspricht jedoch der *Systematik* und dem *Telos* des Art. 30.7 Abs. 3 CETA. Aus Gründen der Rechtssicherheit muss die Erklärung nach Art 30.7 Abs. 3 lit. b CETA von derjenigen Partei abgegeben werden, die die vorläufige Anwendung erklärt hat. Hierzu müssen die vorläufige Anwendung und die Ausnahme von Vorschriften aus „gleicher Hand“ kommen. Mangels Trennungsklausel wäre für Kanada auch nicht ersichtlich, wer Erklärungen nach Art. 30.7 Abs. 3 lit. b CETA bezüglich welcher Gegenstände abgeben darf.

Auch spricht die systematische Stellung des Art. 30.7 Abs. 3 lit. b CETA – die Vorschrift folgt auf Art. 30.7 Abs. 3 lit. a CETA – dafür, nur diejenige Partei als Vertragspartei i. S. d. Vorschrift zu betrachten, die die vorläufige Anwendung erklärt hat.

Wird die vorläufige Anwendung damit durch die EU erklärt, kann auch nur die EU Bestimmungen des Abkommens nach Art. 30.7 Abs. 3 lit. b CETA von der vorläufigen Anwendung ausnehmen.

#### e) *Deutsches Einwirken auf den Rat der EU*

Möglich erscheint vor diesem Hintergrund nur, dass die Bundesregierung bewirkt, dass die EU den Vertrag über die vorläufige Anwendung auf solche Materien beschränkt, die in die Kompetenz der EU fallen. Dies kann durch eine Erklärung nach Art. 30.7 Abs. 3 lit. b CETA geschehen.

## 4. Ergebnis

Einwände gegen eine *inhaltlich begrenzte* vorläufige Anwendung sind nicht ersichtlich. Eine hierauf gerichtete Erklärung kann jedoch aus völkerrechtlicher Sicht und entgegen dem *BVerfG* nicht durch die Mitgliedsstaaten als Vorbehalt oder Erklärung nach Art. 30.7 Abs. 3 lit. b CETA abgegeben werden. Völkerrechtlich ist die Vorgabe damit nur geeignet, einen Ultra-Vires-Akt bei der vorläufigen Anwendung des Abkommens zu verhindern, wenn die Begrenzung der vorläufigen Anwendung durch den Rat der EU erklärt wird.

## II. Interinstitutionelle Vereinbarung

Zum Schutz der Verfassungsidentität nach Art. 79 Abs. 3 GG schlägt das *BVerfG* den Abschluss einer dem *Luxemburger Kompromiss* ähnlichen „interinstitutionellen Vereinbarung“ vor, nach der Beschlüsse nach Art. 30.2

Abs. 2 CETA nur auf Grundlage eines vom Rat  *einstimmig*  beschlossenen Gemeinsamen Standpunkts nach Art. 218 Abs. 9 AEUV gefasst werden.<sup>63</sup>

Die völkerrechtliche Vereinbarung (1.) ist aus Sicht des Völkerrechts überzeugend, wenn sie völkerrechtlich wirksam umgesetzt werden kann (2.) und im Außenverhältnis gegenüber Kanada Wirkung entfaltet (3.). Nur dann ist die demokratische Legitimation der Beschlüsse des CETA-Ausschusses rechtlich gesichert.

### 1. Rechtscharakter

#### a) *Interinstitutionelle Vereinbarung i. S. d. Art. 295 S. 2 AEUV*

Die durch das  *BVerfG*  vorgeschlagene Vereinbarung ist – entgegen dessen Einordnung – keine interinstitutionelle Vereinbarung nach Art. 295 S. 2 AEUV. Die in Art. 295 S. 2 AEUV geregelte interinstitutionelle Vereinbarung bezieht sich auf die Interorgan-Kooperation innerhalb der EU, sodass sich die Abschlusskompetenz auf die drei genannten Organe beschränkt.<sup>64</sup> Eine solche zwischen-organschaftliche Vereinbarung soll jedoch vorliegend nicht getroffen werden.

#### b) *Beschluss des Rates als Gemeinschaftsorgan*

Damit der Rat als  *Gemeinschaftsorgan*  eine derartige Maßnahme als  *Beschluss*  beschließen kann, muss er eine entsprechende Kompetenz besitzen.<sup>65</sup> Eine Rechtsgrundlage für die Änderung der Mehrheitsverhältnisse durch den Rat ist jedoch nicht ersichtlich.<sup>66</sup>

---

<sup>63</sup> BVerfGE 143, 65 (100).

<sup>64</sup> Holterbus (Fn. 9), S. 899;  *Krajewski/Rösslein* , in: Grabitz/Hilf/Nettesheim I (Fn. 50), Art. 295 AEUV Rn. 13;  *van Vormizeele* , in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl. 2015, Art. 295 AEUV Rn. 3;  *Demper* , Kooperationsstrukturen und Kooperationsvereinbarungen zwischen der EU und den Mitgliedsstaaten im Rahmen gemischter Abkommen, 2018, S. 288.

<sup>65</sup>  *Bast* , Grundbegriffe der Handlungsformen der EU entwickelt am Beschluss als praxishenariierter Handlungsform des Unions- und Gemeinschaftsrechts, 2006, S. 286;  *von Alemann* , Der Rat der Europäischen Union, 2009, S. 56.

<sup>66</sup>  *Everling* , Mehrheitsabstimmung im Rat der EU nach dem Verfassungsvertrage – Rückkehr zu Luxemburg und Ioannina?, in: Gaitanides/Kadelbach/Iglesias, Europa und seine Verfassung. Festschrift für Manfred Zuleeg zum siebzigsten Geburtstag, 2005, S. 158 (173); ähnlich auch:  *Calies* , in: Calies/Ruffert (Fn. 55), Art. 16 EUV Rn. 24;  *Streinz* , Die Luxemburger Vereinbarung, 1984, S. 35; i. E.  *Seidl-Hohewaldern* , Consensus in den Vereinten Nationen und in den europäischen Gemeinschaften. Gedanken zur

Da das Einstimmigkeitserfordernis nicht zur Verwirklichung eines Vertragsziels erforderlich ist, kommt eine Lückenschließung nach Art. 352 Abs. 1 S. 1 AEUV nicht in Betracht.

Auch kann der Inhalt einer derartigen Vereinbarung nicht Teil der Geschäftsordnung nach Art. 240 Abs. 3 Var. 2 AEUV sein. So dürfen Bestimmungen der Geschäftsordnung lediglich die vertraglichen Vorgaben ergänzen und hierbei nicht gegen Primärrecht verstoßen.<sup>67</sup> Die Vereinbarung regelt nicht nur das Abstimmungsverfahren, sondern schränkt auch Art. 218 Abs. 8 AEUV und das Verfassungsprinzip der Supranationalität ein. Der Inhalt kann damit nicht Teil einer Geschäftsordnung sein.<sup>68</sup>

Es besteht somit keine Kompetenz des Rats als Gemeinschaftsorgan, sodass der Rat die Übereinkunft nicht als Beschluss fassen kann, der dem Gemeinschaftsrecht zuzuordnen wäre.

*c) Uneigentlicher Beschluss des Rates als Regierungskonferenz*

Die Mitgliedsstaaten könnten jedoch im Rat als Regierungskonferenz einen *uneigentlichen Ratsbeschluss* auf Basis ihrer völkerrechtlichen Handlungsfähigkeit fassen.<sup>69</sup> Dieser wird als verbindlicher Rechtsakt nicht durch den Rat als Organ gefasst, sondern von dessen Mitgliedern in einer ad hoc konstituierten Regierungskonferenz im zeitlichen Zusammenhang mit einer Ratssitzung.<sup>70</sup>

Völkerrechtlich ist der *uneigentliche Ratsbeschluss* aufgrund der von den Mitgliedsstaaten beabsichtigten Bindungswirkung als eigenständiges

---

„Luxemburg-Vereinbarung“ vom 29. Jänner 1966, in: Lüke/Ress/Will, Rechtsvergleichung, Europarecht und Staatenintegration. Gedächtnisschrift für Léontin-Jean Constantinesco, 1983, S. 695 (700); *EuGH*, NJW 1989, 1425 (1427).

