



Aachener Online-Schriften Wirtschaft und Recht

FH AACHEN | FACHBEREICH WIRTSCHAFTSWISSENSCHAFTEN

01/2023

Band 6

Herausgeberinnen und Herausgeber

Prof. Dr. iur. habil. Kroll-Ludwigs (geschäftsführende Herausgeberin)

Prof. Dr. rer. pol. Yasmine Bassen-Metz

Prof. Dr. rer. pol. Andreas Bernecker

Prof. Dr. rer. pol. Mathias Eggert

Prof. Dr. rer. pol. Thomas Fritz

Prof. Dr. iur. Alexander Golland

Prof. Dr. Ing. Tim Höhne MBA

Prof. Dr. rer. pol. Duc Hung Tran

Prof. Dr. iur. Jürgen Vogt



Vorwort

Die Aachener Online-Schriften Wirtschaft und Recht erscheinen seit Januar 2021. Der vorliegende Band ist der insgesamt sechste und der erste im Jahr 2023. Die Schriftenreihe bietet Absolventinnen und Absolventen des Fachbereichs Wirtschaftswissenschaften der FH Aachen die Möglichkeit, ihre Abschlussarbeiten über die Online-Bibliothek OPUS zu veröffentlichen und so einem interessierten Publikum zugänglich zu machen. Die Abschlussarbeiten behandeln Themenfelder aus den Bereichen Betriebswirtschaftslehre, Volkswirtschaftslehre, Wirtschaftsinformatik und Wirtschaftsrecht. Die Schriftenreihe ist eine regelmäßig erscheinende Sammlung der Ergebnisse herausragender studentischer Arbeiten. Die veröffentlichten Werke wurden sorgfältig durch die jeweiligen Betreuerinnen und Betreuer sowie durch die Herausgeberinnen und Herausgeber ausgewählt. Im Vordergrund steht die Sichtbarmachung der individuellen Leistungsfähigkeit der Absolventinnen und Absolventen. Ein Anspruch, mit wissenschaftlichen Journals zu konkurrieren, besteht nicht.

Die im vorliegenden Band veröffentlichten Arbeiten beschäftigen sich sowohl mit brennenden aktuellen, als auch mit grundlegenden gesellschafts- und rechtspolitischen Themen. Zu letzteren gehört u.a. die Arbeit von *Marcel Sept*, die der Frage nachgeht, ob eine Erwerbstätigenversicherung das demographische Problem nachhaltig lösen könnte. Von aktueller Bedeutung ist die Arbeit von *Christina Zillinger*, die die Ausgestaltung der versamlungsgebundenen Aktionärsrechte in der neuen virtuellen Hauptversammlung kritisch untersucht. Auf der Schnittstelle von Gesellschafts- und Steuerrecht bewegt sich die Arbeit von *Marius Thelen*, der sich mit der Steuervergünstigung bei Umstrukturierung im Konzern nach § 6a GrEStG beschäftigt. Einen juristischen Schwerpunkt hat auch die Arbeit von *Johanna Wiechert*, die einen Praxisleitfaden für Arbeitgeber, die Arbeitnehmern im gesetzlichen Sonderkündigungsschutz kündigen wollen, erstellt.

Bedanken möchten wir uns bei den Autorinnen und Autoren und beglückwünschen sie erneut zu ihren herausragenden Leistungen. Ein Dank gilt ebenso den betreuenden Professorinnen, Professoren sowie Praxispartnerinnen und -partnern, die durch ihre Veröffentlichungsvorschläge diese Schriftenreihe überhaupt erst möglich machen.

Aachen, im Mai 2023

die Herausgeberinnen und Herausgeber



Inhaltsverzeichnis - Bachelorarbeiten

1. Zukunft der Rente – Kann eine Erwerbstätigenversicherung das demografische Problem nachhaltig lösen?
- *Marcel Sept* 4-73

2. Die versamlungsgebundenen Aktionärsrechte in der neuen virtuellen Hauptversammlung – eine Bewertung aus Unternehmer- und Aktionärssicht
- *Christina Zillinger* 74-130

3. Praxisleitfaden für den Arbeitgeber zum gesetzlichen Sonderkündigungsschutz – Was muss der Arbeitgeber tun, um durch Gesetz besonders geschützten Arbeitnehmern kündigen zu können?
- *Johanna Wiechert* 131-195

4. Die Steuervergünstigung bei Umstrukturierungen im Konzern nach § 6a GrESTG im Lichte der aktuellen Rechtsprechung
- *Marius Thelen* 196-265

Zukunft der Rente – Kann eine Erwerbstätigenversicherung das demografische Problem nachhaltig lösen?

Bachelorarbeit

an der

FH Aachen

Fachbereich Wirtschaftswissenschaften

Betriebswirtschaft / Business Studies (B.Sc.)

Erstprüfer: Prof. Dr. rer. pol. Andreas Bernecker

Eingereicht am: 26.01.2023

vorgelegt von

Marcel Sept

aus Ülpenich

Abstract

„Die Rente ist sicher“¹. Ein Satz, den der frühere Bundesarbeitsminister Dr. Norbert Blüm im Wahlkampf 1986 verwendete.² Diese Aussage ist heute nicht mehr ganz zutreffend, denn die gesetzliche Rentenversicherung wird laut Prognosen in eine finanzielle Schieflage geraten.³ Durch die demografischen Gegebenheiten wird die *Baby-Boomer* Generation in den nächsten Jahren in Rente gehen und eine Lücke an Erwerbstätigen hinterlassen, die jahrzehntelang Beiträge zur gesetzlichen Rentenversicherung gezahlt haben.⁴ Die aktuellen Beitragszahler werden somit deutlich mehr Rentner zu versorgen haben, als es bisher üblich war.⁵ Soll das Rentenniveau nicht unverhältnismäßig absinken und der Beitragssatz nicht zu sehr steigen,⁶ sind Lösungen gefragt, die die negativen Auswirkungen der demografischen Herausforderung abfangen können. Im Rahmen dieser Bachelorarbeit wird untersucht, ob der Lösungsansatz einer Erwerbstätigenversicherung das demografische Problem der gesetzlichen Rentenversicherung nachhaltig lösen kann. Allgemein kann unter einer Erwerbstätigenversicherung verstanden werden, dass „(...) alle Personen, die Einkommen aus Erwerbstätigkeit beziehen, versicherungspflichtig (...)“⁷ sind.⁸ Hierbei muss zwischen einer vollständigen und einer sukzessiven Eingliederung dieser Personengruppen unterschieden werden.⁹

Mittels Auswirkungsprognosen verschiedener Ausgestaltungen der Erwerbstätigenversicherung aus den Jahren 2016 bis 2019 wird die zukünftige Situation der gesetzlichen Rentenversicherung untersucht und anhand aufgestellter Kriterien bewertet. Zum Ende dieser Bachelorarbeit wird eine *finale* Erwerbstätigenversicherung mithilfe der gewonnenen Ergebnisse entwickelt. Anschließend wird gezeigt, welche Auswirkungen diese auf den Beitragssatz und das *Nettorentenniveau vor Steuern* der gesetzlichen Rentenversicherung haben könnte. Im Ergebnis wird sich zeigen, dass eine Erwerbstätigenversicherung im Rahmen dieser Bachelorarbeit lediglich als Teillösung des demografischen Problems anzusehen ist, da sie eigenständig nicht genug Entlastungswirkungen bietet, um die zukünftig negativen Effekte in der gesetzlichen Rentenversicherung auffangen zu können. Sie wirkt lediglich abschwächend.¹⁰

¹ Deutscher Bundestag, 2022.

² Vgl. Deutscher Bundestag, 2022.

³ Vgl. Buslei, H. et al., 2016, S. 663.; Ehrentraut, O.; Moog, S., 2017, S. 18f.

⁴ Vgl. Lenze, A., 2019, S. 265.

⁵ Vgl. Demografieportal des Bundes und der Länder, o. J.

⁶ Vgl. Burret, H.; Moog, S., 2019, S. 2.

⁷ Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung, 2006, S. 261.

⁸ Vgl. Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung, 2006, S. 261.

⁹ Vgl. Ebert, T., 2018, S. 314–316.; Buslei, H. et al., 2016, S. 662–666.

¹⁰ Vgl. Buslei, H. et al., 2016, S. 667.; Ehrentraut, O.; Moog, S., 2017, S. 37f.; Burret, H.; Moog, S., 2019, S. 4.

Inhaltsverzeichnis

1	Einleitung	1
1.1	Vorgehen und Methodik	2
2	Grundbegriffe der gesetzlichen Rentenversicherung	2
2.1	Einblick in die Historie der gesetzlichen Rentenversicherung	2
2.2	Umlageverfahren.....	3
2.3	Paritätische Finanzierung.....	3
2.4	Entgeltpunkte	3
2.5	Rentenniveau	4
3	Aktuelle und zukünftige Situation der Rentenversicherung inklusive Kriterien einer nachhaltigen Lösung des demografischen Problems	5
3.1	Aktuelle und zukünftige Situation der gesetzlichen Rentenversicherung ohne Reform	5
3.2	Kriterien einer nachhaltigen Lösung des demografischen Problems	9
3.2.1	Das demografische Problem	9
3.2.2	Das Hauptkriterium zur Lösung des demografischen Problems	9
3.2.3	Nachhaltigkeit in der gesetzlichen Rentenversicherung.....	10
3.2.4	Kriterium der Nachhaltigkeit.....	11
3.2.5	Das Kriterium der rechtlichen und politischen Umsetzbarkeit	12
4	Grundlagenwissen zur Erwerbstätigenversicherung	13
4.1	Definition der Erwerbstätigenversicherung.....	13
4.2	Abgrenzung einer abhängigen Beschäftigung zu einer selbstständigen Tätigkeit	13
4.3	Unterschiede des Beamtenverhältnisses zur abhängigen Beschäftigung in Deutschland	14
4.4	Status Quo des Beamtenversorgungssystems und Abgrenzung zur gesetzlichen Rentenversicherung.....	15
4.5	Status Quo der Versicherungspflicht von Selbstständigen in der gesetzlichen Rentenversicherung.....	16
5	Reformvorschlag Erwerbstätigenversicherung: sukzessive und volle Eingliederung von Beamten und Selbstständigen	17
5.1	Erwerbstätigenversicherung: Reformvorschlag einer vollen Eingliederung von Beamten und Selbstständigen.....	18
5.2	Erwerbstätigenversicherung: Reformvorschlag einer sukzessiven Eingliederung von Beamten und Selbstständigen.....	20

5.3	Europäisches Beispiel einer Erwerbstätigenversicherung: Österreich	22
5.4	Gemeinsamkeiten und Unterschiede der Reformvorschläge einer Erwerbstätigenversicherung.....	22
6	Kritische Betrachtung und Zwischenfazit einer Erwerbstätigenversicherung	23
6.1	Kritische Betrachtung einer Eingliederung der Beamten in die gesetzliche Rentenversicherung.....	23
6.2	Kritische Betrachtung einer Eingliederung der Selbstständigen in die gesetzliche Rentenversicherung.....	25
6.3	Zwischenfazit Erwerbstätigenversicherung.....	27
7	Auswirkungen einer Eingliederung von Beamten und Selbstständigen auf die zukünftige Situation der gesetzlichen Rentenversicherung	28
7.1	Auswirkungen auf die zukünftige Situation der gesetzlichen Rentenversicherung durch eine sukzessive Eingliederung von Beamten	28
7.2	Auswirkungen einer Eingliederung von Selbstständigen auf die zukünftige Situation der gesetzlichen Rentenversicherung	31
7.2.1	Auswirkungen einer sukzessiven Eingliederung von <i>nicht obligatorisch versicherten Selbstständigen</i> und <i>freiberuflich Selbstständigen</i> auf die zukünftige Situation der gesetzlichen Rentenversicherung	32
7.2.2	Auswirkungen einer sukzessiven Eingliederung von <i>nicht obligatorisch versicherten Selbstständigen</i> auf die zukünftige Situation der gesetzlichen Rentenversicherung	34
7.2.3	Direkter Vergleich bestimmter Zeitpunkte einer sukzessiven Eingliederung von Selbstständigen.....	35
7.2.4	Auswirkungen einer vollständigen Eingliederung <i>nicht obligatorisch versicherter Selbstständiger</i> auf die zukünftige Situation der gesetzlichen Rentenversicherung	37
7.2.5	Direkter Vergleich einer vollen und sukzessiven Eingliederung <i>nicht obligatorisch versicherter Selbstständiger</i>	38
8	Rechtliche und Politische Durchsetzbarkeit einer Erwerbstätigenversicherung	41
8.1	Rechtliche Aspekte einer Eingliederung der Beamten in die gesetzliche Rentenversicherung.....	41
8.2	Rechtliche Aspekte einer Eingliederung Selbstständiger in die gesetzliche Rentenversicherung.....	42
8.3	Politische Durchsetzbarkeit einer Erwerbstätigenversicherung	44
9	Entwicklung einer <i>finalen</i> Erwerbstätigenversicherung	45
9.1	Kriterien einer <i>finalen</i> Erwerbstätigenversicherung	46
9.1.1	Vollständige oder sukzessive Eingliederung der Erwerbstätigengruppen? ...	46

9.1.2	Das Kriterium der Generationengerechtigkeit in einer <i>finalen</i> Erwerbstätigenversicherung	46
9.1.3	Das Kriterium der Vermeidung von Altersarmut in einer <i>finalen</i> Erwerbstätigenversicherung	47
9.1.4	Das Kriterium der Auflösung von Ungleichheiten in einer <i>finalen</i> Erwerbstätigenversicherung	48
9.2	Auswirkungen einer <i>finalen</i> Erwerbstätigenversicherung auf die gesetzliche Rentenversicherung	49
9.2.1	Auswirkungen einer <i>finalen</i> Erwerbstätigenversicherung auf den Beitragssatz und das <i>Nettorentenniveau vor Steuern</i> der gesetzlichen Rentenversicherung inklusive Prüfung des Hauptkriteriums und des <i>Kriteriums der langfristigen Stabilität</i>	49
9.2.2	Gegenseitige Übertragung der Entlastungswirkungen zur endgültigen Prüfung des Hauptkriteriums und des <i>Kriteriums der langfristigen Stabilität</i> einer <i>finalen</i> Erwerbstätigenversicherung	51
10	Fazit.....	53
	Literaturverzeichnis	55

Abbildungsverzeichnis

Abbildung 1: Formel für das <i>Nettorentenniveau vor Steuern</i>	4
Abbildung 2: Vergleich des <i>Nettorentenniveaus vor Steuern</i> verschiedener Prognosen im Referenzszenario	7
Abbildung 3: Beitragssatzvergleich verschiedener Prognosen im Referenzszenario	8
Abbildung 4: Vergleich der Rentenausgaben einer vollen und einer sukzessiven Eingliederung <i>nicht obligatorisch versicherter Selbständiger</i>	39
Abbildung 5: Vergleich des <i>Nettorentenniveaus vor Steuern</i> einer vollen und einer sukzessiven Eingliederung <i>nicht obligatorisch versicherter Selbständiger</i>	39
Abbildung 6: Beitragssatzvergleich einer vollen und einer sukzessiven Eingliederung <i>nicht obligatorisch versicherter Selbständiger</i>	40
Abbildung 7: Vergleich der Anzahl Beitragszahlender einer vollen und einer sukzessiven Eingliederung <i>nicht obligatorisch versicherter Selbständiger</i>	40
Abbildung 8: Finale Erwerbstätigenversicherung – Vergleich des <i>Nettorentenniveaus vor Steuern</i> ohne gegenseitige Entlastungswirkungen.....	50
Abbildung 9: <i>Finale</i> Erwerbstätigenversicherung – Beitragssatzvergleich ohne gegenseitige Entlastungswirkungen	51
Abbildung 10: <i>Finale</i> Erwerbstätigenversicherung – Beitragssatzvergleich mit gegenseitigen Entlastungswirkungen.....	52
Abbildung 11: <i>Finale</i> Erwerbstätigenversicherung – Vergleich des <i>Nettorentenniveaus vor Steuern</i> mit gegenseitigen Entlastungswirkungen	52

Tabellenverzeichnis

Tabelle 1: Status Quo und zukünftige Lage der gesetzlichen Rentenversicherung in den Jahren 2016 bis 2035.....	5
Tabelle 2: Referenzprognose für die Jahre 2020 bis 2070,	6
Tabelle 3: Referenzprognose für die Jahre 2020 bis 2040	7
Tabelle 4: 2. Referenzprognose für die Jahre 2020 bis 2040	7
Tabelle 5: Das Hauptkriterium.....	10
Tabelle 6: Auswirkungen einer sukzessiven Eingliederung von Beamten auf die gesetzliche Rentenversicherung in den Jahren 2020 bis 2070	29
Tabelle 7: Referenzprognose für die Jahre 2015 bis 2050 einer sukzessiven Eingliederung von <i>nicht obligatorisch versicherten Selbstständigen</i> und <i>freiberuflich Selbstständigen</i> ..	32
Tabelle 8: Auswirkungen einer sukzessiven Eingliederung von <i>nicht obligatorisch versicherten Selbstständigen</i> sowie <i>freiberuflich Selbstständigen</i> auf die gesetzliche Rentenversicherung in den Jahren 2020 bis 2050	32
Tabelle 9: Auswirkungen einer sukzessiven Eingliederung von <i>nicht obligatorisch versicherten Selbstständigen</i> auf die gesetzliche Rentenversicherung in den Jahren 2016 bis 2040	34
Tabelle 10: Vergleich zweier Prognosen einer sukzessiven Eingliederung Selbstständiger - Werte einer sukzessiven Eingliederung <i>nicht obligatorisch versicherter Selbstständiger</i> .	36
Tabelle 11: Vergleich zweier Prognosen einer sukzessiven Eingliederung Selbstständiger – Werte einer sukzessiven Eingliederung <i>nicht obligatorisch versicherter Selbstständiger</i> sowie <i>freiberuflich Selbstständiger</i>	36
Tabelle 12: Auswirkungen einer vollständigen Eingliederung von <i>nicht obligatorisch versicherten Selbstständigen</i> auf die gesetzliche Rentenversicherung.....	37
Tabelle 13: Finale Erwerbstätigenversicherung – Werte einer sukzessiven Eingliederung von Beamten	50
Tabelle 14: Finale Erwerbstätigenversicherung – Werte einer vollen Eingliederung <i>nicht obligatorisch versicherter Selbstständiger</i>	50

Gender-Hinweis: In dieser Bachelorarbeit wird aus Gründen der besseren Lesbarkeit das generische Maskulinum verwendet. Weibliche und anderweitige Geschlechteridentitäten sind dabei ausdrücklich inkludiert.

1 Einleitung

Vor über 25 Jahren hieß es „Die Rente ist sicher“¹¹. Ein Satz, den der frühere Bundesarbeitsminister Dr. Norbert Blüm im Wahlkampf 1986 verwendete. Als in den Jahren darauf die Rentenversicherung durch eine niedrige Geburtenrate und höhere Lebenserwartung der Menschen in eine Schiefelage geriet, reagierte die Bundesregierung am Montag, den 10. Oktober 1997 mit der Verabschiedung des Rentenreformgesetzes. Kern dieser Reform war der sogenannte demografische Faktor, der die Absenkung des Rentenniveaus von 70 auf 64 Prozent zur Folge hatte und die Rente auch in Zukunft langsamer ansteigen lassen sollte. Diese Reform sorgte für viel politischen Diskussionsstoff.¹²

Auch heute sind Reformen gefragt, die eine Zukunft der Rentenversicherung sicherstellen.¹³ In den letzten Jahren waren die geburtenstarken Jahrgänge der *Baby-Boomer* Generation in einem Alter mit den höchsten Lebenseinkommen und nahezu alle erwerbstätig, wodurch sie die deutsche Wirtschaft stützten.¹⁴ Die Situation wird in Zukunft allerdings anders aussehen.¹⁵ Sobald die *Baby-Boomer* Generation in Rente geht, wird das Rentensystem durcheinandergebracht werden.¹⁶ Aufgrund der niedrigen Geburtenraten,¹⁷ ist die umlagenfinanzierte Rente in Gefahr.¹⁸ Gleichzeitig steigen auch die Lebenserwartung und die durchschnittliche Rentenbezugszeit weiter an.¹⁹

Die Zahl der Beitragszahler steigt kontinuierlich und hat im Jahr 2019 mit 39,1 Millionen aktiv Versicherten einen Höchststand erreicht hat. Demgegenüber steigt allerdings auch die Zahl der Personen, die eine Rente beziehen stetig an und betrug im Jahr 2019 18,4 Millionen Altersrentner. Das Verhältnis von Beitragszahlenden Erwerbstätigen zu Rentnern wird in Zukunft aufgrund der Situation deutlich abnehmen. Kamen im Jahr 1962 noch sechs Beitragszahler auf einen Rentner und 1973 vier, waren es im Jahr 2019 noch 2,1 Beitragszahler, die für einen Rentner aufkommen mussten.²⁰

Die klassischen Stellschrauben, mit denen die Rentenversicherung und die Rentenpolitik arbeiten können, sind der Beitragssatz, das Rentenniveau sowie der Bundeszuschuss.²¹ Am Beitragssatz, sowie dem Rentenniveau ist kurzfristig keine Änderung in Sicht, da bis zum Jahr 2025 die doppelte Haltelinie gilt, die den Beitragssatz und das Rentenniveau begrenzt.²² Darüber hinaus hat die Kommission *Verlässlicher Generationenvertrag* im Jahr 2020 ein Gutachten vorgelegt, mit dem Vorschlag die Haltelinien über das Jahr 2025 hinaus wirken zu lassen.²³ Zudem plant die derzeitige Bundesregierung in ihrem Koalitionsvertrag

¹¹ Deutscher Bundestag, 2022.

¹² Vgl. zu diesem Absatz Deutscher Bundestag, 2022.

¹³ Vgl. Börsch-Supan, A., 2022.

¹⁴ Vgl. Lenze, A., 2019, S. 265.

¹⁵ Vgl. Steinmeyer, H.-D., 2022, S. 39.

¹⁶ Vgl. Steinmeyer, H.-D., 2022, S. 39.

¹⁷ Vgl. Lenze, A., 2019, S. 265f.

¹⁸ Vgl. Demografieportal des Bundes und der Länder, o. J.

¹⁹ Vgl. Bomsdorf, E., 2015, S. 15.

²⁰ Vgl. zu diesem Absatz Demografieportal des Bundes und der Länder, o. J.

²¹ Vgl. Schlegel, R., 2022, S. 682.

²² Vgl. Geppert, C., 2020, S. 145.

²³ Vgl. Kommission Verlässlicher Generationenvertrag, 2020, S. 5f.

eine Stabilisierung des Rentenniveaus und des Beitragssatzes.²⁴ Eine Erhöhung des Bundeszuschusses ist möglich, allerdings ist dieser im 20-Jahres-Zeitraum bereits von 17 auf 31 Prozent gestiegen.²⁵ Demnach scheint eine anderweitige Lösung des Problems notwendig zu sein, die dem Reformbedarf der gesetzlichen Rentenversicherung gerecht wird.²⁶

1.1 Vorgehen und Methodik

Ziel dieser Arbeit ist es, die Frage zu beantworten, ob eine Erwerbstätigenversicherung das demografische Problem²⁷ der nächsten Jahre nachhaltig lösen kann.

Um einen Überblick über das Thema zu erhalten, werden im Folgenden zuerst die Grundbegriffe der gesetzlichen Rentenversicherung in Kapitel 2 erläutert. Anschließend wird in Kapitel 3 die aktuelle und zukünftige Situation der Rentenversicherung mithilfe verschiedener Studien und Prognosen dargestellt. Gleichzeitig wird eine Arbeitsdefinition des demografischen Problems herausgearbeitet, um hieraus ein Hauptkriterium zur Lösung dieses Problems zu entwickeln. Im selben Kapitel wird eine Arbeitsdefinition der Nachhaltigkeit vorgenommen und vier Kriterien gebildet, die dazu dienen, die Erwerbstätigenversicherung im weiteren Verlauf dieser Bachelorarbeit auf Nachhaltigkeit prüfen zu können. Ebenso wird in Kapitel 3 das Kriterium der rechtlichen und politischen Durchsetzbarkeit erläutert. In Kapitel 4 wird die Definition einer Erwerbstätigenversicherung für diese Bachelorarbeit vorgenommen. Im Anschluss erfolgt eine Abgrenzung der einzugliedernden Personengruppen und der Status Quo wird erläutert. In Kapitel 5 werden aktuelle Reformvorschläge von verschiedenen Autoren erläutert und ein aktuelles Beispiel einer Erwerbstätigenversicherung aus Österreich vorgestellt. Zum Ende des Kapitels werden die Gemeinsamkeiten und Unterschiede der verschiedenen Reformvorschläge dargelegt. Nachfolgend wird in Kapitel 6 eine kritische Betrachtung der Erwerbstätigenversicherung vorgenommen, sowie ein Zwischenfazit gezogen. In Kapitel 7 werden Auswirkungsprognosen auf die zukünftige Situation der gesetzlichen Rentenversicherung einer Eingliederung der Beamten und Selbstständigen separat untersucht. Hierfür werden drei verschiedene Studien analysiert, die Prognosen zu verschiedenen Szenarien vorausberechnet haben. Die Umsetzbarkeit einer Erwerbstätigenversicherung wird auf rechtliche und politische Aspekte in Kapitel 8 erfolgen. Nachfolgend wird in Kapitel 9 eine *finale* Erwerbstätigenversicherung mit Hilfe der vorgestellten Reformvarianten, Auswirkungsprognosen und rechtlicher Beurteilungen entwickelt, die möglichst die Erfüllung aller aufgestellten Kriterien anstrebt. Auf Grundlage der *finalen* Erwerbstätigenversicherung wird zum Abschluss die Frage beantwortet werden, ob eine Erwerbstätigenversicherung das demografische Problem nachhaltig lösen kann.

2 Grundbegriffe der gesetzlichen Rentenversicherung

In diesem Kapitel werden Grundbegriffe erläutert, die für das weitere Verständnis dieser Bachelorarbeit notwendig sind. Zudem wird ein kurzer Einblick in die Historie der gesetzlichen Rentenversicherung gegeben.

2.1 Einblick in die Historie der gesetzlichen Rentenversicherung

Die Geschichte der gesetzlichen Rentenversicherung begann im Jahr 1889 mit dem *Gesetz betreffend die Invaliditäts- und Altersversicherung*. Die gesetzliche Rentenversicherung war auch schon damals in der Selbstverwaltung organisiert. Selbstverwaltung in der ge-

²⁴ Vgl. SPD; Bündnis 90 / Die Grünen; FDP, 2021, S. 57.

²⁵ Vgl. Lenze, A., 2019, S. 267.

²⁶ Vgl. Schlegel, R., 2022, S. 682.

²⁷ Vgl. Lenze, A., 2019, S. 265f.

gesetzlichen Rentenversicherung bedeutet, dass Versicherte und Arbeitgeber die Rentenversicherung selbst regieren können. „Dieses Prinzip der demokratischen Selbstverwaltung funktioniert bis heute in der gesamten deutschen Sozialversicherung und ist in dieser Form einzigartig.“^{28,29}

Über die verschiedenen Jahrzehnte gab es mehrere Reformen, um die Rentenversicherung an die Gegebenheiten der Zeit anzupassen. Beispielsweise wurde die Berechnung der Rentenhöhen im Jahr 1957 angepasst und im Jahr 1972 wurde die Rentenversicherung um bestimmte Personengruppen von Selbstständigen erweitert.³⁰

Seit der Organisationsreform im Jahr 2005 „(...) firmieren alle Träger der gesetzlichen Rentenversicherung in Deutschland unter einem Namen und einem gemeinsamen Logo.“^{31,32}

2.2 Umlageverfahren

Die gesetzliche Rentenversicherung wird im Umlageverfahren finanziert. Demnach werden Einnahmen eines Jahres auch direkt für Leistungen desselben Jahres verwendet. Die Einnahmen der gesetzlichen Rentenversicherung werden zum größten Teil durch Beitragseinnahmen der Versicherten erwirtschaftet, die bis zur Beitragsbemessungsgrenze gezahlt werden müssen. Zudem erhält die gesetzliche Rentenversicherung einen Bundeszuschuss aus Steuereinnahmen.³³

Die Jahreswerte der Beitragsbemessungsgrenzen betragen für das Jahr 2022 in Westdeutschland 84.600,00 EUR und in Ostdeutschland 81.000,00 EUR.³⁴

2.3 Paritätische Finanzierung

Bei angestellten Arbeitnehmern wird der Beitragssatz zur gesetzlichen Rentenversicherung paritätisch finanziert, das bedeutet das der Beitragssatz von Arbeitnehmern und Arbeitgebern hälftig aufgeteilt wird.³⁵ Der Beitragssatz zur gesetzlichen Rentenversicherung betrug im Jahr 2022 18,6 Prozent.³⁶

2.4 Entgeltpunkte

Der endgültige Rentenwert eines Versicherten der gesetzlichen Rentenversicherung wird auf Basis der erreichten Entgeltpunkte berechnet. Ein Entgeltpunkt entspricht dem jährlichen Durchschnittseinkommen aller Versicherten. „Die Höhe der Entgeltpunkte ergibt sich unter anderem aus dem Verhältnis des Einkommens des Versicherten mit dem Durchschnittseinkommen aller Versicherten.“³⁷ Wird beispielsweise im Jahr 2017 ein Entgelt von 76.200 Euro erwirtschaftet, entspricht das 2,05 Entgeltpunkten, da das vorläufige jährliche Durchschnittseinkommen im Jahr 2017 37.103 Euro betragen hat. Wird ein Einkommen unterhalb des vorläufigen jährlichen Durchschnittseinkommens erwirtschaftet, entspricht dies weniger als einem Entgeltpunkt pro Jahr. Es sind maximal Entgeltpunkte bis zur geltenden Beitragsbemessungsgrenze möglich.³⁸

²⁸ Deutsche Rentenversicherung, o.J.(8).

²⁹ Vgl. zu diesem Absatz Deutsche Rentenversicherung, o.J.(8).

³⁰ Vgl. zu diesem Absatz Deutsche Rentenversicherung, o.J.(8).

³¹ Deutsche Rentenversicherung, o.J.(8).

³² Vgl. Deutsche Rentenversicherung, o.J.(8).

³³ Vgl. zu diesem Absatz Deutsche Bundesbank, 2019, S. 56.

³⁴ Vgl. Deutsche Rentenversicherung, 2022(2), S. 2.

³⁵ Vgl. Bäcker, G.; Kistler, E., 2020.

³⁶ Vgl. Deutsche Rentenversicherung, 2022(2), S. 2.

³⁷ Deutsche Rentenversicherung, o.J.

³⁸ Vgl. zu diesem Absatz Deutsche Rentenversicherung, o.J.

Das vorläufige jährliche Durchschnittseinkommen betrug im Jahr 2022 38.901 Euro.³⁹ Ein Entgeltpunkt entsprach im Jahr 2022 in Ostdeutschland 35,52 Euro und in Westdeutschland 36,02 Euro.⁴⁰

2.5 Rentenniveau

Das Rentenniveau, oft auch Versorgungsniveau,⁴¹ Sicherungsniveau vor Steuern⁴² oder *Nettorentenniveau vor Steuern* genannt,⁴³ bildet sich aus dem Quotienten der Standardrente und des durchschnittlichen Bruttoeinkommens eines Arbeitnehmers.⁴⁴ „Die sogenannte Standardrente entspricht einer Rente nach 45 Beitragsjahren als Durchschnittsverdiener (45 Entgeltpunkte)“.⁴⁵ Das Rentenniveau zeigt „(...) wie sich die Renten im Zeitablauf im Verhältnis zu den Löhnen entwickeln.“^{46,47}

$$\text{Nettorentenniveau vor Steuern} = \frac{\text{Standardrente} - \text{Sozialbeiträge}^*}{\text{Durchschnittsentgelt} - \text{Sozialbeiträge}}$$

Abbildung 1: Formel für das Nettorentenniveau vor Steuern, Quelle: in Anlehnung an Deutsche Bundesbank, 2019, S. 57.

*Hinweis: Die abzuziehenden Sozialbeträge sind bei Standardrente und Durchschnittsentgelt unterschiedlich. Siehe unterer Abschnitt.

Die *Standardrente netto vor Steuern* hat zum Zeitpunkt 01.07.2022 1.442,60 Euro in Westdeutschland und 1.422,58 Euro in Ostdeutschland betragen.⁴⁸

Von der Standardrente werden vor Einsetzen in die Formel der Beitrag zur Krankenversicherung und Pflegeversicherung abgezogen. Von dem durchschnittlichen Brutto-Einkommen werden die Beiträge zur Krankenversicherung, Pflegeversicherung, Rentenversicherung als auch zur Arbeitslosenversicherung abgezogen. Hinzukommt ein Abzug des durchschnittlichen Aufwands einer privaten Altersvorsorge bei dem durchschnittlichen Brutto-Einkommen. Eine Steuerbelastung wird hingegen in keiner der beiden Größen berücksichtigt, da die Renten seit 2005 nicht mehr einheitlich besteuert werden.⁴⁹ Zu beachten ist, dass das Durchschnittsentgelt auf Basis der Versicherten in der gesetzlichen Rentenversicherung berechnet wird, nicht auf Basis aller Erwerbstätigen in Deutschland.⁵⁰

Im Verlauf dieser Bachelorarbeit werden die Begriffe *Nettorentenniveau vor Steuern*, *Sicherungsniveau vor Steuern* sowie Rentenniveau gleichbedeutend verwendet.

³⁹ Vgl. Deutsche Rentenversicherung, 2022, S. 5.

⁴⁰ Vgl. Deutsche Rentenversicherung, o.J.(2).

⁴¹ Vgl. Deutsche Bundesbank, 2019, S. 57.

⁴² Vgl. Bundesministerium für Arbeit und Soziales, o.J.

⁴³ Vgl. Bäcker, G.; Kistler, E., 2020(2).

⁴⁴ Vgl. Deutsche Rentenversicherung, o.J.(3).

⁴⁵ Bundesministerium für Arbeit und Soziales, o.J.

⁴⁶ Bundesministerium für Arbeit und Soziales, o.J.

⁴⁷ Vgl. Bundesministerium für Arbeit und Soziales, o.J.

⁴⁸ Vgl. zu diesem Absatz Deutsche Rentenversicherung, 2022(2), S. 2.

⁴⁹ Vgl. Deutsche Rentenversicherung, o.J.(3).

⁵⁰ Vgl. Deutsche Rentenversicherung, o.J.(9).

3 Aktuelle und zukünftige Situation der Rentenversicherung inklusive Kriterien einer nachhaltigen Lösung des demografischen Problems

3.1 Aktuelle und zukünftige Situation der gesetzlichen Rentenversicherung ohne Reform

Im Folgenden wird die aktuelle und zukünftige Situation der deutschen Rentenversicherung in Bezug auf Beitragssatz, *Nettorentenniveau vor Steuern*, Rentenausgaben, Renteneinnahmen und der Verlauf sozialversicherungspflichtig Beschäftigter beziehungsweise Beitragszahler genauer untersucht.

Betrachtet werden in diesem Kapitel Referenzszenarien. Es wird demnach unterstellt, dass die Rentenversicherung in den dargestellten Prognosen keine Reform erhält und weiterläuft wie im bisherigen Status Quo. Insbesondere hat die Bundesregierung in ihrem *Rentenversicherungsbericht 2021* eine Schätzung des Beitragssatzes und des *Nettorentenniveaus vor Steuern* bis 2035, beziehungsweise im *Sozialbericht 2021* Schätzungen des Bundeszuschusses, der Beitragseinnahmen und der Rentenausgaben bis 2025 vorgenommen. Diese werden im Folgenden näher erläutert.

Jahr	2016	2017	2018	2019	2020	2021	2022	2023	2024	2025
Beitragseinnahmen (Mrd. EUR)	215,6	225,5	236,8	248,1	253,1	259,6	-	-	-	307,9
Bundeszuschuss (allgemeiner und zusätzlicher) (Mrd. EUR)	69,7	73,0	74,8	77,6	80,6	84,1	-	-	-	97,6
Rentenausgaben der deutschen Rentenversicherung (Mrd. EUR)	264,5	274,2	282,5	296,9	309,3	316,5	-	-	-	362,9
Beitragssatz (%)	18,7	18,7	18,6	18,6	18,6	18,6	18,6	18,6	19,5	19,7
Nettorentenniveau vor Steuern (%)	48,1	48,3	48,1	48,2	48,2	49,4	49,4	50,4	50,0	49,2
Jahr	2026	2027	2028	2029	2030	2031	2032	2033	2034	2035
Beitragssatz (%)	19,8	20,2	20,6	20,8	21,2	21,4	21,8	22,0	22,1	22,4
Nettorentenniveau vor Steuern (%)	49,1	48,8	48,4	47,9	47,6	47,2	46,8	46,4	46,0	45,8

Tabelle 1: Status Quo und zukünftige Lage der gesetzlichen Rentenversicherung in den Jahren 2016 bis 2035, Datenquellen: Bundesministerium für Arbeit und Soziales, 2021, S. 38.; Bundesministerium für Arbeit und Soziales, 2021(2), S. 260.

Wird die Entwicklung des Beitragssatzes der gesetzlichen Rentenversicherung untersucht, kann festgestellt werden, dass dieser bis zum Jahr 2017 18,7 Prozent betragen hat.⁵¹ In den darauffolgenden Jahren wurde der Beitragssatz auf 18,6 Prozent gesenkt.⁵² Aufgrund der bestehenden Haltelinien darf dieser auch nicht die Obergrenze von 20 Prozent bis zum Jahr 2025 überschreiten.⁵³ Der Beitragssatz würde ohne Reformen ab dem Jahr 2024 kontinuierlich steigen und seinen Höchststand im Jahr 2035 mit 22,4 Prozent erreichen.⁵⁴ Es ist ebenso erkennbar, dass ab dem Jahr 2023 das *Nettorentenniveau vor Steuern* kontinuierlich abnimmt.⁵⁵ Der Tiefstand wird am Ende des Betrachtungszeitraums im Jahr 2035 erreicht.⁵⁶

Bis zum Jahr 2025 nehmen auch die Rentenausgaben ausgehend vom Jahr 2016 in Höhe von 264,5 Milliarden Euro, auf 362,9 Milliarden Euro im Jahr 2025 zu. Derselben Steigerung unterliegt auch der Bundeszuschuss. Demgegenüber steigen die Beitragseinnahmen der DRV ebenso durchgehend und erreichen einen Höchststand im Jahr 2025 in Höhe von 307,9 Milliarden Euro.⁵⁷

⁵¹ Vgl. Bundesministerium für Arbeit und Soziales, 2021, S. 38.

⁵² Vgl. Bundesministerium für Arbeit und Soziales, 2021, S. 38.

⁵³ Vgl. Geppert, C., 2020, S. 145.

⁵⁴ Vgl. Bundesministerium für Arbeit und Soziales, 2021, S. 38.

⁵⁵ Vgl. Bundesministerium für Arbeit und Soziales, 2021, S. 38.

⁵⁶ Vgl. Bundesministerium für Arbeit und Soziales, 2021, S. 38.

⁵⁷ Vgl. zu diesem Absatz Bundesministerium für Arbeit und Soziales, 2021(2), S. 260.

Es ist allerdings sowohl im Betrachtungsjahr 2016 als auch in den Jahren bis 2025 erkennbar, dass die Differenz zwischen den Beitragseinnahmen und Rentenausgaben immer negativ ist. Demnach ist bereits im Status Quo keine Selbstfinanzierung der Rentenversicherung durch Beiträge möglich. Ausgehend vom Jahr 2016 verdoppelt sich die Differenz von 48,9 Milliarden Euro auf 114,8 Milliarden Euro im Jahr 2025, trotz eines gestiegenen Beitragssatzes.⁵⁸

Um ein besseres Bild der zukünftigen Situation der gesetzlichen Rentenversicherung zu erstellen, werden im Folgenden drei weitere Prognosen aus den Jahren 2016 und 2019 abgebildet und ihre Ergebnisse miteinander verglichen. Nicht jede Studie hat alle Werte der Rentenversicherung vorausberechnet, auch der Veröffentlichungszeitraum und der untersuchte Zeithorizont ist teilweise unterschiedlich. Um eine bessere Vergleichbarkeit herzustellen, werden nur Zeiträume ab dem Jahr 2020 abgebildet.

Die Methodik, auf denen die verschiedenen Studien basieren, sind im Kern unterschiedlich.⁵⁹ Allerdings haben alle drei untersuchten Studien für die zukünftige demografische Entwicklung die *13. koordinierte Bevölkerungsvorausberechnung* des Statistischen Bundesamts verwendet, hier wurde in zwei Studien die *Variante 2* und in einer Studie die *Variante 2-A* verwendet.⁶⁰ Die verschiedenen Varianten der Bevölkerungsvorausberechnung basieren auf unterschiedlichen Annahmen bezüglich Geburtenhäufigkeit, Lebenserwartung und Wanderungssaldo.⁶¹ Auch das *Sozio-ökonomische Panel (SOEP)* wurde in zwei der drei dargestellten Studien als Basis für die Simulationen verwendet.⁶² Das *SOEP*⁶³ bietet beispielsweise Informationen über Erwerbsquoten, Arbeitsstunden und Stundenlöhne.⁶⁴ Darüber hinaus lassen sich keine direkten Gemeinsamkeiten in der Methodik der Studien feststellen.

Jahr	2020	2030	2040	2050	2060	2070
Sozialversicherungspflichtig Beschäftigte (Mio.)	36,1	32,2	30,0	28,5	27,1	26,3
Anzahl der Rentner (Mio)	25,9	29,3	32,5	33,2	33,5	33,3
Beitragseinnahmen (Mrd. EUR)	221,5	275,2	323,9	367,9	414,9	470,3
Bundeszuschuss (allgemeiner und zusätzlicher) (Mrd. EUR)	69,9	92,9	113,2	133,2	156,3	181,5
Rentenausgaben der deutschen Rentenversicherung (Mrd. EUR)	268,6	339,3	403,0	462,5	527,4	599,1
Beitragssatz (%)	18,6	22,3	24,3	25,0	25,7	25,9
Nettorentenniveau vor Steuern (%)	48,0	46,0	42,8	41,7	40,9	40,9

Tabelle 2: Referenzprognose für die Jahre 2020 bis 2070, Datenquelle: Burret, H.; Moog, S., 2019, S. 2

Die erste Prognose wurde im Jahr 2019 im Rahmen einer Vorausberechnung der Eingliederung von Beamten von H. Burret und S. Moog veröffentlicht. Hier erfolgte eine Prognose ausgehend vom Jahr 2015 bis zum Jahr 2070. Für die Berechnung wurde das *Prognos Sozialversicherungsmodell OCCUR* verwendet.⁶⁵

⁵⁸ Vgl. zu diesem Absatz Bundesministerium für Arbeit und Soziales, 2021(2), S. 260.

⁵⁹ Vgl. Buslei, H. et al., 2016, S. 660-663.; Burret, H.; Moog, S., 2019, S. 1-4.; Ehrentraut, O., 2016, S. 1-4.

⁶⁰ Vgl. Buslei, H. et al., 2016, S. 660.; Burret, H.; Moog, S., 2019, S. 4.; Ehrentraut, O., 2016, S. 4.

⁶¹ Vgl. Statistisches Bundesamt, 2015, S. 13.

⁶² Vgl. Buslei, H. et al., 2016, S. 660-662.; Burret, H.; Moog, S., 2019, S. 4.

⁶³ Vgl. DIW Berlin, o.J.

⁶⁴ Vgl. Buslei, H. et al., 2016, S. 660f.

⁶⁵ Vgl. Burret, H.; Moog, S., 2019, S. 1f.

Jahr	2020	2030	2040
Beitragszahlende (Mio.)	35,0	32,2	30,9
Rentenausgaben der deutschen Rentenversicherung (Mrd. EUR)	272,1	390,1	522,3
Beitragsatz (%)	19,3	22,4	23,3
Nettorentenniveau vor Steuern (%)	47,5	43,6	41,6

Tabelle 3: Referenzprognose für die Jahre 2020 bis 2040, Datenquelle: Buslei, H. et al., 2016, S. 663

Die zweite Prognose wurde im Jahr 2016 von H. Buslei, et al. im Rahmen einer Vorausberechnung für die Eingliederung Selbstständiger veröffentlicht. Die Vorausberechnungen hier bezogen sich auf den Zeitraum von 2015 bis 2040. Für die Berechnungen wurde das Rentensimulationsmodell *PenPro* verwendet.⁶⁶

Jahr	2020	2030	2040
Sozialversicherungspflichtig Beschäftigte (Mio.)	31,1	29,8	28,3
Bundeszuschuss (allgemeiner und zusätzlicher) (Mrd. EUR)	70,9	96,0	123,6
Beitragsatz (%)	19,0	21,9	23,7
Nettorentenniveau vor Steuern (%)	47,6	44,1	41,7

Tabelle 4: 2. Referenzprognose für die Jahre 2020 bis 2040, Datenquelle: Ehrentraut, O., 2016, S. 4.

Die dritte und letzte Prognose wurde ebenfalls im Jahr 2016 im Rahmen einer *Kurzstudie für Fakten in der Rentendebatte* von O. Ehrentraut veröffentlicht. Auch hier wurde der Zeitraum 2015 bis 2040 betrachtet.⁶⁷

Bei Betrachtung der Anzahl von sozialversicherungspflichtig Beschäftigten beziehungsweise Beitragszahlenden, treffen alle Autoren die gleiche Annahme bezüglich der sinkenden Anzahl. So beträgt die Anzahl der Sozialversicherungspflichtigen in den Prognosen ab dem Betrachtungszeitraum 2020, je nach Annahme der Autoren zwischen 31,1 und 36,1 Millionen versicherungspflichtig Beschäftigten beziehungsweise Beitragszahlenden und am Ende des Betrachtungszeitraums 2040 liegt diese Anzahl zwischen 28,3 und 30,9 Millionen.⁶⁸

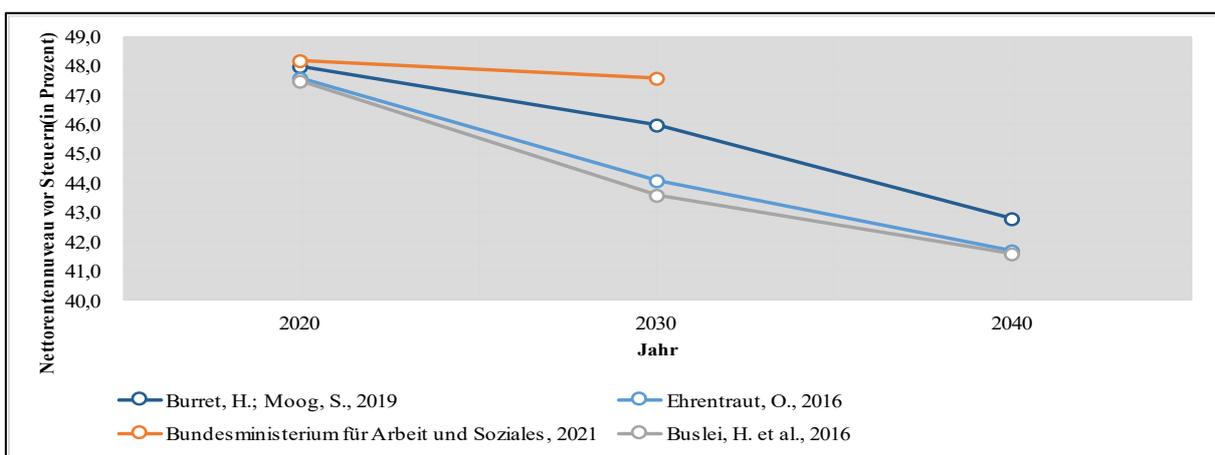


Abbildung 2: Vergleich des Nettorentenniveaus vor Steuern verschiedener Prognosen im Referenzszenario, Datenquellen: Burret, H.; Moog, S., 2019, S. 2.; Ehrentraut, O., 2016, S. 4.; Bundesministerium für Arbeit und Soziales, 2021, S. 38.; Buslei, H. et al., 2016, S. 663.

⁶⁶ Vgl. Buslei, H. et al., 2016, S. 659–667.

⁶⁷ Vgl. Ehrentraut, O., 2016, S. 1–4.

⁶⁸ Vgl. zu diesem Absatz Buslei, H. et al., 2016, S. 663.; Burret, H.; Moog, S., 2019, S. 2.; Ehrentraut, O., 2016, S. 4.

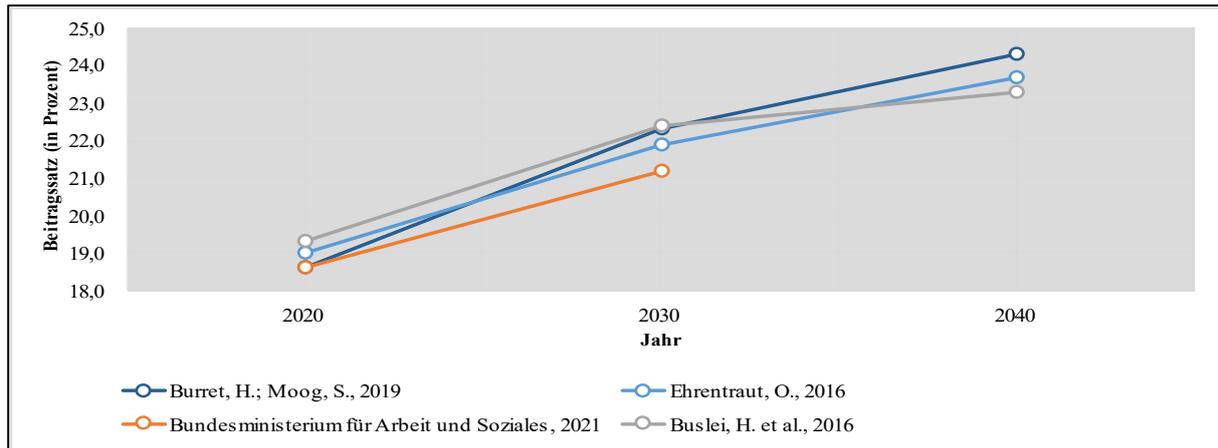


Abbildung 3: Beitragssatzvergleich verschiedener Prognosen im Referenzszenario, Datenquellen: Burret, H.; Moog, S., 2019, S. 2.; Ehrentraut, O., 2016, S. 4.; Bundesministerium für Arbeit und Soziales, 2021, S. 38.; Buslei, H. et al., 2016, S. 663.

In Abbildung 2 und 3 ist ein sinkendes *Nettorentenniveau vor Steuern* und ein steigender Beitragssatz zu erkennen. Während in den Prognosen für das Jahr 2020 von einem Beitragssatz zwischen 18,6 und 19,3 Prozent ausgegangen wurde und das *Nettorentenniveau vor Steuern* in diesem Jahr zwischen 47,5 und 48 Prozent liegt, beträgt der Beitragssatz im Jahr 2040 bereits zwischen 23,3 und 25,9 Prozent. Das *Nettorentenniveau vor Steuern* soll laut den Prognosen im Jahr 2040 zwischen 41,6 und 42,8 Prozent betragen. Verglichen mit den Daten des Bundes (siehe Tabelle 1) lässt sich erkennen, dass die Prognosen mit den Annahmen nah an den tatsächlichen Daten lagen. Der Beitragssatz im Jahr 2020 betrug 18,6 Prozent und das *Nettorentenniveau vor Steuern* 48,2 Prozent.⁶⁹

Werden die Rentenausgaben aus Tabelle 1 und 2 miteinander verglichen, so fällt auf, dass diese in beiden Studien im Laufe der Zeit ansteigen. Zu beachten ist allerdings, dass die Rentenausgaben in Tabelle 2 bis zum Jahr 2070 dargestellt sind und in Tabelle 1 lediglich bis zum Jahr 2025.⁷⁰

Bei Betrachtung des Bundeszuschusses ist ein stetiger Anstieg in den Tabellen 1,2 und 4 erkennbar.⁷¹ Hierbei ist zu beachten, dass die zugrundeliegenden Studien der Tabellen 2 und 4 jeweils von der *Prognos AG* veröffentlicht wurden und lediglich das Veröffentlichungsjahr die beiden Prognosen unterscheidet.⁷² Es ist festzuhalten, dass die Prognose aus dem Jahr 2019 von H. Burret und S. Moog in nahezu allen verglichenen Größen optimistischer ausfällt als die Prognose aus dem Jahr 2016 von O. Ehrentraut.⁷³

Wird nun auf Basis von Tabelle 2 die Differenz der Beitragseinnahmen mit den Rentenausgaben berechnet, so fällt auch hier auf, dass die Differenz im Laufe der Zeit immer größer wird. Im Jahr 2020 beträgt die Differenz in der Prognose aus dem Jahr 2019 47,1 Milliarden Euro, im Jahr 2070 beträgt die Differenz bereits 128,8 Milliarden Euro.⁷⁴

⁶⁹ Vgl. zu diesem Absatz Buslei, H. et al., 2016, S. 663.; Burret, H.; Moog, S., 2019, S. 2.; Ehrentraut, O., 2016, S. 4.; Bundesministerium für Arbeit und Soziales, 2021, S. 38.

⁷⁰ Vgl. zu diesem Absatz Burret, H.; Moog, S., 2019, S. 2.; Bundesministerium für Arbeit und Soziales, 2021(2), S. 260.

⁷¹ Vgl. Burret, H.; Moog, S., 2019, S. 1–4.; Ehrentraut, O., 2016, S. 1–4.; Bundesministerium für Arbeit und Soziales, 2021(2), S. 260.

⁷² Vgl. Burret, H.; Moog, S., 2019, S. 1–4.; Ehrentraut, O., 2016, S. 1–4.

⁷³ Vgl. Burret, H.; Moog, S., 2019, S. 2.; Ehrentraut, O., 2016, S. 4.

⁷⁴ Vgl. zu diesem Absatz Burret, H.; Moog, S., 2019, S. 2.

Als besonders kritisch gelten die zehn Jahre nach dem Jahr 2025, denn hier verbreiten sich die negativen Effekte der Renteneintritte der *Baby-Boomer* Generation vergleichsweise schnell. Auch über diese Jahre hinaus steigt der Beitragssatz und das *Nettorentenniveau vor Steuern* sinkt. Dies passiert allerdings vergleichsweise langsamer als in den Jahren 2025 bis 2035.⁷⁵

Abschließend ist bei dem Vergleich festzustellen, dass sowohl die drei dargestellten Prognosen als auch die Prognose der Bundesregierung für eine zukünftige Rentenversicherung ohne Reformen von steigenden Rentenausgaben, steigenden Bundeszuschüssen, einem fallenden *Nettorentenniveau vor Steuern* und einem steigenden Beitragssatz ausgehen.⁷⁶

3.2 Kriterien einer nachhaltigen Lösung des demografischen Problems

3.2.1 Das demografische Problem

Als demografischer Wandel wird eine immer älter werdende Bevölkerung und eine zunehmend sinkende Zahl junger Menschen bezeichnet.⁷⁷ Mittlerweile ist jede zweite Person in Deutschland älter als 45 Jahre und jede fünfte Person älter als 66 Jahre alt.⁷⁸ Grund für diese Verschiebung sind die stark besetzten Geburtenjahrgänge von 1955 bis 1970⁷⁹ und die daraufhin gefallene Geburtenrate.⁸⁰ Im Verlauf dieser Bachelorarbeit wird die Generation von 1955 bis 1970 als *Baby-Boomer* bezeichnet.⁸¹

Im Jahr 1990 bildeten die *Baby-Boomer* im Alter von 20 bis 35 Jahren die größte Generationengruppe im erwerbsfähigen Alter in Deutschland.⁸² Auch heute bilden sie noch die größte Generationengruppe, allerdings haben sie ein höheres Erwerbsalter erreicht und werden in den nächsten zwei Jahrzehnten aus dem Erwerbsleben ausscheiden.⁸³ Aufgrund der Tatsache, dass die Anzahl der Altersrentner in Zukunft steigt, die Anzahl der Beitragszahler hingegen kaum, wird die gesetzliche Rentenversicherung laut Prognosen in eine finanzielle Schieflage geraten.⁸⁴

Unter dem Begriff des demografischen Problems wird in dieser Bachelorarbeit die Situation des demografischen Wandels ab dem Renteneintritt der *Baby-Boomer* bezeichnet.

3.2.2 Das Hauptkriterium zur Lösung des demografischen Problems

Eine Lösung des demografischen Problems muss die negativen Effekte auffangen können, die durch die Altersverschiebung in der gesetzlichen Rentenversicherung auftreten. Damit am Ende dieser Bachelorarbeit eine klare Bewertung hinsichtlich einer Lösung des demografischen Problems erfolgen kann, müssen Richtwerte bestimmt werden, die eine solche Bewertung ermöglichen. Hierfür wird der Koalitionsvertrag der aktuellen Bundesregierung, sowie die Kurzfassung des Berichts der Kommission *Verlässlicher Generationenvertrag* genauer untersucht.

⁷⁵ Vgl. zu diesem Absatz Kommission Verlässlicher Generationenvertrag, 2020, S. 4.

⁷⁶ Vgl. zu diesem Absatz Kommission Verlässlicher Generationenvertrag, 2020, S. 4.

⁷⁷ Vgl. Statistisches Bundesamt, o.J.

⁷⁸ Vgl. Statistisches Bundesamt, o.J.

⁷⁹ Vgl. Statistisches Bundesamt, o.J.

⁸⁰ Vgl. Lenze, A., 2019, S. 265f.

⁸¹ Vgl. Statistisches Bundesamt, o.J.

⁸² Vgl. Statistisches Bundesamt, o.J.

⁸³ Vgl. Statistisches Bundesamt, o.J.

⁸⁴ Vgl. Buslei, H. et al., 2016, S. 663.; Ehrentraut, O.; Moog, S., 2017, S. 18f.

Im Koalitionsvertrag wurde vereinbart, dass eine dauerhafte Festsetzung des Mindestrentenniveaus auf 48 Prozent erfolgen soll.⁸⁵ Zudem soll der Beitragssatz in der Legislaturperiode 2021 bis 2025 nicht über 20 Prozent steigen.⁸⁶ Bis 2025 sind diese Richtwerte durch die doppelte Haltelinie ohnehin gesichert.⁸⁷ Falls in dieser Zeit die Überschreitung der Werte drohen sollte, wird der Bundeszuschuss erhöht werden.⁸⁸

Über das Jahr 2025 hinaus, schlägt die Kommission *Verlässlicher Generationenvertrag* eine Verlängerung der Haltelinien vor. Die Werte sollen sich in einer Spanne mit unterer und oberer Haltelinie bewegen und jeweils für sieben Jahre gelten. Die verbindliche Haltelinie für das *Nettorentenniveau vor Steuern* soll in einer Spanne von 44 bis 49 Prozent gelten, der Beitragssatz soll sich in der Spanne von 20 bis 24 Prozent bewegen.⁸⁹

Da die Werte bis zum Jahr 2025 nach der derzeitigen Rechtslage ohnehin gesichert sind, werden für das Hauptkriterium dieser Bachelorarbeit die vorgeschlagenen Werte der Kommission *Verlässlicher Generationenvertrag* übernommen. Hierbei wird lediglich der Höchstwert von 24 Prozent für den Beitragssatz und die Untergrenze von 44 Prozent des *Nettorentenniveaus vor Steuern* in das Hauptkriterium übertragen. Eine Unterschreitung des Beitragssatzes von 20 Prozent oder eine Überschreitung des *Nettorentenniveaus vor Steuern* von 49 Prozent werden demnach nicht betrachtet. Es ist zudem positiv zu betrachten, wenn die Reformen so hohe Entlastungspotentiale bieten können, dass eine Unterschreitung des Beitragssatzes von 20 Prozent oder eine Überschreitung des *Nettorentenniveaus vor Steuern* von 49 Prozent in Zukunft möglich sind.

Beitragssatz-Obergrenze (%)	24,0
Nettorentenniveau vor Steuern-Untergrenze (%)	44,0

Tabelle 5: Das Hauptkriterium, Datenquelle: Kommission *Verlässlicher Generationenvertrag*, 2020, S. 5f.

In Tabelle 5 sind die Zielwerte noch einmal dargestellt. Diese Richtwerte gelten als Hauptkriterium dieser Bachelorarbeit um prüfen zu können, ob eine Lösung des demografischen Problems möglich wäre. Wenn eine Erwerbstätigenversicherung genügend Entlastungspotentiale bietet beide Zielwerte zu erreichen, wird in dieser Bachelorarbeit unterstellt, dass die negativen Effekte des demografischen Problems aufgefangen werden können. Darüber hinaus werden im folgenden Kapitel weitere Kriterien definiert, um eine Erwerbstätigenversicherung auf Nachhaltigkeit und rechtliche und politische Umsetzbarkeit prüfen zu können.

3.2.3 Nachhaltigkeit in der gesetzlichen Rentenversicherung

Der Nachhaltigkeitsbegriff wird heutzutage häufig verwendet und auch unter verschiedenen Bedeutungen diskutiert.⁹⁰ In diesem Kapitel geht es um die Frage wie genau der Begriff auf die gesetzliche Rentenversicherung übertragen werden kann und was eine nachhaltige gesetzliche Rentenversicherung ausmachen könnte. Des Weiteren werden konkrete Kriterien einer nachhaltigen Rentenversicherung von den derzeit bestehenden Konzepten der Nachhaltigkeit abgeleitet.

⁸⁵ Vgl. SPD; Bündnis 90 / Die Grünen; FDP, 2021, S. 57.

⁸⁶ Vgl. SPD; Bündnis 90 / Die Grünen; FDP, 2021, S. 57.

⁸⁷ Vgl. Zwiener, R. et al., 2020, S. 35.

⁸⁸ Vgl. Zwiener, R. et al., 2020, S. 35.

⁸⁹ Vgl. zu diesem Absatz Kommission *Verlässlicher Generationenvertrag*, 2020, S. 5f.

⁹⁰ Vgl. Steinmeyer, H.-D., 2022(2), S. 2.

Das Bundesministerium für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung hat eine Definition der Nachhaltigkeit vorgenommen.⁹¹ Laut dieser Definition bedeutet „Nachhaltigkeit oder nachhaltige Entwicklung (...), die Bedürfnisse der Gegenwart so zu befriedigen, dass die Möglichkeiten zukünftiger Generationen nicht eingeschränkt werden.“^{92,93} Auch in der Politischen Debatte hat der Begriff der Nachhaltigkeit bereits an Beliebtheit gewonnen.⁹⁴ So wurde ein Faktor der Rentenformel Nachhaltigkeitsfaktor genannt,⁹⁵ das *RV-Nachhaltigkeitsgesetz* aus dem Jahr 2004⁹⁶ trägt das Wort Nachhaltigkeit im Namen und es gibt die *Deutsche Nachhaltigkeitsstrategie 2022*.⁹⁷ Auch die *Rürup Kommission* aus dem Jahr 2002 trug offiziell den Namen „(...) Kommission für die Nachhaltigkeit in der Finanzierung der sozialen Sicherungssysteme (...)“^{98,99}.

In der Abschlussarbeit der *Rürup-Kommission* wurde ebenfalls eine Begriffsdefinition der Nachhaltigkeit vorgenommen. Laut der Kommission ist etwas nachhaltig, wenn es „(...) langfristige, dauerhafte Stabilität unter der Bedingung des gerechten Ausgleichs zwischen den beteiligten Generationen (...)“¹⁰⁰ aufweist.¹⁰¹

3.2.4 Kriterium der Nachhaltigkeit

Grundsätzlich lässt sich für das Erreichen der Nachhaltigkeit das Ziel der *langfristigen Stabilität* für diese Bachelorarbeit ableiten. Für die Bevölkerung ist es wichtig, dass die Absicherung im Alter auch tatsächlich stattfindet, da schließlich ein Leben lang Beiträge gezahlt wurden.¹⁰² Die Frage, die in diesem Zusammenhang gestellt werden kann, ist, ab welchem Zeitpunkt eine lange Frist in der gesetzlichen Rentenversicherung gegeben ist. In dem Bericht der *Rürup-Kommission* findet sich dazu keine Aussage. In dem Gutachten *Nachhaltigkeit in der sozialen Sicherung über 2030 hinaus* des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie aus dem Jahr 2016, findet sich folgende Aussage: „Dabei wird jedoch die langfristige, über das Jahr 2030 hinausgehende Finanzierbarkeit (...) außer Acht gelassen.“^{103,104} Ausgehend vom Veröffentlichungsjahr 2016, ist demnach ein Jahreszeitraum *über 15 Jahre hinausgehend* als langfristig zu betrachten. Für diese Bachelorarbeit gilt somit die Voraussetzung, dass eine Erwerbstätigenversicherung das *Kriterium der langfristigen Stabilität* erfüllt, wenn diese Potentiale bietet, den Beitragssatz sowie das *Nettorentenniveau vor Steuern* über 15 Jahre ab dem Eingliederungsjahr der Erwerbstätigenversicherung stabil zu halten. Demnach muss eine Erwerbstätigenversicherung mindestens bis zum 16. Reformjahr den Beitragssatz und das *Nettorentenniveau vor Steuern*, stabil halten können, um dieses Kriterium zu erfüllen. Bezüglich der Stabilität wird auf die Vorgabewerte einer langfristigen Rentenversicherung der *Kommission Verlässlicher Generationenvertrag* aus Kapitel 3.2.2 verwiesen.¹⁰⁵

⁹¹ Vgl. Bundesministerium für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung, o.J.

⁹² Bundesministerium für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung, o.J.

⁹³ Vgl. Bundesministerium für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung, o.J.

⁹⁴ Vgl. Steinmeyer, H.-D., 2022(2), S. 7.

⁹⁵ Vgl. Steinmeyer, H.-D., 2022(2), S. 2.

⁹⁶ Vgl. Steinmeyer, H.-D., 2022(2), S. 3.

⁹⁷ Vgl. Deutsche Bundesregierung, o.J.

⁹⁸ Rürup, B. et al., 2003, S. 23.

⁹⁹ Vgl. Steinmeyer, H.-D., 2022(2), S. 3.

¹⁰⁰ Rürup, B. et al., 2003, S. 48.

¹⁰¹ Vgl. Rürup, B. et al., 2003, S. 48.

¹⁰² Vgl. Steinmeyer, H.-D., 2022(2), S. 2.

¹⁰³ Breyer, F. et al., 2016, S. 3.

¹⁰⁴ Vgl. Breyer, F. et al., 2016, S. 3.

¹⁰⁵ Vgl. Kommission Verlässlicher Generationenvertrag, 2020, S. 5f.

Laut der Definition des Bundesministeriums für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung müssen die „(...) drei Dimensionen der Nachhaltigkeit – wirtschaftlich effizient, sozial gerecht, ökologisch tragfähig (...)“¹⁰⁶ gleichberechtigt behandelt werden.¹⁰⁷ Mit dem ersten definierten Kriterium der *langfristigen Stabilität* in Verbindung mit dem Hauptkriterium ist die Dimension der wirtschaftlichen Effizienz abgedeckt. Eine ökologische Tragfähigkeit lässt sich auf die gesetzliche Rentenversicherung nur schwer übertragen, aus diesem Grund wird dieser Teil der Nachhaltigkeitsdefinition in dieser Bachelorarbeit nicht weiterverfolgt.¹⁰⁸ Der Aspekt der sozialen Gerechtigkeit ist im Gegensatz dazu auf die gesetzliche Rentenversicherung übertragbar.¹⁰⁹ So werden in den *17 Zielen für nachhaltige Entwicklung* der Vereinten Nationen,¹¹⁰ auf die auch die *Deutsche Nachhaltigkeitsstrategie 2022* auf Ihrer Website verwiesen hat,¹¹¹ unter anderem die zwei Ziele: *Keine Armut* und *weniger Ungleichheiten* genannt.¹¹²

Aus der Definition des Bundesministeriums für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung im vorherigen Kapitel lässt sich ableiten, dass bei der Befriedigung der heutigen Bedürfnisse die Generationengerechtigkeit¹¹³ beachten werden muss. Eine ähnliche Aussage findet sich auch bereits in der Nachhaltigkeitsdefinition der *Rürup Kommission*.¹¹⁴

Auf diesen Grundlagen lassen sich drei weitere Nachhaltigkeitskriterien für diese Bachelorarbeit definieren. Zum einen das *Kriterium der Vermeidung von Altersarmut*, welches als erfüllt gilt, wenn durch die Erwerbstätigenversicherung Altersarmut vermieden wird. Zum anderen das *Kriterium der Auflösung von Ungleichheiten*. Dieses Kriterium gilt als erfüllt, wenn bestehende Ungleichheiten im Verlauf der Erwerbstätigenversicherung aufgelöst werden. Abschließend sollte eine nachhaltige Lösung des demografischen Problems das Ziel der *Generationengerechtigkeit* verfolgen. Bezogen auf die gesetzliche Rentenversicherung wird das Ziel der *Generationengerechtigkeit* verfolgt, wenn die Last unter den verschiedenen Generationen gerecht verteilt wird und keine einseitige Belastung einer bestimmten Generation vorliegt.¹¹⁵

3.2.5 Das Kriterium der rechtlichen und politischen Umsetzbarkeit

Für eine weitere Beurteilung ist insbesondere die Machbarkeit und Umsetzbarkeit einer Erwerbstätigenversicherung wichtig.¹¹⁶ Hierzu wird jeweils für die Eingliederung der Beamten als auch für die Eingliederung der Selbstständigen eine rechtliche Analyse in Kapitel 8 vorgenommen. Da es sich hier um keine juristische Arbeit handelt, werden nicht alle Aspekte der rechtlichen Seite nähergebracht. Der Fokus der rechtlichen Analyse liegt darauf, einen Gesamtüberblick über die derzeitige rechtliche Situation einer Eingliederung der Selbstständigen und Beamten darzulegen, sowie auf Probleme, Chancen und Hindernisse einer Erwerbstätigenversicherung aufmerksam zu machen.

Zudem wird ebenfalls in Kapitel 8 die politische Durchsetzbarkeit einer Erwerbstätigenversicherung untersucht. Hier werden Parteiprogramme und der aktuelle Koalitionsvertrag auf

¹⁰⁶ Bundesministerium für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung, o.J.

¹⁰⁷ Vgl. Bundesministerium für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung, o.J.

¹⁰⁸ Vgl. Steinmeyer, H.-D., 2022(2), S. 9.

¹⁰⁹ Vgl. Steinmeyer, H.-D., 2022(2), S. 8.

¹¹⁰ Vgl. Vereinte Nationen, o.J.

¹¹¹ Vgl. Deutsche Bundesregierung, o.J.

¹¹² Vgl. Vereinte Nationen, o.J.

¹¹³ Vgl. Steinmeyer, H.-D., 2022(2), S. 7.

¹¹⁴ Vgl. Rürup, B. et al., 2003, S. 48.

¹¹⁵ Vgl. Steinmeyer, H.-D., 2021, S. 618.

¹¹⁶ Vgl. Zähle, K., 2019, S. 44f.; Schmitt, L., 2018, S. 201.

eine Erwähnung der Erwerbstätigenversicherung untersucht und anschließend ausgewertet, wie politisch durchsetzbar eine Erwerbstätigenversicherung letztendlich ist.

Abschließend gibt es insgesamt sechs Kriterien, die im Laufe dieser Bachelorarbeit verwendet werden können, um zu prüfen, ob eine Erwerbstätigenversicherung eine nachhaltige Lösung für das demografische Problem sein kann.

4 Grundlagenwissen zur Erwerbstätigenversicherung

4.1 Definition der Erwerbstätigenversicherung

Der Begriff der Erwerbstätigenversicherung ist nicht neu. Dieser wird bereits seit geraumer Zeit diskutiert und auch der Sachverständigenrat hat im Jahresgutachten 2006/ 2007 die Frage der Einführung einer Erwerbstätigenversicherung erläutert.¹¹⁷ Der Begriff ist allerdings nicht einheitlich definiert. Um dennoch eine Arbeitsdefinition herzuleiten, wird zunächst das Jahresgutachten des Sachverständigenrates des Jahres 2006/ 2007 herangezogen. Hier heißt es dazu: „In einer Erwerbstätigenversicherung sind alle Personen, die Einkommen aus Erwerbstätigkeit beziehen, versicherungspflichtig (...)“^{118, 119}

Werden einige Reformvorschläge basierend auf einer Erwerbstätigenversicherung betrachtet, kann festgestellt werden, dass je nach Vorschlag nicht unbedingt alle Personen, die per Definition Einkommen aus Erwerbstätigkeit beziehen, in die Erwerbstätigenversicherung aufgenommen wurden.¹²⁰ Beispielsweise streben einige Vorschläge nur die Eingliederung *nicht obligatorisch versicherter Selbstständiger* an.¹²¹ In anderen Vorschlägen wird wiederum eine Eingliederung von Selbstständigen und Beamten als Erwerbstätigenversicherung bezeichnet.¹²² Auch die Durchführung einer solchen Eingliederung wird unterschiedlich angegangen. In einem Vorschlag wird beispielsweise eine volle Eingliederung angestrebt und die einzubeziehenden Personengruppen werden ohne Übergangszeit und Altersgrenze in die gesetzliche Rentenversicherung integriert.¹²³ In einem anderen Vorschlag wird wiederum eine schrittweise Eingliederung angestrebt, inklusive Bestandsschutz der Personen, die in einem anderen Alterssicherungssystem versichert sind.¹²⁴

Für diese Arbeit ist unter dem Begriff der Erwerbstätigenversicherung eine Eingliederung der Beamten und Selbstständigen in die gesetzliche Rentenversicherung zu verstehen, darüber hinaus werden in Kapitel 5 zwei verschiedene Reformvorschläge einer sukzessiven und einer vollen Eingliederung von Erwerbstätigen betrachtet.

4.2 Abgrenzung einer abhängigen Beschäftigung zu einer selbstständigen Tätigkeit

Grundsätzlich sind alle Arbeitnehmer in der gesetzlichen Rentenversicherung pflichtversichert.¹²⁵ Ausnahmen gibt es zum Beispiel für Selbstständige und Beamte in Deutschland.¹²⁶

¹¹⁷ Vgl. Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung, 2006, S. 260–268.

¹¹⁸ Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung, 2006, S. 261.

¹¹⁹ Vgl. Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung, 2006, S. 261.

¹²⁰ Vgl. Jess, H.; Ujhelyiova, D., 2009, S. 23.

¹²¹ Vgl. Buslei, H. et al., 2016, S. 664.

¹²² Vgl. Ebert, T., 2018, S. 305.

¹²³ Vgl. Ebert, T., 2018, S. 314–316.

¹²⁴ Vgl. Buslei, H. et al., 2016, S. 662–666.

¹²⁵ Vgl. Bundesministerium für Arbeit und Soziales, 2021(3).

¹²⁶ Vgl. Bundesministerium für Arbeit und Soziales, 2017; Bundesministerium für Arbeit und Soziales, 2017(2).

Der Unterschied, ob eine erwerbstätige Person als abhängig beschäftigter Arbeitnehmer oder als selbstständig eingestuft wird, ist nicht immer eindeutig, allen voran auch weil mittlerweile Unterschiede zu der Arbeitssituation der letzten Jahrzehnte existieren, diese ist deutlich IT-lastiger geworden.¹²⁷ Ein Großteil der Erwerbstätigen kann theoretisch Ort und Zeit der eigenen Arbeit selbst bestimmen, Stichwort hier ist die *Arbeitswelt 4.0*.¹²⁸ Dies ist Grund genug, um eine Differenzierung dieser Gruppen vorzunehmen.

Eine Einordnung als Selbstständiger beziehungsweise als Arbeitnehmer wird von bestimmten objektiven Einflusskriterien bestimmt.¹²⁹ Die tatsächliche inhaltliche Ausgestaltung des Tätigkeitsverhältnisses ist hier maßgebend.¹³⁰ Eine abhängige Beschäftigung als Arbeitnehmer liegt nach umfassender Würdigung nach § 7 Abs. 1 SGB IV vor, wenn gewisse Kriterien auf dieses Arbeitsverhältnis zutreffen.¹³¹ Beispielsweise die persönliche Abhängigkeit des Arbeitnehmers gegenüber seines Arbeitgebers, in Form einer uneingeschränkten Weisungspflicht in Bezug auf Zeit, Ort und Art der Tätigkeit.¹³² Zudem muss der Arbeitnehmer in den Betrieb des Arbeitgebers eingegliedert sein.¹³³ Die Tätigkeit einer abhängigen Beschäftigung ist im Normalfall auf Dauer und im Wesentlichen nur für einen Arbeitgeber vorgesehen.¹³⁴

Demgegenüber ist das Hauptmerkmal eines Selbstständigen, dass er das unternehmerische Risiko in vollem Umfang selbst trägt, außerdem hat dieser keine Weisungsgebundenheit bezüglich Ort und Zeit. Ein weiteres typisches Merkmal ist die Tatsache, dass Selbstständige ihre Leistungen im Normalfall unter eigenem Namen und auf eigener Rechnung vollziehen. Ein Selbstständiger trifft auch alleinig die Geschäftsentscheidungen bezüglich Wareneinkauf, Personellen Angelegenheiten sowie den Betriebsmitteln.¹³⁵

4.3 Unterschiede des Beamtenverhältnisses zur abhängigen Beschäftigung in Deutschland

Ein weiteres Beschäftigungsverhältnis ist das der Beamten in Deutschland. Rund ein Drittel der Beschäftigten im öffentlichen Dienst sind verbeamtet. Eingesetzt werden Beamte dort, wo hoheitsrechtliche Befugnisse ausgeübt werden, zum Beispiel bei der Polizei im Justizvollzug oder in der deutschen Finanzverwaltung. Beschäftigte, die im Beamtenverhältnis stehen, arbeiten nicht wie in der freien Wirtschaft vorgesehen auf Grundlage eines privatwirtschaftlichen Vertrags, sondern werden in einem staatlichen Ernennungsakt, mit Übergabe einer Ernennungsurkunde ernannt. Auch die Einkommen und die Versorgung werden durch das Gesetz geregelt und sind nicht verhandelbar.¹³⁶

¹²⁷ Vgl. Welskop-Deffaa, E. M., 2017, S. 108f.