<sup>67</sup> *Obvexer*, in: Streinz (Fn. 33), Art. 240 AEUV Rn. 58 f.; *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim I (Fn. 50), Art. 240 AEUV Rn. 46.

<sup>68</sup> So auch *Streinz* (Fn. 66), S. 36, andere Ansicht ohne nähere Begründung *Holterbus* (Fn. 9), S. 899.

<sup>69</sup> *Streinz* (Fn. 66), S. 33; *Ipsen*, Europäisches Gemeinschaftsrecht, 1972, § 22 Rn. 7, von *Alemann* (Fn. 65), S. 56.

<sup>70</sup> *Von Bogdandy/Bast/Arndt*, Handlungsformen im Unionsrecht. Empirische Analysen und dogmatische Strukturen im vermeintlichen Dschungel, *ZaöRV* 62 (2002) 77 (Fn. 187); *Bast* (Fn. 65), S. 286; *Oppermann/Classen/Nettesheim*, Europarecht. Ein Studienbuch, 8. Aufl. 2018, § 9 Rn. 147 f.; *Haag/Kotzur*, in: Bieber/Epiney/Haag/Kotzur (Fn. 39), § 6 Rn. 43 f.

völkerrechtliches Übereinkommen der Mitgliedsstaaten einzuordnen, das im vereinfachten Verfahren zustande kommt.<sup>71</sup>

## 2. Völkerrechtliche Wirksamkeit

Im Hinblick auf die völkervertragsrechtliche Wirksamkeit der völkerrechtlichen Übereinkunft stellt sich die Frage, ob diese als Vertragsänderung des AEUV einzuordnen (a) und ob eine solche außerhalb des Verfahrens des Art. 48 EUV völkerrechtlich zulässig ist (b) und c).<sup>72</sup>

### a) Vorliegen einer Vertragsänderung

Vertragsänderungen richten sich grundsätzlich nach Art. 39 WVK<sup>73</sup>, Art. 48 EUV. Vertragsänderung ist nicht nur jede Änderung des Wortlauts der Vertragstexte, sondern auch jede ergänzende Neuregelung, durch die die Systematik und Reichweite der bisherigen Regelungen verändert wird.<sup>74</sup>

Nach Art. 218 Abs. 9 AEUV werden Gemeinsame Standpunkte durch Beschluss gefasst. Ob auf die Mehrheitsverhältnisse bei der Beschlussfassung Art. 218 Abs. 8 AEUV oder Art. 16 Abs. 3 EUV<sup>75</sup> Anwendung findet, kann dahinstehen, da nach beiden Vorschriften eine qualifizierte Mehrheit erforderlich ist.

Durch die Vereinbarung soll sichergestellt werden, dass Beschlüsse des CETA-Ausschusses nur auf Grundlage eines  *einstimmig*  gefassten Gemeinsamen Standpunkts getroffen werden. Hierdurch werden nicht nur die Vertreter der EU im CETA-Ausschuss an einen solchen Standpunkt gebunden, sondern ebenso die Mehrheitserfordernisse für den Beschluss des Gemeinsamen Standpunkts

---

<sup>71</sup> Seidl-Hobenveldern (Fn. 66), S.700; Frenz, Handbuch Europarecht V, 2010, Rn. 1423; von Bogdandy/Arndt/Bast, (Fn. 70), Fn. 187; Bast (Fn. 65), S. 288; anderes wird für die  *Luxemburger Vereinbarung*  angenommen, die lediglich eine außerrechtliche Abmachung darstellt, vgl. Streinz (Fn. 66), S. 37 ff.

<sup>72</sup> Geht man hingegen davon aus, dass es sich um eine Maßnahme des Rates als Gemeinschaftsorgan handelt, so ist zu prüfen, ob diese aus unionsrechtlicher Sicht zulässig ist, insb., ob ein Verstoß gegen das Prinzip der Supranationalität als grundlegendes Verfassungsprinzip der EU vorliegt, ansatzweise hierzu Streinz (Fn. 66), S. 50 ff.

<sup>73</sup>  *Vienna Convention on the Law of Treaties*  (WVK), 23.5.1969, UNTS 1155, S. 331, ratifiziert durch 35 Staaten, in Kraft getreten am 27.1.1980.

<sup>74</sup> Meng, in: Von der Groeben/Schwarze/Hatje (Fn. 64), Art. 48 EUV Rn. 4.

<sup>75</sup> Gegen eine Anwendung des Art. 218 Abs. 8 AEUV spricht dessen systematische Stellung: Art. 218 Abs. 8 AEUV steht vor Art. 218 Abs. 9 AEUV, vgl. Lorenzmeier, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim I (Fn. 50), Art. 218 AEUV Rn. 63a i. V. m. Rn. 59. Anders ohne nähere Begründung  *EuGH* , Urt. v. 18.12.2014, C-81/13,  *Vereinigtes Königreich Großbritannien und Nordirland ./.* Rat der EU, Rn. 66.

verändert. Die Vereinbarung nimmt damit eine ergänzende Regelung bezüglich Art. 218 Abs. 8 AEUV für Standpunkte hinsichtlich des CETA-Ausschusses vor, sodass eine Vertragsänderung vorliegt.

*b) Vertragsänderungskompetenz neben Art. 48 EUV*

Da die Änderung des Art. 218 Abs. 8 AEUV ausschließlich durch den Rat der EU erfolgen würde, würde das Vertragsänderungsverfahren des Art. 48 EUV nicht eingehalten werden.

Vor diesem Hintergrund ist fraglich, ob die Mitgliedsstaaten der EU aus völkerrechtlicher Sicht die Kompetenz besitzen, *außerhalb des Verfahrens nach Art. 48 EUV* die Verträge der EU zu ändern. Zu unterscheiden ist dies von der europarechtlichen Zulässigkeit der Vertragsänderung, die nicht Gegenstand der vorliegenden Untersuchung ist.<sup>76</sup>

Grundsätzlich verfügen die Staaten nach Art. 6 WVK aufgrund ihrer Souveränität über die unbeschränkte und unveräußerliche völkerrechtliche Vertragsabschlussfreiheit.<sup>77</sup> Insofern würde ein völkerrechtlicher Vertrag über die Änderung der Mehrheitsverhältnisse nach dem Grundsatz *lex posterior derogat legi priori* des Art. 39 WVK vorgehen und Art. 218 Abs. 8 AEUV ändern.<sup>78</sup>

*aa) Beschränkung der Völkerrechtssubjektivität*

Im Hinblick auf die Integrationsdichte der EU könnten die Mitgliedstaaten durch die Errichtung der EU ihre Völkerrechtssubjektivität in Bezug auf die Gemeinschaft aufgeben haben und nicht mehr die Befugnis besitzen, von den Handlungsregeln des allgemeinen Völkerrechts – und somit auch von ihrer Souveränität zur Änderung der EU-Verträge – abweichend vom Gemeinschaftsrecht Gebrauch zu machen.<sup>79</sup> Sie hätten damit auch ihre völkerrechtliche Dispositionsbefugnis zur Änderung des Art. 218 Abs. 8 AEUV außerhalb des Verfahrens des Art. 48 EUV verloren.

Hierfür sprechen die Entscheidungen des *EuGH* in der Rs. 43/75 (*Defrenne/Sabena*), wonach das Primärrecht nur nach dem vertraglich vorgesehenem Änderungsverfahren geändert werden kann,<sup>80</sup> und in der

<sup>76</sup> Vgl. hierzu *Cremer*, in: *Caliess/Ruffert* (Fn. 55), Art. 48 EUV Rn. 21.

<sup>77</sup> *Repasi*, Völkervertragliche Freiräume für EU-Mitgliedsstaaten, *EuR* 2013, 45 (47).