¹²⁸ Vgl. Welskop-Deffaa, E. M., 2017, S. 108f.

¹²⁹ Vgl. IHK Schleswig-Holstein, o.J.

¹³⁰ Vgl. IHK Schleswig-Holstein, o.J.

¹³¹ Vgl. IHK Schleswig-Holstein, o.J.

¹³² Vgl. Die Techniker Krankenkasse, o.J., S. 1.

¹³³ Vgl. Die Techniker Krankenkasse, o.J., S. 1.

¹³⁴ Vgl. IHK Schleswig-Holstein, o.J.

¹³⁵ Vgl. zu diesem Absatz IHK Schleswig-Holstein, o.J.

¹³⁶ Vgl. zu diesem Absatz Bundesministerium des Innern und für Heimat, o.J.

4.4 Status Quo des Beamtenversorgungssystems und Abgrenzung zur gesetzlichen Rentenversicherung

Verbeamtete Personen sind in Deutschland in der Beamtenversorgung versichert¹³⁷ und gesetzlich von der Rentenversicherungspflicht befreit.¹³⁸ Bestandteil eines Beamtenverhältnisses ist die Fürsorgepflicht des Dienstherrn.¹³⁹ Diese Fürsorgepflicht besteht sowohl in der aktiven Zeit als Beamter, als auch im Ruhestand.¹⁴⁰ Die Versorgung im Rentenalter ist demnach ein garantierter Bestandteil des Beamtenverhältnisses.¹⁴¹ Gesetzliche Grundlage für die Versorgung der Beamten ist das Beamtenversorgungsgesetz.¹⁴² Seit 2006 sind die einzelnen Bundesländer wieder selbst für die Versorgung der Alterssicherung ihrer Beamten zuständig.¹⁴³

Die Beamtenversorgung ist eine eigenständige Form der Alterssicherung und somit losgelöst von der gesetzlichen Rentenversicherung zu betrachten, auch im Hinblick auf die Sicherungsziele. Während die gesetzliche Rentenversicherung nur die erste Säule der Alterssicherung abdeckt, deckt die Beamtenversorgung sowohl die erste, als auch die zweite Säule, die betriebliche Zusatzversicherung mit ab. In der Beamtenversorgung ist somit eine „(...) Bifunktionalität der Versorgung.“¹⁴⁴ gegeben.¹⁴⁵

Auch die Finanzierung der beiden Alterssicherungssysteme unterscheidet sich fundamental. Während die gesetzliche Rentenversicherung zu großen Teilen umlagefinanziert¹⁴⁶ ist und der Beitragssatz zurzeit 18,6 Prozent¹⁴⁷ beträgt und paritätisch aufgeteilt wird,¹⁴⁸ ist die Beamtenversorgung des Bundes haushaltsfinanziert.¹⁴⁹ Die Versorgungsausgaben gelten als Personalausgaben aus den laufenden Haushalten in den jeweiligen Behörden¹⁵⁰ und Beamte zahlen keinerlei Beiträge für ihre Pension.¹⁵¹ Stattdessen wird das Ruhegehalt der Beamten mithilfe der Dienstjahre berechnet.¹⁵² Für jedes Jahr ruhegehaltsfähiger Dienstzeit erhält ein Beamter circa 1,8 Prozent der ruhegehaltsfähigen Dienstbezüge.¹⁵³

Auch die Einkommenshöhen im öffentlichen Dienst und in der Privatwirtschaft sind unterschiedlich, was einen direkten Vergleich zwischen der Standardrente der gesetzlichen Rentenversicherung und der Standardpension der Beamtenversorgung schwierig macht.¹⁵⁴ In der gesetzlichen Rentenversicherung gibt es zudem eine Beitragsbemessungsgrenze.¹⁵⁵ Eine solche gibt es in der Beamtenversorgung nicht, allerdings unterliegen nicht alle Bezüge von Beamten dem Ruhegeld und eine Höchstversorgungsgrenze deckelt die Bezüge

¹³⁷ Vgl. Bundesministerium für Arbeit und Soziales, 2020, S. 33f.

¹³⁸ Vgl. §5 Abs. 1 Nr. 1 SGB VI.

¹³⁹ Vgl. Bundesministerium für Arbeit und Soziales, 2020, S. 33.

¹⁴⁰ Vgl. Bundesministerium für Arbeit und Soziales, 2020, S. 33.

¹⁴¹ Vgl. Bundesministerium für Arbeit und Soziales, 2020, S. 33.

¹⁴² Bundesministerium für Arbeit und Soziales, 2020, S. 34.

¹⁴³ Vgl. Bundesministerium für Arbeit und Soziales, 2020, S. 34.

¹⁴⁴ Bundesministerium für Arbeit und Soziales, 2020, S. 33.

¹⁴⁵ Vgl. zu diesem Absatz Bundesministerium für Arbeit und Soziales, 2020, S. 33f.

¹⁴⁶ Vgl. Deutsche Bundesbank, 2019, S. 56.

¹⁴⁷ Vgl. Deutsche Rentenversicherung, 2022(2), S. 2.

¹⁴⁸ Vgl. Bäcker, G.; Kistler, E., 2020.

¹⁴⁹ Vgl. Bundesministerium für Arbeit und Soziales, 2020, S. 41f.

¹⁵⁰ Vgl. Bundesministerium für Arbeit und Soziales, 2020, S. 41f.

¹⁵¹ Vgl. Ebert, T., 2018, S. 64f.

¹⁵² Vgl. Bundesministerium für Arbeit und Soziales, 2020, S. 41f.

¹⁵³ Vgl. Bundesministerium für Arbeit und Soziales, 2020, S. 41f.

¹⁵⁴ Vgl. Ebert, T., 2018, S. 312–314.

¹⁵⁵ Vgl. Deutsche Bundesregierung, 2022.

der Beamten während ihrer Pension.¹⁵⁶ Diese Höchstversorgungsgrenze beträgt „(...) maximal 71,75 Prozent (..) der zuletzt ruhegehaltsfähigen Dienstbezüge (...)“^{157, 158}

Am 30. Juni 2019 betrug die Zahl der aktiven Beamten, Richter und Berufssoldaten 1,76 Millionen Personen.¹⁵⁹ Demgegenüber waren zum Stichtag 1. Januar 2019 1,39 Millionen Versorgungsempfänger in der Beamtenversorgung.¹⁶⁰ Die Versorgungsausgaben inklusive Beihilfe beliefen sich im Jahr 2018 auf 65,5 Milliarden Euro, der Bundesanteil hierbei betrug 21,0 Milliarden Euro.¹⁶¹

4.5 Status Quo der Versicherungspflicht von Selbstständigen in der gesetzlichen Rentenversicherung

Die Zahl der Selbstständigen betrug im Jahr 2020 insgesamt 3,5 Millionen Personen, 1,9 Millionen davon waren Solo-Selbstständige. Solo-Selbstständige haben selbst keine Arbeitnehmer beschäftigt. Die Zahl der Selbstständigen mit angestellten Arbeitnehmern belief sich im Jahr 2020 auf 1,6 Millionen, das ist ein Anteil von circa 45,7 Prozent. Seit 2012 ist sowohl die Anzahl an Selbstständigen als auch die Anzahl an Solo-Selbstständigen kontinuierlich gesunken. Der Anteil der Selbstständigen an allen Erwerbstätigen in Deutschland betrug im Jahr 2019 9,3 Prozent und im Jahr 2020 8,4 Prozent. Im Jahr 2012 belief sich dieser Wert bei 11,1 Prozent. Bei dem Rückgang der Anzahl von Selbstständigen im Jahr 2020 könnten allerdings die Auswirkungen der *Corona-Pandemie*, sowie daraus resultierende Nachfragerückgänge eine besondere Rolle gespielt haben.¹⁶²

Trotz der Tatsache, dass rückblickend gesehen der versicherte Personenkreis in der Rentenversicherung ständig erweitert wurde, wurden Selbstständige nur sehr zögernd in die gesetzliche Rentenversicherung einbezogen.¹⁶³ Über die letzten Jahrzehnte sind nur Berufsgruppen von Selbstständigen in die Versicherungspflicht der gesetzlichen Rentenversicherung aufgenommen worden, bei denen der Tatbestand der Schutzbedürftigkeit festgestellt wurde.¹⁶⁴ Eine Versicherungspflicht für Selbstständige besteht aktuell unter anderem nach § 2 SGB VI für Handwerker, beziehungsweise Gewerbetreibende die in die Handwerksrolle eingetragen sind, Hausgewerbetreibende, Lehrer, Hebammen, Erzieher, in der Pflege Beschäftigte, Künstler und Publizisten, sowie Selbstständige mit nur einem Auftraggeber.¹⁶⁵ Weitere Versicherungspflichten liegen in den Berufsständischen Versorgungswerken für Personen vor, die in verkammerten freien Berufen tätig sind.¹⁶⁶ Darunter fallen zum Beispiel Rechtsanwälte, Notare, Ärzte, Tierärzte, Steuerberater und Wirtschaftsprüfer.¹⁶⁷ Landwirtschaftliche Unternehmer sind in der *Sozialversicherung für Landwirtschaft, Forstwirtschaft und Gartenbau (SVLFG)* obligatorisch versichert.¹⁶⁸

Künstler und Publizisten sind hingegen nicht direkt in der gesetzlichen Rentenversicherung versicherungspflichtig, sie unterliegen der Versicherungspflicht in der Künstlersozialkasse,

¹⁵⁶ Vgl. Bundesministerium für Arbeit und Soziales, 2020, S. 33f.

¹⁵⁷ dbb beamtenbund und tarifunion, o.J.

¹⁵⁸ Vgl. dbb beamtenbund und tarifunion, o.J.

¹⁵⁹ Vgl. Bundesministerium für Arbeit und Soziales, 2020, S. 41f.

¹⁶⁰ Vgl. Bundesministerium für Arbeit und Soziales, 2020, S. 41f.

¹⁶¹ Vgl. Bundesministerium für Arbeit und Soziales, 2020, S. 40.

¹⁶² Vgl. zu diesem Absatz Bundesministerium für Arbeit und Soziales, 2022, S. 16–19.

¹⁶³ Vgl. Kreikebohm, R., 2010, S. 186.

¹⁶⁴ Vgl. Schulze Buschoff, K., 2016, S. 3f.

¹⁶⁵ Vgl. Deutsche Rentenversicherung, o.J.(4).

¹⁶⁶ Vgl. Schulze Buschoff, K., 2016, S. 3f.

¹⁶⁷ Vgl. Bundesministerium für Arbeit und Soziales, 2022, S. 54.

¹⁶⁸ Vgl. Bundesministerium für Arbeit und Soziales, 2022, S. 54.

die auch einen Teil der gesetzlichen Sozialversicherung repräsentiert.¹⁶⁹ Für die selbstständigen Künstler und Publizisten in der Künstlersozialkasse ist ähnlich wie bei Arbeitnehmern eine Beitragsaufteilung vorgesehen.¹⁷⁰ Die Künstler und Publizisten zahlen wie abhängig beschäftigte Arbeitnehmer die Hälfte des Beitragsatzes an die Sozialversicherung. Die andere Hälfte wird durch einen Bundeszuschuss sowie einer Abgabe von den Arbeitgebern beglichen.¹⁷¹ Die gesetzliche Rentenversicherung prüft hierbei seit 2007 lediglich die Zahlung der Künstlersozialabgabe bei den Arbeitgebern.¹⁷²

Für Selbstständige, die nicht obligatorisch in der gesetzlichen Rentenversicherung untergebracht sind, besteht die Möglichkeit der freiwilligen Versicherung nach §7 SGB VI. Die Voraussetzungen hierfür sind lediglich, dass die Person das 16. Lebensjahr vollendet hat und nicht bereits Bezieher einer Rente ist.¹⁷³ Die Beitragshöhe in der freiwilligen Versicherung kann selbst festgelegt werden, der Mindestbeitrag beträgt zurzeit 96,72 Euro und der Höchstbeitrag beträgt 1.357,80 Euro pro Monat.¹⁷⁴ Allerdings wird diese Möglichkeit von den meisten *nicht obligatorisch versicherten Selbstständigen* wenig genutzt.¹⁷⁵ Die Anzahl von selbstständig versicherten Personen in der gesetzlichen Rentenversicherung betrug im Jahr 2019 321.142, davon sind 304.687 Personen pflichtversichert und 16.455 Personen auf Antrag in der gesetzlichen Rentenversicherung versichert.¹⁷⁶

Die Einkommenssituation von Selbstständigen im Jahr 2020 entspricht mit 1.800 Euro im Median fast genau dem Medianeinkommen von abhängig Beschäftigten. Das monatliche Bruttoeinkommen lag im Median ebenfalls sehr nah beieinander.¹⁷⁷

Der Anteil der obligatorisch versicherten Selbstständigen insgesamt belief sich im Jahr 2019 näherungsweise auf 28,9 Prozent. Bei der Schätzung dieses Anteils sind allerdings mehrere Faktoren zu beachten. Zum einen basiert die Schätzung auf mehreren Quellen der verschiedenen Alterssicherungssysteme und zum anderen lässt sich in den Daten der Berufsständischen Versorgungswerke nicht direkt zwischen abhängig Beschäftigten und Selbstständigen unterscheiden, „(...) weil die Benennung der Kammermitglieder nicht immer eindeutig Selbstständige von abhängig Beschäftigten unterscheidet.“¹⁷⁸ Aus diesem Grund kann dieser Näherungswert den wahren Anteil der obligatorisch Versicherten übersteigen. Der geschätzte Anteil der obligatorisch Versicherten hat zum Ende des Jahres 2017 27,5 Prozent betragen.¹⁷⁹

5 Reformvorschlag Erwerbstätigenversicherung: sukzessive und volle Eingliederung von Beamten und Selbstständigen

Im Folgenden werden beispielhaft zwei verschiedene Reformvorschläge einer Erwerbstätigenversicherung dargestellt. Beide Reformvorschläge verfolgen grundsätzlich unterschiedliche Ansätze, wie eine Ausgestaltung der Erwerbstätigenversicherung aussehen könnte. Während T. Ebert in seinem Buch *Zukunft des Generationenvertrags* (2018) den Ansatz einer vollständigen Eingliederung verfolgt, wird in dem gemeinsamen Konzeptpapier

¹⁶⁹ Vgl. Deutsche Rentenversicherung, o.J.(4).

¹⁷⁰ Vgl. Schulze Buschoff, K., 2016, S. 4.

¹⁷¹ Vgl. Schulze Buschoff, K., 2016, S. 4.

¹⁷² Vgl. Deutsche Rentenversicherung, o.J.(6).

¹⁷³ Vgl. §7 Abs. 1 und Abs. 2 SGB VI.

¹⁷⁴ Vgl. Deutsche Rentenversicherung, o.J.(5).

¹⁷⁵ Vgl. Schulze Buschoff, K., 2016(2), S. 3.

¹⁷⁶ Vgl. Bundesministerium für Arbeit und Soziales, 2022, S. 56.

¹⁷⁷ Vgl. zu diesem Absatz Bundesministerium für Arbeit und Soziales, 2022, S. 46.

¹⁷⁸ Bundesministerium für Arbeit und Soziales, 2022, S. 56.

¹⁷⁹ Vgl. zu diesem Absatz Bundesministerium für Arbeit und Soziales, 2022, S. 55f.

(2006) des Sozialverbandes Deutschland, des Deutschen Gewerkschaftsbundes und der Volkssolidarität Bundesverband e. V. grundsätzlich der Ansatz einer sukzessiven Eingliederung verfolgt. Das gemeinsame Konzeptpapier wurde auch in der Studie *Fortentwicklung der gesetzlichen Rentenversicherung zu einer Erwerbstätigenversicherung* (2011) von K. Windhövel, C. Funke und J.C Möller aufgegriffen und um einige Vorschläge erweitert.

Der Unterschied einer vollen und sukzessiven Eingliederung besteht darin, dass bei einer vollen Eingliederung, alle Personen, die das Berufsmerkmal erfüllen, ab sofort in der gesetzlichen Rentenversicherung versicherungspflichtig werden.¹⁸⁰ Bei einer sukzessiven Eingliederung, werden nur Neuzugänge der Berufsgruppen eingegliedert.¹⁸¹ Demnach erhöht sich die Anzahl der sozialversicherungspflichtigen Personen bei einer sukzessiven Eingliederung Jahr für Jahr,¹⁸² wohingegen bei einer vollen Eingliederung die Anzahl bereits im Eingliederungsjahr stark ansteigt.¹⁸³ Da in dieser Bachelorarbeit unter einer Erwerbstätigenversicherung die Eingliederung von Beamten und Selbstständigen zu verstehen ist, werden lediglich Reformvorschläge einer Eingliederung dieser Personengruppen im folgenden Kapitel beschrieben.

Es ist zu beachten, dass bei der Eingliederung von Selbstständigen in die gesetzliche Rentenversicherung in den vorgestellten Reformvorschlägen eine separate Betrachtung der *nicht obligatorisch versicherten Selbstständigen*, sowie der *freiberuflich Selbstständigen* vorgenommen wurde.¹⁸⁴ Unter den *nicht obligatorisch versicherten Selbstständigen* sind die Personen gemeint, die in keinem Alterssicherungssystem untergebracht sind,¹⁸⁵ wohingegen *freiberuflich Selbstständige* in den verkammerten freien Berufen tätig sind und somit in den Berufsständischen Versorgungswerken versichert sind.¹⁸⁶

Der Vollständigkeit halber sei hier erwähnt, dass auch weitere Reformvorschläge existieren, die teilweise andere, beziehungsweise ähnliche Vorgehensweisen einer Erwerbstätigenversicherung vorweisen.¹⁸⁷ Die im folgenden Kapitel vorgestellten Reformvorschläge weisen allerdings einen detaillierteren Plan auf, weshalb sich diese grundsätzlich besser dazu eignen, einen beispielhaften Überblick über eine sukzessive und eine volle Eingliederung einer Erwerbstätigenversicherung in dieser Bachelorarbeit zu gewähren. Die anderen Vorschläge werden darüber hinaus in dieser Bachelorarbeit vereinzelt für Vergleiche und Nachweise verwendet werden.

5.1 Erwerbstätigenversicherung: Reformvorschlag einer vollen Eingliederung von Beamten und Selbstständigen

In seinem Vorschlag der vollen Eingliederung will T. Ebert die Beamten, als auch die *freiberuflich Selbstständigen* ab einem bestimmten Stichtag in die gesetzliche Rentenversicherung eingliedern. Auch eine Eingliederung der *nicht obligatorisch versicherten Selbstständigen* befürwortet er, hier wird allerdings keine Stichtagsregelung erwähnt.¹⁸⁸

¹⁸⁰ Vgl. Ebert, T., 2018, S. 314–316.

¹⁸¹ Vgl. Buslei, H. et al., 2016, S. 666.

¹⁸² Vgl. Buslei, H. et al., 2016, S. 666f.

¹⁸³ Vgl. Buslei, H. et al., 2016, S. 664f.

¹⁸⁴ Vgl. Ebert, T., 2018, S. 305–316; Windhövel, K.; Funke, C.; Möller, J.-C., 2011, S. 97f.; Michaelis, K. et al., 2006, S. 17.

¹⁸⁵ Vgl. Buslei, H. et al., 2016, S. 662.

¹⁸⁶ Vgl. Buslei, H. et al., 2016, S. 662.

¹⁸⁷ Vgl. Schulze Buschoff, K., 2016, S. 1–8; Windhövel, K., 2008, S. 35–43; Jess, H.; Ujhelyiova, D., 2009, S. 23–35; Schulze Buschoff, K., 2016(2), S. 1–6; Werding, M., 2013, S. 50–52; Hauser, R., 2013, S. 91–103; Wirth, C.; Müllenmeister-Faust, U., 2009, S. 215–217.

¹⁸⁸ Vgl. zu diesem Absatz Ebert, T., 2018, S. 313f.

Der Beitragssatz für die Beamten wird, wie es für die versicherten Arbeitnehmer der gesetzlichen Rentenversicherung üblich ist, zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer aufgeteilt. Neue Anwartschaften wird es in der Beamtenversorgung nicht geben.¹⁸⁹

Für die Selbstständigen besteht bei der Beitragssatzübernahme das Problem des fehlenden Arbeitgebers.¹⁹⁰ Es wird bemängelt, dass eine alleinige Beitragstragung von derzeit 18,6 Prozent für einige Selbstständige „(...) sehr schwierig, wenn nicht unmöglich wäre (...)“^{191, 192}

T. Eberts Lösung für das Problem des fehlenden Arbeitgeberbeitrags ist eine kollektive Umlage der Selbstständigen. Alle Selbstständigen zahlen ihrem Einkommen entsprechend in die kollektive Umlage ein. Die wohlhabenderen Selbstständigen würden somit für die weniger wohlhabenden Selbstständigen aufkommen, es wäre demnach eine solidarische Lösung unter den Selbstständigen. Für die Berechnung der Umlage plädiert T. Ebert dafür die Beitragsbemessungsgrenze auszusetzen. Die Umlage soll dann durch das Finanzamt mit einem Steuerzuschlag auf alle positiven Einkünfte aus Gewerbebetrieb und selbstständiger Tätigkeit eingezogen werden. Anschließend überweist das Finanzamt den einbehaltenen Steuerzuschlag an die gesetzliche Rentenversicherung. Diese Summe soll dann den fehlenden Arbeitgeberbetrag der Selbstständigen kompensieren.¹⁹³

Um die künftigen Beitragszahlungen der Selbstständigen tatsächlich durchzusetzen plädiert T. Ebert in seinem Vorschlag ebenfalls dafür, dass die Finanzämter in Zukunft die Aufgabe der Übermittlung einer selbständigen Tätigkeit an die deutsche Rentenversicherung übernehmen. Die Aufgabe der Finanzämter wird nur die Meldung an die Rentenversicherungsträger umfassen. Die Beurteilung, ob daraus eine Versicherungspflicht resultiert, obliegt den Trägern selbst. Eine ausgeweitete Versicherungspflicht auf alle Selbstständigen würde diese Arbeit demnach auch deutlich erleichtern, da bei einer vollen Eingliederung der Selbstständigen keine Differenzierung nach §2 SGB VI mehr notwendig ist. „Jede Differenzierung ermöglicht Ausweich- und Umgehungsmöglichkeiten.“^{194, 195}

Der Bestandsschutz in dieser Reformvariante, soll für die Beamten und *freiberuflich Selbstständigen* so ausgestaltet werden, dass ihnen durch eine Eingliederung so wenig finanzielle Nachteile wie möglich entstehen.¹⁹⁶

Damit das Nettoeinkommen der Beamten durch die Beitragszahlung nicht sinkt, werden die Bruttogehälter ab dem Stichtag der Eingliederung erhöht. Die vor der Reform erhaltenen Beamtenpensionen werden bis zum Ende ihrer Laufzeit weitergezahlt. Auch die bereits laufenden Renten der Berufsständischen Versorgungswerke werden nach altem Recht fortgeführt. Die Beitragsbemessungsgrenze der deutschen Rentenversicherung wird auch für die laufenden Einzahlungen der Beamten und Selbstständigen maßgebend. Allerdings werden die bisher erworbenen Anwartschaften in der Beamtenversorgung und den Berufsständischen Versorgungswerken ohne Beachtung der Beitragsbemessungsgrenze in Entgeltpunkte umgerechnet.¹⁹⁷

¹⁸⁹ Vgl. zu diesem Absatz Ebert, T., 2018, S. 314.

¹⁹⁰ Vgl. Ebert, T., 2018, S. 310; Schulze Buschoff, K., 2016, S. 3f.

¹⁹¹ Ebert, T., 2018, S. 310.

¹⁹² Vgl. Ebert, T., 2018, S. 310.

¹⁹³ Vgl. zu diesem Absatz Ebert, T., 2018, S. 310f.

¹⁹⁴ Ebert, T., 2018, S. 310.

¹⁹⁵ Vgl. zu diesem Absatz Ebert, T., 2018, S. 309f.

¹⁹⁶ Vgl. Ebert, T., 2018, S. 314–316.

¹⁹⁷ Vgl. zu diesem Absatz Ebert, T., 2018, S. 313-316.

Ab dem Eingliederungstichtag übernimmt die deutsche Rentenversicherung die gesamte Versorgungslast für die aktiven als auch die pensionierten Beamten. Wenn der deutschen Rentenversicherung durch die höheren Renten der pensionierten Beamten im Vergleich zu den Beitragseinnahmen der Beamten ein Verlust entsteht, ist dieser den Rentenversicherungsträgern vom Staat zu erstatten.¹⁹⁸

Die Mehrausgaben, die der Rentenversicherung durch die Vorgehensweise für die *freiberuflich Selbstständigen* entstehen, werden der Rentenversicherung von den Berufsständischen Versorgungswerken erstattet. Somit bleiben die Versorgungswerke zunächst weiter bestehen um die Erstattungsansprüche der Rentenversicherung sowie die weiterlaufenden Altrenten der bisherigen Rentner zu finanzieren. Wenn das Vermögen der Versorgungswerke aufgebraucht ist, findet eine Eingliederung in die gesetzliche Rentenversicherung statt. Diese übernimmt dann auch ein eventuell bestehendes Defizit.¹⁹⁹

Für die Dienstzeiten der Beamten nach dem Stichtag wird eine betriebliche Pensionskasse, mit den gleichen rechtlichen Rahmenbedingungen wie sie in der privaten Wirtschaft vorherrschen, eingerichtet. Das dient der Aufstockung und Bestandssicherung der Pensionen von Beamten über die gesetzliche Rentenversicherung hinaus.²⁰⁰

5.2 Erwerbstätigenversicherung: Reformvorschlag einer sukzessiven Eingliederung von Beamten und Selbstständigen

In dem gemeinsamen Konzeptpapier wird eine Erwerbstätigenversicherung aller bisher nicht versicherten Personen in der gesetzlichen Rentenversicherung angestrebt.²⁰¹

Die Personengruppe der *nicht obligatorisch versicherten Selbstständigen* soll ab einem Stichtag vollständig in die gesetzliche Rentenversicherung integriert werden. Es wird betont, dass hierdurch „(...) Schwierigkeiten bei der Abgrenzung des versicherungspflichtigen Personenkreises (...)“²⁰² bewältigt werden können.²⁰³ Zudem wird in dem Konzeptpapier aus Vertrauensschutzgründen eine Befreiungsmöglichkeit für Selbstständige, die bereits das 50. Lebensjahr vollendet oder eine ausreichende Alterssicherung getroffen haben, vorgeschlagen.²⁰⁴ Der Schritt einer vollen Eingliederung *nicht obligatorisch versicherter Selbstständiger* wird in der Studie aus dem Jahr 2011 damit begründet, dass diese Gruppe von Selbstständigen als besonders schutzbedürftig gilt.²⁰⁵

Für die Gruppe der Beamten und *freiberuflich Selbstständigen* wird in dem Konzeptpapier eine sukzessive Eingliederung der neu in den Beruf eintretenden Personen ab einem bestimmten Stichtag angestrebt. Demnach erfolgt für die Beamten und *freiberuflich Selbstständigen*, die bereits vor dem Stichtag anderweitig versichert waren, keine Eingliederung in die gesetzliche Rentenversicherung.²⁰⁶

Die Beitragsbelastung soll grundsätzlich für alle Versicherten gleich sein.²⁰⁷ Für die Selbstständigen wird allerdings auch hier auf das Problem des nicht vorhandenen Arbeitgeberbeitrags aufmerksam gemacht.²⁰⁸ In dem Konzeptpapier wird als Lösung des fehlenden

¹⁹⁸ Vgl. zu diesem Absatz Ebert, T., 2018, S. 313f.

¹⁹⁹ Vgl. zu diesem Absatz Ebert, T., 2018, S. 315f.

²⁰⁰ Vgl. zu diesem Absatz Ebert, T., 2018, S. 313f.

²⁰¹ Vgl. zu diesem Absatz Michaelis, K. et al., 2006, S. 13–17.

²⁰² Michaelis, K. et al., 2006, S. 13.

²⁰³ Vgl. Michaelis, K. et al., 2006, S. 13.

²⁰⁴ Vgl. Michaelis, K. et al., 2006, S. 13.

²⁰⁵ Vgl. Windhövel, K.; Funke, C.; Möller, J.-C., 2011, S. 97.

²⁰⁶ Vgl. zu diesem Absatz Michaelis, K. et al., 2006, S. 17.

²⁰⁷ Vgl. Michaelis, K. et al., 2006, S. 20f.

²⁰⁸ Vgl. Michaelis, K. et al., 2006, S. 21.

Arbeitgeberbeitrags eine Abgabe der Auftraggeber von Selbstständigen vorgeschlagen.²⁰⁹ Interessant ist hier, dass die Studie aus dem Jahr 2011 den Aspekt des fehlenden Arbeitgeberbeitrags nicht aufgegriffen hat. Hier ist nach Auffassung von K. Windhövel, C. Funke und J.C Möller die Beitragslast zur gesetzlichen Rentenversicherung von den Selbstständigen in voller Höhe allein zu tragen, da Selbstständige als ihr eigener Arbeitgeber anzusehen sind.²¹⁰ Die bestehenden Beitragsbemessungsgrenzen sollen auch nach der Reform beibehalten werden.²¹¹

Für die Beamten soll eine Beitragstragung, zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer erfolgen.²¹² In dem Konzeptpapier wird darauf hingewiesen, dass durch die Übernahme des halben Beitragssatzes der gesetzlichen Rentenversicherung für die Beamten, Mehrausgaben auf die öffentlichen Arbeitgeber zukommen werden.²¹³ Deshalb muss sichergestellt sein, dass die Mehrkostentragung zu keinen Leistungsverschlechterungen der Beamtenversorgung führt.²¹⁴ Zudem soll in einer gesonderten Untersuchung geprüft werden, wie eine solche Mehrbelastung für den Bund und die Bundesländer finanzierbar ist.²¹⁵ Denkbar wäre beispielsweise eine Verringerung der Vermögensrückstellungen für die Beamtenpensionen.²¹⁶

Bezüglich des Bestandsschutzes der neu eingegliederten Beamten soll ein Ausgleich geschaffen werden, damit nach der Eingliederung keine zu hohen Einbußen im Nettoeinkommen auftreten. Im Eingliederungsjahr soll der Bruttobetrag um den Arbeitnehmeranteil erhöht werden und eine Ausgleichzahlung aufgrund des nun höher zu versteuernden Einkommens erfolgen. Im Eingliederungsjahr entsteht für die Beamten somit keine Mehrbelastung gegenüber den Beamten, die in der Beamtenversorgung verblieben sind. Bei zukünftigen Erhöhungen geht dies allerdings zu Lasten der neu eingegliederten Beamten. Ein weiterer Ausgleich über das Eingliederungsjahr hinaus soll demnach nicht erfolgen.²¹⁷

Sollten für die Eingliederung der Beamten und *freiberuflich Selbstständigen* Übergangslösungen notwendig sein, so wäre für diese Personengruppen eine längere Übergangsfrist als dem ursprünglich angestrebten Stichtag denkbar. Der spätere Eingliederungstermin der Personengruppen soll allerdings bereits bei der Verabschiedung des Gesetzes einer Erwerbstätigenversicherung vorliegen.²¹⁸

Als besonderes Problem nennen die Autoren der Studie aus dem Jahr 2011 die Tatsache, dass durch eine sukzessive Eingliederung der Selbstständigen in den verkammerten Berufen ein nachhaltiges Finanzierungsproblem für die Berufsständischen Versorgungswerke entstehen könnte. Es wird demnach geprüft werden müssen, wie die Versorgungswerke ihren Rentenverpflichtungen gegenüber den alten Versicherten nachkommen können, wenn die Versicherungspflicht der neuen Selbstständigen in der deutschen Rentenversicherung zu einer abnehmenden Anzahl an Beitragszahlern in den Versorgungswerken führt und das Beitragsaufkommen infolgedessen sinkt. Die Autoren konnten bislang keine tragbare Lösung entwickeln, um dieses Problem zu lösen.²¹⁹

²⁰⁹ Vgl. Michaelis, K. et al., 2006, S. 21.

²¹⁰ Vgl. Windhövel, K.; Funke, C.; Möller, J.-C., 2011, S. 98.

²¹¹ Vgl. Michaelis, K. et al., 2006, S. 20.

²¹² Vgl. Michaelis, K. et al., 2006, S. 16f.

²¹³ Vgl. Michaelis, K. et al., 2006, S. 16f.

²¹⁴ Vgl. Michaelis, K. et al., 2006, S. 16f.

²¹⁵ Vgl. Windhövel, K.; Funke, C.; Möller, J.-C., 2011, S. 99f.

²¹⁶ Vgl. Windhövel, K.; Funke, C.; Möller, J.-C., 2011, S. 99f.

²¹⁷ Vgl. zu diesem Absatz Windhövel, K.; Funke, C.; Möller, J.-C., 2011, S. 99f.

²¹⁸ Vgl. zu diesem Absatz Michaelis, K. et al., 2006, S. 16f.

²¹⁹ Vgl. zu diesem Absatz Windhövel, K.; Funke, C.; Möller, J.-C., 2011, S. 98.

Da in diesem Reformvorschlag zu großen Teilen eine sukzessive Eingliederung angestrebt wird, ist damit zu rechnen, dass ein vollständiger Übergang einer Erwerbstätigenversicherung 60 bis 70 Jahre andauern wird. Das ist dann der Fall, wenn der letzte Beamte und *freiberuflich Selbstständige* aus den alten Alterssicherungssystemen ausgeschieden ist.²²⁰

5.3 Europäisches Beispiel einer Erwerbstätigenversicherung: Österreich

Als europäisches Beispiel einer Erwerbstätigenversicherung dient Österreich. Selbstständige wurden seit Mitte der 1990er Jahren durch eine Reihe von Reformen in die gesetzliche Rentenversicherung integriert. Ab einem Mindestgewinn von 5500 Euro pro Jahr sind Selbstständige in der gesetzlichen Rentenversicherung Österreichs versicherungspflichtig. Allerdings wurde hier die Personengruppe von Selbstständigen außen vorgelassen, die zum Stichtag 01.01.1998 das 55. Lebensjahr erreicht hatten. Der Beitragssatz für Selbstständige in Österreich liegt bei 18,5 Prozent und ist somit niedriger angesetzt als der Beitragssatz von abhängig Beschäftigten mit 22,8 Prozent. Für die Rentenberechnung spielt diese Lücke in den Beitragssätzen allerdings keine Rolle, da diese durch Steuereinnahmen des Staates aufgestockt wird. Als Beitragsgrundlage für die Selbstständigen ist hier der Gewinn vor Steuern laut Steuerbescheid maßgebend. Die Steuerbehörde meldet die Beitragsgrundlage automatisch an die Sozialversicherungen.²²¹

Nachdem die Versicherungspflicht auf die Selbstständigen ausgeweitet wurde, ist Österreich ab dem Jahr 2005 den Weg eines einheitlichen Rentensystems gegangen. Dies hat auch die Eingliederung der Beamten beinhaltet. In diesem Zusammenhang wurden für Beamte Regeln beschlossen, wer in das neue System integriert wird und wer im alten verbleibt. Alle Beamten, die vor 1955 geboren sind, erhalten ihre Pension nach dem alten Recht. Für alle Beamten, die zwischen 1955 und 1975 geboren sind und vor 1975 verbeamtet wurden, wurde eine Mischkalkulation vorgenommen. Alle übrigen Beamten wurden vollständig in das neue System aufgenommen.²²²

Auch abseits des österreichischen Beispiels ist Deutschland nur eines von vier *OECD-Ländern*, das noch ein vollständig abgekoppeltes System der Beamten von der gesetzlichen Alterssicherung vorsieht. Dies führt zu einer Situation, in der ähnliche Berufskarrieren zu unterschiedlichen Renten führen und diese Differenzierung somit als ungerecht empfunden werden kann.²²³

5.4 Gemeinsamkeiten und Unterschiede der Reformvorschläge einer Erwerbstätigenversicherung

Bei der Gegenüberstellung der Vorschläge fällt auf, dass grundsätzlich die Eingliederung derselben Berufsgruppen angestrebt wird. Die Herangehensweise ist allerdings meist unterschiedlich. Lediglich bei der Eingliederung der *nicht obligatorisch versicherten Selbstständigen* streben beide Vorschläge eine volle Eingliederung an.²²⁴ Auch liegt der Fokus der Reformen teilweise auf unterschiedlichen Punkten. Insgesamt bieten beide Vorschläge allerdings einen Überblick, wie die Ausgestaltung einer Erwerbstätigenversicherung aussehen könnte und welche Optionen hier vorhanden sind.

Es wird allerdings auch bereits auf verschiedene Probleme aufmerksam gemacht, wie beispielsweise, die Beachtung der rechtlichen Situation bei Beamten²²⁵ oder den fehlenden

²²⁰ Vgl. zu diesem Absatz Windhövel, K.; Funke, C.; Möller, J.-C., 2011, S. 98.

²²¹ Vgl. zu diesem Absatz Geppert, C., 2020, S. 158.

²²² Vgl. zu diesem Absatz Geppert, C., 2020, S. 160.

²²³ Vgl. zu diesem Absatz Geppert, C., 2020, S. 153.

²²⁴ Vgl. Ebert, T., 2018, S. 305–311; Michaelis, K. et al., 2006, S. 13.

²²⁵ Vgl. Ebert, T., 2018, S. 311f.

Arbeitgeberbeitrag bei Selbstständigen.²²⁶ Die vorgeschlagenen Lösungen sind zum Teil unterschiedlich. Außerdem ist fraglich wie die Zukunftssituation der Beamtenversorgung²²⁷ und der Berufsständischen Versorgungswerke bei einer sukzessiven Eingliederung aussehen soll.²²⁸

Es ist auch festzuhalten, dass beide Vorschläge lediglich Richtungen einer Erwerbstätigenversicherung vorgeben und eine endgültige Version einer detaillierteren Ausarbeitung bedürfe. Das Beispiel Österreich zeigt allerdings, dass eine Erwerbstätigenversicherung durchaus im Bereich des Möglichen liegt.

6 Kritische Betrachtung und Zwischenfazit einer Erwerbstätigenversicherung

Im Folgenden wird sowohl für die Eingliederung der Beamten als auch der Selbstständigen eine kritische Betrachtung vorgenommen. Hierbei werden insbesondere das Kriterium der Vermeidung von Altersarmut, das Kriterium der Generationengerechtigkeit und das Kriterium der Auflösung von Ungleichheiten einbezogen. Im Anschluss folgt ein Zwischenfazit.