<sup>78</sup> *Streinzi* (Fn. 66), S. 48; *Cremer*, in: *Caliess/Ruffert* (Fn. 55), Art. 48 EUV Rn. 20.

<sup>79</sup> Problemaufriss bei *Klein/Schmahl*, in: *Vitzthum/Proelß*, *Völkerrecht*, 6. Aufl. 2013, S. 259 Rn. 47; *Ipsen* (Fn. 69), § 9 Rn. 60.

<sup>80</sup> *EuGH*, *Urt. v. 8.4.1976, 43/75, Defrenne ./ Sabena*, Rn. 56/58.

Rs. 68/86, wonach die Grundsätze über die Willensbildung der Organe nicht zur Disposition der Mitgliedstaaten stehen<sup>81</sup>.

Art. 48 EUV kann jedoch nicht entnommen werden, dass die Mitgliedstaaten ihre Vertragsabschlussfähigkeit bezüglich der Änderung des Primärrechts aufgeben wollten.<sup>82</sup> Sie sind keine Organe der EU, die in Ausübung ihrer Kompetenzen die Verträge nur in einem bestimmten Verfahren ändern dürfen.<sup>83</sup> Für eine „quasidingliche“ Übertragung der Hoheitsrechte, verbunden mit dem Verlust des völkerrechtlichen „Könnens“ bestehen keine Anhaltspunkte. Die Gemeinschaftshoheit wirkt lediglich *neben* der mitgliedstaatlichen Hoheit; indes bleiben die Mitgliedsstaaten die „Herren“ der Verträge.<sup>84</sup> Auch ist das Rechtsstaatlichkeit garantierende Verfahren des Art. 48 EUV kein Ausdruck von *ius cogens* i. S. d. Art. 53 WVK, das einer Änderung durch die Mitgliedstaaten nicht zugänglich ist.<sup>85</sup>

bb) Völkerrechtlicher Verzicht auf Abänderung des Art. 48 EUV

Durch die Normierung des Art. 48 EUV könnten die Mitgliedsstaaten jedoch darauf *verzichtet* haben, die EU-Verträge außerhalb der Formvorschriften des Art. 48 EUV zu ändern. Sie wären diesbezüglich in der *Ausübung* ihrer Souveränität beschränkt. Ein solcher Verzicht wäre nach Treu und Glauben einseitig bindend, wie auch der IGH im *Nuclear-Test-Fall* festgestellt hat.<sup>86</sup>

Die Grundsätze der Funktions- und Steuerungsfähigkeit des Gemeinschaftsrechts und der Rechtssicherheit sprechen dafür, dass die Mitgliedsstaaten mit Vereinbarung des Art. 48 EUV konkludent auf die Ausübung ihrer Souveränität hinsichtlich der formfreien Vertragsänderung verzichtet haben.

---

<sup>81</sup> *EuGH*, NJW 1989, 1425 (1427). Diese können jedoch auch so gelesen werden, dass sie sich lediglich auf die *unionsrechtliche Zulässigkeit* beziehen.

<sup>82</sup> *Repasi* (Fn. 77), S. 49; *Seidl-Hobenveldern* (Fn. 66), S. 700; *Nettesheim*, Normenhierarchien im EU-Recht, EuR 2006, 737 (741 ff.); *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Europarecht, 12. Aufl. 2020, Rn. 99.

<sup>83</sup> *Nettesheim* (Fn. 82), S. 741.

<sup>84</sup> *Repasi* (Fn. 77), S. 49; *Cremer*, in: *Caliess/Ruffert* (Fn. 55), Art. 48 EUV Rn. 20; *Pechstein*, in: *Streinz* (Fn. 33), Art. 48 EUV Rn. 14.

<sup>85</sup> *Cremer*, in: *Caliess/Ruffert* (Fn. 55), Art. 48 EUV Rn. 20; *Haratsch/Koenig/Pechstein* (Fn. 82) Rn. 99.

<sup>86</sup> *IGH*, *Nuclear Tests (Australia v. France)*, Urt. v. 20.12.1974, ICJ-Reports 1974, 253 (268); ausführlich hierzu *Dörr*, in: *Ipsen* (Fn. 53), § 22 Rn. 4 ff.

Gleichwohl können die Mitgliedsstaaten *einvernehmlich* den Verzicht aufgrund ihrer Souveränität durch einen *actus contrarius* aufheben.<sup>87</sup> Infolgedessen bestünde weiterhin ihre völkerrechtliche Dispositionsbefugnis zur Änderung des Art. 218 Abs. 8 AEUV.<sup>88</sup>

c) Ergebnis

Weder haben die Mitgliedsstaaten ihre Souveränität zur Änderung der Verträge auf die EU übertragen, noch bindet sie ein durch die Zustimmung zu Art. 48 EUV konkludent erklärter Verzicht zur Vertragsänderung außerhalb des Verfahrens des Art. 48 EUV, da dieser Verzicht durch die Mitgliedsstaaten aufgrund ihrer Souveränität aufgehoben werden kann. Damit können die Mitgliedsstaaten grundsätzlich Art. 218 Abs. 8 AEUV völkerrechtlich wirksam durch einen *uneigentlichen Ratsbeschluss* ändern.

c) Nichtigkeit der Vertragsänderung nach Art. 46 Abs. 1 WVK

Würde vor dem Abschluss des *uneigentlichen Ratsbeschlusses* des Rates die nach Art. 23 Abs. 1 S. 2 GG zur Vertragsänderung erforderliche Zustimmung des Bundestages<sup>89</sup> nicht eingeholt werden, wäre die Vertragsänderung möglicherweise nach Art. 46 Abs. 1 WVK unwirksam. Hierzu müsste die Verletzung der innerstaatlichen Zuständigkeitsvorschrift offenkundig sein und eine innerstaatliche Rechtsvorschrift von grundlegender Bedeutung betreffen.

Die für die Beachtlichkeit des Verstoßes erforderliche Offenkundigkeit setzt nach Art. 46 Abs. 2 WVK die objektive Erkennbarkeit voraus. Man könnte annehmen, dass die Mitgliedsstaaten aufgrund des Näheverhältnisses der Staaten innerhalb der Gemeinschaft über Kenntnis über die jeweiligen innerstaatlichen Zustimmungserfordernisse verfügen.<sup>90</sup> Mag dies in den Anfängen der EG aufgrund der geringen Anzahl an Mitgliedsstaaten noch möglich gewesen sein,<sup>91</sup> kann diese Kenntnis bei gegenwärtig 27 Mitgliedsstaaten aufgrund der Fülle an unterschiedlichen Verfahrensweisen jedoch nicht angenommen werden. Insofern ist Offenkundigkeit nicht gegeben; ein etwaiger Verstoß gegen Art. 23 Abs. 1 S. 2 GG wäre nicht nach Art. 46 Abs. 1 WVK relevant.

<sup>87</sup> Cremer, in: Calies/Ruffert (Fn. 55), Art. 48 EUV Rn. 20.

<sup>88</sup> So für die Luxemburger Vereinbarung auch Streinz (Fn. 66), S. 38 f.

<sup>89</sup> Streinz (Fn. 66), S. 39; Ipsen (Fn. 69), § 22 Rn. 12; insgesamt auch Jarass, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. Kommentar, 15. Aufl. 2018, Art. 23 Rn. 27.

<sup>90</sup> Streinz (Fn. 66), S. 39.

<sup>91</sup> Streinz (Fn. 66), S. 40.



*d) Zwischenergebnis*

Wie vom *BVerfG* vertreten, kann damit eine Vereinbarung über die erforderliche Einstimmigkeit im Rahmen von Art. 218 Abs. 8 AEUV völkerrechtlich wirksam abgeschlossen werden.

**3. Keine Bindungswirkung im Außenverhältnis**

Die Vorgabe des *BVerfG* ist indes nur überzeugend, wenn ein Verstoß gegen den uneigentlichen Ratsbeschluss durch die Vertreter der EU im CETA-Ausschuss auch Kanada im Außenverhältnis entgegengehalten werden kann. Es ist fraglich, ob ein Verstoß zur Unwirksamkeit des Beschlusses des CETA-Ausschusses führt.