6.1 Kritische Betrachtung einer Eingliederung der Beamten in die gesetzliche Rentenversicherung

Als Hauptgrund einer Eingliederung der Beamten kann die Tatsache genannt werden, dass hierdurch mit einer Verbesserung der zukünftigen finanziellen Situation der Rentenversicherung gerechnet werden kann.²²⁹

Es ist allerdings auch damit zu rechnen, dass bei einer sukzessiven Eingliederung der ersten Beamten mit Einkommenseinbußen im Alter gerechnet werden muss, wenn diese mit den Pensionen der Beamtenversorgung verglichen werden.²³⁰ Es ist wahrscheinlich, dass für verbeamtete Personen, zum Beispiel durch die Beitragsbemessungsgrundlage in der gesetzlichen Rentenversicherung, Nachteile entstehen.²³¹ Durch die Beitragsbemessungsgrenze entsteht eine Höchstrente für die Beamten, die in der Beamtenversorgung bis zu 71,04 Prozent des letzten ruhefähigen Gehalts betragen würde.²³² Das ruft eine Ungleichheit hervor, die bei einer vollen Eingliederung der Beamten nicht auftreten würde.

Zudem übersteigen die Ausgaben des Staates die vergleichbaren Ausgaben der Altersversorgung für einen Arbeitnehmer.²³³ Wenn der Staat für seine Arbeitnehmer deutlich mehr ausgibt als für einen nicht staatlich angestellten Arbeitnehmer, entsteht auch hier eine Ungleichheit.

Sollten beispielsweise alle Beamten mit einer Stichtagsregelung einbezogen werden, wäre es wahrscheinlich, dass der Besitzstand der Beamten bei nicht ausreichenden Regelungen gefährdet ist.²³⁴ Eine gut durchdachte Strategie ist hierbei also äußerst wichtig.²³⁵ Wenn sich für die sukzessive Eingliederung der Beamten entschieden wird, ist zu beachten, dass die beiden Systeme der Alterssicherung dann jahrzehntelang parallel zueinander betrieben

²²⁶ Vgl. Ebert, T., 2018, S. 310; Michaelis, K. et al., 2006, S. 21.

²²⁷ Vgl. Michaelis, K. et al., 2006, 16f.

²²⁸ Vgl. Windhövel, K.; Funke, C.; Möller, J.-C., 2011, S. 98.

²²⁹ Vgl. Burret, H.; Moog, S., 2019, S. 4.

²³⁰ Vgl. Burret, H.; Moog, S., 2019, S. 3.

²³¹ Vgl. Burret, H.; Moog, S., 2019, S. 3.

²³² Vgl. Burret, H.; Moog, S., 2019, S. 3.

²³³ Vgl. Glombik, M., 2009, S. 112.

²³⁴ Vgl. Zähle, K., 2019, S. 44f.

²³⁵ Vgl. Zähle, K., 2019, S. 44f.

werden müssen.²³⁶ Dies wird die Bundesländer in finanzielle und bürokratische Bedrängnis bringen, da diese 70 Prozent der Beamten beschäftigen.²³⁷ Als Beispiel sei hier genannt, dass Versorgungsbezüge nach Artikel 131 Grundgesetz auch mehr als 70 Jahre nach Kriegsende aktuell an 9.700 Personen ausgezahlt werden.²³⁸ Nach Vorausberechnungen wird es erst in den Jahren 2025 bis 2030 keine Versorgungsempfänger dieser Leistung mehr geben.²³⁹ Ebenso in den Bereichen Post und Bahn, in denen seit der Privatisierung in den 1990er Jahren keine neue Verbeamtungen vorgenommen wurden, wird es 2050 noch rund 149.000 Versorgungsempfänger geben.²⁴⁰

Hinzukommt dass die Eingliederung stärker auf den Staatshaushalt einwirken könnte, wenn der Entschluss fällt, dass der Staat, beziehungsweise Dienstherr den vollen Rentenversicherungsbeitrag zahlt, anstatt wie in der privaten Wirtschaft üblich paritätisch zu finanzieren.²⁴¹ Es wäre bei einer schrittweisen Eingliederung demnach eine Ungleichbehandlung von berufsgleichen Personengruppen über Jahrzehnte gegeben. Diese Ungleichbehandlung wäre erst aufgehoben, wenn der letzte Beamte aus der Beamtenversorgung ausgeschieden ist.²⁴²

Auch die Generationengerechtigkeit würde bei einer sukzessiven Eingliederung leiden. Durch eine sukzessive Eingliederung treten potenziell nur junge Beamte in die Versicherungspflicht ein und kommen so für die steigenden Beitragslasten des demografischen Problems auf. Dies führt zu einer einseitigen Belastung der jungen Beamten.²⁴³

Unabhängig von der Entscheidung einer sukzessiven oder vollen Eingliederung, sollen sich die Bezüge der Beamten nicht verkürzen, so müsste das Bruttogehalt um den Rentenversicherungsanteil erhöht werden. Eine zusätzliche Eingliederung einer neuen, zweiten Säule der Alterssicherung für die Beamten wäre ebenfalls erforderlich. Somit würde es auch hier zu einer jahrzehntelangen Mehrbelastung der öffentlichen Haushalte und ihrer Personalausgaben kommen. Im Jahr 2002 wurden die Kosten des Arbeitgeberanteils überschlägig durch die Bundesregierung auf eine Milliarde Euro für den Bund und sechs Milliarden Euro für die Bundesländer geschätzt. Diese Angaben sind jedoch mit Vorsicht zu behandeln, da sich alle Ausgaben nur vollständig berechnen ließen, wenn klar ist, welche Bedingungen für einen Übergang zur gesetzlichen Rentenversicherung gelten. Des Weiteren handelt es sich hier um eine 20 Jahre zurückliegende Schätzung.²⁴⁴

Bei einer Eingliederung der Beamten in die gesetzliche Rentenversicherung könnte auch ein Teil der Attraktivität für den Staat zu Arbeiten verloren gehen, wenn einige Reformeckpunkte nicht zugunsten der Beamten entschieden werden. Durch attraktive Rahmenbedingungen ist es leichter für den Staat, Nachwuchs für die öffentlichen Einrichtungen zu finden. Im Status Quo heißt es, dass durch eine Vollversorgung des Staates eine volle persönliche Einsatzfähigkeit gewährleistet ist, ohne dass die Beamten sich um die Altersvorsorge kümmern müssen.²⁴⁵

²³⁶ Vgl. Zähle, K., 2019, S. 44f.

²³⁷ Vgl. Burret, H.; Moog, S., 2019, S. 3f.

²³⁸ Vgl. Zähle, K., 2019, S. 44f.

²³⁹ Vgl. Zähle, K., 2019, S. 44f.

²⁴⁰ Vgl. Zähle, K., 2019, S. 44f.

²⁴¹ Vgl. Burret, H.; Moog, S., 2019, S. 3f.

²⁴² Vgl. Windhövel, K.; Funke, C.; Möller, J.-C., 2011, S. 98.

²⁴³ Vgl. zu diesem Absatz Burret, H.; Moog, S., 2019, S. 3.

²⁴⁴ Vgl. zu diesem Absatz Zähle, K., 2019, S. 44f.

²⁴⁵ Vgl. zu diesem Absatz Zähle, K., 2019, S. 44f.

6.2 Kritische Betrachtung einer Eingliederung der Selbstständigen in die gesetzliche Rentenversicherung

Auch bei der Integrierung Selbstständiger in die gesetzliche Rentenversicherung sind die potenziellen Entlastungswirkungen als Hauptgrund einer Eingliederung zu nennen.²⁴⁶

Ein weiterer Grund, der auch schon früher für eine Eingliederung der Selbstständigen genannt wurde, ist die Schutzbedürftigkeit von Selbstständigen.²⁴⁷ Die Rentenversicherung basiert darauf, dass Personen, die dem Grunde nach schutzbedürftig sind in die Rentenversicherung einbezogen werden, wenn diese nicht für sich selbst vorsorgen können.²⁴⁸ Aus diesem Grund ist ein Großteil der Selbstständigen in Deutschland nicht versicherungspflichtig.²⁴⁹ Allerdings ist seit geraumer Zeit klar, dass so nicht differenziert werden darf.²⁵⁰ Selbständigkeit bedeutet nicht zwangsläufig wirtschaftliche Unabhängigkeit.²⁵¹ Es gibt durchaus Selbstständige, die als schutzbedürftig gelten sollten und eine Eingliederung dieser deshalb ebenso notwendig ist wie für Arbeitnehmer.²⁵² „Ihre soziale Schutzbedürftigkeit ist mit der von Arbeitnehmern vergleichbar. Ihr Schutz ist es nicht.“²⁵³ Eine Eingliederung aller Selbstständigen könnte dementsprechend der aktuellen Schutzbedürftigkeit gerecht werden und bietet Potentiale, um Altersarmut vorzubeugen und Ungleichheiten zu vermeiden.²⁵⁴

Es ist auch anzumerken, dass eine Erweiterung auf alle Selbstständigen in anderen Sozialversicherungszweigen Deutschlands bereits erfolgt ist.²⁵⁵ Zum Beispiel besteht in der gesetzlichen Krankenversicherung seit 2009 die Versicherungspflicht für die gesamte Bevölkerung, folglich auch für Selbstständige.²⁵⁶ Die Beitragstragung in Höhe von 15,8 Prozent (inklusive Krankengeldanspruch) tragen die Selbstständigen selbst.²⁵⁷

Ein weiterer Grund ist wie bereits in Kapitel 4.2 erwähnt die Modernisierung der Arbeitswelt.²⁵⁸ Schon heute ist es bei bestimmten Arbeitsverträgen und Dienstverträgen schwer zu beurteilen, ob eine Person rechtlich dem Grunde nach als Arbeitnehmer oder als Selbstständiger gilt.²⁵⁹ Auch in Zukunft wird dieses Problem weiterhin bestehen und die Arbeitsverhältnisse gehen zunehmend in Richtung Remotearbeit und Homeoffice.²⁶⁰ Diese Unterscheidungsschwierigkeiten könnten durch eine einheitliche Versicherungspflicht der Selbstständigen vermieden werden.²⁶¹ So kann ebenfalls gewährleistet werden, dass keine Lücken im Versicherungsverlauf entstehen, die darauf zurückzuführen sind, ob Personen selbstständig tätig oder abhängig beschäftigt sind.²⁶²

Ebenso könnte der Bundeshaushalt entlastet werden, da ehemals Selbstständige im Rentenalter in höherem Maße von der Grundsicherung im Alter Gebrauch machen als angestellte

²⁴⁶ Vgl. Buslei, H. et al., 2016, S. 667.

²⁴⁷ Vgl. Ebert, T., 2018, S. 305f.

²⁴⁸ Vgl. Kreikebohm, R., 2010, S. 184.

²⁴⁹ Vgl. Ebert, T., 2018, S. 305f.

²⁵⁰ Vgl. Ruland, F., 2009, S. 166.

²⁵¹ Vgl. Ruland, F., 2009, S. 166.

²⁵² Vgl. Ruland, F., 2009, S. 166.

²⁵³ Ruland, F., 2009, S. 166.

²⁵⁴ Vgl. Schulze Buschoff, K., 2016(2), S. 3.

²⁵⁵ Vgl. Schulze Buschoff, K., 2016, S. 4.

²⁵⁶ Vgl. Schulze Buschoff, K., 2016, S. 4.

²⁵⁷ Vgl. Die Techniker Krankenkasse, o.J.(2).

²⁵⁸ Vgl. Kreikebohm, R., 2010, S. 186f.

²⁵⁹ Vgl. Kreikebohm, R., 2010, S. 186f.

²⁶⁰ Vgl. Kreikebohm, R., 2010, S. 186f.

²⁶¹ Vgl. Kreikebohm, R., 2010, S. 186f.

²⁶² Vgl. Schulze Buschoff, K., 2016(2), S. 3.

Arbeitnehmer.²⁶³ Bei einer Aufnahme in die gesetzliche Rentenversicherung hätten die Selbstständigen Anspruch auf Rentenzahlungen und wären nicht auf eine Grundsicherung im Alter oder Sozialhilfe angewiesen.²⁶⁴ Hier spielt auch das Kriterium der Ungleichheit eine Rolle. Während abhängig Beschäftigte durch die Beitragszahlung dazu verpflichtet sind, sich um ihre Altersvorsorge zu kümmern, ist es vielen Selbstständigen aufgrund des aktuell geltenden Rechts freigestellt.²⁶⁵ So können sich *nicht obligatorisch versicherte Selbstständige* im Prinzip auf eine Leistung der Grundsicherung im Alter verlassen und ihre Leistungen auf dem Markt günstiger anbieten als es mit einer Alterssicherungspflicht der Fall wäre.²⁶⁶ Eine solche Option haben abhängig Beschäftigte nicht und so werden Staatshaushalt und Steuerzahler durch eine Form der „(...) staatlich subventionierten Tätigkeit (...)“²⁶⁷ finanziell belastet.²⁶⁸

Zudem ist erneut die Frage relevant, ob bestimmte Gruppen von Selbstständigen den Beitragssatz zur Rentenversicherung tragen können. Aus einem Forschungsbericht im Auftrag des Bundesministeriums lässt sich schließen, „(...) dass die monatlichen Haushaltsersparnisse zur Vermögensbildung im Verhältnis zum laufenden monatlichen Haushaltsnettoeinkommen unter Solo-Selbstständigen durchschnittlich am geringsten sind.“²⁶⁹²⁷⁰ So geben im Durchschnitt 66,5 Prozent der Solo-Selbstständigen an, dass sie nicht in der Lage wären, Vermögensbildungen vornehmen zu können.²⁷¹ Das bedeutet im Umkehrschluss nicht, dass diese Personengruppe nicht in der Lage ist den Rentenversicherungsbeitrag übernehmen zu können. Es lässt allerdings vermuten, dass ein großer Teil der Solo-Selbstständigen nicht in der Lage sein wird, zumindest den vollen Beitrag in Höhe von 18,6 Prozent übernehmen zu können.²⁷²

Wenn die Statistiken betrachtet werden, scheint es zumindest angebracht zu sein, über die Frage nachzudenken, wie der Arbeitgeberbeitrag bei den Selbstständigen ersetzt werden kann. Das wurde in dem weiterführenden Reformvorschlag aus Kapitel 5.2 von K. Windhövel, C. Funke und J.C Möller nicht vorgenommen. Hier wird davon ausgegangen, dass der Beitrag in Höhe von 18,6 Prozent von allen Selbstständigen selbst zu tragen ist, ohne zu hinterfragen, welche Personengruppen in der Lage sind, sich diesen Beitrag leisten zu können.²⁷³

Bei einer weiteren Betrachtung des Aspekts der Beitragstragung von einkommensschwachen Selbstständigen ist somit nicht auszuschließen, dass durch die Versicherungspflicht in der gesetzlichen Rentenversicherung die selbstständige Tätigkeit aufgegeben werden muss. Zwar müssten die Steuerzahler in diesem Fall nicht für eine Grundsicherung im Alter für einkommensschwache Selbstständige aufkommen, allerdings sehr wohl für die Grundsicherung der Arbeitssuchenden kurz nach Einführung der Reform. Folglich würde es vermehrt zu Leistungen für Arbeitssuchende kommen und es wäre lediglich eine Verlagerung der Steuerzahlerbelastung gegeben. Das Ziel der Vermeidung von Altersarmut wäre somit verfehlt.²⁷⁴

²⁶³ Vgl. Hauser, R., 2013, S. 94.

²⁶⁴ Vgl. Ruland, F., 2009, S. 167; Glombik, M., 2009, S. 113.

²⁶⁵ Vgl. Frommert, D.; L. Loose, B., 2009, S. 203.

²⁶⁶ Vgl. Frommert, D.; L. Loose, B., 2009, S. 203

²⁶⁷ Frommert, D.; L. Loose, B., 2009, S. 203.

²⁶⁸ Vgl. Frommert, D.; L. Loose, B., 2009, S. 203.

²⁶⁹ Bundesministerium für Arbeit und Soziales, 2022, S. 51.

²⁷⁰ Vgl. Bundesministerium für Arbeit und Soziales, 2022, S. 51.

²⁷¹ Vgl. Bundesministerium für Arbeit und Soziales, 2022, S. 51.

²⁷² Vgl. Schulze Buschoff, K., 2016(2), S. 3.

²⁷³ Vgl. Windhövel, K.; Funke, C.; Möller, J.-C., 2011, S. 98.

²⁷⁴ Vgl. zu diesem Absatz Schmitt, L., 2018, S. 217.

Bei Betrachtung der Altersstruktur von Selbstständigen ist erkennbar, dass Selbstständige im Alter von 50 bis 64 Jahren einen Anteil von 46 Prozent im Jahr 2020 ausmachten.²⁷⁵ Bei einer vollen Eingliederung wären Renteneintritte der Selbstständigen dementsprechend früher zu erwarten als bei einer sukzessiven Eingliederung, wo vermehrt junge Erwerbstätige in die Versicherungspflicht einbezogen werden.²⁷⁶

Zudem ist nach Erachtens von T. Ebert die „(...) Gleichheit der Regeln (...)“²⁷⁷ ein Grundsatz dem gefolgt werden sollte. Er lehnt bei der Ausarbeitung des Reformvorschlags eine Subventionierung des Beitragssatzes vom Staat für Selbstständige ab.²⁷⁸ Der hier genannte Grund ist, dass dies nicht gerecht gegenüber bestehenden Arbeitnehmern und Arbeitgebern ist, da diese auch keine Subventionierung des Rentenversicherungsbeitrags vom Staat erhalten.²⁷⁹ Auf die besondere Situation der Künstlersozialkasse insbesondere auf die Subventionierung des Arbeitgeberbeitrags geht T. Ebert zwar ein,²⁸⁰ eine Umstrukturierung wird allerdings nicht erwähnt. Wenn dem Grundsatz „(...) Gleichheit der Regeln (...)“²⁸¹ gefolgt werden soll, hätte auch in dem Fall der Künstlersozialkasse eine Umstrukturierung vorgenommen werden müssen oder eine Begründung abgegeben werden sollen, warum hier eine Ausnahme bestehen bleibt.

6.3 Zwischenfazit Erwerbstätigenversicherung

Insgesamt betrachtet gibt es Argumente, die für eine Eingliederung der Beamten und Selbstständigen in die gesetzliche Rentenversicherung sprechen. Insbesondere kann hier die Tatsache genannt werden, dass durch eine Erwerbstätigenversicherung finanzielle Entlastungswirkungen möglich sind, die zur Lösung des demografischen Problems beitragen könnten.²⁸²

Es gibt aber auch Argumente, die gegen eine Eingliederung sprechen. Insbesondere müssen bestimmte Probleme gelöst werden, die bereits bei den vorgestellten Reformvorschlägen aufgetreten sind. Hier sei auf die Situation der Berufsständischen Versorgungswerke²⁸³ und der Beamtenversorgung²⁸⁴ bei einer sukzessiven Erwerbstätigenversicherung verwiesen. Auch müsste geklärt werden, wie der Bund und die Bundesländer die Beiträge für die angestellten Beamten tragen können, ohne dabei in eine finanzielle Schieflage zu geraten.²⁸⁵ Die Frage des fehlenden Beitragssatzes bei den Selbstständigen sollte ebenfalls vor einem endgültigen Gesetzesentwurf geklärt werden.²⁸⁶ Deutlich wird, dass eine alleinige Beitragstragung von derzeit 18,6 Prozent und voraussichtlich weiterhin ansteigenden Werten für einige Selbstständige schwer zu tragen sein wird.²⁸⁷

Eine Auflösung von Ungleichheiten in dem System der Alterssicherung sollte angestrebt werden. Hierdurch könnte die Akzeptanz der gesetzlichen Rentenversicherung in Zukunft gestärkt und der Weg einer Reform erleichtert werden.²⁸⁸ Bezogen auf die Selbstständigen,

²⁷⁵ Vgl. Bundesministerium für Arbeit und Soziales, 2022, S. 21.

²⁷⁶ Vgl. Buslei, H. et al., 2016, S. 664-666.

²⁷⁷ Ebert, T., 2018, S. 313.

²⁷⁸ Vgl. Ebert, T., 2018, S. 310.

²⁷⁹ Vgl. Ebert, T., 2018, S. 310.

²⁸⁰ Vgl. Ebert, T., 2018, S. 67f.

²⁸¹ Ebert, T., 2018, S. 313.

²⁸² Vgl. Buslei, H. et al., 2016, S. 667; Burret, H.; Moog, S., 2019, S. 4; Ehrentraut, O.; Moog, S., 2017, S. 37f.

²⁸³ Vgl. Windhövel, K.; Funke, C.; Möller, J.-C., 2011, S. 98.

²⁸⁴ Vgl. Michaelis, K. et al., 2006, S. 16f.

²⁸⁵ Vgl. Michaelis, K. et al., 2006, S. 16f.

²⁸⁶ Vgl. Ebert, T., 2018, S. 310; Schulze Buschoff, K., 2016, S. 3f.; Michaelis, K. et al., 2006, S. 21.

²⁸⁷ Vgl. Ebert, T., 2018, S. 310.

²⁸⁸ Vgl. Schlegel, R., 2017, S. 246.

kann festgehalten werden, dass bereits seit Jahren Ungleichheiten bei der Eingliederung in die gesetzliche Rentenversicherung vorliegen.²⁸⁹ Bezogen auf die Eingliederung der Beamten kann hier erwähnt werden, dass die Systeme auf gänzlich unterschiedlichen Regeln basieren.²⁹⁰ Voraussetzung für eine erfolgreiche Reform wäre demnach ein stufenweiser Übergangsplan, der diese Modalitäten beachtet.²⁹¹

7 Auswirkungen einer Eingliederung von Beamten und Selbstständigen auf die zukünftige Situation der gesetzlichen Rentenversicherung

In diesem Kapitel werden insgesamt drei Reformstudien in Bezug auf Beitragssatz, *Nettorentenniveau vor Steuern*, Rentenausgaben, Renteneinnahmen und Verlauf der sozialversicherungspflichtig Beschäftigten beziehungsweise Beitragszahlern analysiert. Der Fokus liegt hierbei auf dem Verlauf des Beitragssatzes und des *Nettorentenniveaus vor Steuern*.

Die erste betrachtete Studie hat eine sukzessive Eingliederung von Beamten untersucht. Für eine volle Eingliederung der Beamten liegt allerdings keine Auswirkungsprognose vor. In der zweiten und dritten Studie wurde eine sukzessive Eingliederung Selbstständiger betrachtet. Zudem hat die dritte Studie eine volle Eingliederung *nicht obligatorisch versicherter Selbstständiger* untersucht. Des Weiteren wird ein Vergleich der beiden Prognosen der sukzessiven Eingliederungen Selbstständiger vorgenommen, sowie ein Vergleich einer vollen Eingliederung *nicht obligatorisch versicherter Selbstständiger* und einer sukzessiven Eingliederung *nicht obligatorisch versicherter Selbstständiger*, um Trends und Entwicklungen feststellen zu können.

7.1 Auswirkungen auf die zukünftige Situation der gesetzlichen Rentenversicherung durch eine sukzessive Eingliederung von Beamten

Im Folgenden werden die Ergebnisse eines Beitrags analysiert, der die Auswirkungen einer Einbeziehung neuer Beamten zum Stichtag 01.01.2025 darstellt. In dem Beitrag aus dem Jahr 2019 wurde das *Prognos Sozialversicherungsmodell OCCUR* verwendet. Annahmen, die in der Prognose verwendet werden, sind unter anderem, dass der zukünftige Anteil der Beamten an den Erwerbstätigen mit etwa fünf Prozent konstant bleiben wird.²⁹²

²⁸⁹ Vgl. Lenze, A., 2012, S. 148.

²⁹⁰ Vgl. Ebert, T., 2018, S. 311f.

²⁹¹ Vgl. Geppert, C., 2020, S. 165.

²⁹² Vgl. zu diesem Absatz Burret, H.; Moog, S., 2019, S. 1.

Das Referenzszenario, welches dieser Auswirkungsprognose zugrunde liegt, wurde bereits in Kapitel 3.1 betrachtet. Die Prognose betrachtet den Zeitraum ab dem Jahr 2015 bis zu dem Jahr 2070.²⁹³ Da eine Eingliederung ab dem Jahr 2025 geplant ist,²⁹⁴ wird in der folgenden Betrachtung das Jahr 2015 der Übersichtlichkeit halber außer Acht gelassen.

Jahr	2020	2030	2040	2050	2060	2070
Sozialversicherungspflichtig Beschäftigte (Mio.)	36,1	32,6	30,7	29,5	28,4	27,7
Veränderung gegenüber Referenzszenario (Mio.)	0,0	+0,4	+0,7	+1,0	+1,3	+1,4
Anzahl der Rentner (Mio)	25,9	29,3	32,5	33,3	33,6	33,4
Veränderung gegenüber Referenzszenario (Tsd.)	0,0	+3,4	+15,5	+27,4	+44,8	+102,3
Beitragsinnahmen (Mrd. EUR)	221,5	277,4	329,4	377,3	429,3	489,8
Veränderung gegenüber Referenzszenario (Mrd. EUR)	0,0	+2,2	+5,6	+9,4	+14,4	+19,5
Bundeszuschuss (allgemeiner und zusätzlicher) (Mrd. EUR)	69,9	92,6	112,7	132,3	154,9	179,8
Veränderung gegenüber Referenzszenario (Mrd. EUR)	0,0	-0,3	-0,5	-0,9	-1,4	-1,6
Rentenausgaben der deutschen Rentenversicherung (Mrd. EUR)	268,6	341,0	407,4	470,0	539,1	615,7
Veränderung gegenüber Referenzszenario (Mrd. EUR)	0,0	+1,7	+4,4	+7,6	+11,7	+16,6
Beitragsatz (%)	18,6	22,1	24,0	24,6	25,2	25,4
Veränderung gegenüber Referenzszenario (in %-Punkten)	0,0	-0,2	-0,3	-0,4	-0,5	-0,5
Nettorentenniveau vor Steuern (%)	48,0	46,1	43,1	42,3	41,6	41,6
Veränderung gegenüber Referenzszenario (in %-Punkten)	0,0	+0,2	+0,4	+0,5	+0,7	+0,7

Tabelle 6: Auswirkungen einer sukzessiven Eingliederung von Beamten auf die gesetzliche Rentenversicherung in den Jahren 2020 bis 2070, Datenquelle: Burret, H.; Moog, S., 2019, S. 2.

In der Prognose handelt es sich um den Vorschlag der sukzessiven Eingliederung von Beamten in die gesetzliche Rentenversicherung. Ausgehend vom Eingliederungsjahr 2025 wird es rund 45 Jahre dauern, bis alle Beamten in der gesetzlichen Rentenversicherung pflichtversichert sind. Dennoch nimmt die Zahl der sozialversicherungspflichtig Beschäftigten durch diese Art der Reform gegenüber dem Referenzszenario stetig zu. Im Jahr 2070 ist durch die sukzessive Eingliederung der Beamten im Vergleich zum Referenzszenario mit einem Plus von ca. 1,4 Millionen sozialversicherungspflichtig Beschäftigten zu rechnen.²⁹⁵

Da eine Erhöhung der Beitragszahler mit überdurchschnittlichen Gehältern erfolgt, steht die gesetzliche Rentenversicherung auf einer breiteren Finanzierungsbasis, die vorerst stabilisierend wirkt. Im Vergleich mit dem Referenzszenario ist mit einer Zunahme der gesamten Beitragsannahmen von 19,5 Milliarden Euro im Jahr 2070 zu rechnen. Grundsätzlich belaufen sich die Mehreinnahmen durch die Eingliederung der Beamten im Jahr 2070 auf 29 Milliarden Euro. Abzüglich der Mindereinnahmen aufgrund des gesunkenen Beitragsatzes der bisherigen Versicherten, beläuft sich der Saldo allerdings auf 19,5 Milliarden Euro.²⁹⁶

Durch die Beitragszahlungen in den nächsten Jahren würden die Beamten dementsprechend auch Rentenansprüche erwerben. Diese wirken allerdings nur ausgabenwirksam, sobald die neu eingegliederten Beamten das Rentenalter erreicht haben. Die sukzessive Eingliederung der Beamten kommt allerdings mit dem Effekt eines schnelleren Anstiegs der sozialversicherungspflichtigen Beschäftigten gegenüber dem Anstieg der Rentner im Untersuchungszeitraum einher. Im Vergleich mit dem Referenzszenario gibt es im Jahr 2070 ca. 5,5 Prozent mehr sozialversicherungspflichtig Beschäftigte. Demgegenüber stehen 0,3 Prozent mehr Rentner.²⁹⁷

Durch die grundsätzlich bessere Einkommenssituation von Beamten werden die durchschnittlichen Renten, die sie voraussichtlich in Zukunft beziehen ebenfalls höher sein als

²⁹³ Vgl. Burret, H.; Moog, S., 2019, S. 2.

²⁹⁴ Vgl. Burret, H.; Moog, S., 2019, S. 1.

²⁹⁵ Vgl. zu diesem Absatz Burret, H.; Moog, S., 2019, S. 2f.

²⁹⁶ Vgl. zu diesem Absatz Burret, H.; Moog, S., 2019, S. 2f.

²⁹⁷ Vgl. zu diesem Absatz Burret, H.; Moog, S., 2019, S. 2f.

die der derzeitigen Versicherten. Deshalb nehmen die Rentenausgaben der gesetzlichen Rentenversicherung im Jahr 2070 gegenüber dem Referenzszenario um 16,6 Milliarden Euro beziehungsweise 2,8 Prozent zu. Diese Mehrausgaben sind zum Teil auch auf höhere Rentenzahlungen an die bisherigen Versicherten zu verzeichnen, da auch für sie das Rentenniveau steigt.²⁹⁸

Der Beitragssatz steigt im Prognosezeitraum auch nach der Einbeziehung der Beamten weiter an. Die Steigerung des Beitragssatzes fällt allerdings niedriger aus als im Referenzszenario. Der maximale Beitragsentlastungseffekt beträgt im Jahr 2070 0,5 Prozent gegenüber dem Referenzszenario. Ebenso liegt das *Nettorentenniveau vor Steuern* in der Prognose minimal höher gegenüber dem *Nettorentenniveau vor Steuern* im Referenzszenario. Im Jahr 2070 ist das *Nettorentenniveau vor Steuern* um 0,7 Prozentpunkte höher als im Referenzszenario. Eine solche Teileingliederung im Rahmen der Erwerbstätigenversicherung würde demnach die demografiebedingte Situation nicht vollständig kompensieren können, allerdings würde sie dämpfend dagegenwirken. Zusammenfassend ist zu sagen, dass bis zum Jahr 2070 die Einnahmenseite einer Eingliederung der Beamten, die der Ausgabenseite überwiegt.²⁹⁹

Bei Prüfung des Hauptkriteriums kann beobachtet werden, dass die Schranke des Beitragssatzes von 24 Prozent im Jahr 2050 überschritten wird³⁰⁰ und die Schranke des *Nettorentenniveaus vor Steuern* von 44 Prozent bereits im Jahr 2040 nicht mehr eingehalten werden kann.³⁰¹ Demnach kann das Hauptkriterium hier nicht als erfüllt angesehen werden. Hierbei ist zu beachten, dass die Prognosen der Eingliederungen von Selbstständigen, die in den folgenden Kapiteln auf das Hauptkriterium untersucht werden, kürzere Untersuchungszeiträume vorweisen (Prognose aus dem Jahr 2016: 25 Reformjahre)³⁰² (Prognose aus dem Jahr 2017: 29 Reformjahre)³⁰³. Daher wäre es im Rahmen einer Prüfung des Hauptkriteriums sinnvoll, in der Studie einer *sukzessiven Eingliederung der Beamten* lediglich das Hauptkriterium bis zum 25. Reformjahr zu prüfen. Andernfalls kann es sein, dass Prognosen das definierte Hauptkriterium dieser Bachelorarbeit nur aus dem Grund erfüllen, weil der Untersuchungszeitraum geringer ist. Wird diese Methode auf die Prognose der *sukzessiven Eingliederung von Beamten* angewendet, dann sollte das Hauptkriterium lediglich bis zum Jahr 2049 geprüft werden. Die hier gezeigte Prognose stellt allerdings nur Daten in zehn Jahres Schritten dar, demnach sind keine Werte für das Jahr 2049 vorhanden. Aus diesem Grund wurde eine Betrachtung bis zum Jahr 2050 vorgenommen. Darüber hinaus wäre selbst bei einer Einhaltung der Beitragssatzschranke bis zum Jahr 2049 das Hauptkriterium nicht erfüllt, da die Schranke des *Nettorentenniveaus vor Steuern* von 44 Prozent bereits im Jahr 2040 unterschritten wird.

Das Kriterium der *langfristigen Stabilität* gilt ebenfalls als nicht erfüllt, da eine sukzessive Eingliederung der Beamten nicht genug Entlastungspotentiale bietet das *Nettorentenniveau vor Steuern* mindestens bis zum 16. Reformjahr stabil zu halten.

Eine ähnliche Prognose wie die von H. Burret und S. Moog wurde bereits im Jahr 2017 veröffentlicht. Die Autoren O. Ehrentraut und hier ebenfalls S. Moog haben einen ähnlichen Vorschlag mit nahezu identischen Eckpunkten vorgebracht. Auch die Ergebnisse der Prognosen liegen nah beieinander. Des Weiteren wurde in der Prognose aus dem Jahr 2017

²⁹⁸ Vgl. zu diesem Absatz Burret, H.; Moog, S., 2019, S. 2f.

²⁹⁹ Vgl. zu diesem Absatz Burret, H.; Moog, S., 2019, S. 2–4.

³⁰⁰ Vgl. Burret, H.; Moog, S., 2019, S. 2f.

³⁰¹ Vgl. Burret, H.; Moog, S., 2019, S. 2f.

³⁰² Vgl. Buslei, H. et al., 2016, S. 663–666.

³⁰³ Vgl. Ehrentraut, O.; Moog, S., 2017, S. 36.

lediglich ein Zeitraum von 2015 bis 2050 untersucht. Aufgrund des kürzeren Untersuchungszeitraums und der Tatsache, dass die Prognose aus dem Jahr 2019 aktueller ist, wurde in dieser Bachelorarbeit auf eine genauere Darstellung der Studie aus dem Jahr 2017 in Bezug auf die sukzessive Eingliederung der Beamten verzichtet.³⁰⁴

7.2 Auswirkungen einer Eingliederung von Selbstständigen auf die zukünftige Situation der gesetzlichen Rentenversicherung

Im folgenden Abschnitt werden zwei Auswirkungsprognosen auf die Mitgliederzahlen und die finanzielle Sicht der deutschen Rentenversicherung durch eine Eingliederung von Selbstständigen dargestellt. Die erste Studie *Zukunft der gesetzlichen Rentenversicherung* der Autoren O. Ehrentraut und S. Moog wurde im Jahr 2017 veröffentlicht. Die zweite Studie *Ausweitung der gesetzlichen Rentenversicherung auf Selbständige: Merkliche Effekte auch in der mittleren Frist (2016)* der Autoren H. Buslei, et al. wurde im Rahmen des Referenzszenarios bereits im Kapitel 3.1 erwähnt.

In der zweiten Studie aus dem Jahr 2016 wurde sowohl eine sukzessive Eingliederung als auch eine volle Eingliederung Selbstständiger vorgenommen. Hierbei ist zu beachten, dass lediglich eine Eingliederung *nicht obligatorisch versicherter Selbstständiger* erfolgt ist. Die *freiberuflich Selbstständigen*, die bereits in den Berufsständischen Versorgungswerken versichert sind, werden demnach nicht einbezogen.³⁰⁵

Die erste Studie aus dem Jahr 2017 basiert grundsätzlich auf denselben Eckpunkten wie der im Kapitel 5.2 vorgestellte Reformvorschlag einer sukzessiven Eingliederung Selbstständiger. Im Gegensatz zu dem Reformvorschlag in Kapitel 5.2 findet allerdings keine Differenzierung von *nicht obligatorisch versicherten Selbstständigen* und *freiberuflich Selbstständigen* statt. Folglich werden alle Neuzugänge von Selbstständigen unabhängig ihrer bisherigen Alterssicherung in der gesetzlichen Rentenversicherung versicherungspflichtig. Keine Gruppe wird an einem Zeitpunkt vollständig eingegliedert. Zudem liegen keine separate Daten einer Eingliederung der *freiberuflich Selbstständigen* vor.³⁰⁶

Für die Daten der ersten Studie aus dem Jahr 2017 gilt zudem zu beachten, dass in dieser Auswirkungsprognose auch geringfügig Beschäftigte einbezogen worden sind.³⁰⁷ Eine Differenzierung zwischen den Daten Selbstständiger und geringfügig Beschäftigter ist in dieser Studie nicht direkt möglich. Die Studie zeigt aber welche Auswirkungen eine sukzessive Eingliederung Selbstständiger in Bezug auf Mitgliederzahlen, Beitragseinnahmen und Beitragsausgaben haben kann.³⁰⁸ Des Weiteren sind geringfügig Beschäftigte im Status Quo der Rentenversicherung in einem *Opt-Out Verfahren* bereits versicherungspflichtig.³⁰⁹ Der Arbeitgeber übernimmt bereits unabhängig von der Ausübung des *Opt-Out* Wahlrechts des Arbeitnehmers einen Rentenversicherungsbeitrag in Höhe von 15 Prozent.³¹⁰ Der Arbeitnehmer zahlt einen Beitrag in Höhe von 3,6 Prozent, wenn er sich nicht auf Antrag befreien lässt.³¹¹ Die Studie betrachtet demnach nur die Mehreinnahmen, die über die bestehenden Rentenversicherungseinnahmen der geringfügig Beschäftigten hinausgehen würden, wenn keine *Opt-Out* Regelung mehr besteht. Die zweite betrachtete Studie aus dem Jahr 2016

³⁰⁴ Vgl. zu diesem Absatz Ehrentraut, O.; Moog, S., 2017, S. 59–63.

³⁰⁵ Vgl. zu diesem Absatz Buslei, H. et al., 2016, S. 662–667.

³⁰⁶ Vgl. zu diesem Absatz Ehrentraut, O.; Moog, S., 2017, S. 34.

³⁰⁷ Vgl. Ehrentraut, O.; Moog, S., 2017, S. 34.

³⁰⁸ Vgl. Ehrentraut, O.; Moog, S., 2017, S. 34–37.

³⁰⁹ Vgl. Deutsche Rentenversicherung, o.J.(7).

³¹⁰ Vgl. Deutsche Rentenversicherung, o.J.(7).

³¹¹ Vgl. Deutsche Rentenversicherung, o.J.(7).

hat zudem eine Auswirkungsprognose der Eingliederung geringfügig Beschäftigter vorgenommen und festgestellt, dass die Auswirkungen vernachlässigbar klein sind.³¹² Demnach nehmen die Selbstständigen bei der Betrachtung der Daten ohnehin die höhere Stellung ein. Aus diesen Gründen wird die Tatsache, dass auch geringfügig Beschäftigte in der ersten Studie aus dem Jahr 2017 eingegliedert wurden, im Folgenden außen vorgelassen.

7.2.1 Auswirkungen einer sukzessiven Eingliederung von *nicht obligatorisch versicherten Selbstständigen* und *freiberuflich Selbstständigen* auf die zukünftige Situation der gesetzlichen Rentenversicherung

In der Studie aus dem Jahr 2017 wird unterstellt, dass eine sukzessive Eingliederung der Selbstständigen ab dem 01.01.2022 erfolgt. Alle Personen die vor dem 01.01.2022 bereits selbstständig tätig waren, erhalten in der Studie Bestandsschutz. Die neu eingetretenen versicherungspflichtigen Selbstständigen übernehmen sowohl den Arbeitnehmer als auch den Arbeitgeberbeitrag zur gesetzlichen Rentenversicherung.³¹³

Jahr	2015	2050
Sozialversicherungspflichtig Beschäftigte (Mio.)	31,1	27,2
Anzahl der Rentner (Mio.)	20,8	26,0
Beitragseinnahmen (Mrd. EUR)	191,2	419,7
Bundeszuschuss (allgemeiner und zusätzlicher) (Mrd. EUR)	68,1	148,8
Rentenausgaben der deutschen Rentenversicherung (Mrd. EUR)	243,2	532,6
Beitragssatz (%)	18,7	24,4
Nettorentenniveau vor Steuern (%)	48,1	41,0

Tabelle 7: Referenzprognose für die Jahre 2015 bis 2050 einer sukzessiven Eingliederung von nicht obligatorisch versicherten Selbstständigen und freiberuflich Selbstständigen, Datenquelle: Vgl. Ehrentraut, O.; Moog, S., 2017, S. 19.

Das zugrundeliegende Referenzszenario ist in Tabelle 7 dargestellt. Hier sind die Jahre 2015 und 2050 dargestellt. Weitere Daten des Referenzszenarios sind in der Studie aus dem Jahr 2017 nicht vorhanden. Annahmen die der Prognose zugrunde liegen sind unter anderem die Bevölkerungsvorausrechnung in der Variante 2 des Statistischen Bundesamts aus dem Jahr 2015, eine sinkende Bevölkerung von 0,2 Prozent pro Jahr, eine sinkende

Jahr	2020	2030	2040	2050
Sozialversicherungspflichtig Beschäftigte (Mio.)	31,1	31,0	30,7	30,1
Veränderung gegenüber Referenzszenario (Mio.)	0,0	+1,2	+2,3	+2,9
Anzahl der Rentner (Mio.)	22,0	24,6	26,3	26,4
Veränderung gegenüber Referenzszenario (Mio.)	0,0	0,0	+0,1	+0,4
Beitragseinnahmen (Mrd. EUR)	208,8	285,8	367,1	443,2
Bundeszuschuss (allgemeiner und zusätzlicher) (Mrd. EUR)	72,1	95,4	122,2	148,7
Rentenausgaben der deutschen Rentenversicherung (Mrd. EUR)	268,1	358,2	457,8	553,9
Beitragssatz (%)	19,5	21,7	23,2	23,6
Nettorentenniveau vor Steuern (%)	48,2	44,7	42,7	42,0

Tabelle 8: Auswirkungen einer sukzessiven Eingliederung von nicht obligatorisch versicherten Selbstständigen sowie freiberuflich Selbstständigen auf die gesetzliche Rentenversicherung in den Jahren 2020 bis 2050, Datenquelle: Ehrentraut, O.; Moog, S., 2017, S. 36.

Anzahl von Erwerbstätigen von 0,4 Prozent pro Jahr, sowie eine sinkende Anzahl von sozialversicherungspflichtig Beschäftigten von 0,4 Prozent pro Jahr und eine steigende Anzahl von Rentnern von 0,6 Prozent pro Jahr.³¹⁴

³¹² Vgl. Buslei, H. et al., 2016, S. 663.

³¹³ Vgl. zu diesem Absatz Ehrentraut, O.; Moog, S., 2017, S. 34.

³¹⁴ Vgl. zu diesem Absatz Ehrentraut, O.; Moog, S., 2017, S. 18f.

Beim Verlauf der Zunahme von sozialversicherungspflichtig Beschäftigten in Tabelle 8 fällt auf, dass die Zahl ab dem Jahr 2030 kontinuierlich zunimmt. Während im Jahr 2030 mit einer Zunahme von 1,2 Millionen Beitragszahlern im Vergleich zum Referenzszenario zu rechnen ist, beträgt die Zunahme im Jahr 2050 2,9 Millionen. Dennoch sinkt die Gesamtzahl der sozialversicherungspflichtig Beschäftigten trotz der Eingliederung Selbstständiger von insgesamt 31,0 Millionen im Jahr 2020 auf 30,1 Millionen im Jahr 2050. Auch die Beitragseinnahmen steigen bereits im Eingliederungsjahr. Im Jahr 2030 beläuft sich das Einnahmeplus auf 4,6 Milliarden Euro beziehungsweise 1,6 Prozent im Vergleich zum Referenzszenario. Langfristig wird das Einnahmeplus der Beitragseinnahmen bei 5,6 Prozent erwartet.³¹⁵

Die Ausgaben für Altersrenten dürften aufgrund des Umlageverfahrens allerdings erst mit zeitlicher Versetzung anfallen. Wenn von einer durchschnittlichen Erwerbsphase von 45 Jahren ausgegangen wird, kommt es vom Eingliederungsjahr 2022 ausgehend erst ab 2067 zu vermehrten Ausgaben wegen einer Altersrente der Selbstständigen. Im Jahr 2030 betragen die Mehrausgaben der gesetzlichen Rentenversicherung 4 Milliarden Euro gegenüber dem Referenzszenario. Im Jahr 2050 belaufen sich die Mehrausgaben bereits auf über 20 Milliarden Euro gegenüber dem Referenzszenario. Der Bundeszuschuss entwickelt sich über den betrachteten Zeitraum hinweg nur minimal günstiger im Vergleich mit dem Referenzszenario. Die Einsparung des Bundeszuschusses beträgt im Schnitt über die Jahre 2022 bis 2050 circa 200 Millionen Euro jährlich.³¹⁶

Der Beitragssatz steigt im Prognosezeitraum der Studie trotz der Eingliederung an. Es ist allerdings eine dämpfende Wirkung durch die Eingliederung der Selbstständigen im Vergleich mit dem Referenzszenario zu beobachten. Die maximale Beitragsentlastung beträgt circa 0,8 Prozentpunkte und wird im Jahr 2050 erreicht. Der Beitragssatz beträgt dann 23,6 Prozent gegenüber 24,4 Prozent im Referenzszenario. Während im Referenzszenario das *Nettorentenniveau vor Steuern* im Jahr 2050 bei 41 Prozent liegt, wird durch die Eingliederung der Selbstständigen ein *Nettorentenniveau vor Steuern* von 42 Prozent erreicht. Somit kann ein Unterschreiten des *Nettorentenniveaus vor Steuern* von 42 Prozent „(...) um gut zehn Jahre aufgeschoben werden.“³¹⁷ Es ist auch zu beobachten, dass die Anzahl der Rentner aufgrund der schrittweisen Eingliederung langsamer zunimmt, als die Anzahl der sozialversicherungspflichtig Beschäftigten.³¹⁸

Fraglich ist, ob hier ebenfalls ein Umkehreffekt wie in Kapitel 7.1 bei einer Eingliederung der Beamten beschrieben,³¹⁹ über das Jahr 2050 hinaus erwartet werden kann. Ein solcher wird in der Studie aus dem Jahr 2017 nicht erwähnt. Allerdings wird in der Studie aus dem Jahr 2011 *Fortentwicklung der gesetzlichen Rentenversicherung zu einer Erwerbstätigenversicherung*, die zum Teil für den Reformvorschlag in Kapitel 5.2 verwendet wurde, ein Umkehreffekt zumindest für die Eingliederung der *freiberuflich Selbstständigen* circa 30 Jahre nach Einführung einer Erwerbstätigenversicherung erwartet.³²⁰ Auch die Studie aus dem Jahr 2016 der sukzessiven und vollen Eingliederung *nicht obligatorisch versicherter Selbstständiger* verweist auf einen möglichen Umkehreffekt durch die zusätzlichen Rentenzahlungen der neu eingegliederten Personen.³²¹

³¹⁵ Vgl. zu diesem Absatz Ehrentraut, O.; Moog, S., 2017, S. 35f.

³¹⁶ Vgl. zu diesem Absatz Ehrentraut, O.; Moog, S., 2017, S. 35f.

³¹⁷ Ehrentraut, O.; Moog, S., 2017, S. 36.

³¹⁸ Vgl. zu diesem Absatz Ehrentraut, O.; Moog, S., 2017, 35f.

³¹⁹ Vgl. Burret, H.; Moog, S., 2019, S. 4; Werding, M., 2013, S. 50-52.

³²⁰ Vgl. Windhövel, K.; Funke, C.; Möller, J.-C., 2011, S. 219.

³²¹ Vgl. Buslei, H. et al., 2016, S. 667.

Bei Prüfung des Hauptkriteriums kann beobachtet werden, dass die Schranke des Beitragssatzes von 24 Prozent bis zum Ende des Betrachtungszeitraums im Jahr 2050 nicht überschritten wird.³²² Demnach bietet eine solche Eingliederung bereits ausreichend Entlastungspotentiale, um den Beitragssatz innerhalb der vorgegebenen Schranke wirken zu lassen. Die Schranke des *Nettorentenniveaus vor Steuern* von 44 Prozent wird allerdings im Jahr 2040 (19. Reformjahr) unterschritten.³²³ Schlussfolgernd kann das Hauptkriterium nicht erfüllt werden.

Eine endgültige Beurteilung des *Kriteriums der langfristigen Stabilität* kann für diese Prognose nicht erfolgen. Laut den Daten der Studie findet eine Unterschreitung des *Nettorentenniveaus vor Steuern* von 44 Prozent im Jahr 2040 statt.³²⁴ Damit das *Kriterium der langfristigen Stabilität* als erfüllt gelten kann, müssen das *Nettorentenniveau vor Steuern* und der Beitragssatz mindesten bis zum 16. Reformjahr per Definition als stabil gelten. Eine Erfüllung wäre demnach möglich, wenn das *Nettorentenniveau vor Steuern* mindestens bis zum Jahr 2037 den Zielwert nicht unterschreitet. Da hier allerdings keine Daten für die Jahre zwischen 2030 und 2040 vorliegen, kann keine eindeutige Aussage getroffen werden, ob der Zielwert nicht schon früher unterschritten wurde.

7.2.2 Auswirkungen einer sukzessiven Eingliederung von *nicht obligatorisch versicherten Selbstständigen* auf die zukünftige Situation der gesetzlichen Rentenversicherung

Im Folgenden werden die Ergebnisse der Prognose aus dem Jahr 2016 einer sukzessiven Eingliederung von *nicht obligatorisch versicherten Selbstständigen* genauer dargestellt. Es werden auch erkennbare Trends und Unterschiede zur Prognose im vorherigen Abschnitt verdeutlicht. Das Referenzszenario für die Studie aus dem Jahr 2016 wurde in Kapitel 3.1 bereits erläutert.

Jahr	2016	2020	2025	2030	2035	2040
Beitragszahlende (Mio.)	35,0	35,1	34,0	32,8	32,1	32,1
Veränderung gegenüber Referenzszenario (Mio.)	+0,03	+0,1	+0,3	+0,5	+0,9	+1,2
Rentenausgaben der deutschen Rentenversicherung (Mrd. EUR)	235,1	272,3	328,8	393,1	462,7	533,2
Veränderung gegenüber Referenzszenario (Mrd. EUR)	0,0	+0,2	+1,1	+3,0	+6,8	+10,9
Beitragssatz (%)	18,6	19,3	20,6	22,2	22,9	22,7
Veränderung gegenüber Referenzszenario (in %-Punkten)	0,0	0,0	-0,1	-0,2	-0,4	-0,6
Nettorentenniveau vor Steuern (%)	48,5	47,5	45,8	43,8	42,5	42,3
Veränderung gegenüber Referenzszenario (in %-Punkten)	0,0	0,0	+0,1	+0,3	+0,4	+0,7

Tabelle 9: Auswirkungen einer sukzessiven Eingliederung von *nicht obligatorisch versicherten Selbstständigen* auf die gesetzliche Rentenversicherung in den Jahren 2016 bis 2040, Datenquelle: Buslei, H. et al., 2016, S. 666.

Es ist in der Prognose aus dem Jahr 2016 zu erkennen, dass eine sukzessive Eingliederung mit einer stetigen Zunahme von Beitragszahlern bei fortschreitender Zeit verbunden ist. Ein ähnlicher Effekt ist auch bei der Betrachtung des Beitragssatzes zu erkennen. Je länger eine sukzessive Eingliederung erfolgt, desto höher sind die Potentiale den Beitragssatz zu senken. Die maximale Entlastung des Beitragssatzes beträgt 0,6 Prozentpunkte in den Jahren 2039 und 2040 gegenüber dem Referenzszenario. Bei der Beitragssatzentwicklung ist ebenfalls auffällig, dass in der Studie aus dem Jahr 2016 der höchste Beitragssatz in den Jahren 2036 bis 2037 bei 23 Prozent liegt und anschließend bis zum Ende der Prognose im Jahr 2040 jährlich sinkt. In der Studie aus dem Jahr 2017 ist ein solcher Effekt nicht zu

³²² Vgl. Ehrentraut, O.; Moog, S., 2017, S. 36–38.

³²³ Vgl. Ehrentraut, O.; Moog, S., 2017, S. 36–38.

³²⁴ Vgl. Ehrentraut, O.; Moog, S., 2017, S. 36–38.

beobachten. Hier steigt der Beitragssatz kontinuierlich, trotz der Tatsache, dass der Untersuchungszeitraum länger ist.³²⁵

Das *Nettorentenniveau vor Steuern* sinkt auch in der Prognose aus dem Jahr 2016 bei fortschreitender Zeit. Der maximale Effekt der Steigerung des *Nettorentenniveaus vor Steuern* gegenüber dem Referenzszenario beträgt 0,7 Prozentpunkte zum Ende der Prognose im Jahr 2040. Die Rentenausgaben steigen auch in der Prognose aus dem Jahr 2016 kontinuierlich an.³²⁶

Es ist zu beobachten, dass die Entlastungseffekte beider dargestellten Prognosen einer sukzessiven Eingliederung Selbstständiger bei fortschreitender Zeit immer höher ausfallen. Zu Beginn der Reformen sind die Entlastungswirkungen allerdings gering.³²⁷

Bei Prüfung des Hauptkriteriums kann beobachtet werden, dass auch in dieser Ausgestaltung einer sukzessiven Eingliederung der Selbstständigen die Schranke des Beitragssatzes von 24 Prozent bis zum Ende des Betrachtungszeitraums im Jahr 2040 nicht überschritten wird.³²⁸ Die Schranke des *Nettorentenniveaus vor Steuern* von 44 Prozent wird allerdings bereits im Jahr 2030 (15. Reformjahr) unterschritten.³²⁹ Schlussfolgernd kann das Hauptkriterium auch hier nicht als erfüllt gelten.

Das *Kriterium der langfristigen Stabilität* gilt nicht als erfüllt, da eine sukzessive Eingliederung der *nicht obligatorisch versicherten Selbstständigen* nicht genug Entlastungspotentiale bietet, um das *Nettorentenniveau vor Steuern* mindestens bis zum 16. Reformjahr über 44 Prozent halten zu können.

7.2.3 Direkter Vergleich bestimmter Zeitpunkte einer sukzessiven Eingliederung von Selbstständigen

In diesem Kapitel wird ein direkter Vergleich bestimmter Zeitpunkte beider Prognosen vorgenommen. Aufgrund der Tatsache, dass beide Prognosen in unterschiedlichen Jahren veröffentlicht wurden und bereits ab den Eingliederungsjahren Entlastungswirkungen erzielen, kann ein direkter Vergleich derselben Zeitpunkte nur stattfinden, wenn beide Prognosen ausgehend vom Eingliederungsjahr in der gleichen Zeitphase sind. Beispielsweise ist es nicht sinnvoll das Jahr 2030 in beiden Prognosen direkt miteinander zu vergleichen, da die Prognose aus dem Jahr 2016 hier bereits im 15. Reformjahr ist und die Prognose aus dem Jahr 2017 lediglich im 9. Reformjahr. Aus diesem Grund wird für die folgende Analyse in beiden Prognosen ausgehend vom Eingliederungsjahr gerechnet und es werden lediglich die Zeitpunkte verglichen, bei denen beide Prognosen in der gleichen Zeitphase der Reform sind. Insgesamt ergeben sich nach diesem Vorgehen für jede Prognose zwei Zeitpunkte, die miteinander vergleichbar sind.

Wichtig zu erwähnen ist, dass die Ergebnisse dieses direkten Vergleichs nur bedingt aussagekräftig sind. Beide Studien basieren auf unterschiedlichen Annahmen³³⁰ und sind deshalb grundsätzlich nicht dazu geeignet, direkt miteinander verglichen zu werden. Beispielsweise wurde in der Studie aus dem Jahr 2016 für die Erwerbsentwicklung der *Rentenver-*

³²⁵ Vgl. zu diesem Absatz Buslei, H. et al., 2016, S. 666f.; Ehrentraut, O.; Moog, S., 2017, S. 34–38.

³²⁶ Vgl. zu diesem Absatz Buslei, H. et al., 2016, S. 666f.

³²⁷ Vgl. zu diesem Absatz Buslei, H. et al., 2016, S. 666f.; Ehrentraut, O.; Moog, S., 2017, S. 34–38.

³²⁸ Vgl. Buslei, H. et al., 2016, S. 666f.

³²⁹ Vgl. Buslei, H. et al., 2016, S. 666f.

³³⁰ Vgl. Buslei, H. et al., 2016, S. 660–662; Ehrentraut, O.; Moog, S., 2017, S. 15–19.

sicherungsbericht 2015 und der 2015 Ageing Report der Europäischen Kommission verwendet.³³¹ In der Studie aus dem Jahr 2017 wurde hierfür das *Weltwirtschaftsmodell VIEW* verwendet.³³² Des Weiteren wurde für die Simulation der Reformvorschläge in der Studie aus dem Jahr 2017 das *Prognos Sozialversicherungsmodell OCCUR* verwendet,³³³ in der Studie aus dem Jahr 2016 wurde hier *das Rentensimulationsmodell PenPro* angewendet.³³⁴ Es gibt allerdings auch eine Gemeinsamkeit in der Methodik der Studien. Für die zukünftige demografische Entwicklung wurde in beiden Studien die Variante 2 der 13. *koordinierten Bevölkerungsvorausberechnung* des Statistischen Bundesamts verwendet.³³⁵ Dennoch wird bei dieser Gegenüberstellung eine Vereinfachung vorgenommen, da eine Vergleichbarkeit vorausgesetzt wird, die nicht direkt gegeben ist. Für die Eingliederung *freiberuflich Selbstständiger* gibt es allerdings keine separate Prognose, weshalb für diesen Zweck die beschriebene Methodik verwendet wird.

Buslei, H. et al., 2016	9. Reformjahr	19. Reformjahr
Jahr	2024	2034
Beitragszahlende (Mio.)	34,2	32,1
Veränderung gegenüber Referenzszenario (Mio.)	+0,2	+0,8
Rentenausgaben der deutschen Rentenversicherung (Mrd. EUR)	318,7	448,6
Beitragssatz (%)	20,4	22,9
Nettorentenniveau vor Steuern (%)	46,2	42,6

Tabelle 10: Vergleich zweier Prognosen einer sukzessiven Eingliederung Selbstständiger - Werte einer sukzessiven Eingliederung nicht obligatorisch versicherter Selbstständiger, Datenquelle: Buslei, H. et al., 2016, S. 666.

Ehrentraut, O.; Moog, S., 2017	9. Reformjahr	19. Reformjahr
Jahr	2030	2040
Sozialversicherungspflichtig Beschäftigte (Mio.)	31,0	30,7
Veränderung gegenüber Referenzszenario (Mio.)	+1,2	+2,3
Rentenausgaben der deutschen Rentenversicherung (Mrd. EUR)	358,2	457,8
Beitragssatz (%)	21,7	23,2
Nettorentenniveau vor Steuern (%)	44,7	42,7

Tabelle 11: Vergleich zweier Prognosen einer sukzessiven Eingliederung Selbstständiger - Werte einer sukzessiven Eingliederung nicht obligatorisch versicherter Selbstständiger sowie freiberuflich Selbstständiger, Datenquelle: Ehrentraut, O.; Moog, S., 2017, S. 36.

Wie in den Tabellen 10 und 11 zu sehen ist, gleichen sich die meisten Werte bei fortschreitender Zeit an. Die Anzahl der sozialversicherungspflichtig Beschäftigten beziehungsweise der Beitragszahlenden unterscheidet sich allerdings sowohl in der Gesamtzahl als auch in der Zunahme gegenüber den Referenzszenarien deutlich in beiden Studien.³³⁶

Die Tatsache, dass sich die Werte des Beitragssatzes und des *Nettorentenniveaus vor Steuern* im 19. Reformjahr angleichen, könnte ein Indiz dafür sein, dass die Eingliederung der *freiberuflich Selbstständigen* keine ausschlaggebenden Entlastungswirkungen gegenüber einer Eingliederung lediglich *nicht obligatorisch Selbstständiger* vorweist. Da es sich hier allerdings um zwei verschiedene Studien handelt, die auf verschiedenen Annahmen basieren, ist diese Schlussfolgerung nicht voll aussagekräftig. Zudem können aufgrund der beschriebenen Methodik lediglich zwei Zeitpunkte miteinander verglichen werden.

³³¹ Vgl. Buslei, H. et al., 2016, S. 660.

³³² Vgl. Ehrentraut, O.; Moog, S., 2017, S. 15f.

³³³ Vgl. Ehrentraut, O.; Moog, S., 2017, S. 15-17.

³³⁴ Vgl. Buslei, H. et al., 2016, S. 660-666.

³³⁵ Vgl. Buslei, H. et al., 2016, S. 660; Ehrentraut, O.; Moog, S., 2017, S. 15.

³³⁶ Vgl. zu diesem Absatz Buslei, H. et al., 2016, S. 666f.; Ehrentraut, O.; Moog, S., 2017, S. 35-37.

Für eine bessere Einschätzung sollte aus diesem Grund eine separate Prognose bezüglich einer Eingliederung *freiberuflich Selbstständiger* erstellt werden, damit die Auswirkungen dieser Erwerbstätigengruppe auf die gesetzliche Rentenversicherung transparenter sind. Im Rahmen dieser Bachelorarbeit ist eine solche Umsetzung allerdings nicht möglich.

Zusammenfassend ist zu sagen, dass trotz der verschiedenen Annahmen, Betrachtungszeiträume und unterschiedlicher Anwendung von Simulationsmodellen einige Entwicklungen in beiden Studien zeigen, wie eine sukzessive Eingliederung der Selbstständigen auf die Größen der gesetzlichen Rentenversicherung wirken könnte. Insgesamt kann von einer dämpfenden Wirkung ausgegangen werden,³³⁷ die einen stabilisierenden Effekt auf die gesetzliche Rentenversicherung in den kritischen Jahren durch die Rentenzugänge der *Baby-Boomer* haben kann.³³⁸

7.2.4 Auswirkungen einer vollständigen Eingliederung *nicht obligatorisch versicherter Selbstständiger* auf die zukünftige Situation der gesetzlichen Rentenversicherung

Im folgenden Abschnitt werden die Ergebnisse der Studie aus dem Jahr 2016 einer vollen Eingliederung *nicht obligatorisch versicherter Selbstständiger* dargestellt. Der Stichtag der Eingliederung wurde in dieser Prognose auf den 01.01.2016 festgelegt.³³⁹

Jahr	2016	2020	2025	2030	2035	2040
Beitragszahlende (Mio.)	37,4	37,4	36,1	34,5	33,4	33,1
Veränderung gegenüber Referenzszenario (Mio.)	+2,4	+2,4	+2,4	+2,3	+2,2	+2,2
Rentenausgaben der deutschen Rentenversicherung (Mrd. EUR)	235,1	283,0	342,5	409,7	481,1	553,9
Veränderung gegenüber Referenzszenario (Mrd. EUR)	0,0	+10,9	+14,8	+19,6	+25,2	+31,6
Beitragssatz (%)	16,8	18,3	19,8	21,5	22,6	22,7
Veränderung gegenüber Referenzszenario (in %-Punkten)	-1,9	-1,0	-1,0	-0,9	-0,8	-0,7
Nettorentenniveau vor Steuern (%)	47,9	49,1	47,2	44,9	43,2	42,7
Veränderung gegenüber Referenzszenario (in %-Punkten)	-0,5	+1,6	+1,5	+1,4	+1,2	+1,0

Tabelle 12: Auswirkungen einer vollständigen Eingliederung von *nicht obligatorisch versicherten Selbstständigen* auf die gesetzliche Rentenversicherung, Datenquelle; Buslei, H. et al., 2016, S. 665.

Wird die Zunahme der Beitragszahlenden betrachtet, fällt auf, dass im Eingliederungsjahr 2016 mit einer sofortigen Zunahme von circa 2,4 Millionen Selbstständigen gerechnet werden kann. Diese Anzahl verändert sich im Laufe der Betrachtung geringfügig und erreicht ab dem Jahr 2040 einen Tiefpunkt mit einer Zunahme von circa 2,2 Millionen gegenüber dem Referenzszenario. Durch eine sofortige Eingliederung aller *nicht obligatorisch versicherten Selbstständigen* steigen die Ausgaben der gesetzlichen Rentenversicherung im Zuge der Reform bereits im darauffolgenden Jahr stark an und auch darüber hinaus steigen diese jährlich weiter. Im Jahr 2017 betragen die Mehrausgaben gegenüber dem Referenzszenario 12,5 Milliarden Euro und im Jahr 2040 31,6 Milliarden Euro.³⁴⁰

Ein Entlastungseffekt des Beitragssatzes ist bei einer vollen Eingliederung *nicht obligatorisch versicherter Selbstständiger* im Gegensatz zu einer sukzessiven Eingliederung bereits im Eingliederungsjahr zu erwarten. Der maximale Entlastungswert des Beitragssatzes beträgt im Jahr 2016 1,9 Prozentpunkte gegenüber dem Referenzszenario. Dieser nimmt dann allerdings im darauffolgenden Jahr aufgrund der resultierenden Mehrausgaben und auch darüber hinaus immer weiter ab, bis der Entlastungswert des Beitragssatzes ab dem

³³⁷ Vgl. Ehrentraut, O.; Moog, S., 2017, S. 37.

³³⁸ Vgl. Buslei, H. et al., 2016, S. 667.

³³⁹ Vgl. Buslei, H. et al., 2016, S. 663f.

³⁴⁰ Vgl. zu diesem Absatz Buslei, H. et al., 2016, S. 664-666.

Jahr 2037 bis zum Ende der Prognose im Jahr 2040 jährlich 0,7 Prozentpunkte im Vergleich zum Referenzszenario beträgt.³⁴¹

Es ist erkennbar, dass im Eingliederungsjahr das *Nettorentenniveau vor Steuern* um 0,5 Prozentpunkte gegenüber dem Referenzszenario sinkt,³⁴² eine direkte Erklärung hierfür wird in der Studie aus dem Jahr 2016 nicht gegeben. Möglich wäre allerdings, dass durch die sofortige Eingliederung von 2,4 Millionen³⁴³ *nicht obligatorisch versicherten Selbständigen* das Durchschnittsentgelt, das als Basis für die Berechnung des *Nettorentenniveaus vor Steuern* verwendet wird, gestiegen ist. Die Standardrente ist hingegen auf demselben Niveau wie im Referenzszenario verblieben, da die Rentenausgaben im Eingliederungsjahr nicht gestiegen sind und der Rentenwert erst in den darauffolgenden Jahren steigt.³⁴⁴ Im Ergebnis sinkt das *Nettorentenniveau vor Steuern*. Das ist allerdings nur eine Hypothese, die nicht bestätigt werden kann, da die Hintergrunddaten der Prognose nicht ersichtlich sind.

Im weiteren Verlauf nimmt das *Nettorentenniveau vor Steuern* im Jahr 2017 um 1,0 Prozentpunkte gegenüber dem Referenzszenario zu und erreicht den höchsten Wert im Jahr 2018 mit 1,8 Prozentpunkten. Bis zum Jahr 2040 sinkt das *Nettorentenniveau vor Steuern* auf 1,0 Prozentpunkte im Vergleich mit dem dazugehörigen Referenzszenario.³⁴⁵

Bei Prüfung des Hauptkriteriums kann beobachtet werden, dass die Schranke des Beitragsatzes von 24 Prozent bis zum Ende des Betrachtungszeitraums im Jahr 2040 eingehalten wird.³⁴⁶ Die Schranke des *Nettorentenniveaus vor Steuern* von 44 Prozent wird allerdings im Jahr 2035 (20. Reformjahr) unterschritten.³⁴⁷ Schlussfolgernd kann das Hauptkriterium nicht erfüllt werden.

Das *Kriterium der langfristigen Stabilität* gilt bei einer vollen Eingliederung *nicht obligatorisch versicherter Selbständiger* als erfüllt, da eine solche per Definition ausreichend Entlastungspotentiale bietet, das *Nettorentenniveau vor Steuern* sowie den Beitragssatz mindestens bis zum 16. Reformjahr stabil zu halten.

7.2.5 Direkter Vergleich einer vollen und sukzessiven Eingliederung *nicht obligatorisch versicherter Selbständiger*

Beim Vergleich mit der sukzessiven Eingliederung *nicht obligatorisch versicherter Selbständiger* derselben Studie aus dem Jahr 2016, ist auffallend, dass der Beitragssatz durch eine volle Eingliederung zu Beginn der Reform besser ausfällt. Auch das *Nettorentenniveau vor Steuern* fällt in den meisten Jahren besser aus, lediglich im Eingliederungsjahr ist dieses bei einer sukzessiven Eingliederung *nicht obligatorisch versicherter Selbständiger* höher. Nach einiger Zeit scheinen sich die Werte allerdings wieder anzupassen. Wird das Ende der Prognose im Jahr 2040 betrachtet, sind der Beitragssatz und das *Nettorentenniveau vor Steuern* fast identisch. Lediglich die Anzahl der Beitragszahler ist bei einer sukzessiven Eingliederung *nicht obligatorisch versicherter Selbständiger* im Jahr 2040 geringer, sowie die Rentenausgaben bei einer vollen Eingliederung höher. Die beschriebenen

³⁴¹ Vgl. zu diesem Absatz Buslei, H. et al., 2016, S. 664-666.

³⁴² Vgl. Buslei, H. et al., 2016, S. 665.

³⁴³ Vgl. Buslei, H. et al., 2016, S. 664f.

³⁴⁴ Vgl. Buslei, H. et al., 2016, S. 664f.

³⁴⁵ Vgl. zu diesem Absatz Buslei, H. et al., 2016, S. 664-666.

³⁴⁶ Vgl. Buslei, H. et al., 2016, S. 664-666.

³⁴⁷ Vgl. Buslei, H. et al., 2016, S. 664-666.

Vergleiche können in den Abbildungen 4 bis 7 verdeutlicht dargestellt werden.

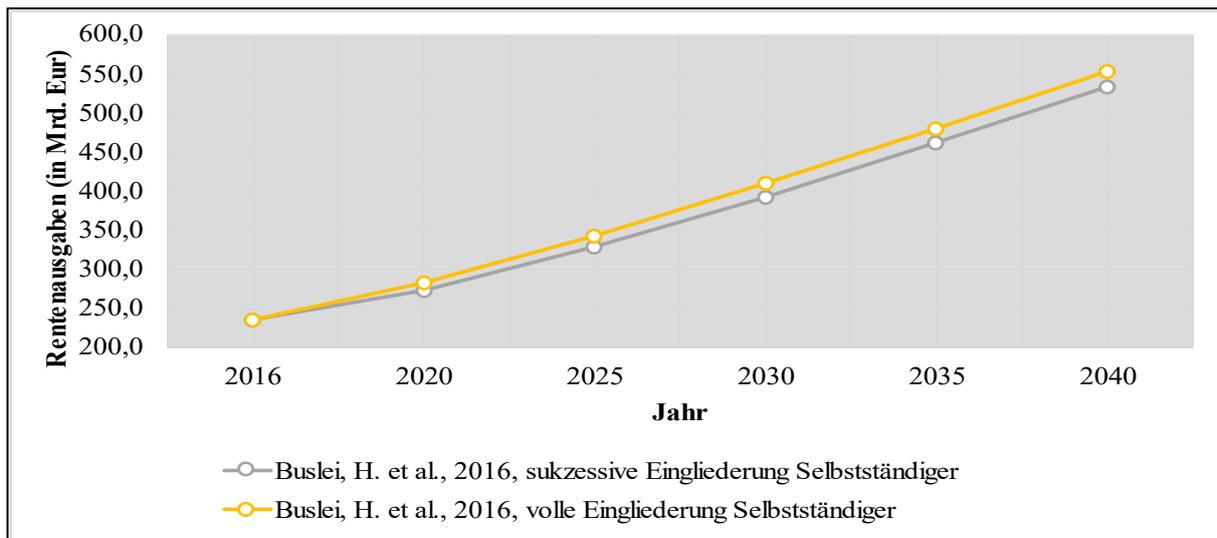


Abbildung 5: Vergleich der Rentenausgaben einer vollen und einer sukzessiven Eingliederung nicht obligatorisch versicherter Selbständiger, Datenquelle: Buslei, H. et al., 2016, S. 665f.

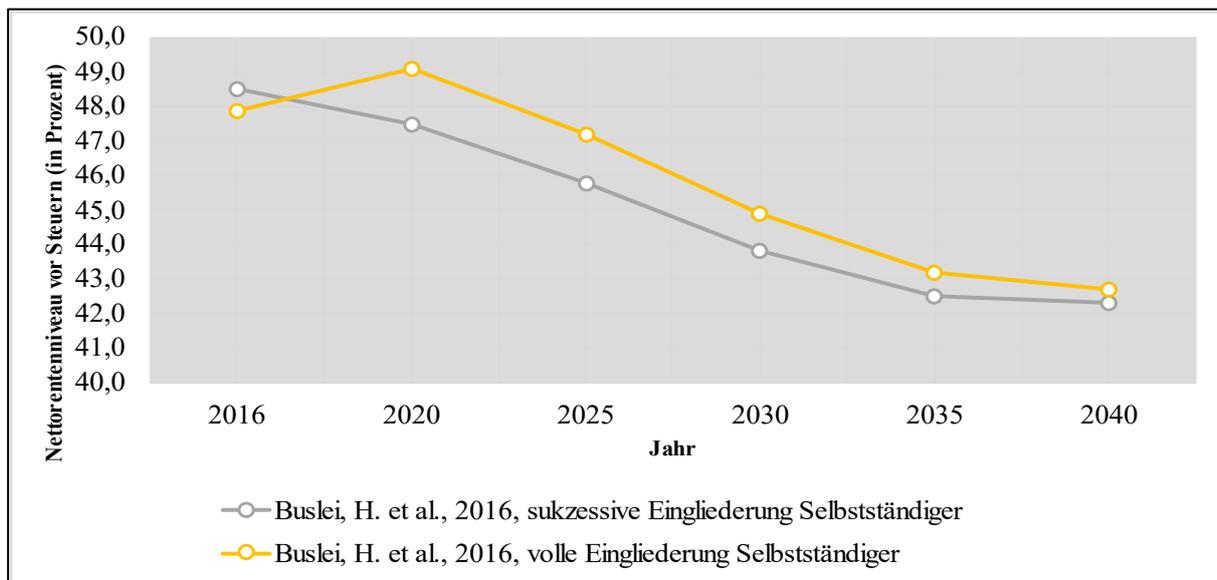


Abbildung 4: Vergleich des Nettorentenniveaus vor Steuern einer vollen und einer sukzessiven Eingliederung nicht obligatorisch versicherter Selbständiger, Datenquelle: Buslei, H. et al., 2016, S. 665f.

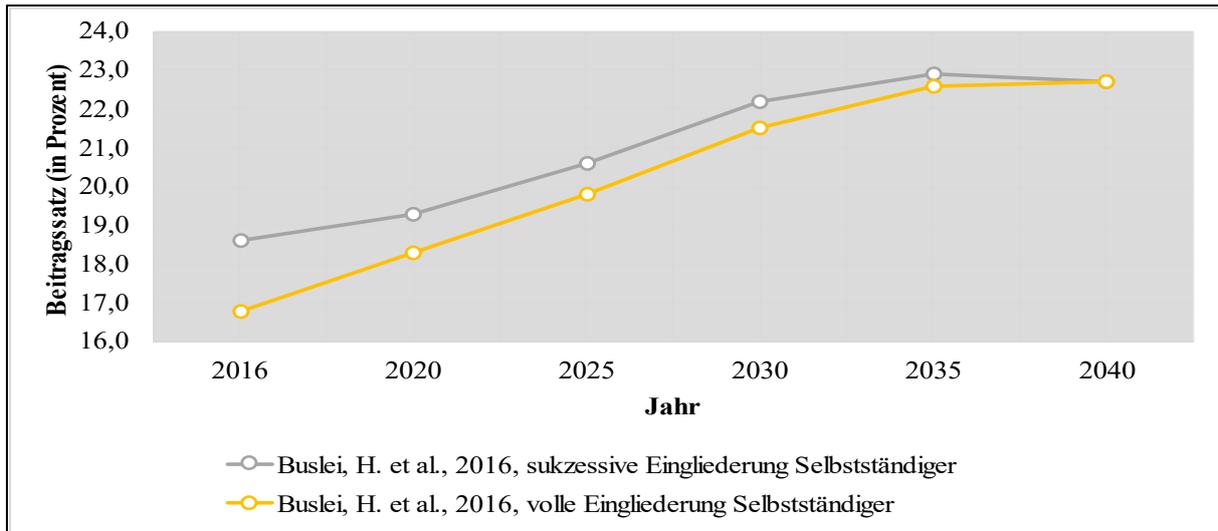


Abbildung 7: Beitragssatzvergleich einer vollen und einer sukzessiven Eingliederung nicht obligatorisch versicherter Selbstständiger, Datenquelle: Buslei, H. et al., 2016, S. 665f.