*a) Art. 27 Abs. 2, 46 Abs. 2 WVKIO*

Während Art. 46 Abs. 2 WVKIO die Verletzung innerer Vorschriften der Organisation bei der *Zustimmung zum Vertrag* für grundsätzlich unbeachtlich erklärt, ist nach Art. 27 Abs. 2 WVKIO der Verstoß gegen interne Vorschriften bei der *Ausführung des Vertrages* irrelevant.<sup>92</sup> Während Art. 27 Abs. 2 WVKIO damit einen wirksamen Vertrag voraussetzt, befasst sich Art. 46 Abs. 2 WVKIO mit dem wirksamen Zustandekommen des Vertrages und ist insofern vorrangig.<sup>93</sup>

Den Vorschriften liegt das – aus den Prinzipien der Rechtssicherheit<sup>94</sup> und des guten Glaubens<sup>95</sup> abzuleitende – Prinzip zugrunde,<sup>96</sup> dass das Innenrecht eines Staates oder einer Organisation auf das Völkerrecht möglichst wenig Einfluss haben sollte.<sup>97</sup> Die Kompetenzen sind dem Binnenbereich der Organisation oder

---

<sup>92</sup> Zur Entstehungsgeschichte: *Geck*, The Conclusion of Treaties in Violation of the Internal Law of a Party. Comments on Arts. 6 and 43 of the ILC's 1966 Draft Articles on the Law of Treaties, *ZaöRV* 27 (1967), 429 (432) und *Kearney*, Internal Limitations on External Commitments — Article 46 of the Treaties Convention, *ILJ* 4 (1969), 1 (1).

<sup>93</sup> *Schmalenbach*, in: Dörr/Schmalenbach (Fn. 43), Art. 27 Rn. 2.

<sup>94</sup> *Geck*, Die völkerrechtlichen Wirkungen verfassungswidriger Verträge, 1963, S. 87.

<sup>95</sup> So bereits Dänemark in *StIGH*, Legal Status of Eastern Greenland (*Norwegen v. Dänemark*), Urt. v. 5.9.1933, Series A./B. No. 53 at 71; vgl. hierzu auch *Geck* (Fn. 94), S. 366; *Schmalenbach*, in: Dörr/Schmalenbach (Fn. 43), Art. 27 Rn. 1.

<sup>96</sup> Dies kam auch in den Verfahren *EuGH*, Urt. v. 30.5.2006, C-317/04, *Europäisches Parlament ./.* *Rat der Europäischen Union* und *EUGH*, Urt. v. 30.5.2006, C-318/04, *Europäisches Parlament ./.* *Kommission* zum Ausdruck, wo sich die Gemeinschaft nicht auf ihr eigenes Recht als Rechtfertigung für die Nichterfüllung des Abkommens berufen konnte.

<sup>97</sup> *Geck* (Fn. 94), S. 438; *ILC Yearbook* 1975/II, UN Dok. A/CN.4/SERA/

des Staates zuzuordnen, die, wie auch im *Ost-Grönland-Streit* vorgebracht wurde,<sup>98</sup> für Außenstehende regelmäßig nicht erkennbar sind.<sup>99</sup>

Da ein Verstoß gegen den uneigentlichen Ratsbeschluss durch die Vertreter im CETA-Ausschuss das *Zustandekommen* der Vereinbarung berührt, richtet sich die Wirksamkeit des Beschlusses des Gemeinsamen CETA-Ausschusses nach Art. 46 Abs. 2 WVKIO und nicht nach Art. 27 Abs. 2 WVKIO.

*b) Voraussetzungen des Art. 46 Abs. 2 WVKIO: Erfordernis eines Vertrags*

Art. 46 Abs. 2 WVKIO setzt einen Vertrag voraus, mithin nach Art. 2 Abs. 1 lit. a (i.) WVKIO eine vom Völkerrecht bestimmte und in Schriftform geschlossene internationale Übereinkunft zwischen einem oder mehreren Staaten und einer oder mehreren internationalen Organisationen. Ob die Beschlüsse des Gemeinsamen CETA-Ausschusses als Übereinkünfte i. S. d. Vorschrift zu erfassen sind, ist fraglich.

Über die genaue Bedeutung des Begriffs der internationalen Übereinkunft herrscht Unklarheit. Aufschluss geben die Kommentare zum Entwurf der WVK, die aufgrund der unklaren Bedeutung nach Art. 32 lit. a WVK berücksichtigt werden können.<sup>100</sup> Hiernach würden sich die verschiedenen Formen von Übereinkünften lediglich im Hinblick auf ihre Form, nicht auf ihren materiellen Inhalt unterscheiden, sodass alle Übereinkünfte ungeachtet ihrer Form und ungewöhnlichen Nomenklatur dem Anwendungsbereich der WVK unterfallen.

---

1975/Add.I (1975), S. 61; wobei das Prinzip in der Regelung des Art. 46 WVKIO für offensichtliche Verstöße gegen das innere Recht abgeschwächt wird.

<sup>98</sup> *SIIGH*, Legal Status of Eastern Greenland (*Norwegen v. Dänemark*), Urt. v. 5.9.1933, Series A./B. No. 53 at 71; im Übrigen auch *IGH*, Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (*Kamerun v. Nigeria, Intervention durch Äquatorialguinea*), Urt. v. 10.10.2002, ICJ-Reports 2002, S. 303 (430), wonach eine generelle staatliche Pflicht, sich über die rechtlichen oder konstitutionellen Entwicklungen anderer Staaten zu informieren, die für die zwischenstaatlichen Beziehungen relevant werden könnten, nicht existiert.

<sup>99</sup> *IGH*, Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (*Kamerun v. Nigeria, Intervention durch Äquatorialguinea*), Urt. v. 10.10.2002, ICJ-Reports 2002, S. 303 (430); insgesamt auch *ILC Yearbook 1975/II*, UN Dok. A/CN.4/SER.A/1975/Add.I (1975), S. 61.

<sup>100</sup> Auf den ersten Blick erscheint es zirkelschlüssig, die Vorschriften der WVK zur Auslegung der WVKIO heranzuziehen. Es handelt sich jedoch um zwei verschiedene Abkommen, wobei die Vorschriften der WVK (1969) zur WVKIO (1986) herangezogen werden (die zwischen Staaten geschlossen wurde). Im Übrigen ist von der gewohnheitsrechtlichen Geltung der Art. 31, 32 WVK auszugehen.

Insofern stellten, so die Kommentare zum Entwurf, auch Beschlüsse Übereinkünfte dar, auf die die WVK anzuwenden ist.<sup>101</sup>

Ob diese Ansicht überzeugt, ist fraglich. Erachtet man eine Übereinkunft nur für gegeben, wenn alle Beteiligten dem Gegenstand der Übereinkunft zugestimmt haben, so wäre das Vorliegen einer Übereinkunft jedenfalls bei solchen Beschlüssen fraglich, die nicht einstimmig zustande gekommen sind. In diesen Fällen mangelt es an einer Zustimmung aller Vertragspartner. Da Beschlüsse des CETA-Ausschusses nach Art. 26.3 Abs. 3 CETA jedoch einvernehmlich gefasst werden, ist auf diese Frage nicht näher einzugehen.

Die Beschlüsse des Gemeinsamen CETA-Ausschusses nach Art. 26.3 Abs. 1 CETA sind damit Verträge nach Art. 2 Abs. 1 lit. a (i), sodass Art. 46 Abs. 2 WVKIO auf diese Anwendung findet.<sup>102</sup>

*c) Vorschrift über die Zuständigkeit zum Abschluss von Verträgen*

Die Vereinbarung zwischen den Mitgliedsstaaten hinsichtlich der *einstimmigen* Beschlussfassung eines Gemeinsamen Standpunkts nach Art. 218 Abs. 9 AEUV müsste eine Vorschrift über die Zuständigkeit zum Abschluss von Verträgen nach Art. 46 Abs. 2 WVKIO sein. Dies sind Regelungen, die die Macht zum Vertragsschluss betreffen, insbesondere zur Zuständigkeit und dem vor Vertragsschluss zu durchlaufenden Verfahren.<sup>103</sup> Insofern ist hiervon auch das Erfordernis eines einstimmig gefassten Gemeinsamen Standpunktes nach Art. 218 Abs. 9 AEUV umfasst.