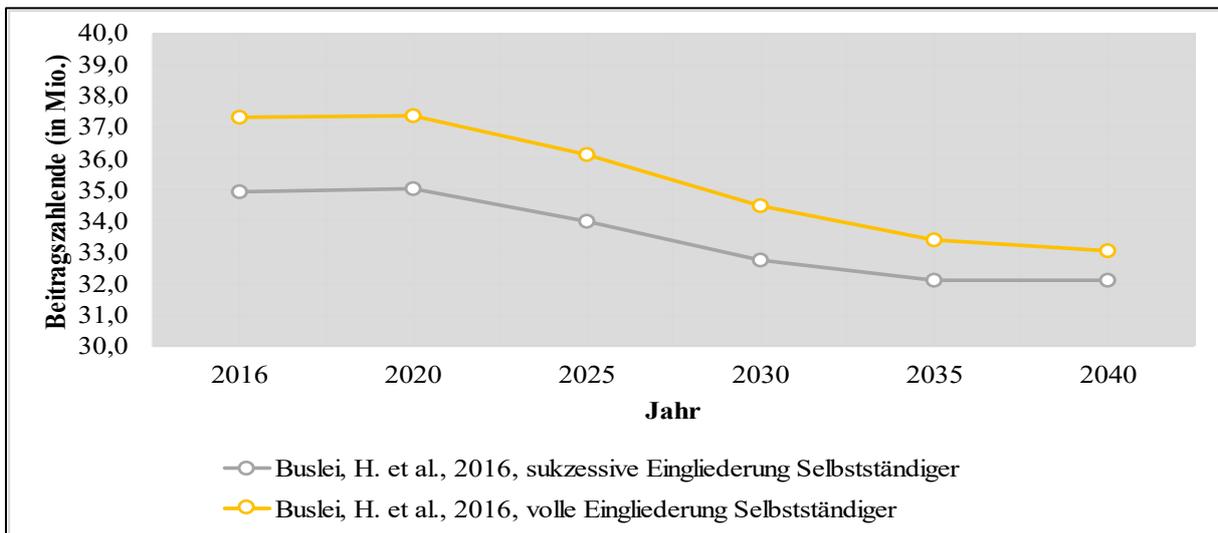


Abbildung 6: Vergleich der Anzahl Beitragszahlender einer vollen und einer sukzessiven Eingliederung nicht obligatorisch versicherter Selbstständiger, Datenquelle: Buslei, H. et al., 2016, S. 665f.

Abschließend kann keine direkte Aussage getroffen werden, ob eine volle oder eine sukzessive Eingliederung die endgültig besseren Auswirkungen auf die Werte der gesetzlichen Rentenversicherung hat. Beide Varianten haben ihre Vorteile und Nachteile. Beim Vergleich der sukzessiven Eingliederungen muss ebenfalls beachtet werden, dass es sich um verschiedene Studien auf Basis unterschiedlicher Annahmen handelt. Die Vergleiche zeigen dennoch, dass sowohl eine sukzessive als auch eine volle Eingliederung der Selbstständigen jeweils entlastende Wirkungen haben könnten. Diese fallen insbesondere bei einer vollen Eingliederung *nicht obligatorisch versicherter Selbstständiger* zu Anfang der Reform im Vergleich mit einer sukzessiven Eingliederung *nicht obligatorisch versicherter Selbstständiger* höher aus, zum Ende des Betrachtungszeitraums passen sich die Werte allerdings wieder an.

8 Rechtliche und Politische Durchsetzbarkeit einer Erwerbstätigenversicherung

8.1 Rechtliche Aspekte einer Eingliederung der Beamten in die gesetzliche Rentenversicherung

Als grundsätzlich größtes rechtliches Hindernis wird in der Rechtswissenschaft genannt, dass Artikel 33 Absatz 5 des Grundgesetzes geändert werden muss, damit der Weg für die Beamten in die gesetzliche Rentenversicherung frei wird.³⁴⁸ Auch das Bundesverfassungsgericht hat bereits aus der derzeitigen Rechtslage hergeleitet, dass eine Überführung der Beamtenversorgung in die gesetzliche Rentenversicherung ausgeschlossen und verfassungswidrig ist.³⁴⁹

Eine Einführung von Beiträgen für die Alterspension wäre an sich denkbar und zulässig, allerdings muss aufgrund von Artikel 33 Absatz 5 GG die Beitragszahlung an den Dienstherrn erfolgen, da zwischen Dienstherrn und Beamten eine personale Bindung besteht. Das würde eine Beitragszahlung an die gesetzliche Rentenversicherung verhindern.³⁵⁰

Artikel 33 Absatz 5 GG besagt aber auch: „Das Recht des öffentlichen Dienstes ist unter Berücksichtigung der hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums zu regeln und fortzuentwickeln.“^{351,352} Demnach schreibt es dem Gesetzgeber nicht vor, dass die bisherige Form der Beamtenversorgung „(...) in Stein gemeißelt (...)“³⁵³ ist.³⁵⁴ Hierbei ist zu beachten, dass die Alimentation für die Beamten am Ende allerdings angemessen sein muss,³⁵⁵ was genau angemessen in diesem Zusammenhang bedeutet, ist nicht endgültig geklärt.

Hier werden im Folgenden die Reformvorschläge aus Kapitel 5 in Bezug auf Angemessenheit miteinander verglichen. In dem Vorschlag von T. Ebert plädiert dieser dafür, dass das Bruttoentgelt der Beamten aufgestockt wird, damit den Beamten keine Nachteile in ihrem Nettoentgelt entstehen, wenn sie Beiträge zur gesetzlichen Rentenversicherung zahlen müssen.³⁵⁶ Außerdem ist er dafür, dass eine betriebliche Pensionskasse durch den Staat übernommen wird, damit die Rente der Beamten in der gesetzlichen Rentenversicherung so aufgestockt wird, dass sie weitgehend einer Pension in der Beamtenversorgung entspricht.³⁵⁷ Demgegenüber plädieren K. Windhövel, C. Funke und J.C. Möller dafür, dass eine Aufstockung nur im Eingliederungsjahr erfolgt und alle weiteren Erhöhungen zu Lasten der Beamten gehen sollen.³⁵⁸ Eine eventuelle Zusatzversicherung wird in dem Reformvorschlag nicht erwähnt.³⁵⁹ Es ist erkennbar, dass der Bestandsschutz der Beamten im Vorschlag von T. Ebert einen höheren Stellenwert einnimmt, als im Vorschlag von K. Windhövel, C. Funke und J.C. Möller. Was nun im Sinne des Gesetzes als angemessen verstanden wird, ist allerdings nicht definiert. Dies wird dann Aufgabe der politischen Diskussion und

³⁴⁸ Vgl. Glombik, M., 2009, S. 112.

³⁴⁹ Vgl. Bundesverfassungsgericht, Beschluss vom 30.09.1987. Absatz 319f. zit. nach; Glombik, M., 2009, S. 112.

³⁵⁰ Vgl. zu diesem Absatz Glombik, M., 2009, S. 112.

³⁵¹ Artikel 33 Abs. 5 GG.

³⁵² Vgl. Artikel 33 Abs. 5 GG.

³⁵³ Schlegel, R., 2022, S. 686.

³⁵⁴ Vgl. Schlegel, R., 2022, S. 686.

³⁵⁵ Vgl. Schlegel, R., 2022, S. 686.

³⁵⁶ Vgl. Ebert, T., 2018, S. 311–314.

³⁵⁷ Vgl. Ebert, T., 2018, S. 311–314.

³⁵⁸ Vgl. Windhövel, K.; Funke, C.; Möller, J.-C., 2011, S. 99.

³⁵⁹ Vgl. Windhövel, K.; Funke, C.; Möller, J.-C., 2011, S. 99.

der Gerichte sein. Vor allem muss geklärt werden, wie sehr vom Status Quo der Beamtenversorgung abgewichen werden darf beziehungsweise soll.

Eine Integration der Beamten würde voraussichtlich Änderungsbedarf von erheblicher Tragweite erfordern. Auch nach Abänderung von Artikel 33 Absatz 5 GG wäre eine Eingliederung in die gesetzliche Rentenversicherung nicht direkt möglich. Es müssten ebenfalls beamtenrechtliche und sozialrechtliche Änderungen vorgenommen werden.³⁶⁰

Im Rechtsetzungsverfahren ist zudem zu beachten, dass Bund und Bundesländer im derzeitigen Rechtsstand verschiedene Zuständigkeiten in der Beamtenversorgung haben. Es wäre somit notwendig, dass die Zuständigkeiten der Versorgungsanstalt des Bundes und der Bundesländer erweitert werden. Würde es hier zwischen Bund und Bundesländer keine Einigung geben, müsste eine weitere Einrichtung gegründet werden.³⁶¹

In der gesetzlichen Rentenversicherung müssten grundlegende Änderungen und Ausnahmen vorgenommen werden. Es wären zum Beispiel umfangreiche Sonderregelungen und Übergangsregelungen nötig. Versicherungsrechtliche und beitragsrechtliche Regelungen müssten so angepasst werden, damit sie für die neu einbezogenen Beamten gerecht sind.³⁶²

Ein solcher Weg würde mehrjährig gestaffelte Übergangsregelungen aus Gründen des Vertrauensschutzes voraussetzen, um eine Integration der Beamten vornehmen zu können. Diese Übergangsphase würde deshalb nicht nur Monate, sondern eher Jahre in Anspruch nehmen.³⁶³

8.2 Rechtliche Aspekte einer Eingliederung Selbstständiger in die gesetzliche Rentenversicherung

Für eine Erwerbstätigenversicherung ist nicht nur bei der Eingliederung von Beamten mit rechtlichen Hürden zu rechnen. Allerdings hat sich das Bundesverfassungsgericht bereits in der Vergangenheit dafür ausgesprochen, dass eine geplante Versicherungspflicht *nicht obligatorisch versicherter Selbstständiger*, sei es privat oder gesetzlich keinen verfassungsrechtlichen Bedenken entgegenstehe.³⁶⁴ Als Voraussetzung einer Umgestaltung ist allerdings der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu wahren.³⁶⁵ Das bedeutet, dass die Erweiterung des Personenkreises, welcher durchaus für manche einen Nachteil darstellen kann, in einem vernünftigen Verhältnis zu den Vorteilen der Allgemeinheit steht.³⁶⁶

Eine Anordnung von Versicherungspflicht und Beitragspflicht für Selbstständige ist verfassungsrechtlich gesehen ein Grundrechtseingriff im Sinne von Art. 2 Abs. 1 GG. Hierfür müsste erstens der Individualschutz, und zweitens der Schutz der Allgemeinheit vor mangelnder Eigenvorsorge gegeben sein. Bei der Prüfung des Individualschutzes ist anzumerken, dass davon ausgegangen werden kann, dass heutige Selbstständige nicht mehr der Vorstellung der wohlhabenden Selbstständigen des 19. Jahrhunderts entsprechen. Dieses Argument wird auch durch die Tatsache bekräftigt, dass bei den ehemals Selbstständigen

³⁶⁰ Vgl. zu diesem Absatz Zähle, K., 2019, S. 44f.

³⁶¹ Vgl. zu diesem Absatz Zähle, K., 2019, S. 44f.

³⁶² Vgl. zu diesem Absatz Glombik, M., 2009, S. 112.

³⁶³ Vgl. zu diesem Absatz Zähle, K., 2019, S. 44f.

³⁶⁴ Vgl. Lenze, A., 2012, S. 143.

³⁶⁵ Vgl. Bundesverfassungsgericht, Beschluss vom 18.02.1998, Absatz 69f. zit. nach; Schmitt, L., 2018, S. 205.

³⁶⁶ Vgl. Bundesverfassungsgericht, Beschluss vom 18.12.1974, Absatz 301f. zit. nach; Schmitt, L., 2018, S. 205.

die Grundsicherungsleistungsquote knapp doppelt so hoch war wie bei den abhängig Beschäftigten.³⁶⁷

Auch ist bekannt, dass eine unzureichende Bereitschaft³⁶⁸ bei der grundsätzlich selbstständigen Vorsorge für das Alter³⁶⁹ bei Selbstständigen gegeben ist.³⁷⁰ Der Schutz der Allgemeinheit, wäre somit dadurch gewährleistet, dass bei einer Einführung der Versicherungspflicht die Grundsicherungsquote bei ehemals Selbstständigen sinken könnte.³⁷¹ Dass der Schutz der Allgemeinheit ein legitimes Ziel ist, hat das Bundesverfassungsgericht bereits im Falle der Pflegeversicherung ausdrücklich festgelegt.³⁷²

Es lässt sich auch sagen, dass es nicht zu dem verfassungsrechtlichen Kern gehört die gesetzliche Rentenversicherung lediglich auf Arbeitnehmer zu beschränken.³⁷³ Für die Ausdehnung der Versicherungspflicht auf *die nicht obligatorisch versicherten Selbstständigen* könnte §2 SGB VI erweitert werden und eine Eingliederung unter den bestehenden Regeln in die Rentenversicherungspflicht ermöglichen.³⁷⁴

Bezüglich der Frage ob es verhältnismäßig ist, dass Selbstständige den Beitrag zur gesetzlichen Rentenversicherung selbst tragen müssen, ist anzumerken, dass es grundsätzlich für alle Erwerbstätigen zumutbar ist, Altersrückstellungen in einem gewissen Umfang vorzubereiten.³⁷⁵

Eine Eingliederung der *freiberuflich Selbstständigen* aus den Berufsständischen Versorgungswerken, gestaltet sich, wie auch die Eingliederung der Beamten im vorherigen Kapitel, schwieriger. Die Eingliederung der Versicherten aus den Versorgungswerken könnte gegen Art. 14 Abs. 1 GG verstoßen.³⁷⁶ Auch die bereits erworbenen Leistungsansprüche und Anwartschaften der Mitglieder in den Versorgungswerken stellen grundrechtlich geschütztes Eigentum dar.³⁷⁷ Die Streichung des §6 Abs. 1 Satz. 1 Nr. 1 SGB VI, der die Versicherungsfreiheit der *freiberuflich Selbstständigen* gewährleistet, würde allerdings nicht gegen die Verfassungsschranke des Art. 14 Abs. 1 GG verstoßen.³⁷⁸ Die Verfassungsschranke des Art. 14 Abs.1 Satz 2 GG hindert den Gesetzgeber nach derzeitigem Rechtsverständnis lediglich die Mitglieder der Versorgungswerke zwangsweise in die gesetzliche Rentenversicherung zu integrieren.³⁷⁹

Abschließend lässt sich sagen, dass bereits Rechtsprechungen existieren, die eine Eingliederung der *nicht obligatorisch versicherten Selbstständigen* in die gesetzliche Rentenversicherung zugänglicher machen könnten. Demgegenüber gibt es aber auch rechtliche Hürden, die eine Eingliederung verzögern könnten. Vor allem im Hinblick auf die Ausweitung

³⁶⁷ Vgl. zu diesem Absatz Schlegel, R., 2022, S. 685.

³⁶⁸ Vgl. Schulze Buschoff, K., 2016(2), S. 3.

³⁶⁹ Vgl. Schlegel, R., 2022, S. 685.

³⁷⁰ Vgl. Schulze Buschoff, K., 2016(2), S. 3.

³⁷¹ Vgl. Schlegel, R., 2022, S. 685.

³⁷² Vgl. Bundesverfassungsgericht, Urteil vom 03.04.2001, Absatz 83-88. zit. nach; Schmitt, L., 2018, S. 216f.

³⁷³ Vgl. Bundesverfassungsgericht, Urteil vom 23.03.1960, Absatz 112. zit. nach; Schmitt, L., 2018, S. 207.

³⁷⁴ Vgl. Waltermann, R., 2017, S. 425-429. zit. nach; Schmitt, L., 2018, S. 203.

³⁷⁵ Vgl. Schmitt, L., 2018, S. 222.

³⁷⁶ Vgl. Schmitt, L., 2018, S. 202f.

³⁷⁷ Vgl. Bundesverfassungsgericht, Beschluss vom 18.02.1998, Absatz 56-64. zit. nach; Schmitt, L., 2018, S. 213.

³⁷⁸ Vgl. Schmitt, L., 2018, S. 223.

³⁷⁹ Vgl. Schulte, B., 2008, S. 20. zit. nach; Schmitt, L., 2018, S. 223f.

der Versicherungspflicht auf die *freiberuflich Selbstständigen*, gibt es wie bei der Eingliederung von Beamten verfassungsrechtliche Hürden. Hier müssten erst Übergangsregelungen erarbeitet werden.³⁸⁰

Es muss auch entschieden werden, ob eine Eingliederung der *freiberuflich Selbstständigen* den Eingliederungsaufwand rechtfertigt.³⁸¹ Beachtet werden sollte hierbei, dass die Gruppe der *freiberuflich Selbstständigen* in den Versorgungswerken im Jahr 2015 mit insgesamt 950.000 Mitgliedern³⁸² nur circa halb so hoch war wie die der Beamten. Im Jahr 2014 betrug die Anzahl der aktiven Beamten 1,79 Millionen³⁸³ und im Jahr 2019 betrug die Anzahl der aktiven Beamten 1,76 Millionen.³⁸⁴

8.3 Politische Durchsetzbarkeit einer Erwerbstätigenversicherung

Im folgenden Kapitel wird die politische Durchsetzbarkeit einer Erwerbstätigenversicherung geprüft. Hierfür werden die Wahlprogramme des Jahres 2021 der Parteien SPD, FDP und Bündnis 90/ Die GRÜNEN, die die derzeitige Bundesregierung in der Ampel-Koalition repräsentieren, bezüglich einer Erwerbstätigenversicherung untersucht. Zunächst werden im Folgenden die einzelnen Wahlprogramme und abschließend der Koalitionsvertrag der amtierenden Bundesregierung betrachtet.

Im Wahlprogramm der Partei Bündnis 90/ Die GRÜNEN findet sich eine direkte Aussage darüber, dass die gesetzliche Rentenversicherung schrittweise zu einer Bürgerversicherung weiterentwickelt werden soll, „(...) in die perspektivisch alle einbezogen werden (...)“³⁸⁵. Als Beispiel wird hier die Eingliederung der Selbstständigen genannt, die bereits in den Berufsständischen Versorgungswerken versichert sind.³⁸⁶

Auch im Wahlprogramm der SPD finden sich Aussagen, dass eine grundsätzliche Eingliederung aller Berufsgruppen befürwortet wird. Hier wird sich unter dem Gesichtspunkt der Solidarität in der Alterssicherung dafür ausgesprochen, dass Selbstständige, Beamte, alle freien Berufe und Mandatsträger der gesetzlichen Rentenversicherung angehören sollen. Es wird sich dafür ausgesprochen, „(...) die Gesamtheit der Erwerbstätigen in die gesetzliche Rentenversicherung aufzunehmen (...)“³⁸⁷. Zudem befürwortet die SPD, alle Sonder-systeme auf lange Sicht zu überwinden. Bezüglich einer Eingliederung der Beamten wird explizit darauf hingewiesen, dass sich das Gesamtniveau der Alterssicherung für diese Personengruppe auch nach Eingliederung in die gesetzliche Rentenversicherung nicht reduzieren soll. Allerdings findet sich keine Aussage, ob eine sukzessive oder volle Eingliederung befürwortet wird.³⁸⁸

Für eine Erwerbstätigenversicherung spricht sich die FDP in ihrem Wahlprogramm nicht direkt aus. In Bezug auf die Alterssicherung Selbstständiger spricht sich die Partei für eine Pflicht zur Altersvorsorge aus, diese soll allerdings maximale Wahlfreiheit gewährleisten und nicht nur für die gesetzliche Rentenversicherung gelten. Des Weiteren soll es eine

³⁸⁰ Vgl. zu diesem Absatz Schmitt, L., 2018, S. 231–233.

³⁸¹ Vgl. Schmitt, L., 2018, S. 224.

³⁸² Vgl. Bäcker, G.; Kistler, E., 2020(3).

³⁸³ Vgl. Bundesministerium für Arbeit und Soziales, 2016, S. 33f.

³⁸⁴ Vgl. Bundesministerium für Arbeit und Soziales, 2020, S. 35.

³⁸⁵ Bündnis 90 / Die Grünen, 2021, S. 114.

³⁸⁶ Vgl. zu diesem Absatz Bündnis 90 / Die Grünen, 2021, S. 114.

³⁸⁷ SPD, 2021, S. 35.

³⁸⁸ Vgl. zu diesem Absatz SPD, 2021, S. 35.

Verbesserung des Statusfeststellungsverfahrens geben, „(...) ob eine abhängige Beschäftigung oder eine selbstständige Tätigkeit vorliegt.“³⁸⁹. Die FDP plädiert in ihrem Wahlprogramm dafür, gesetzliche Positivkriterien zu erstellen, die eine Feststellung rechtssicher ermöglichen. Die Prüfung des Arbeitgeberstatus soll dann von einer unabhängigen Stelle erfolgen.³⁹⁰

Bei der abschließenden Betrachtung der Wahlprogramme lässt sich feststellen, dass zwei der Koalitionspartner eine volle Erwerbstätigenversicherung als Ziel ihrer Arbeit ansehen. Die Partei Bündnis 90/ Die Grünen sprechen sich für eine sukzessive Eingliederung aller Berufsgruppen aus.³⁹¹ Die SPD spricht ebenfalls von einer Eingliederung aller Berufsgruppen, allerdings ist hier nicht erkennbar, welcher Art der Eingliederung angestrebt wird.³⁹² Lediglich die FDP greift nur die Situation der Selbstständigen auf und möchte diese unter Auflage der maximalen Wahlfreiheit zur Altersvorsorge einbinden.³⁹³ Auch hier ist nicht erkennbar, ob eine volle oder eine sukzessive Eingliederung geplant ist.

Im Koalitionsvertrag haben sich die Koalitionspartner für eine Altersvorsorgepflicht mit Wahlfreiheit für alle neuen, *nicht obligatorisch versicherten Selbstständigen* ausgesprochen. Die Ausgestaltung dieser Wahlfreiheit richtet sich nach einem *Opt-Out* Verfahren. Demnach sind „Selbstständige (...) in der gesetzlichen Rentenversicherung versichert, sofern sie nicht im Rahmen eines einfachen und unbürokratischen Opt-Outs ein privates Vorsorgeprodukt wählen.“^{394, 395}

Abschließend betrachtet, wurde hier somit weitestgehend dem Wunschkonzept der FDP gefolgt, lediglich Selbstständige in die gesetzliche Rentenversicherung aufzunehmen.³⁹⁶ Das Konzept der FDP wurde im Koalitionsvertrag um den Vorschlag einer sukzessiven Eingliederung *nicht obligatorisch versicherter Selbstständiger* konkretisiert.³⁹⁷ Demnach wurde eine schrittweise Eingliederung der neuen Selbstständigen mit einem *Opt-Out* Verfahren als Ziel der Bundesregierung gesetzt.³⁹⁸ Im Koalitionsvertrag finden sich keine weiteren Aussagen, bezüglich der Eingliederung von Beamten oder *freiberuflich Selbstständigen* in die gesetzliche Rentenversicherung.

9 Entwicklung einer *finalen* Erwerbstätigenversicherung

In diesem Kapitel werden mithilfe der Ergebnisse aus den Reformvorschlägen und Auswirkungsprognosen die Grundlagen für eine *finale* Erwerbstätigenversicherung entwickelt, die möglichst alle aufgestellten Kriterien erfüllt und das übergeordnete Ziel einer *Lösung des demografischen Problems* verfolgt. Pro Kriterium wird versucht, die bestmögliche Variante zu erstellen. Das Kriterium der rechtlichen und politischen Umsetzbarkeit wurde hierbei zur Unterstützung der Entscheidungen miteinbezogen.

Anschließend werden die Auswirkungen dieser *finalen* Erwerbstätigenversicherung auf den Beitragssatz und das *Nettoentenniveau vor Steuern* der gesetzlichen Rentenversicherung

³⁸⁹ FDP, 2021, S. 28.

³⁹⁰ Vgl. zu diesem Absatz FDP, 2021, S. 28.

³⁹¹ Vgl. Bündnis 90 / Die Grünen, 2021, S. 114.

³⁹² Vgl. SPD, 2021, S. 35.

³⁹³ Vgl. FDP, 2021, S. 28.

³⁹⁴ SPD; Bündnis 90 / Die Grünen; FDP, 2021, S. 59.

³⁹⁵ Vgl. zu diesem Absatz SPD; Bündnis 90 / Die Grünen; FDP, 2021, S. 59.

³⁹⁶ Vgl. FDP, 2021, S. 28.

³⁹⁷ Vgl. SPD; Bündnis 90 / Die Grünen; FDP, 2021, S. 59.

³⁹⁸ Vgl. SPD; Bündnis 90 / Die Grünen; FDP, 2021, S. 59.

untersucht, um die Frage zu beantworten, ob eine Erwerbstätigenversicherung als nachhaltige Lösung des demografischen Problems angesehen werden kann.

9.1 Kriterien einer *finalen* Erwerbstätigenversicherung

9.1.1 Vollständige oder sukzessive Eingliederung der Erwerbstätigengruppen?

Die erste Entscheidung sollte hinsichtlich sukzessiver oder voller Eingliederung der einzugliedernden Personengruppen getroffen werden.

Für die Beamten liegt keine Auswirkungsprognose einer vollen Eingliederung vor, das verhindert eine genauere Untersuchung des Hauptkriteriums, sowie des *Kriteriums der langfristigen Stabilität*. Zudem sind laut der rechtlichen Beurteilung umfangreiche Sonderregeln und Übergangsregeln bei einer vollen Eingliederung der Beamten notwendig.³⁹⁹ Es wäre demnach rechtlich wahrscheinlicher eine sukzessive Eingliederung der Beamteneingliederung vorzunehmen.⁴⁰⁰ Aus den genannten Gründen wird sich in dieser Bachelorarbeit für eine sukzessive Eingliederung der Beamten entschieden.

Für die Selbstständigen ist eine gesonderte Betrachtung notwendig. Für die *nicht obligatorisch versicherten Selbstständigen* scheint aufgrund der kritischen Jahre der *Baby-Boomer*,⁴⁰¹ eine volle Eingliederung wirkungsvoller. Grundsätzlich gleichen sich die meisten Werte im Verlauf der Jahre auf das gleiche Niveau an.⁴⁰² Allerdings ist insbesondere in den ersten Jahren der *Baby-Boomer* Rentenzugänge mit einer besonders kritischen Situation zu rechnen.⁴⁰³ In diesen Jahren könnte eine volle Eingliederung der *nicht obligatorisch versicherten Selbstständigen* durch höhere Entlastungseffekte eine bessere Wirkung erzielen als eine sukzessive Eingliederung.⁴⁰⁴

Für die *freiberuflich Selbstständigen* kann für die *finale* Erwerbstätigenversicherung keine endgültige Aussage getroffen werden. Grundsätzlich scheint eine sukzessive Eingliederung aufgrund der rechtlichen Situation ebenso wie für die Beamten sinnvoller beziehungsweise realistischer.⁴⁰⁵ Diese Empfehlung erfolgt allerdings unter der Bedingung, dass eine Eingliederung der *freiberuflich Selbstständigen* tatsächlich Entlastungswirkungen für die gesetzliche Rentenversicherung erzielt. Es wird demnach erst eine separate Prognose erfolgen müssen, die potenzielle Entlastungswirkungen der *freiberuflich Selbstständigen* gesondert untersucht. Dies sollte insbesondere vor dem Hintergrund der Untersuchungen in Kapitel 7.2.3 erfolgen, da sich die Ergebnisse bei dem Vergleich der beiden sukzessiven Eingliederungen im Laufe der Zeit angleichen, obwohl in einer Studie neben den *nicht obligatorisch versicherten Selbstständigen* auch *freiberuflich Selbstständige* eingegliedert wurden.

Für die Berechnungen der *finalen* Erwerbstätigenversicherung wird lediglich eine volle Eingliederung der *nicht obligatorisch versicherten Selbstständigen* erfolgen können, da keine separate Studie einer sukzessiven Eingliederung der *freiberuflich Selbstständigen* vorliegt.

9.1.2 Das Kriterium der Generationengerechtigkeit in einer *finalen* Erwerbstätigenversicherung

Das Kriterium der Generationengerechtigkeit wird bei einer vollen Eingliederung der *nicht obligatorisch versicherten Selbstständigen* erfüllt, da hier eine weitere Berufsgruppe für die

³⁹⁹ Vgl. Glombik, M., 2009, S. 112.

⁴⁰⁰ Vgl. Werding, M., 2013, S. 50.

⁴⁰¹ Vgl. Kommission Verlässlicher Generationenvertrag, 2020, S. 4.

⁴⁰² Vgl. Buslei, H. et al., 2016, S. 664-667.

⁴⁰³ Vgl. Kommission Verlässlicher Generationenvertrag, 2020, S. 4.

⁴⁰⁴ Vgl. Buslei, H. et al., 2016, S. 664-667.

⁴⁰⁵ Vgl. Werding, M., 2013, S. 50.

Lasten des demografischen Problems aufkommt. Insbesondere werden hier alle Personen unabhängig ihres Alters einbezogen, dass verhindert eine einseitige Belastung einer bestimmten Generation. Bezüglich der sukzessiven Eingliederung der Beamten als auch der *freiberuflich Selbstständigen* gilt das Kriterium als nicht erfüllt. Durch eine sukzessive Eingliederung treten potenziell vermehrt junge Erwerbstätige in die Versicherungspflicht ein und kommen so für die steigenden Beitragslasten des demografischen Problems auf.⁴⁰⁶ Daraus kann geschlossen werden, dass die älteren Erwerbstätigen aufgrund des Bestandschutzes in den Berufsständischen Versorgungswerken oder der Beamtenversorgung verbleiben. Somit besteht hier eine einseitige Belastung der jüngeren Generation.

Im Hinblick auf die Generationengerechtigkeit sollte auch darauf geachtet werden, dass die Entlastungseffekte durch eine Erwerbstätigenversicherung zwischen der Rentnergeneration und den Beitragszahlern fair aufgeteilt werden. Beispielsweise kann hier zwischen den Optionen entschieden werden, den Beitragssatz mit den gegebenen Entlastungseffekten sofort zu senken oder mit den zusätzlichen Einnahmen einen Kapitalstock aufzubauen. Dieser wird dann genutzt, wenn finanzielle Notlagen in der gesetzlichen Rentenversicherung auftreten.⁴⁰⁷

9.1.3 Das Kriterium der Vermeidung von Altersarmut in einer *finalen Erwerbstätigenversicherung*

Das Kriterium der Vermeidung von Altersarmut wäre bei einer vollen Eingliederung der *nicht obligatorisch versicherten Selbstständigen* ebenso erfüllt, da durch die Eingliederung zwangsläufig ein Rentenanspruch in der gesetzlichen Rentenversicherung aufgebaut wird.⁴⁰⁸ Hier müsste allerdings sichergestellt sein, dass die Selbstständigen den Beitrag zur gesetzlichen Rentenversicherung tragen können.⁴⁰⁹ Denkbar wäre hier der Lösungsansatz einer solidarischen Umlage der Selbstständigen untereinander⁴¹⁰ oder eine Auftraggeberabgabe.⁴¹¹ Bei einer vollen Eingliederung der *nicht obligatorisch versicherten Selbstständigen* könnte es zudem dazu kommen, dass nicht zwangsläufig jeder Selbstständige eine Altersrente über dem Grundsicherungsniveau aufbaut, wenn eine Eingliederung unabhängig vom Alter erfolgt.⁴¹² Ein Beispiel hierfür ist, wenn eine *nicht obligatorisch versicherte selbstständige* Person mit circa 55 Jahren das erste Mal in die gesetzliche Rentenversicherung einzahlt, dann wird wahrscheinlich keine Rente über dem Grundsicherungsniveau möglich sein.⁴¹³ Diesbezüglich sollte noch eine detailliertere Ausgestaltung stattfinden. Es muss auch beachtet werden, dass die dargestellten Auswirkungsprognosen davon ausgehen, dass der Beitragssatz von Selbstständigen mit dem allgemeinen Beitragssatz zur Rentenversicherung übereinstimmt.⁴¹⁴ Wenn beispielsweise entschieden wird, dass der Beitragssatz zur Rentenversicherung für Selbstständige gesenkt wird, ist fraglich, ob hier Altersarmut, insbesondere bei den *nicht obligatorisch versicherten Selbstständigen*, verhindert werden kann, da durch einen niedrigeren Beitragssatz eine niedrigere Rente resultieren würde.⁴¹⁵ Für die Gruppe der *freiberuflich Selbstständigen* kann grundsätzlich unter-

⁴⁰⁶ Vgl. Burret, H.; Moog, S., 2019, S. 3; Buslei, H. et al., 2016, S. 666.

⁴⁰⁷ Vgl. zu diesem Absatz Hauser, R., 2013, S. 100f.

⁴⁰⁸ Vgl. Schulze Buschoff, K., 2016(2), S. 3.

⁴⁰⁹ Vgl. Schulze Buschoff, K., 2016(2), S. 3.

⁴¹⁰ Vgl. Ebert, T., 2018, S. 310–311.

⁴¹¹ Vgl. zu diesem Absatz Ebert, T., 2018, S. 310f.; Schulze Buschoff, K., 2016(2), S. 3.

⁴¹² Vgl. Michaelis, K. et al., 2006, S. 13f.; Windhövel, K.; Funke, C.; Möller, J.-C., 2011, S. 94f.; Ebert, T., 2018, S. 168–173.

⁴¹³ Vgl. Hauser, R., 2013, S. 94f.; Ebert, T., 2018, S. 168–173.

⁴¹⁴ Vgl. Ehrentraut, O.; Moog, S., 2017, S. 34; Buslei, H. et al., 2016, S. 663–666.

⁴¹⁵ Vgl. Schulze Buschoff, K., 2016(2), S. 4f.

stellt werden, dass sie finanziell in der Lage sind, den vollen Beitragssatz zur Rentenversicherung zu übernehmen, da sie bereits Beiträge in den Berufsständischen Versorgungswerken gezahlt haben.⁴¹⁶ Aus diesem Grund ist das Kriterium der Altersarmut, bezogen auf die Beitragstragung bei einer Eingliederung der *freiberuflich Selbstständigen*, nicht relevant. Bei dieser Betrachtung sollte aber das Kriterium der Auflösung von Ungleichheiten gesondert betrachtet werden. Falls für das Problem des fehlenden Arbeitgeberbeitrags eine Auftraggeberabgabe angestrebt wird, sollte beachtet werden, dass nicht zwangsläufig alle *freiberuflich Selbstständigen* einen direkten Auftraggeber für ihre Dienstleistungen haben. Ein Beispiel hierfür sind Ärzte, die ausschließlich Kassenpatienten behandeln. Demnach würde es eine Ungleichheit geben, wenn bei *nicht obligatorisch Selbstständigen* eine Auftraggeberabgabe möglich ist und *freiberuflich Selbstständige* den vollen Beitrag zur Rentenversicherung zwangsläufig selbst zahlen müssen. Für solche Sonderfälle muss ebenfalls eine gesonderte Lösung erarbeitet werden.

9.1.4 Das Kriterium der Auflösung von Ungleichheiten in einer *finalen* Erwerbstätigenversicherung

Bestehende Ungleichheiten werden bei einer vollen Eingliederung der *nicht obligatorisch versicherten Selbstständigen* verhindert. Da hierdurch alle Selbstständigen unabhängig des §2 SGB VI in die gesetzliche Rentenversicherung integriert werden und das einer gegebenen Schutzbedürftigkeit der Personengruppe gerecht wäre.⁴¹⁷ Hierbei ist auch der Beitragssatz der *nicht obligatorisch versicherten Selbstständigen* erneut aufzugreifen. Sollen alle Selbstständigen in der gesetzlichen Rentenversicherung gleichbehandelt werden, müsste auch der Bundeszuschuss für die Versicherten der Künstlersozialkasse⁴¹⁸ gestrichen werden. Andernfalls erhält eine Gruppe von Selbstständigen eine Bevorzugung des Staates. Auch die sukzessive Eingliederung der Beamten und *freiberuflich Selbstständigen* würde einheitliche Regeln schaffen, die bestehende Ungleichheiten der unterschiedlichen Systeme beseitigen könnte.⁴¹⁹ Allerdings ist bei einer sukzessiven Eingliederung beider Personengruppen zu beachten, dass die Ungleichheiten erst endgültig beseitigt wären, wenn alle Personen aus dem alten Sicherungssystem ausgeschieden sind.⁴²⁰ Demnach gilt dieses Kriterium für die sukzessive Eingliederung von Beamten und *freiberuflich Selbstständigen* als nicht erfüllt.

Es gibt noch einige Problempunkte, die auch nach Ausarbeitung dieser *finalen Version* einer Erwerbstätigenversicherung nicht gelöst werden können. Unter anderem muss die finanzielle Situation der Berufsständischen Versorgungswerke⁴²¹ und der Beamtenversorgung nach einer Reform gesichert sein,⁴²² damit beide Institutionen ihre Altrenten weiter finanzieren können. Zudem muss durch eine gesonderte Kalkulation berechnet werden, wie der Staat und die Bundesländer den hälftigen Beitragssatz für die Beamten finanziell tragen könnten.⁴²³ Es muss auch entschieden werden, was im Sinne des Gesetzes als fairer Bestandsschutz für die Beamten gilt.⁴²⁴ Des Weiteren müssen die rechtlichen Hürden einer

⁴¹⁶ Vgl. Windhövel, K.; Funke, C.; Möller, J.-C., 2011, S. 88–91.

⁴¹⁷ Vgl. Ruland, F., 2009, S. 166.

⁴¹⁸ Vgl. Schulze Buschoff, K., 2016, S. 4.

⁴¹⁹ Vgl. Ebert, T., 2018, S. 312.

⁴²⁰ Vgl. Windhövel, K.; Funke, C.; Möller, J.-C., 2011, S. 98.

⁴²¹ Vgl. Windhövel, K.; Funke, C.; Möller, J.-C., 2011, S. 98.

⁴²² Vgl. Michaelis, K. et al., 2006, S. 16f.

⁴²³ Vgl. Michaelis, K. et al., 2006, S. 16f.

⁴²⁴ Vgl. Schlegel, R., 2022, S. 686.

Eingliederung der Beamten und *freiberuflich Selbstständigen* gelöst werden, damit eine Eingliederung für diese Personengruppen überhaupt möglich ist.⁴²⁵

Es erscheint zudem sinnvoll für jede Personengruppe einen gesonderten Stichtag in Betracht zu ziehen.⁴²⁶ Mit den Ergebnissen dieser Bachelorarbeit wird empfohlen, mit der Gruppe von *nicht obligatorisch versicherten Selbstständigen* zu beginnen, anschließend sollte die Gruppe der Beamten und zuletzt die der *freiberuflich Selbstständigen* eingegliedert werden. Diese Reihenfolge ermöglicht es, bereits früh von den entlastenden Wirkungen einer vollen Eingliederung der *nicht obligatorisch versicherten Selbstständigen* zu profitieren und gleichzeitig die bestehenden Probleme der zwei Sondersysteme zu beseitigen. Anschließend können diese dann in die gesetzliche Rentenversicherung eingegliedert werden.