*d) Offenkundigkeit nach Art. 46 WVKIO*

Die Vereinbarung zwischen den Mitgliedsstaaten wäre beachtlich, wenn ein Verstoß hiergegen offenkundig ist und die Vereinbarung eine Vorschrift von

---

<sup>101</sup> *ILC Yearbook 1966/II*, UN Dok. A/CN.4/SER.A/1966/Add.I (1966), S. 188.

<sup>102</sup> Erachtet man einen Vertrag für nicht gegeben, so kommt eine analoge Anwendung des Art. 46 Abs. 2 WVKIO in Betracht. Vor dem Hintergrund des Lotus-Prinzips und der hieraus folgenden staatlichen Handlungsfreiheit kann an der Möglichkeit von Analogien im Völkerrecht gezweifelt werden. Im Hinblick auf eine zunehmende Konstitutionalisierung des Völkerrechts erscheint es jedoch geboten, das Völkerrecht als geschlossene und gerechte Rechtsordnung aufzufassen. Hierbei stärken Analogieschlüsse die Geschlossenheit der Rechtsordnung und die *rule of law*, vgl. *Vöneky*, *Analogy in International Law*, in: *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2/2008, Rn. 13 ff.

<sup>103</sup> *ILC Yearbook 1966/II*, UN Dok. A/CN.4/SER.A/1966/Add.I (1966), S. 241.

grundlegender Bedeutung darstellt. Für die Offenkundigkeit ist nach Art. 46 Abs. 3 WVKIO auf die objektive Erkennbarkeit abzustellen.

Aufgrund der Verhandlungen und der Übermittlung von Rechtspositionen mag Kanada zwar in Einzelfällen über Kenntnis hinsichtlich der unionsrechtlichen Voraussetzungen im Außenhandel verfügen. Aufgrund der Komplexität des Verfahrens und der vielen zu beachtenden Vorschriften ist es für Kanada jedoch nicht objektiv erkennbar, wenn ein Vertreter im CETA-Ausschuss gegen die Vereinbarung der Mitgliedsstaaten hinsichtlich des Einstimmigkeitserfordernisses verstößt. Offenkundigkeit ist damit nicht gegeben.

*e) Zwischenergebnis*

Die Wirksamkeit eines Beschlusses im CETA-Ausschuss wird damit nicht durch einen Verstoß gegen einen entgegenstehenden einstimmig beschlossenen Gemeinsamen Standpunkt nach Art. 218 Abs. 9 AEUV berührt. Die EU kann Kanada den Verstoß damit nicht entgegenhalten.

#### **4. Ergebnis**

Aus völkerrechtlicher Sicht überzeugt die zweite Vorkehrung damit nur begrenzt. Zwar können die Vertreter des Rates als Regierungskonferenz die Mehrheitserfordernisse in Bezug auf Art. 218 Abs. 8 AEUV völkerrechtlich wirksam verändern. Diese vermag jedoch nicht die demokratische Mitwirkung Deutschlands im CETA-Ausschluss vollständig abzusichern, da der uneigentliche Ratsbeschluss gegenüber Kanada keine Wirkung entfaltet und ein Verstoß im Außenverhältnis irrelevant ist.

### **III. Erklärung zum Beendigungsrecht nach Art. 30.7 Abs. 3 lit. c CETA**

Als dritte Vorkehrung hat die Bundesregierung ein Beendigungsrecht nach Art. 30.7 Abs. 3 lit. c CETA in „völkerrechtlich erheblicher Weise zu erklären und ihren Vertragspartnern zu notifizieren“.<sup>104</sup> Als „rechtlich erheblich“ ist eine Erklärung anzusehen, wenn sie bei der Auslegung von CETA Berücksichtigung findet.

#### **1. Erklärung als Interpretationserklärung nicht möglich**

Möglicherweise kann Deutschland eine *Interpretationserklärung* hinsichtlich des Beendigungsrechts nach Art. 30.7 Abs. 3 lit. c CETA abgeben. Es ist fraglich, ob

---

<sup>104</sup> BVerfGE 143, 65 (101).

eine solche Interpretationserklärung bei der Auslegung des Abkommens *Berücksichtigung* fände.

a) *Rechtliche Erheblichkeit von Interpretationserklärungen*

Nicht zu beachten ist hierbei Art. 30.1 CETA, da unter den Begriff der „Erklärung“, wie aus der Formulierung „Erklärungen [...] dieses Abkommens“ (und nicht: „[...] zu diesem Abkommen) hervorgeht, nur Erklärungen fallen, die auf Grundlage einer Vorschrift von CETA abgegeben werden. Dies ist bei einer Interpretationserklärung nicht der Fall.

Die Auslegung völkerrechtlicher Verträge richtet sich daher nach Art. 31-33 WVKIO. Die Vorschriften verfolgen den Zweck, die objektivierte Bedeutung festzustellen, die die Parteien in den Vertragsvereinbarungen zum Ausdruck bringen wollten.<sup>105</sup> Den in Art. 31 WVKIO primären Auslegungsregeln als Ausdruck des authentischen Willens der Parteien ist die Zustimmung des Vertragspartners gemeinsam.<sup>106</sup> Nicht nur der Vertragstext als Ausgangspunkt der Auslegung nach Art. 31 Abs. 1 WVKIO beruht auf der Übereinstimmung der Parteien, sondern auch die Übereinkünfte der Parteien gemäß Art. 31 Abs. 2 lit. a WVKIO und die Urkunden gemäß Art. 31 Abs. 2 lit. b WVKIO als Ausdruck der authentischen Interpretation. Während sich die Zustimmung des Vertragspartners bei Art. 31 Abs. 2 lit. a WVKIO auf den *materiellen Gehalt* der Erklärung bezieht, richtet sich die Annahme bei Art. 31 Abs. 2 lit. b WVKIO auf die Einbeziehung der Vereinbarung in den *Kreis der Interpretationsmittel*.<sup>107</sup>

aa) Berücksichtigung nach Art. 31 Abs. 2 lit. a WVKIO

Nach Art. 31 Abs. 2 lit. a WVKIO ist bei der Auslegung jede sich auf den Vertrag beziehende *Übereinkunft* zu berücksichtigen, die zwischen allen Vertragsparteien anlässlich des Vertragsabschlusses getroffen wurde, mithin auch bei Vertragsschluss abgeschlossene Interpretationsvereinbarungen. Eine *nach* Vertragsschluss geschlossene Vereinbarung kann nach Art. 31 Abs. 3 lit. a WVKIO Berücksichtigung finden.

Vor diesem Hintergrund findet eine *einseitige* Interpretationserklärung bei der Auslegung grundsätzlich keine Berücksichtigung. Zwar steht es jedem Vertragspartner aufgrund seiner Souveränität frei, sein Verständnis der

<sup>105</sup> *ILC Yearbook 1966/II*, UN Dok. A/CN.4/SER.A/1966/Add.1 (1966), S. 218; *Berner*, Authentic Interpretation in Public International Law, *ZaöRV* 76 (2016), 845 (848).

<sup>106</sup> *Amend*, Auslegungserklärungen zu bilateralen völkerrechtlichen Verträgen, 1974, S. 52.

<sup>107</sup> *Amend* (Fn. 106), S. 57.

Vertragsbestimmung zum Ausdruck zu bringen. Dieses kann als Indiz für einen gemeinsamen Parteiwillen herangezogen werden.<sup>108</sup> *Berücksichtigung* findet die Erklärung *für sich genommen* bei der Auslegung nach Art. 31 Abs. 2 WVKIO jedoch nicht, wie auch der IGH im *Maritime Delimitation in the Black Sea*-Fall hinsichtlich der Berücksichtigung einer Interpretationserklärung Rumäniens bei der Auslegung des UN-Seerechtsübereinkommens<sup>109</sup> erklärt hat.<sup>110</sup>

Da, so bereits der *Appellate Body* der WTO,<sup>111</sup> Art. 31 WVKIO bei der Auslegung auf die *gemeinsame* Intention der Vertragsparteien abstellt, findet eine einseitige Auslegungserklärung bei der Auslegung jedoch Berücksichtigung, wenn sie von der *anderen Vertragspartei angenommen* und zum Gegenstand einer *gemeinsamen* Auslegungserklärung gemacht wird.<sup>112</sup> In diesem Fall wird sie zu einer Vereinbarung i. S. d. Art. 31 Abs. 2 lit. a WVKIO.<sup>113</sup> Eine Interpretationserklärung Deutschlands zu Art. 30.7 Abs. 3 lit. c CETA ist damit nur rechtlich erheblich, wenn die anderen Vertragsparteien der Erklärung zustimmen.

Nicht ausgeschlossen erscheint es, dass die Zustimmung aufgrund von *acquiescence* durch Schweigen erklärt wird.<sup>114</sup> Hiernach wird Schweigen als Zustimmung gedeutet, wenn der Staat hätte reden müssen und können: *Qui tacit consentire videtur*.<sup>115</sup> Es muss nach den Umständen zu erwarten gewesen sein, dass ein Staat

---

<sup>108</sup> ILC Report, UN Dok. A/65/10 (2010), S. 222 Rn. 12; Heymann, Einseitige Interpretationserklärungen zu multilateralen Verträgen, 2005, S. 135.

<sup>109</sup> *United Nations Convention on the Law of the Sea*, 10.12.1982, 1833 UNTS 3, ratifiziert durch 157 Staaten, in Kraft getreten am 16.11.1994.

<sup>110</sup> IGH, *Maritime Delimitation in the Black Sea (Rumänien v. Ukraine)*, Urt. v. 3.2.2009, ICJ-Reports 2009, S. 61 (78); ebenso ILC Yearbook 1966/II, UN Dok. A/CN.4/SER.A/1966/Add.I (1966), S. 221.

<sup>111</sup> WTO, *European Communities – Customs Classification of Certain Computer Equipment*, Entsch. v. 5.6.1998, WT/DS62-67-68/AB/R, § 84.

<sup>112</sup> Cameron, *Treaties, Declarations of Interpretation*, in: Max Planck Encyclopedia of Public International Law, 03/2007, Rn. 1; Heintschel von Heinegg, in: Ipsen (Fn. 53), § 14 Rn. 2; ILC Report, UN Dok. A/65/10 (2010), S. 231 Rn. 3; ILC Yearbook 1966/II, UN Dok. A/CN.4/SER.A/1966/Add.I (1966), S. 221.

<sup>113</sup> Berner (Fn. 106), S. 866.

<sup>114</sup> ILC Report, UN Dok. A/65/10 (2010), S. 230 Rn. 3.

<sup>115</sup> ILC Report, UN Dok. A/65/10 (2010), S. 230 Rn. 1; im Ergebnis auch: Villiger, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, 2009, Art. 31 WVK Rn. 19.

<sup>116</sup> Antunes, *Acquiescence*, in: Max Planck Encyclopedia of Public International Law, 09/2006, Rn. 2; von Arnould (Fn. 53), § 3 Rn. 273; IGH, *Case concerning the Temple of Preah Vihear (Kambotscha v. Thailand)*, Urt. v. 5.6.1962, ICJ-Reports 1962, S. 6 (32);

auf das Verhalten eines anderen Staates mit Ablehnung oder Widerspruch antwortet. Eine solche Antwort wäre bei der Interpretationserklärung aufgrund des Näheverhältnisses der Parteien zu erwarten.

bb) Berücksichtigung nach Art. 31 Abs. 2 lit. b WVKIO

Begreift man eine einseitige Interpretationserklärung als eine anlässlich des Vertragsschlusses abgefasste Urkunde, so ist die Erklärung auch nach Art. 31 Abs. 2 lit. b WVKIO bei der Auslegung zu berücksichtigen, sofern eine Notifikation stattfindet und die Erklärung von Kanada als eine sich auf den Vertrag beziehende Urkunde angenommen wurde.<sup>116</sup> Auch hier erscheint es möglich, dass diese Annahme durch *acquiescence* erfolgt.

cc) Keine Bindungswirkung einer Interpretationsvereinbarung

Gleichwohl kann eine Auslegungsvereinbarung keine *Bindung* bei der Auslegung entfalten. Zwar ging der Sonderberichterstatter *Waldock* in seinem Entwurf zur WVK in Einklang mit der bisherigen Dogmatik davon aus, dass Auslegungsvereinbarungen in den Vertrag hineininterpretiert werden müssten und mit dem Vertrag auf einer Stufe stünden.<sup>117</sup> Die Dogmatik des Art. 31 WVKIO, wonach zwischen den einzelnen Auslegungsmitteln keine Rangordnung besteht und alle Auslegungsmittel in einem einzigen Vorgang berücksichtigt werden, steht dem jedoch entgegen,<sup>118</sup> wie auch Sonderberichterstatter *Nolte* in seinem Bericht zur Vertragsauslegung bei nachfolgender Übung bestätigte.<sup>119</sup>

b) Beendigungsrecht durch Interpretationserklärung nicht möglich

Vermag eine Interpretationserklärung grundsätzlich bei der Auslegung nach Art. 31 Abs. 2 WVKIO Berücksichtigung finden, so stellt sich für den

---

eingehend hierzu *Heintschel von Heinegg*, Casebook Völkerrecht, 2005, Rn. 342 ff. Qualifizierte Erfordernisse sind wegen der Mehrdeutigkeit des Schweigens im Völkerrecht erforderlich: Ebenso gilt *qui tacit neque negat, neque utique fatetur*.

<sup>116</sup> So auch *Holterbus* (Fn. 9), S. 899.

<sup>117</sup> *ILC Yearbook 1964/I*, UN Dok. A/CN.4/SR.767 (1964), S. 296.

<sup>118</sup> *Berner* (Fn. 106), S. 866; *ILC Yearbook 1966/II*, UN Dok. A/CN.4/SER.A/1966/Add.1 (1966), S. 221 (“part of the context”); *Herdegen*, Interpretation in International Law, in: Max Planck Encyclopedia of Public International Law, 3/2013, Rn. 26.

<sup>119</sup> *Nolte*, First report on subsequent agreements and subsequent practice in relation to treaty interpretation, 2013, UN Dok. A/CN.4/660, § 68; ausführlich hierzu auch *Berner* (Fn. 106), S. 864 ff.

vorliegenden Fall die Frage, ob die Erklärung zum Beendigungsrecht nach Art. 30.7 Abs. 3 lit. c CETA als Interpretationserklärung einzuordnen ist.