9.2 Auswirkungen einer *finalen* Erwerbstätigenversicherung auf die gesetzliche Rentenversicherung

9.2.1 Auswirkungen einer *finalen* Erwerbstätigenversicherung auf den Beitragssatz und das *Nettorentenniveau vor Steuern* der gesetzlichen Rentenversicherung inklusive Prüfung des Hauptkriteriums und des *Kriteriums der langfristigen Stabilität*

Um das übergeordnete Kriterium einer Lösung *des demografischen Problems* sowie die *langfristige Stabilität* auf Basis des Vorschlags einer *finalen* Erwerbstätigenversicherung untersuchen zu können, wird hier eine Zusammensetzung aus zwei Prognosen vorgenommen. Für die sukzessive Eingliederung der Beamten werden erneut die Ergebnisse der Studie *Einbeziehung von Beamt_innen in die gesetzliche Rentenversicherung (2019)* von H. Burret und S. Moog herangezogen. Für die volle Eingliederung der *nicht obligatorisch versicherten Selbstständigen* wird die Studie *Ausweitung der gesetzlichen Rentenversicherung auf Selbständige: Merkliche Effekte auch in der mittleren Frist (2016)* von H. Buslei, et al. verwendet. Betrachtet werden insgesamt die Entwicklung und Entlastungswirkungen des Beitragssatzes und des *Nettorentenniveaus vor Steuern*.

Beide Reformvorhaben erzielen bereits im Eingliederungsjahr Entlastungswirkungen. Da allerdings beide Studien ursprünglich an unterschiedlichen Zeitpunkten starten, wird für die folgende Untersuchung vom jeweiligen Eingliederungsjahr der Studien gerechnet, damit beide Studien fiktiv auf demselben Stand einer Reform sind. Insgesamt ergeben sich so drei Zeitpunkte in beiden Reformen, die nach dieser Methode miteinander vergleichbar sind. Lediglich bei dem letzten betrachteten Zeitpunkt, ergibt sich aufgrund des kürzeren Untersuchungszeitraums der Studie aus dem Jahr 2016, ein Unterschied von einem Kalenderjahr zu der Studie aus dem Jahr 2019.

Erwähnenswert hierbei ist, dass dieser Vergleich lediglich dazu dient, die Gesamtwirkungen einer fiktiven *finalen* Erwerbstätigenversicherung zu verdeutlichen. Da es sich hier allerdings um zwei verschiedene Studien handelt, ist keine direkte Vergleichbarkeit gewährleistet. Zudem sind verschiedene Methoden und Annahmen verwendet worden.⁴²⁷ Für eine genauere Darstellung der Gemeinsamkeiten und Unterschiede der Methodik beider Studien wird auf Kapitel 3.1 verwiesen, im Rahmen der zugrundeliegenden Referenzszenarien wurde hier bereits auf die Thematik eingegangen. Dementsprechend wird hier eine Verein-

⁴²⁵ Vgl. Wirth, C.; Müllenmeister-Faust, U., 2009, S. 215.

⁴²⁶ Vgl. Michaelis, K. et al., 2006, S. 16f.

⁴²⁷ Vgl. Burret, H.; Moog, S., 2019, S. 1-4; Buslei, H. et al., 2016, S. 660-663.

fachung vorgenommen. Da allerdings keine Auswirkungsprognose existiert, die einer *finalen* Erwerbstätigenversicherung so wie sie hier entwickelt wurde ähnelt, wird auf die beschriebene Methode zurückgegriffen.

Wie in den Tabellen 13 und 14 zu sehen ist, sind nach der beschriebenen Methode die Jahre 2030, 2040 und 2050 einer sukzessiven Eingliederung der Beamten mit den Jahren

<i>Burret, H.; Moog, S., 2019</i>	6. Reformjahr	16. Reformjahr	26. Reformjahr
Jahr	2030	2040	2050
Beitragssatz (%)	22,1	24,0	24,6
Veränderung gegenüber Referenzszenario (in %-Punkten)	-0,2	-0,3	-0,4
Nettoentenniveau vor Steuern (%)	46,1	43,1	42,3
Veränderung gegenüber Referenzszenario (in %-Punkten)	+0,2	+0,4	+0,5

Tabelle 14: Finale Erwerbstätigenversicherung – Werte einer sukzessiven Eingliederung von Beamten, Datenquelle: Burret, H.; Moog, S., 2019, S. 2.

<i>Buslei, H. et al., 2016</i>	6. Reformjahr	16. Reformjahr	25. Reformjahr
Jahr	2021	2031	2040
Beitragssatz (%)	18,5	20,8	22,7
Veränderung gegenüber Referenzszenario (in %-Punkten)	-1,0	-0,9	-0,7
Nettoentenniveau vor Steuern (%)	48,8	44,5	42,7
Veränderung gegenüber Referenzszenario (in %-Punkten)	+1,6	+1,3	+1,0

Tabelle 13: Finale Erwerbstätigenversicherung – Werte einer vollen Eingliederung nicht obligatorisch versicherter Selbstständiger, Datenquelle: Buslei, H. et al., 2016, S. 665.

2021, 2031 und 2040 einer vollen Eingliederung der *nicht obligatorisch versicherten Selbstständigen* vergleichbar. In beiden Studien entsprechen diese Jahresangaben ausgehend vom Eingliederungsjahr den Zeitpunkten 6. Reformjahr, 16. Reformjahr 25. beziehungsweise 26. Reformjahr. Für die folgende Analyse wird angenommen, dass beide Eingliederungen am 01.01.2025 stattfinden, um die Wirkungen einer *finalen* Erwerbstätigenversicherung besser darstellen zu können. Demnach ist beispielsweise der Zeitpunkt 6. Reformjahr mit dem Jahr 2030 gleichzusetzen.

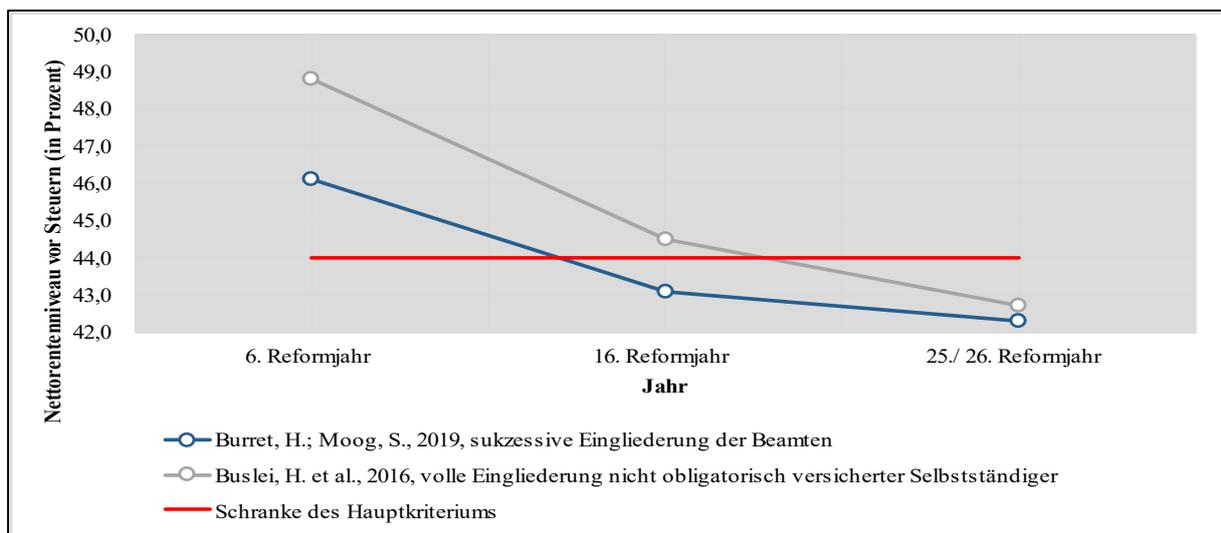


Abbildung 8: Finale Erwerbstätigenversicherung – Vergleich des Nettoentenniveaus vor Steuern ohne gegenseitige Entlastungswirkungen, Datenquellen: Burret, H.; Moog, S., 2019, S. 2.; Buslei, H. et al., 2016, S. 665.; Kommission Verlässlicher Generationenvertrag, 2020, S. 5f.

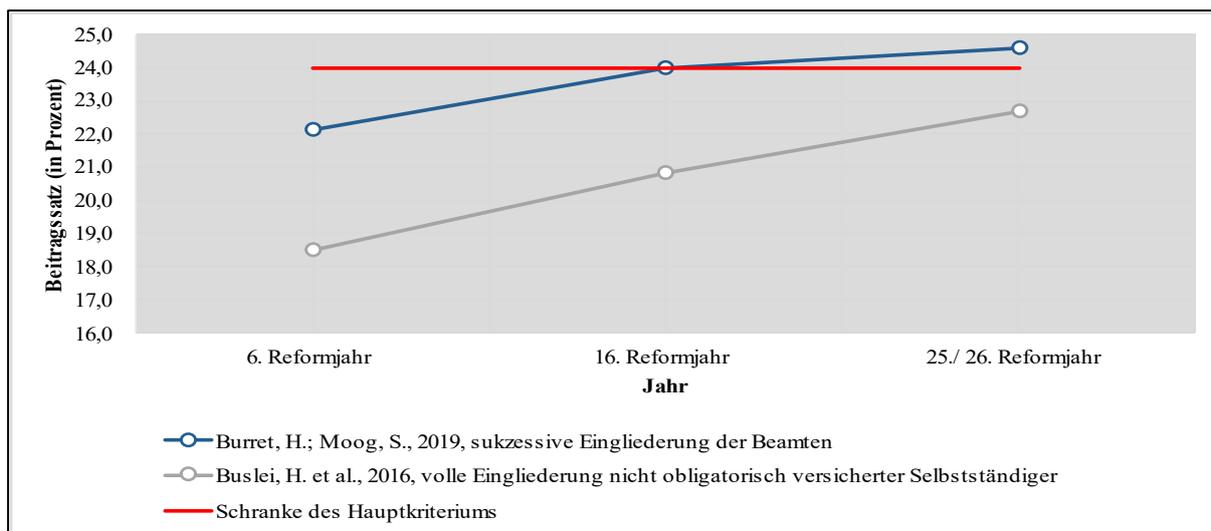


Abbildung 9: Finale Erwerbstätigenversicherung – Beitragssatzvergleich ohne gegenseitige Entlastungswirkungen, Datenquellen: Burret, H.; Moog, S., 2019, S. 2.; Buslei, H. et al., 2016, S. 665.; Kommission Verlässlicher Generationenvertrag, 2020, S. 5f.

In Abbildung 8 und 9 werden der Beitragssatz und das *Nettoentenniveau vor Steuern* der beiden Prognosen mit den vorgegebenen Schranken des Hauptkriteriums verglichen. Es ist zu erkennen, dass die Überschreitung der Beitragssatzschranke von 24 Prozent und die Unterschreitung der Schranke des *Nettoentenniveaus vor Steuern* von 44 Prozent insbesondere um den Zeitraum des 16. Reformjahres zu beobachten ist. Die einzige Größe, die über den betrachteten Zeitraum stabil gehalten werden kann, ist der Beitragssatz bei einer Eingliederung der *nicht obligatorisch versicherten Selbstständigen*.⁴²⁸

Insgesamt kann das Hauptkriterium aufgrund der Unterschreitung der Schranke beim *Nettoentenniveau vor Steuern* beider Prognosen und des Überschreitens der Schranke des Beitragssatzes bei der *sukzessiven Eingliederung der Beamten* in dieser Betrachtung als nicht erfüllt gelten. Wird das Kriterium der *langfristigen Stabilität* herangezogen, kann dies für eine volle Eingliederung der *nicht obligatorisch versicherten Selbstständigen* bereits als erfüllt gelten, da beide Größen mindestens bis zum 16. Reformjahr per Definition als stabil gelten. Für die sukzessive Eingliederung der Beamten spricht allerdings das frühzeitige Unterschreiten des *Nettoentenniveaus vor Steuern* gegen eine Erfüllung des *Kriteriums der langfristigen Stabilität*.

9.2.2 Gegenseitige Übertragung der Entlastungswirkungen zur endgültigen Prüfung des Hauptkriteriums und des Kriteriums der langfristigen Stabilität einer finalen Erwerbstätigenversicherung

Im Folgenden wird veranschaulicht welche Auswirkungen in Bezug auf das Hauptkriterium und das *Kriterium der langfristigen Stabilität* durch die Übertragung der einzelnen Entlastungswirkungen beider Eingliederungen möglich sind.

Hierfür werden die Entlastungseffekte der Prognosen auf die jeweils andere Prognose übertragen. Beispielsweise wird für den Zeitpunkt 6. Reformjahr die Entlastungswirkung von 1,0 Prozentpunkten des Beitragssatzes der Eingliederung *nicht obligatorisch versicherter Selbstständiger* auf die *sukzessive Eingliederung der Beamten* übertragen, so dass der Beitragssatz in der *sukzessiven Eingliederung der Beamten* 21,1 Prozent beträgt und nicht

⁴²⁸ Vgl. Buslei, H. et al., 2016, S. 665.

22,1 Prozent, wie ursprünglich. Da beide Prognosen unterschiedliche Werte für Beitragsatz und *Nettorentenniveau vor Steuern* vorweisen, werden die Entlastungseffekte auch umgekehrt übertragen. Daraus ergeben sich ähnliche Abbildungen wie in Abbildung 8 und 9. Allerdings ist hierbei erkennbar, wie eine *finale* Erwerbstätigenversicherung insgesamt in den Schranken des Hauptkriteriums wirken könnte, modifiziert mit den Entlastungswirkungen der jeweils anderen Prognose.

In Abbildung 10 ist zu sehen, dass die Schranken im Bereich des Beitragsatzes in beiden Berechnungen der *finalen* Erwerbstätigenversicherung eingehalten werden. Es ist allerdings davon auszugehen, dass die Beitragsatzschranke von 24 Prozent über den betrachteten Zeitraum hinaus erneut überschritten wird.

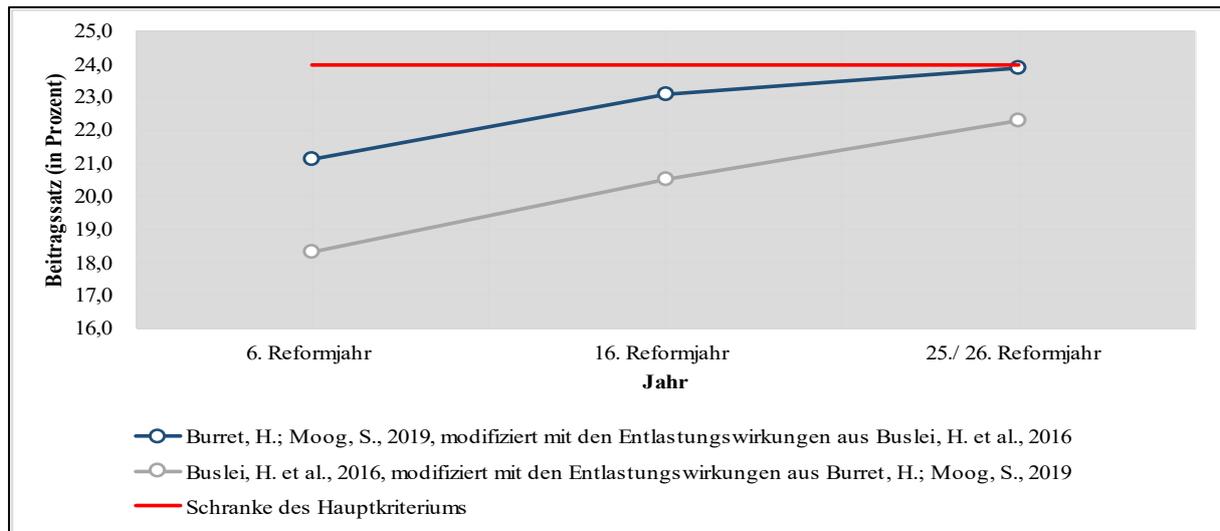


Abbildung 10: *Finale Erwerbstätigenversicherung – Beitragssatzvergleich mit gegenseitigen Entlastungswirkungen*, Datenquellen: Burret, H.; Moog, S., 2019, S. 2.; Buslei, H. et al., 2016, S. 665.; Kommission Verlässlicher Generationenvertrag, 2020, S. 5f.

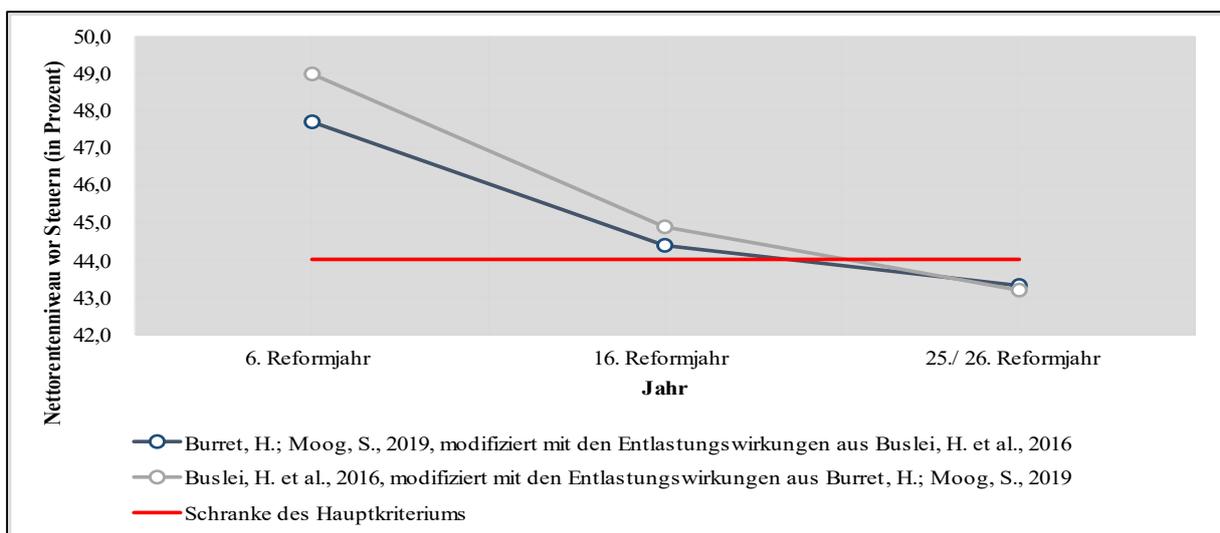


Abbildung 11: *Finale Erwerbstätigenversicherung – Vergleich des Nettorentenniveaus vor Steuern mit gegenseitigen Entlastungswirkungen*, Datenquellen: Burret, H.; Moog, S., 2019, S. 2.; Buslei, H. et al., 2016, S. 665.; Kommission Verlässlicher Generationenvertrag, 2020, S. 5f.

Bei der Untersuchung des *Nettorentenniveaus vor Steuern* in Abbildung 11 kann festgestellt werden, dass auch durch die Übertragung der Entlastungswerte keine Einhaltung der unteren Schranke von 44 Prozent gewährleistet werden kann. Es ist allerdings erkennbar, dass durch eine *finale* Erwerbstätigenversicherung das Unterschreiten des Zielwerts um

mehrere Jahre aufgeschoben wird. Per Definition gilt das Hauptkriterium aus diesem Grund allerdings auch hier als nicht erfüllt.

In Bezug auf die Nachhaltigkeitskriterien ist durch die *finale* Erwerbstätigenversicherung das Kriterium der *langfristigen Stabilität* erfüllt, da sowohl der Beitragssatz als auch das *Nettoentenniveau vor Steuern* mindestens bis zum 16. Reformjahr per Definition als stabil gelten.

10 Fazit

Eine Erwerbstätigenversicherung ist in vielen Ausgestaltungsformen möglich. Eine endgültige Fassung einer Erwerbstätigenversicherung ist demnach nicht vorgegeben. Es muss sich im Grundsatz zwischen sukzessiver und voller Eingliederung entschieden werden. Zudem sind mehrere Entscheidungen bezüglich unterschiedlicher Schwerpunkte zu treffen. Beispielsweise muss entschieden werden, wie eine faire Eingliederung für Personengruppen gestaltet werden kann, die vorher nicht in der gesetzlichen Rentenversicherung versichert waren oder wie ein finanziell tragbarer Beitragssatz unter dem Gesichtspunkt des fehlenden Arbeitgeberbeitrags⁴²⁹ bei Selbständigen aussehen könnte.

In dieser Bachelorarbeit wurde mithilfe der vorgestellten Reformvorschläge und Auswirkungsprognosen eine *finale* Erwerbstätigenversicherung entwickelt, die das Hauptkriterium einer Lösung des demografischen Problems anstrebt sowie das Ziel der Nachhaltigkeit unter Beachtung von vier vordefinierten Kriterien verfolgt.

Wird die Eingliederung von bestimmten Erwerbstätigen in die gesetzliche Rentenversicherung einzeln betrachtet, kann festgestellt werden, dass diese bereits Entlastungspotentiale mit sich bringen die eine Verbesserung gegenüber dem Status Quo darstellen.⁴³⁰ Die Frage die letztlich beantwortet werden muss, ist allerdings, ob eine Erwerbstätigenversicherung so hohe Entlastungspotentiale bieten kann, dass diese eine nachhaltige Lösung des demografischen Problems darstellt.

Die Ergebnisse einer *finalen* Erwerbstätigenversicherung geben hierzu eine Antwort. Wird von dem Eingliederungsjahr 01.01.2025 ausgegangen und der Zeitraum bis zum Jahr 2050 betrachtet, kann festgestellt werden, dass durch die *finale* Erwerbstätigenversicherung die vorgegebene Höchstschranke des Beitragssatzes von 24 Prozent knapp eingehalten wird. Das *Nettoentenniveau vor Steuern* unterschreitet die Grenze von 44 Prozent allerdings circa im 21. Reformjahr. Bezogen auf die Frage der Nachhaltigkeit dieses Lösungsansatzes ist anzumerken, dass bei einer *finalen* Erwerbstätigenversicherung von den aufgestellten vier Kriterien lediglich zwei gänzlich erfüllt werden. Die Kriterien der Altersarmut und *langfristigen Stabilität* gelten mit den in dieser Bachelorarbeit aufgestellten Bedingungen in einer *finalen* Erwerbstätigenversicherung als erfüllt. Das Kriterium der Generationengerechtigkeit kann bei einer sukzessiven Eingliederung noch nicht als erfüllt gelten, dies wäre erst bei fortschreitender Zeit gewährleistet. Bestehende Ungleichheiten werden beseitigt, allerdings wird hier auf die Sondersituation der Künstlersozialkasse⁴³¹ und das parallele Betreiben von mehreren Alterssicherungssystemen über Jahrzehnte verwiesen.⁴³² Dies verhindert eine vollständige Erfüllung des Kriteriums.

⁴²⁹ Vgl. Ebert, T., 2018, S. 310; Schulze Buschoff, K., 2016, S. 3f.; Michaelis, K. et al., 2006, S. 21.

⁴³⁰ Vgl. Burret, H.; Moog, S., 2019, S. 2; Buslei, H. et al., 2016, S. 665f.; Ehrentraut, O.; Moog, S., 2017, S. 35–38.

⁴³¹ Vgl. Schulze Buschoff, K., 2016, S. 4.

⁴³² Vgl. Zähle, K., 2019, S. 44f.

Im Endergebnis ist eine Erwerbstätigenversicherung in der Ausgestaltung dieser Bachelorarbeit nicht als nachhaltige Lösung des demografischen Problems anzusehen. Die Ergebnisse dieser Bachelorarbeit zeigen allerdings, dass eine Erwerbstätigenversicherung Potentiale bietet, die negativen Effekte der demografischen Lasten für Jahrzehnte aufzuschieben und somit Zeit schafft, eine langfristige Lösung zu finden.

Weitere Lösungsansätze, die aktuell diskutiert werden, um einen Ausgleich der demografischen Probleme bewerkstelligen zu können, sind beispielsweise eine *Kopplung des Renteneintrittsalters an die fernere Lebenserwartung*⁴³³ oder Ambitionen durch eine verbesserte Familienpolitik die Geburtenrate zu erhöhen⁴³⁴. Eine Kombination aus mehreren Lösungsansätze inklusive der Erwerbstätigenversicherung wäre auch möglich, wenn diese in ihrer Gesamtwirkung eine langfristige Stabilisierung der gesetzlichen Rentenversicherung ermöglichen würde. Diese Ansätze müssten allerdings in einer separaten Arbeit genauer untersucht und ausgearbeitet werden.

Abzuwarten sind zudem die aktuellen Ambitionen der Bundesregierung, die gesetzliche Rentenversicherung teilweise in den Kapitalmarkt einzubinden, um somit nicht ganz vom Umlageverfahren abhängig zu sein.⁴³⁵ Bei einer genauen Betrachtung der aktuell politischen Ambitionen wird allerdings klar, dass in der Legislaturperiode 2021 bis 2025 mit keiner Erwerbstätigenversicherung, wie sie in dieser Bachelorarbeit erarbeitet wurde, gerechnet werden kann. Es ist lediglich eine schrittweise Eingliederung *nicht obligatorisch versicherter Selbstständiger* mit einem *Opt-Out* Verfahren geplant.⁴³⁶ Eine umfangreichere Erwerbstätigenversicherung wäre demnach frühestens in der nächsten Legislaturperiode möglich, sofern die Parteien, die dem offen gegenüberstehen, ihre Ziele durchsetzen können.⁴³⁷

Insgesamt sollte trotz der Tatsache, dass eine Erwerbstätigenversicherung nicht alle Probleme der demografischen Situation lösen kann, darauf hingearbeitet werden, die Rentenversicherungsbasis durch weitere Erwerbstätigengruppen zu erhöhen. Denn gemeinhin ist bekannt, dass eine breite und diverse Finanzierungsbasis mit steigender Anzahl von Beitragszahlern die Effizienz einer Versicherung anheben kann.⁴³⁸ Abschließend ist eine Erwerbstätigenversicherung im Rahmen dieser Bachelorarbeit somit als Teillösung des demografischen Problems zu betrachten.

⁴³³ Vgl. Deutsche Bundesbank, 2019, S. 71–78.

⁴³⁴ Vgl. Börsch-Supan, A., 2020, S. 84f.

⁴³⁵ Vgl. SPD; Bündnis 90 / Die Grünen; FDP, 2021, S. 57.

⁴³⁶ Vgl. SPD; Bündnis 90 / Die Grünen; FDP, 2021, S. 59.

⁴³⁷ Vgl. SPD, 2021, S. 35.; Vgl. Bündnis 90 / Die Grünen, 2021, S. 114.

⁴³⁸ Vgl. Geppert, C., 2020, S. 153.

Literaturverzeichnis

- Bäcker, G.; Kistler, E., 2020, Leistungen und Finanzierung der Rentenversicherung, <https://www.bpb.de/themen/soziale-lage/rentenpolitik/293439/leistungen-und-finanzierung-der-rentenversicherung/>, 21.12.2022.
- Bäcker, G.; Kistler, E., 2020(2), Das Rentenniveau, <https://www.bpb.de/themen/soziale-lage/rentenpolitik/290755/das-rentenniveau/#node-content-title-2>, 21.12.2022.
- Bäcker, G.; Kistler, E., 2020(3), Berufsständische Versorgungswerke, <https://www.bpb.de/themen/soziale-lage/rentenpolitik/289213/berufsstaendische-versorgungswerke/>, 28.12.2022.
- Bomsdorf, E., 2015, Lebenserwartung über 90 Jahre heute, Rente ab 70 morgen? Eine visionäre vorausschauende Kurzanalyse, 68, H. 23, S. 15–23, <https://www.ifo.de/publikationen/2015/aufsatz-zeitschrift/lebenserwartung-ueber-90-jahre-heute-rente-ab-70-morgen-eine>, 19.12.2022.
- Börsch-Supan, A., 2020, Alternativlose Rentenpolitik: Anpassung an die demografischen Veränderungen, in: Deutsche Rentenversicherung, 75, H. 1, S. 77–91, https://www.deutsche-rentenversicherung.de/DRV/DE/Ueber-uns-und-Presse/Mediathek/Zeitschriften/drv_hefte/2020/drv_2020.html, 30.12.2022.
- Börsch-Supan, A., 2022, Der lange Schatten der Demografie, Handlungsfelder einer Rentenreform in Deutschland, <https://www.bpb.de/shop/zeitschriften/apuz/rente-2022/508222/der-lange-schatten-der-demografie/>, 20.12.2022.
- Breyer, F. et al., 2016, Nachhaltigkeit in der sozialen Sicherung über 2030 hinaus, <https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Publikationen/Ministerium/Veroeffentlichung-Wissenschaftlicher-Beirat/gutachten-wissenschaftlicher-beirat-gutachten-nachhaltigkeit-in-der-sozialen-sicherung.pdf>, 22.12.2022.
- Bundesministerium des Innern und für Heimat, o.J., Beamtinnen und Beamte, <https://www.bmi.bund.de/DE/themen/oeffentlicher-dienst/beamtinnen-und-beamte/beamtinnen-und-beamte-node.html>, 22.12.2022.
- Bundesministerium für Arbeit und Soziales, 2016, Ergänzender Bericht der Bundesregierung zum Rentenversicherungsbericht 2016 gemäß § 154 Abs. 2 SGB VI (Alterssicherungsbericht 2016), https://www.bmas.de/SharedDocs/Downloads/DE/Pressemitteilungen/2016/alterssicherungsbericht-2016.pdf;jsessionid=7448C840008AE0F16ABD018CA702018F.delivery2-replication?__blob=publicationFile&v=1, 28.12.2022.
- Bundesministerium für Arbeit und Soziales, 2017, Befreiung von der Versicherungspflicht, <https://www.bmas.de/DE/Soziales/Rente-und-Altersvorsorge/Gesetzliche-Rentenversicherung/befreiung-von-der-versicherungspflicht.html>, 22.12.2022.
- Bundesministerium für Arbeit und Soziales, 2017(2), Versicherungsfreiheit, <https://www.bmas.de/DE/Soziales/Rente-und-Altersvorsorge/Gesetzliche-Rentenversicherung/versicherungsfreiheit.html>, 22.12.2022.

- Bundesministerium für Arbeit und Soziales, 2020, Ergänzender Bericht der Bundesregierung zum Rentenversicherungsbericht 2020 gemäß § 154 Abs. 2 SGB VI (Alterssicherungsbericht 2020), https://www.bmas.de/SharedDocs/Downloads/DE/Rente/alterssicherungsbericht-2020.pdf?__blob=publicationFile&v=1, 22.12.2022.
- Bundesministerium für Arbeit und Soziales, 2021, Bericht der Bundesregierung über die gesetzliche Rentenversicherung, insbesondere über die Entwicklung der Einnahmen und Ausgaben, der Nachhaltigkeitsrücklage sowie des jeweils erforderlichen Beitragssatzes in den künftigen 15 Kalenderjahren gemäß § 154 Abs. 1 und 3 des Sechsten Buches Sozialgesetzbuch - Gesetzliche Rentenversicherung - (SGB VI), Rentenversicherungsbericht 2021, <https://www.bmas.de/SharedDocs/Downloads/DE/Rente/rentenversicherungsbericht.html>, 21.12.2022.
- Bundesministerium für Arbeit und Soziales, 2021(2), Sozialbericht 2021, https://www.bmas.de/SharedDocs/Downloads/DE/Publikationen/a101-21-sozialbericht-2021.pdf?__blob=publicationFile&v=3, 21.12.2022.
- Bundesministerium für Arbeit und Soziales, 2021(3), Wer ist versichert?, <https://www.bmas.de/DE/Soziales/Rente-und-Altersvorsorge/Gesetzliche-Rentenversicherung/Wer-ist-versichert/wer-ist-versichert.html>, 22.12.2022.
- Bundesministerium für Arbeit und Soziales, 2022, Selbstständige Erwerbstätigkeit in Deutschland (Aktualisierung 2022), <https://www.bmas.de/DE/Service/Publikationen/Forschungsberichte/fb-601-selbststaendige-erwerbstaetigkeit-in-deutschland.html>, 22.12.2022.
- Bundesministerium für Arbeit und Soziales, o.J., Rentenniveau (Sicherungsniveau vor Steuern), <https://www.bmas.de/DE/Soziales/Rente-und-Altersvorsorge/Rentenlexikon/R/rentenniveau.html>, 21.12.2022.
- Bundesministerium für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung, o.J., Nachhaltigkeit (nachhaltige Entwicklung), <https://www.bmz.de/de/service/lexikon/nachhaltigkeit-nachhaltige-entwicklung-14700>, 22.12.2022.
- Bündnis 90 / Die Grünen, 2021, Deutschland. Alles ist drin., Bundestagswahlprogramm 2021, https://cms.gruene.de/uploads/documents/Wahlprogramm-DIE-GRUENEN-Bundestagswahl-2021_barrierefrei.pdf, 29.12.2022.
- Burret, H.; Moog, S., 2019, Einbeziehung von Beamt_innen in die gesetzliche Rentenversicherung, Bonn (WISO direkt), <https://library.fes.de/pdf-files/wiso/15742.pdf>, 21.12.2022.
- Buslei, H. et al., 2016, Ausweitung der gesetzlichen Rentenversicherung auf Selbstständige: Merkbliche Effekte auch in der mittleren Frist, 83, H. 30, 659-667, https://www.diw.de/de/diw_01.c.540257.de/publikationen/wochenberichte/2016_30_1/ausweitung_der_gesetzlichen_rentenversicherung_auf_selbstaendige__merkliche_effekte_auch_in_der_mittleren_frist.html, 21.12.2022.
- dbb beamtenbund und tarifunion, o.J., Ruhegehalt, <https://www.dbb.de/lexikon/themenartikel/r/ruhegehalt.html>, 22.12.2022.

- Demografieportal des Bundes und der Länder, o. J., Altersrentner und Beitragszahler in der gesetzlichen Rentenversicherung, <https://www.demografieportal.de/DE/Fakten/altersrentner-beitragszahler.html>, 19.12.2022.
- Deutsche Bundesbank, 2019, Langfristige Perspektiven der gesetzlichen Rentenversicherung, in: Deutsche Bundesbank Monatsbericht, 71, H. 10, S. 55–82, <https://www.bundesbank.de/resource/blob/811908/039cc3a70746a402872bddca12702212/mL/2019-10-monatsbericht-data.pdf>, 12.01.2023.
- Deutsche Bundesregierung, o.J., Die Deutsche Nachhaltigkeitsstrategie, <https://www.bundesregierung.de/breg-de/themen/nachhaltigkeitspolitik/deutsche-nachhaltigkeitsstrategie-318846>, 21.12.2022.
- Deutsche Bundesregierung, 2022, Neue Rechengrößen, [https://www.bundesregierung.de/breg-de/suche/beitragsbemessungsgrenze-2022-1970116#:~:text=Seit%201.,\(2021%3A%207.100%20Euro\).,](https://www.bundesregierung.de/breg-de/suche/beitragsbemessungsgrenze-2022-1970116#:~:text=Seit%201.,(2021%3A%207.100%20Euro).,) 22.12.2022.
- Deutsche Rentenversicherung, 2022, Rente: So wird sie berechnet, https://www.deutsche-rentenversicherung.de/SharedDocs/Downloads/DE/Broschueren/national/rente_so_wird_sie_berechnet_neue_bundeslaender.html, 21.12.2022.
- Deutsche Rentenversicherung, 2022(2), Aktuelle Daten 2023, https://www.deutsche-rentenversicherung.de/SharedDocs/Downloads/DE/Statistiken-und-Berichte/statistikpublikationen/aktuelle_daten.html, 21.12.2022.
- Deutsche Rentenversicherung, o.J., Entgeltpunkte, Beispiel zur Berechnung von Entgeltpunkten für 2017, <https://www.deutsche-rentenversicherung.de/SharedDocs/Glossareintraege/DE/E/entgeltpunkte.html>, 21.12.2022.
- Deutsche Rentenversicherung, o.J.(2), Wie wird meine Rente berechnet?, https://www.deutsche-rentenversicherung.de/DRV/DE/Rente/Allgemeine-Informationen/Wie-wird-meine-Rente-berechnet/wie-wird-meine-rente-berechnet_node.html#:~:text=Wert%201%2C0.-,Aktueller%20Rentenwert,35%2C52%20Euro%20f%C3%BCr%20Ostdeutschland., 21.12.2022.
- Deutsche Rentenversicherung, o.J.(3), Rentenniveau, https://www.deutsche-rentenversicherung.de/DRV/DE/Rente/Allgemeine-Informationen/Wissenswertes-zur-Rente/FAQs/Rente/Rentenniveau/Rentenniveau_Liste.html#, 21.12.2022.
- Deutsche Rentenversicherung, o.J.(4), Selbstständige, Umfassender Versicherungsschutz, https://www.deutsche-rentenversicherung.de/DRV/DE/Rente/Arbeitnehmer-und-Selbststaendige/03_Selbststaendige/selbststaendige_node.html, 22.12.2022.
- Deutsche Rentenversicherung, o.J.(5), Freiwillige Rentenversicherung, https://www.deutsche-rentenversicherung.de/DRV/DE/Rente/Allgemeine-Informationen/Wissenswertes-zur-Rente/FAQs/Versicherung/Freiwillige_Versicherung_Liste.html#06e6748c-d0d9-4862-8a35-8a31ac217ceb, 10.01.2023.

- Deutsche Rentenversicherung, o.J.(6), Prüfung der Künstlersozialabgabe-,
<https://www.deutsche-rentenversicherung.de/DRV/DE/Experten/Arbeitgeber-und-Steuerberater/Pruefung-der-Kuenstlersozialabgabe/kuenstlersozialabgabe.html>,
 22.12.2022.
- Deutsche Rentenversicherung, o.J.(7), Minijobs, <https://www.deutsche-rentenversicherung.de/DRV/DE/Rente/Allgemeine-Informationen/Wissenswertes-zur-Rente/FAQs/Minijobs/Minijobs.html#>, 28.12.2022.
- Deutsche Rentenversicherung, o.J.(8), Die Geschichte der Deutschen Rentenversicherung, https://www.deutsche-rentenversicherung.de/DRV/DE/Ueber-uns-und-Presse/Historie/historie_detailseite.html, 04.01.2023.
- Deutsche Rentenversicherung, o.J.(9), Durchschnittseinkommen, <https://www.deutsche-rentenversicherung.de/SharedDocs/Glossareintraege/DE/D/durchschnittseinkommen.html>, 12.01.2023.
- Deutscher Bundestag, 2022, Vor 25 Jahren: Bundestag verabschiedet Rentenreformgesetz,
<https://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2022/kw41-rente-kalenderblatt-209618>, 19.12.2022.
- Die Techniker Krankenkasse, o.J., Arbeitnehmer oder Selbstständiger?,
<https://www.tk.de/resource/blob/2033332/0cb343a19c8e807b07620bc5411a60e9/beratungsblatt-arbeitnehmer-oder-selbststaendiger--data.pdf>, 22.12.2022.
- Die Techniker Krankenkasse, o.J.(2), Ich bin selbstständig. Wie hoch ist mein Beitrag?,
<https://www.tk.de/techniker/leistungen-und-mitgliedschaft/informationen-versicherte/veraenderung-berufliche-situation/freiwillige-krankenversicherung-tk/haeufige-fragen-zu-beitraegen-fuer-freiwillig-versicherte/beitragshoehe-beitragsrechner-selbststaendige-2006928?tkcm=aaus>, 22.12.2022.
- DIW Berlin, o.J., Forschungsbasierte Infrastruktureinrichtung 'Sozio-oekonomisches Panel (SOEP)', <https://www.diw.de/soep>, 14.01.2023.
- Ebert, T., 2018, Die Zukunft des Generationenvertrags, Bd. 10293, Bundeszentrale für politische Bildung, Bonn.
- Ehrentraut, O., 2016, Perspektive 2040: Fakten zur Rentendebatte,
<https://www.prognos.com/de/projekt/perspektive-2040-fakten-zur-rentendebatte>,
 21.12.2022.
- Ehrentraut, O.; Moog, S., 2017, Zukunft der gesetzlichen Rentenversicherung,
https://www.prognos.com/sites/default/files/2021-01/20170119_prognos_hbs_studie_gesetzliche_rente.pdf, 17.01.2023.
- FDP, 2021, NIE GAB ES MEHR ZU TUN. WAHLPROGRAMM DER FREIEN DEMOKRATEN,
https://www.fdp.de/sites/default/files/2021-06/FDP_Programm_Bundestagswahl2021_1.pdf, 29.12.2022.
- Friedrich-Ebert-Stiftung (Hrsg.), 2008, Erwerbstätigenversicherung, Ein kleiner Schritt in die richtige Richtung, Friedrich-Ebert-Stiftung, Abt. Wirtschafts- und Sozialpolitik, Bonn.