Wäre dies nicht der Fall, so wäre die Erklärung, wie auch die *International Law Commission* 1966 in ihrem Entwurf zur WVK festgestellt hat, als Erklärung eines Vorbehalts einzuordnen, dessen rechtliche Erheblichkeit nicht nach o. g. Grundsätzen, sondern nach Art. 19 ff. WVKIO zu beurteilen ist.<sup>120</sup>

aa) Prüfungsmaßstab

Ob eine Erklärung als Interpretationserklärung oder Vorbehaltserklärung einzuordnen ist, hängt nicht von deren Bezeichnung, sondern von deren beabsichtigtem Effekt ab.<sup>121</sup> Interpretationserklärungen erfolgen – in Abgrenzung zu Vorbehalten i. S. d. Art. 2 Abs. 1 S. 1 lit. d WVKIO – zu dem Zweck, die Bedeutung oder den Zweck einer Vertragsbestimmung klarzustellen.<sup>122</sup> Sie sollen eine bestimmte von mehreren möglichen Auslegungsmöglichkeiten festlegen. Ein Vorbehalt liegt vor, wenn durch die Erklärung die Rechtswirkung einer Vertragsbestimmung geändert werden soll, Art. 2 Abs. 1 lit. d WVKIO.<sup>123</sup>

Von einer Interpretationserklärung kann insofern nur ausgegangen werden, wenn sie sich im *Rahmen der zulässigen Auslegung* bewegt.<sup>124</sup> Zulässige Auslegungen sind all jene Auslegungen, die unter Berücksichtigung des Art. 31 Abs. 1 WVKIO vertretbar erscheinen.<sup>125</sup> Entscheidend ist somit, ob Art. 30.7 Abs. 3 lit. c CETA vertretbar die Auslegung zulässt, dass nicht nur die EU, sondern auch die Mitgliedsstaaten die vorläufige Anwendung nach Art. 30.7 Abs. 3 lit. c CETA beenden können.

---

<sup>120</sup> *ILC Yearbook* 1966/II, UN Dok. A/CN.4/SER.A/1966/Add.I (1966), S. 190.

<sup>121</sup> *Cameron* (Fn. 113), Rn. 2.

<sup>122</sup> *ILC Report*, UN Dok. A/65/10 (2010), S. 219 Rn. 2; *Heintschel von Heinegg*, in: Ipsen (Fn. 53), § 17 Rn. 4; *ders.* (Fn. 113), Rn. 160; *Cameron* (Fn. 113), Rn. 1.

<sup>123</sup> *ILC Report*, UN Dok. A/65/10 (2010), S. 99 Rn. 3.

<sup>124</sup> *Tomuschat* (Fn. 60), S. 465; *Gardiner*, *Treaty Interpretation*, 2. Aufl. 2015, S. 96; *von Arnould* (Fn. 53), § 3 Rn. 214; *Heintschel von Heinegg*, in: Ipsen (Fn. 53), § 17 Rn. 3.

<sup>125</sup> Ähnlich *Amend* (Rn. 107), S. 27; treffend weist jedoch *Cameron* (Fn. 113), Rn. 19 darauf hin, dass in den meisten Fällen eine entsprechende objektive Interpretation weder möglich noch erwünscht ist.



## bb) Einordnung des Beendigungsrechts

Da eine *Vertragspartei* nach Art. 30.7 Abs. 3 lit. c CETA die vorläufige Anwendung durch schriftliche Notifikation beenden kann, ist entscheidend, ob auch die Mitgliedsstaaten Vertragsparteien i. S. d. Vorschrift sein können.

Art. 1.1 CETA knüpft die Eigenschaft als Vertragspartei nicht an den völkerrechtlichen Begriff nach Art. 2 Abs. 1 lit. g WVKIO, sondern materiell an die europäische Zuständigkeitsordnung:

Sofern die Beendigung der vorläufigen Anwendung des Abkommens einen Bereich betrifft, der in der *ausschließlichen Zuständigkeit der EU* steht, wäre hiernach die EU alleinige Vertragspartei und könnte damit die vorläufige Anwendung nach Art. 30.7 Abs. 3 lit. c CETA beenden.<sup>126</sup>

Parallel hierzu könnten, wie es auch das *BVerfG* für möglich hält, auch die Mitgliedsstaaten die vorläufige Anwendung nach Art. 30.7 Abs. 3 lit. c CETA beenden, wenn *ausschließliche Kompetenzen der Mitgliedsstaaten* betroffen sind. Da ihr Zuständigkeitsbereich berührt ist, wären nach der Definition des Art. 1.1 CETA (auch) die Mitgliedsstaaten Vertragsparteien i. S. d. Art. 30.7 Abs. 3 lit. c CETA und könnten, was in der Literatur bisweilen verkannt wird,<sup>127</sup> in dieser Eigenschaft nach Art. 30.7 Abs. 3 lit. c CETA die vorläufige Anwendung durch Notifikation beenden. Dies wäre unabhängig davon, ob die vorläufige Anwendung durch die Mitgliedsstaaten oder die Union *ultra vires* erklärt wurde.

Es bestehen jedoch erhebliche Bedenken gegen die Anwendbarkeit des Art. 1.1 CETA auf Art. 30.7 Abs. 3 lit. c CETA und damit gegen diese Auslegungsmöglichkeit. Diese sind damit zu erklären, dass Art. 30.7 CETA auf den Abschluss von CETA als *EU-only*-Abkommen ausgerichtet ist.<sup>128</sup>

Problematisch ist zum einen, dass die Mitgliedsstaaten die vorläufige Anwendung nur im Bereich ihrer mitgliedstaatlichen Kompetenzen beenden könnten, da sie nach Art. 1.1 CETA nur in diesem Bereich Vertragsparteien wären. Ebenso könnte die Beendigung der vorläufigen Anwendung nur für den eigenen Mitgliedsstaat und nicht in Stellvertretung für alle Mitgliedsstaaten erklärt

---

<sup>126</sup> *Nonrot/Tietje* (Fn. 9), S. 153; *Nettesheim* (Fn. 18), S. 3569, andere Ansicht *Holterbus* (Fn. 9), S. 899.

<sup>127</sup> So *Weiß* (Fn. 57), S. 3 und *Nonrot/Tietje* (Fn. 9), S. 153.

<sup>128</sup> *Krajewski* (Fn. 38).

werden. Beides würde jedoch zu einer *Teilbeendigung* der vorläufigen Anwendung führen, die Art. 30.7 Abs. 3 lit. c CETA jedoch nicht vorsieht.<sup>129</sup>

Zum anderen ergibt sich aus der systematischen Stellung des Art. 30.7 Abs. 3 lit. c CETA, dass das Beendigungsrecht *actus contrarius* zu der Erklärung der vorläufigen Anwendung ist. Diesen Gedanken bestätigt Art. 25 Abs. 2 WVKIO, der nach Art. 31 Abs. 3 lit. c WVKIO bei der Auslegung zu berücksichtigen ist.

Der Begriff der Vertragspartei i. S. d. Art. 30.7 Abs. 3 lit. c CETA ist vor diesem Hintergrund und in Einklang mit Art. 2 Abs. 1 lit. g WVKIO *formell* zu bestimmen: Vertragspartei i. S. d. Art. 30.7 Abs. 3 lit. c CETA ist, wer die Zustimmung zur vorläufigen Anwendung erklärt hat. Die *Beendigung* der vorläufigen Anwendung nach Art. 30.7 Abs. 3 lit. c CETA kann damit nur derjenige erklären, der auch das Abkommen für vorläufig anwendbar erklärt hat.<sup>130</sup> Art. 1.1 CETA steht einer solchen Auslegung nicht entgegen, da die dort verwendeten Begriffe vorbehaltlich einer fehlenden anderen Bestimmung anzuwenden sind und Art. 30.7 Abs. 3 lit. c CETA den Begriff der Vertragspartei implizit bestimmt.

Erklärt die EU die vorläufige Anwendung, kann damit ausschließlich die EU die vorläufige Anwendung nach Art. 30.7 Abs. 3 lit. c CETA beenden, nicht jedoch die einzelnen Mitgliedsstaaten.

### cc) Zwischenergebnis

Vor diesem Hintergrund erscheint die Interpretation, dass auch die Mitgliedsstaaten die vorläufige Anwendung nach Art. 30.7 Abs. 3 lit. c CETA beenden können, als keine mögliche Auslegungsvariante. Vielmehr sollen hierdurch die Rechtswirkungen des Art. 30.7 Abs. 3 lit. c CETA geändert werden. Insofern kann das Beendigungsrecht nicht Inhalt einer Interpretationserklärung sein.

## 2. Erklärung als Vorbehalt möglich

Möglicherweise kann das Recht zur Beendigung der vorläufigen Anwendung durch die Mitgliedsstaaten als Vorbehalt i. S. d. Art. 2 Abs. 1 lit. d WVKIO rechtserheblich erklärt werden.

---

<sup>129</sup> Kleinmann/Kübek (Fn. 45), S. 30; ähnlich auch Krajewski (Fn. 38), der von einem „Dexit“ aus CETA spricht.

<sup>130</sup> Nettesheim (Fn. 18), S. 3569; Weiß (Fn. 57), S. 3.

*a) Einordnung als Vorbehalt*

Wie gezeigt wurde, lässt sich Art. 30.7 Abs. 3 lit. c CETA nicht dahingehend auslegen, dass auch die Mitgliedsstaaten die vorläufige Anwendung beenden können. Vielmehr soll durch die Erklärung die Rechtswirkung des Art. 30.7 Abs. 3 lit. c CETA dahingehend geändert werden, dass auch die Mitgliedsstaaten zur Ausübung des Beendigungsrecht ermächtigt sind.<sup>131</sup> Die Erklärung ist ein Vorbehalt i. S. d. gewohnheitsrechtlich geltenden Art. 2 Abs. 1 lit. d WVKIO.<sup>132</sup>

*b) Anwendungsbereich und Wirksamkeit*

CETA stellt einen multilateralen Vertrag zwischen Kanada, der EU und den Mitgliedsstaaten dar, sodass ein Vorbehalt Deutschlands zu Art. 30.7 Abs. 3 lit. c CETA grundsätzlich angebracht werden kann. Zulässigkeitseinwände nach Art. 19 WVKIO sind nicht ersichtlich.

*c) Rechtliche Erheblichkeit*

Vorbehalte wirken nach Art. 21 Abs. 1 WVKIO nur reziprok zwischen der erklärenden und der annehmenden Partei und verändert in diesem Verhältnis den Vertrag im Umfang des Vorbehalts (*inter partes-Wirkung*). Sie entfalten damit nur Rechtswirkungen, wenn mindestens eine Vertragspartei den Vorbehalt nach Art. 21 Abs. 1 WVKIO angenommen hat.<sup>133</sup> Erforderlich wäre insofern, dass der Vorbehalt Deutschlands zu Art. 30.7 Abs. 3 lit. c CETA durch die Vertragsparteien angenommen wird.

Grundsätzlich kann ein Vorbehalt ausdrücklich oder stillschweigend durch *acquiescence* angenommen werden.<sup>134</sup> Auch kann die Annahme eines Vorbehalts nach Art. 20 Abs. 5 WVKIO fingiert werden. Es ist jedoch fraglich, ob die Annahme des Vorbehalts wegen Art. 30.2 Abs. 1 CETA schriftlich erfolgen muss. Dies wäre der Fall, wenn der Vorbehalt eine Vertragsänderung darstellt.

Zwar unterscheiden sich Vorbehalt und Vertragsänderung hinsichtlich ihrer Wirkung maßgeblich: Während Vertragsänderungen i. S. d. Art. 39 WVKIO die Rechtswirkungen in ihrer Gesamtheit verändern, verändern Vorbehalte nach

---

<sup>131</sup> *Nettesheim* (Fn. 18), S. 3569.

<sup>132</sup> *ILC Report*, UN Dok. A/65/10 (2010), S. 98 Rn. 1.

<sup>133</sup> So auch *Giegerich* (Fn. 59), Rn. 2; *Heintschel von Heinegg*, in: Ipsen (Fn. 53), § 18 Rn. 10; zu CETA *Weiß* (Fn. 57), S. 4.

<sup>134</sup> *Giegerich* (Fn. 59), Rn. 2.

Art. 19 ff. WVKIO das Rechtsverhältnis nur zwischen denjenigen Parteien, die den Vorbehalt erklärt und angenommen haben (Bilateralisierung).<sup>135</sup>

Dogmatisch lassen sich gleichwohl auch Vorbehalte als Vertragsänderungen einordnen. So wirken Vorbehalte auf Grundlage einer separaten Vereinbarung zwischen der erklärenden und der annehmenden Partei. Diese Vereinbarung verändert den Hauptvertrag im Umfang des Vorbehalts.<sup>136</sup> Auch Vorbehalte verändern damit das vertragliche Pflichtenprogramm.

Aus Gründen der Rechtssicherheit verlangt Art. 30.2 Abs. 1 CETA für Änderungen der vertraglichen Pflichten die Einhaltung der Schriftform. Dieser Zweck wird bei Vorbehalten erst recht relevant, da Änderungen des vertraglichen Pflichtenprogramms dort bilateral erfolgen und damit undurchsichtiger sind. Sie sind damit als Vertragsänderung i. S. d. Art. 30.2 Abs. 1 CETA einzuordnen.

Ein Vorbehaltserklärung Deutschlands zu Art. 30.7 Abs. 3 lit. c CETA muss damit, um rechtlich erheblich zu sein, durch die EU, Kanada und die anderen Mitgliedsstaaten schriftlich angenommen werden.

### 3. Ergebnis

Als Interpretationserklärung kann eine Erklärung Deutschlands zwar nach Art. 31 Abs. 2 lit. a und b WVKIO Berücksichtigung finden. Allerdings kann die Erklärung zum Art. 30.7 Abs. 3 lit. c CETA nicht als Interpretationserklärung abgegeben werden. Deutschland könnte jedoch einen Vorbehalt zu Art. 30.7 Abs. 3 lit. c CETA erklären. Damit dieser rechtlich erheblich ist, muss dieser – entgegen dem *BVerfG* – nach Art. 21 Abs. 1 WVKIO, 30.2 Abs. 1 CETA schriftlich durch die Vertragsparteien angenommen werden. Als Maßnahme zur Sicherung der Voraussetzungen des Grundgesetzes überzeugt die Maßnahme damit nur, wenn dem Vorbehalt zugestimmt wird.

### D. Gesamtergebnis

Die *erste Vorkehrung* überzeugt aus völkerrechtlicher Perspektive teilweise. Die vorläufige Anwendung nach Art. 25 WVKIO kann mangels inhaltlicher Akzessorität zum Hauptvertrag auf bestimmte Materien begrenzt werden. Gleichwohl kann die inhaltliche Begrenzung der vorläufigen Anwendung nicht

---

<sup>135</sup> *Von Arnould* (Fn. 53), § 3 Rn. 221.

<sup>136</sup> *Giegerich* (Fn. 59), Rn. 2.

als Vorbehalt und nicht als Erklärung nach Art. 30.7 Abs. 3 lit. b CETA allein durch Deutschland erklärt werden.

Nur begrenzt kann aus völkerrechtlicher Perspektive auch die *zweite Vorkehrung* überzeugen. Die durch das *BVerfG* vorgeschlagene Vereinbarung als völkerrechtliche Übereinkunft zwischen den Mitgliedsstaaten kann als Änderung des Art. 218 Abs. 8 AEUV entgegen Art. 48 EUV völkerrechtlich wirksam getroffen werden. Diese Vereinbarung entfaltet jedoch im Außenverhältnis gegenüber Kanada wegen Art. 46 Abs. 2 WVKIO keine Wirkung, sodass sich die EU gegenüber Kanada nicht auf einen Verstoß der Vertreter im Ausschuss berufen kann. Damit kann die Vereinbarung völkerrechtlich die demokratische Legitimation nicht vollständig absichern.

Auch die *dritte Vorkehrung* kann völkerrechtlich nicht vollständig überzeugen. So kann die auf die Beendigung des Abkommens nach Art. 30.7 Abs. 3 CETA gerichtete Erklärung nicht als Interpretationserklärung abgegeben werden. Zwar kann Deutschland einen Vorbehalt i. S. d. Art. 2 Abs. 1 lit. d WVKIO erklären. Rechtlich erheblich wird dieser jedoch nicht allein durch die Notifizierung bei den Vertragspartnern, sondern erst die Annahme des Vorbehalts durch die Vertragspartner, die nach Art. 30.2 Abs. 1 CETA schriftlich erfolgen muss.