- Frommert, D.; Loose, B., 2009, Integration ungesicherter Selbständigkeit in die GRV: Notwendige Weiterentwicklung der Alterssicherung in Bismarck-Tradition?, in: Sozialer Fortschritt, 58, H. 9-10, S. 199–210.
- Geppert, C., 2020, Deutschlands Rentensystem im internationalen Vergleich und Reformvorbilder im Ausland, in: Deutsche Rentenversicherung, 75, H. 1, S. 145–168, https://www.deutsche-rentenversicherung.de/DRV/DE/Ueber-uns-und-Presse/Mediathek/Zeitschriften/drv_hefte/2020/drv_2020.html, 19.12.2022.
- Glombik, M., 2009, Erwerbstätige in der gesetzlichen Rentenversicherung, in: Die Rentenversicherung (RV), 50, H. 6, S. 110–114.
- Hauser, R., 2013, Obligatorische Alterssicherung von Selbstständigen – Armutsvermeidung oder Lebensstandardsicherung?, in: Hirschel, D.; Paic, P.; Zwick, M. (Hrsg.), Daten in der wirtschaftswissenschaftlichen Forschung. Festschrift zum 65. Geburtstag von Prof. Dr. Joachim Merz, Imprint: Springer Gabler, Wiesbaden, S. 91–111.
- Hirschel, D.; Paic, P.; Zwick, M. (Hrsg.), 2013, Daten in der wirtschaftswissenschaftlichen Forschung, Festschrift zum 65. Geburtstag von Prof. Dr. Joachim Merz, Imprint: Springer Gabler, Wiesbaden.
- IHK Schleswig-Holstein, o.J., Scheinselbstständigkeit, Selbstständiger oder abhängig Beschäftigter?, <https://www.ihk.de/schleswig-holstein/recht/arbeitsrecht/scheinselbstaendigkeit-1359778>, 22.12.2022.
- Jess, H.; Ujhelyiova, D., 2009, Ausgestaltungsalternativen einer Einbeziehung der Selbstständigen in die gesetzliche Rentenversicherung, in: Deutsche Rentenversicherung, 64, H. 1, S. 23–35.
- Kommission Verlässlicher Generationenvertrag, 2020, BERICHT der Kommission Verlässlicher Generationenvertrag, Kurzfassung, https://www.bmas.de/SharedDocs/Downloads/DE/Rente/Kommission-Verlaesslicher-Generationenvertrag/bericht-der-kommission-kurzfassung.pdf?__blob=publicationFile&v=1, 21.12.2022.
- Kreikebohm, R., 2010, Kommt die Erwerbstätigenversicherung?, in: Neue Soziale Zeitschrift (NZZ), 19, H. 4, S. 184–189.
- Lenze, A., 2012, Verfassungsrechtliche Aspekte der Altersvorsorgepflicht für Selbstständige, in: Sozialer Fortschritt, 61, H. 7, S. 143–149.
- Lenze, A., 2019, Der demografische Wandel – eine Herausforderung für die Soziale Sicherheit oder „alles halb so wild“?, in: Die Sozialgerichtsbarkeit (SGb), 66, H. 5, S. 265–271.
- Michaelis, K. et al., 2006, Erwerbstätigenversicherung: Rente mit Zukunft, Gemeinsames Konzept des Sozialverbandes Deutschland (SoVD), des Deutschen Gewerkschaftsbundes (DGB) und der Volkssolidarität Bundesverband e. V. für die Fortentwicklung der gesetzlichen Rentenversicherung zu einer Erwerbstätigenversicherung, <https://www.dgb.de/themen/++co++article-mediapool-02ec5d0ecaf098019ce38f6fa3289a96>, 22.12.2022.
- Ruland, F., 2009, Ausbau der Rentenversicherung zu einer allgemeinen Erwerbstätigenversicherung?, in: Zeitschrift für Rechtspolitik (ZRP), 42, H. 6, S. 165–169.

- Rürup, B. et al., 2003, Nachhaltigkeit in der Finanzierung der Sozialen Sicherungssysteme, Bericht der Kommission, https://www.sozialpolitik-aktuell.de/files/sozialpolitik-aktuell/_Politikfelder/Sozialstaat/Dokumente/ruerup_kommission.pdf, 17.01.2023.
- Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung, 2006, Widerstreitende Interessen, ungenutzte Chancen, Jahresgutachten 2006/07, https://www.sachverstaendigenrat-wirtschaft.de/fileadmin/dateiablage/download/gutachten/ga06_ges.pdf, 17.01.2023.
- Schlegel, R., 2017, Arbeits- und sozialrechtliche Rahmenbedingungen für die Bewältigung des demografischen Wandels in Deutschland, in: Neue Soziale Zeitschrift (NZS), 26, H. 7, S. 241–246.
- Schlegel, R., 2022, Sozialversicherung für alle?, in: Neue Soziale Zeitschrift (NZS), 31, H. 18, S. 681–687.
- Schmitt, L., 2018, Verfassungsrechtliche Determinanten einer Reform der Alterssicherung Selbstständiger, in: Vierteljahresschrift für Sozialrecht (VSSR), 36, H. 3, S. 197–233.
- Schulte, B., 2008, Sozial-, verfassungs- und europarechtliche Fragen der Einbeziehung Selbstständiger in die gesetzliche Rentenversicherung, in: Friedrich-Ebert-Stiftung (Hrsg.), Erwerbstätigenversicherung. Ein kleiner Schritt in die richtige Richtung, Friedrich-Ebert-Stiftung, Abt. Wirtschafts- und Sozialpolitik, Bonn., S. 16–23., zit. nach: Schmitt, L., 2018, Verfassungsrechtliche Determinanten einer Reform der Alterssicherung Selbstständiger, in: Vierteljahresschrift für Sozialrecht (VSSR), 36, H. 3, S. 197–233.
- Schulze Buschhoff, K., 2016, SOLO-SELBSTSTÄNDIGKEIT IN DEUTSCHLAND, Aktuelle Reformoptionen, in: Policy Brief WSI, H. 4, S. 1–10, https://www.boeckler.de/pdf/p_wsi_pb_4_2016.pdf, 22.12.2022.
- Schulze Buschhoff, K., 2016(2), Alterssicherung für Selbstständige, Reformvorschläge, in: Policy Brief WSI, H. 5, S. 1–8, https://www.boeckler.de/pdf/p_wsi_pb_5_2016.pdf, 22.12.2022.
- SPD, 2021, Aus Respekt vor deiner Zukunft. Das Zukunftsprogramm der SPD, <https://www.spd.de/fileadmin/Dokumente/Beschluesse/Programm/SPD-Zukunftsprogramm.pdf>, 29.12.2022.
- SPD; Bündnis 90 / Die Grünen; FDP, 2021, MEHR FORTSCHRITT WAGEN BÜNDNIS FÜR FREIHEIT, GERECHTIGKEIT, UND NACHHALTIGKEIT, KOALITIONSVERTRAG 2021–2025 ZWISCHEN DER SOZIALDEMOKRATISCHEN PARTEI DEUTSCHLANDS (SPD), BÜNDNIS 90 / DIE GRÜNEN UND DEN FREIEN DEMOKRATEN (FDP), https://www.spd.de/fileadmin/Dokumente/Koalitionsvertrag/Koalitionsvertrag_2021-2025.pdf, 19.12.2022.
- Statistisches Bundesamt, o.J., Mitten im demografischen Wandel, <https://www.destatis.de/DE/Themen/Querschnitt/Demografischer-Wandel/demografie-mitten-im-wandel.html>, 21.12.2022.

- Statistisches Bundesamt, 2015, Bevölkerung Deutschlands bis 2060, https://www.destatis.de/DE/Themen/Gesellschaft-Umwelt/Bevoelkerung/Bevoelkerungsvorausberechnung/Publikationen/Downloads-Vorausberechnung/bevoelkerung-deutschland-2060-presse-5124204159004.pdf?__blob=publicationFile#:~:text=Bev%C3%B6lkerungsvorausberechnungen%20ihre%20G%C3%BCltigkeit.-,Die%2013.,Varianten%20der%20zuk%C3%BCnftigen%20Entwicklung%20ergeben.,,14.01.2023.
- Steinmeyer, H.-D., 2021, Demographische Herausforderungen für die Alterssicherung, in: Neue Soziale Zeitschrift (NZS), 30, H. 16, S. 617–624.
- Steinmeyer, H.-D., 2022, Altersvorsorge und Demographie – Herausforderungen und Regelungsbedarf, in: Neue Juristische Wochenschrift - Beilage (NJW-Beil.), 75, H. 2, S. 39–43.
- Steinmeyer, H.-D., 2022(2), Nachhaltigkeit in der Altersvorsorge, in: Zeitschrift für die gesamte Versicherungswissenschaft (ZVersWiss), 111, H. 1, S. 1–17.
- Vereinte Nationen, o.J., Ziele für Nachhaltige Entwicklung, <https://unric.org/de/17ziele/>, 22.12.2022.
- Waltermann, R., 2017, Digitalisierung der Arbeitswelt und Schutz Kleiner Selbstständiger durch das Sozialversicherungsrecht, in: Die Sozialgerichtsbarkeit (SGb), 64, H. 8, S. 425–432., zit. nach: Schmitt, L., 2018, Verfassungsrechtliche Determinanten einer Reform der Alterssicherung Selbstständiger, 36, in: Vierteljahresschrift für Sozialrecht (VSSR), H. 3, S. 197–233.
- Welskop-Deffaa, E. M., 2017, Rente in der Arbeitswelt 4.0 – neun Thesen, in: Deutsche Rentenversicherung, 72, H. 1, S. 102–117, https://www.caritas.de/cms/contents/caritas.de/medien/dokumente/dcv-zentrale/vorstand/welskop-deffaa/veroeffentlichungen/rente-in-der-arbeits/driv_heft_1_2017_welskop-deffaa.pdf, 22.12.2022.
- Werding, M., 2013, Alterssicherung, Arbeitsmarktdynamik und neue Reformen: Wie das Rentensystem stabilisiert werden kann, https://www.bertelsmann-stiftung.de/fileadmin/files/BSt/Publikationen/GrauePublikationen/GP_Alterssicherung_Arbeitsmarktdynamik_und_neue_Reformen.pdf, 07.01.2022.
- Windhövel, K., 2008, Finanzierung einer Erwerbstätigenversicherung, in: Friedrich-Ebert-Stiftung (Hrsg.), Erwerbstätigenversicherung. Ein kleiner Schritt in die richtige Richtung, Friedrich-Ebert-Stiftung, Abt. Wirtschafts- und Sozialpolitik, Bonn., S. 35–43.
- Windhövel, K.; Funke, C.; Möller, J.-C., 2011, Fortentwicklung der gesetzlichen Rentenversicherung zu einer Erwerbstätigenversicherung. Unter Mitarbeit von Markus M. Grabka, https://www.boeckler.de/fpdf/HBS-004912/p_edition_hbs_250.pdf, 18.01.2023.
- Wirth, C.; Müllenmeister-Faust, U., 2009, Die Alterssicherung Selbständiger in Deutschland und in Europa – Stand und Perspektiven, in: Sozialer Fortschritt, 58, H. 9-10, S. 210–217.
- Zähle, K., 2019, Verhältnis von Beamtenversorgung und gesetzlicher Rentenversicherung, in: Neue Soziale Zeitschrift (NZS), 28, H. 2, S. 41–45.

Zwiener, R. et al., 2020, Demografischer Wandel und Renten: Beschäftigungspotenziale erfolgreich nutzen, in: Wirtschaftsdienst, 100, H. 1, S. 35–41, <https://www.wirtschaftsdienst.eu/inhalt/jahr/2020/heft/1/beitrag/demografischer-wandel-und-renten-beschaeftigungspotenziale-erfolgreich-nutzen.html>, 21.12.2022.

10.1 Zitierte Gesetze und Verordnungen

Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, GG, vom 23.05.1949, in: Bundesgesetzblatt, S. 5., https://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav?start=%2F%2F*%5B%40attr_id%3D%27bgbl149001.pdf%27%5D#__bgbl__%2F%2F*%5B%40attr_id%3D%27bgbl149001.pdf%27%5D__1673431191520, 11.01.2023.

Sozialgesetzbuch (SGB) Viertes Buch (IV), SGB IV, vom 12.11.2009, S. 10., https://www.gesetze-im-internet.de/sgb_4/SGB_4.pdf, 11.01.2023.

Sozialgesetzbuch (SGB) Sechstes Buch (VI), SGB VI, vom 19.02.2002, §7 auf S. 31, §6 auf S. 29-31, §5 auf S. 28f., §2 auf S. 25f., https://www.gesetze-im-internet.de/sgb_6/SGB_6.pdf, 11.01.2023.

10.2 Zitierte Rechtsprechung

Bundesverfassungsgericht, Urteil vom 23.03.1960, Aktenzeichen 1 BvR 190, 363, 401, 409, 471/58, <https://www.servat.unibe.ch/tools/DfrInfo?Command=ShowPrintVersion&Name=bv011105>, 10.01.2023., zit. nach: Schmitt, L., 2018, Verfassungsrechtliche Determinanten einer Reform der Alterssicherung Selbstständiger, in: Vierteljahresschrift für Sozialrecht (VSSR), 36, H. 3, S. 197–233.

Bundesverfassungsgericht, Beschluss vom 18.12.1974, Aktenzeichen 1 BvR 430/65 und 259/66, <https://www.servat.unibe.ch/tools/DfrInfo?Command=ShowPrintVersion&Name=bv038281>, 10.01.2023., zit. nach: Schmitt, L., 2018, Verfassungsrechtliche Determinanten einer Reform der Alterssicherung Selbstständiger, in: Vierteljahresschrift für Sozialrecht (VSSR), 36, H. 3, S. 197–233.

Bundesverfassungsgericht, Beschluss vom 30.09.1987, Aktenzeichen 2 BvR 933/82, <https://www.servat.unibe.ch/tools/DfrInfo?Command=ShowPrintVersion&Name=bv076256>, 10.01.2023., zit. nach: Glombik, M., 2009, Erwerbstätige in der gesetzlichen Rentenversicherung, in: Die Rentenversicherung (RV), 50, H. 6, S. 110–114.

Bundesverfassungsgericht, Beschluss vom 18.02.1998, Aktenzeichen 1 BvR 1318, 1484/86, in: BVerfGE 97, S. 271–297, https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/1998/02/rs19980218_1bvr131886.html, 10.01.2023., zit. nach: Schmitt, L., 2018, Verfassungsrechtliche Determinanten einer Reform der Alterssicherung Selbstständiger, 36, in: Vierteljahresschrift für Sozialrecht (VSSR), H. 3, S. 197–233.

Bundesverfassungsgericht, Urteil vom 03.04.2001, Aktenzeichen 1 BvR 2014/95, in:
BVerfGE 103, S. 197–225, 83-88,
https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2001/04/rs20010403_1bvr201495.html, 10.01.2023., zit. nach: Schmitt, L., 2018,
Verfassungsrechtliche Determinanten einer Reform der Alterssicherung
Selbstständiger, in: Vierteljahresschrift für Sozialrecht (VSSR), 36, H. 3, S. 197–
233.

Die versamlungsgebundenen Aktionärsrechte in der neuen virtuellen Hauptversammlung - eine Bewertung aus Unternehmer- und Aktionärssicht

Bachelorarbeit

an der

FH Aachen
Fachbereich Wirtschaftswissenschaften
Wirtschaftsrecht mit Praxissemester (LL.B.)
Erstprüferin: Prof. Dr. jur. habil. Kroll-Ludwigs
Eingereicht am: 19.01.2023

vorgelegt von

Christina Zillinger
aus Stolberg (Rhld.)

Abstract

Die Hauptversammlung nimmt im Organgefüge der Aktiengesellschaft eine signifikante Stellung ein. Sie stellt ein wesentliches Forum für die Aktionäre zur Diskussion und Willensbildung dar. Angesichts dessen werden ihnen versammlungsgebundene Rechte eingeräumt, deren Wahrnehmung den lebendigen und öffentlichen Dialog zwischen Aktionären und Verwaltung sicherstellen soll.

Die virtuelle Gestaltungsform der Hauptversammlung wird im digitalen Zeitalter schon seit längerem diskutiert. Höchste Relevanz hat die Thematik allerdings erst mit Beginn der COVID-19-Pandemie erlangt. Der Gesetzgeber wurde mit der Herausforderung konfrontiert, eine Alternative zur Präsenzversammlung unter Beachtung der bundesweiten Beschränkung von Versammlungen jeglicher Art zu schaffen.

Nach drei Jahren Erfahrung mit der rein virtuellen Hauptversammlung hat der Gesetzgeber am 20. Juli 2022 das „vHV-G“ erlassen, mit dem er das virtuelle Format dauerhaft im Aktiengesetz etabliert. Die vorliegende Arbeit nimmt eine Betrachtung der versammlungsgebundenen Aktionärsrechte, insbesondere des Teilnahme-, Auskunfts- sowie Stimm- und Rederechts, vor. Es wird diskutiert, inwieweit die Erfahrungen der letzten Jahre nachhaltig im Aktiengesetz verankert wurden. Dabei wird eine Bewertung aus Unternehmer- und Aktionärssicht vorgenommen. Im Ergebnis ist die Wahrung der Aktionärsrechte entsprechend dem Präsenzformat sehr weit und aktionärsfreundlich ausgestaltet. Dies resultiert jedoch in einem enormen Aufwand in der praktischen Umsetzung für die Aktiengesellschaft, der künftig dazu führen dürfte, dass sich jedenfalls kleinere Gesellschaften von dem virtuellen Format abwenden werden. Defizite bestehen demnach darin, dass das Aktiengesetz keine Unterscheidung zwischen Gesellschaften unterschiedlicher Größe vorsieht und es davon absieht, die Einführung der virtuellen Hauptversammlung mit einer umfassenden Gesetzesreform zu verbinden, die insbesondere hinsichtlich des Beschlussmängelrechts notwendig wäre.

Inhaltsverzeichnis

A.	Einleitung	1
I.	Problemstellung und Aktualität der Thematik	1
II.	Zielsetzung der Arbeit	2
III.	Aufbau der Arbeit	2
B.	Das Gesetz zur Einführung der virtuellen Hauptversammlung	3
I.	Einführung des „vHV-G“ vom 20. Juli 2022	3
1.	Gesetzgebung während der COVID-19-Pandemie	3
2.	Regelungssystematik des vHV-G	4
II.	Mindestanforderungen an die Ausgestaltung der virtuellen Hauptversammlung in § 118a AktG	5
1.	Erfordernis einer Satzungsgrundlage	5
2.	Anwesenheit vor Ort und elektronische Teilnahme	6
3.	Bild- und Tonübertragung der gesamten Hauptversammlung	6
4.	Stimmrechtsausübung nach § 118a Abs. 1 S. 2 Nr. 2 AktG	6
5.	Antragsrecht (Gegenanträge § 126 und Wahlvorschläge § 127 AktG)	7
6.	Widerspruchsrecht nach § 118a Abs. 1 S. 2 Nr. 8 AktG	7
7.	Fragemöglichkeit (Fragen, Nachfragen und neue Fragen) nach § 131 AktG	8
8.	Stellungnahme- und Rederecht nach § 130a AktG	8
III.	Zwischenfazit	8
C.	Die Ausübung der versammlungsgebundenen Aktionärsrechte in der virtuellen Hauptversammlung	9
I.	Teilnahmerecht nach § 118a Abs. 2 AktG	9
1.	Ursprünge des Teilnahmerechts und Ausgestaltung in der Präsenzversammlung	9
2.	Änderung nach dem vHV-G	12
a)	Teilnahme vor Ort und elektronische Zuschaltung	12
b)	Inhalt des Teilnahmerechts	13
c)	Rechtsfolgen der Verletzung des Teilnahmerechts	14
3.	Bewertung	14
II.	Auskunftsrecht nach § 131 AktG	16
1.	Ausgestaltung in der Präsenzversammlung	16
2.	Änderung nach dem vHV-G	17
a)	Optionale Vorabreichung von Fragen	17

b)	Nachfragerecht	19
c)	Neue Fragen.....	20
d)	Ergänzende Beschränkungen des Auskunftsrechts	20
3.	Bewertung.....	22
III.	Stellungnahme- und Rederecht nach § 130a AktG	24
1.	Recht auf Stellungnahme vor der Hauptversammlung nach § 130a Abs. 1 bis 4 AktG.....	24
a)	Ausgestaltung in der Präsenzversammlung	24
b)	Änderung nach dem vHV-G	25
aa)	Aktionärsstimmnahmen nach § 130a Abs. 1 bis 4 AktG	25
(1)	Teilnahmeberechtigte Aktionäre.....	25
(2)	Inhalt und Form.....	26
(3)	Zeitpunkt.....	27
bb)	Beschränkung nach § 130a Abs. 1 S. 2, 3 AktG	28
(1)	Der Personen	28
(2)	Des Umfangs.....	28
cc)	Publizitätspflicht nach § 130a Abs. 3 AktG.....	30
(1)	Adressatenkreis	30
(2)	Art und Weise.....	30
(3)	Zeitpunkt.....	31
(4)	Ausnahmen.....	31
(5)	Rechtsfolgen von Verstößen	32
c)	Bewertung.....	32
2.	Rederecht in der Versammlung nach § 130a Abs. 5 AktG	33
a)	Ausgestaltung in der Präsenzversammlung	33
b)	Änderung nach dem vHV-G	34
aa)	Teilnahmeberechtigte Aktionäre.....	34
bb)	Inhalt und Form des Rederechts	35
cc)	Schranken und Beschränkungen des Rederechts	36
dd)	Rechtsfolgen der Verletzung des Rederechts.....	38
c)	Bewertung.....	38
D.	Gesamtbewertung der neuen virtuellen Hauptversammlung aus Unternehmer- und Aktionärssicht	40

I.	Aus Unternehmersicht.....	40
II.	Aus Aktionärssicht	43
III.	Zusammenfassende Bewertung.....	44
E.	Fazit	46
	Literaturverzeichnis	48

Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz
AG	Aktiengesellschaft
AG	Die Aktiengesellschaft (Zeitschrift)
AGs	Aktiengesellschaften
AktG	Aktiengesetz
ARRL	Aktionärsrechterichtlinie
Art.	Artikel
ARUG	Gesetz zur Umsetzung der Aktionärsrechterichtlinie
BB	Betriebsberater (Zeitschrift)
BeckNotar-HdB	Beck'sches Notar-Handbuch
BeckOGK	Beck-Online Großkommentar
BGBI	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BVI	Bundesverband Investment und Asset Management
CoFAG	Gesetz zur Abmilderung der Folgen der COVID-19-Pandemie im Zivil-, Insolvenz- und Strafverfahrensrecht
DAV	Deutscher Anwaltverein
DAX	Deutscher Aktienindex
DCGK	Deutscher Corporate Governance Index (in der Fassung von 2022)
DNotZ	Deutsche Notar Zeitschrift
DStR	Deutsches Steuerrecht
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
gem.	gemäß
GesRuaCOVBekG	Gesetz über Maßnahmen im Gesellschafts-, Genossenschafts-, Vereins-, Stiftungs- und Wohnungseigentumsrecht zur Bekämpfung der Auswirkungen der COVID-19-Pandemie
GG	Grundgesetz
ggü.	gegenüber
GWR	Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht (Zeitschrift)
HV	Hauptversammlung
HV-HdB	Arbeitshandbuch für die Hauptversammlung
HVs	Hauptversammlungen

VII

i.S.d.	im Sinne des
MüKo AktG	Münchener Kommentar zum Aktiengesetz
MünchHdb GesR	Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
RDl	Recht Digital (Zeitschrift)
RefE	Referentenentwurf
RegE	Regierungsentwurf
S.	Satz
SAP	Systemanalyse Programmentwicklung
SE	Societas Europaea
u.a.	unter anderem
u.U.	unter Umständen
VGR	Gesellschaftsrechtliche Vereinigung
vHV	virtuelle Hauptversammlung
vHVs	virtuelle Hauptversammlungen
vHV-G	Gesetz zur Einführung virtueller Hauptversammlungen von Aktiengesellschaften und Änderung genossenschafts- sowie insolvenz und restrukturierungsrechtlicher Vorschriften
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht

A. Einleitung

I. Problemstellung und Aktualität der Thematik

Seit jeher ist die Hauptversammlung nach § 118 Abs.1 S. 1 AktG als Präsenzveranstaltung konzipiert und das Recht auf physische Präsenz eines Aktionärs am Versammlungsort unabdingbar.¹ Zwar ist die Möglichkeit einer optionalen Teilnahme im Wege elektronischer Kommunikation (sog. „Online-Teilnahme“) seit Inkrafttreten des ARUG I² mit § 118 Abs. 1 S. 2 AktG im Aktienrecht verankert.³ Sie bedeutet aber faktisch deutlich mehr Aufwand als eine HV im Präsenzformat und wurde so in der Praxis kaum genutzt.⁴ Insofern wurden schon lange Rufe nach einer Reform des HV-Rechts und damit einhergehend einer Virtualisierung der HV laut.⁵

Angesichts der unvermittelt auftretenden COVID-19-Pandemie wurde der Gesetzgeber mit der Herausforderung konfrontiert, Notfallregeln zu erlassen, die den Aktiengesellschaften unter Beachtung der derzeit bundesweit geltenden Kontaktbeschränkungen überhaupt ein praxistaugliches Instrument zur Aufrechterhaltung ihrer Handlungsfähigkeit liefern.⁶ Schon kurze Zeit nach Ausbruch der Pandemie am 27.3.2020 erhielten AGs (und verwandte Rechtsformen) mit dem GesRuaCOVBekG⁷ erstmals die Möglichkeit, eine HV im vollständig virtuellen Format und somit ohne physische Anwesenheit sämtlicher Aktionäre abzuhalten. Diese Notfallregeln brachten tiefe Einschnitte in die Aktionärsrechte hervor und schwächten somit die Stellung der HV im aktienrechtlichen Kompetenzgefüge gegenüber dem Vorstand und Aufsichtsrat.⁸ Mit den Übergangsregelungen konnten in den letzten drei HV-Saisons notgedrungen erste Erfahrungen gesammelt werden, die sich jedoch nicht als Vorbild für eine Diskussion um ein dauerhaftes virtuelles Format eignen.⁹ Die umfangreichen Beschränkungen sind nicht mit den europarechtlich und verfassungsrechtlich verankerten Grundsätzen vereinbar.¹⁰

Gem. 6 Abs. 2 des CoFAG¹¹ trat das GesRuaCOVBekG mit Ablauf des 31.8.2022 außer Kraft.¹² Auf die Frage, welchem Format sich die AGs nach Auslaufen der

¹ Mayer/Jenne/Miller, BB 2022, 1155 (1155); MüKo AktG/Kubis, § 118 Rn. 17; Um den Lesefluss nicht zu beeinträchtigen, wird in der vorliegenden Arbeit übergreifend das generische Maskulinum verwendet. Die verwendeten Personenbezeichnungen schließen aber alle Geschlechter ein.

² Vollständiger Titel des Gesetzes: Gesetz zur Umsetzung der Aktionärsrechterichtlinie (ARUG I) vom 30.07.2009, BGBl. I, 2479.

³ Lieder, NZG 2020, 81 (90).

⁴ Von den DAX30-Gesellschaften waren es 2017 nur die Münchener Rück AG und die SAP SE (so Noack, NJW 2018, 1345 (1348)).

⁵ So zum Beispiel in Herrler/Reymann, DNotZ 2009, 815.

⁶ Schulteis, GWR 2022, 327 (327).

⁷ Vollständiger Titel des Gesetzes: Gesetz über Maßnahmen im Gesellschafts-, Genossenschafts-, Vereins-, Stiftungs- und Wohnungseigentumsrecht zur Bekämpfung der Auswirkungen der COVID-19-Pandemie.

⁸ Bundesverband Investment und Asset Management, 2022, BVI-Stellungnahme zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Einführung virtueller Hauptversammlungen von Aktiengesellschaften, https://www.bvi.de/fileadmin/user_upload/2022_03_11_BVI-Stellungnahme.pdf, 18.1.2023.

⁹ Herrler, DNotZ 2020, 468 (505).

¹⁰ Herrler, DNotZ 2020, 468 (505).

¹¹ Vollständiger Titel des Gesetzes: Gesetz zur Abmilderung der Folgen der COVID-19-Pandemie im Zivil-, Insolvenz- und Strafverfahrensrecht, BGBl. I S. 569.

¹² Bundesregierung, 2022, Gesetzesentwurf, Entwurf eines Gesetzes zur Einführung virtueller Hauptversammlungen von Aktiengesellschaften und Änderung weitere Vorschriften, https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RegE_virtuelle_Hauptve

Übergangsregelungen zuwenden, reagierte der Gesetzgeber mit dem Gesetz zur Einführung virtueller Hauptversammlungen von Aktiengesellschaften und Änderung genossenschafts- sowie insolvenz- und restrukturierungsrechtlicher Vorschriften.¹³ Die Bundesregierung nimmt an, dass das Format der virtuellen Hauptversammlung in der praktischen Ausübung gut angenommen wurde. Aufgrund dessen soll nun für das Format der vHV eine dauerhafte Regelung im AktG eingepflegt werden.¹⁴ Mit dem vHV-G wird die notwendige Voraussetzung zur Abhaltung einer vollständig virtuellen Versammlung geschaffen.

II. Zielsetzung der Arbeit

Die Einführung des vHV-G bringt tiefgreifende Neuerungen im AktG mit sich und verfolgt das Ziel, die Digitalisierung des Aktienrechts fortzuentwickeln. Dabei stellt die Bundesregierung den Maßstab an, das Niveau der Rechtsausübung durch die Aktionäre unter Berücksichtigung der Herausforderungen elektronischer Kommunikation dem Niveau der HV in Präsenz weitgehend anzugleichen.¹⁵ Der Gesetzgeber betont allerdings auch im Regierungsentwurf, dass die Kommunikation bei einer vHV anders verlaufe als bei einer Präsenz-HV und dies Risiken sowohl für die Aktiengesellschaft als auch für die Aktionäre mit sich bringe.¹⁶

Ziel dieser Arbeit ist es, eben diese Risikoverteilung auf Unternehmer- sowie Aktionärsseite herauszuarbeiten und sie in einer umfassenden Bewertung gegenüberzustellen. Es gilt abzuwägen, wie der Gesetzgeber mit den Neuregelungen auf die Herausforderungen der letzten drei HV-Saisons reagiert hat und diese im vHV-G umgesetzt hat. Wird das vHV-G dem eigenen Anspruch gerecht, die Aktionärsrechte im gleichen oder zumindest vergleichbaren Umfang zum Präsenzformat auszugestalten? Ist das nun geregelte Modell praxistauglich genug, um die vHV als echte Alternative zur Präsenz-HV zu etablieren oder bedarf es tiefgreifender Nachbesserungen? Dabei spaltet sich die Bewertung in eine Gegenüberstellung von Unternehmer- und Aktionärsicht auf, um die Risikoverteilung auf beiden Seiten umfassend zu beleuchten und eine zusammenfassende Bewertung vornehmen zu können.

III. Aufbau der Arbeit

rsammlung.pdf;jsessionid=88D6B80E9353BB1B6998B533BF134061.1_cid297?__blob=publicati
onFile&v=2, 18.1.2023.

¹³ Gesetz zur Einführung virtueller Hauptversammlungen von Aktiengesellschaften und Änderung genossenschafts- sowie insolvenz- und restrukturierungsrechtlicher Vorschriften vom 20.7.2022, BGBl. I 2022, 1166.

¹⁴ Bundesregierung, 2022, Gesetzesentwurf, Entwurf eines Gesetzes zur Einführung virtueller Hauptversammlungen von Aktiengesellschaften und Änderung weitere Vorschriften, [¹⁵ Bundesregierung, 2022, Gesetzesentwurf, Entwurf eines Gesetzes zur Einführung virtueller Hauptversammlungen von Aktiengesellschaften und Änderung weitere Vorschriften, \[¹⁶ Bundesregierung, 2022, Gesetzesentwurf, Entwurf eines Gesetzes zur Einführung virtueller Hauptversammlungen von Aktiengesellschaften und Änderung weitere Vorschriften, \\[82\\]\\(https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RegE_virtuelle_Hauptve rsammlung.pdf;jsessionid=88D6B80E9353BB1B6998B533BF134061.1_cid297?__blob=publicati onFile&v=2, 18.1.2023.</p>
</div>
<div data-bbox=\\)\]\(https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RegE_virtuelle_Hauptve rsammlung.pdf;jsessionid=88D6B80E9353BB1B6998B533BF134061.1_cid297?__blob=publicati onFile&v=2, 18.1.2023.</p>
</div>
<div data-bbox=\)](https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RegE_virtuelle_Hauptve rsammlung.pdf;jsessionid=88D6B80E9353BB1B6998B533BF134061.1_cid297?__blob=publicati onFile&v=2, 18.1.2023.</p>
</div>
<div data-bbox=)

Um die umfassende Bewertung aus zwei unterschiedlichen Blickwinkeln vornehmen zu können, wird in Kapitel B zunächst die Entstehungsgeschichte sowie die Regelungssystematik des vHV-G dargestellt. Es werden die Mindestanforderungen an die Durchführung einer vHV nach dem neuen § 118a AktG aufgezeigt.

Kapitel C bildet den Kern der vorliegenden Arbeit und behandelt die drei wesentlichen versammlungsgebundenen Aktionärsrechte (Teilnahme-, Auskunfts- sowie Stellungnahme- und Rederecht) in Bezug auf die vHV. Dabei wird jeweils der rechtliche Ursprung und die Ausgestaltung des Rechts in der Präsenz-HV reflektiert und der Änderung nach Maßgabe des vHV-G gegenübergestellt. Abschließend wird die Umsetzung des einzelnen Rechts im vHV-G bewertet.

Zuletzt erfolgt in Kapitel D die zusammenfassende Bewertung der wesentlichen versammlungsgebundenen Aktionärsrechte aus Unternehmer- sowie Aktionärssicht. Die Ausarbeitung schließt mit einem Fazit.

B. Das Gesetz zur Einführung der virtuellen Hauptversammlung

I. Einführung des „vHV-G“ vom 20. Juli 2022

1. Gesetzgebung während der COVID-19-Pandemie

Wie eingangs erwähnt ist die Form einer virtuellen Teilnahme an der HV einer AG kein gänzlich neues Phänomen. Bereits das ARUG I führte mit der Einfügung des § 118 Abs. 1 S. 2 in das AktG die Möglichkeit ein, dass Aktionäre auch ohne eine physische Anwesenheit am Versammlungsort an der HV teilnehmen und ihre Rechte in Form der elektronischen Kommunikation ausüben können.¹⁷ Eine solche Möglichkeit kann die Teilnahme in Präsenz ergänzen, sodass eine HV insoweit im hybriden Format abgehalten werden kann.¹⁸

Die Option einer ausschließlich virtuellen Versammlung kam indes erstmals mit der COVID-19-Pandemie auf. Der Gesetzgeber wurde im Frühjahr 2020 unvermittelt mit der Frage konfrontiert, wie Versammlungen einerseits rechtssicher, andererseits unter Berücksichtigung der pandemiebedingten Einschränkungen abgehalten werden können. Aus dieser Konfrontation resultierte das in außergewöhnlich kurzer Zeit verabschiedete CoFAG vom 27.3.2020, durch dessen Art. 2, dem GesRuaCOVBekG, die vHV ohne physische Aktionärspräsenz für die HV-Saison 2020 zugelassen wurde.¹⁹ Die Regelungen des GesRuaCOVBekG waren aufgrund seines Charakters als Maßnahmengesetz²⁰ zeitlich begrenzt und liefen am 31.8.2022 aus.

¹⁷ *Bundesregierung, 2022, Gesetzesentwurf, Entwurf eines Gesetzes zur Einführung virtueller Hauptversammlungen von Aktiengesellschaften und Änderung weitere Vorschriften*, https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RegE_virtuelle_Hauptversammlung.pdf;jsessionid=88D6B80E9353BB1B6998B533BF134061.1_cid297?__blob=publicationFile&v=2, 18.1.2023.

¹⁸ *Bundesregierung, 2022, Gesetzesentwurf, Entwurf eines Gesetzes zur Einführung virtueller Hauptversammlungen von Aktiengesellschaften und Änderung weitere Vorschriften*, https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RegE_virtuelle_Hauptversammlung.pdf;jsessionid=88D6B80E9353BB1B6998B533BF134061.1_cid297?__blob=publicationFile&v=2, 18.1.2023.

¹⁹ *Tröger*, BB 2020, 1091 (1091).

²⁰ *Herrler*, DNotZ 2020, 468 (468).

Sodann wurde am 27.4.2022 im Anschluss an einen Referentenentwurf²¹ vom 9.2.2022 der RegE für ein „Gesetz zur Einführung virtueller Hauptversammlungen von Aktiengesellschaften und Änderung weiterer Vorschriften“ veröffentlicht. Mit dem RegE wurde die Möglichkeit vorgestellt, die vHV auch nach dem 31.8.2022 dauerhaft zu ermöglichen.²² Nach den Beschlussfassungen vom 7.7.2022 im Bundestag und darauf am 8.7.2022 im Bundesrat wurde der RegE schließlich als „Gesetz zur Einführung virtueller Hauptversammlungen von Aktiengesellschaften und Änderung genossenschafts- sowie insolvenz- und restrukturierungsrechtlicher Vorschriften“ vom 20.7.2022 am 26.7.2022 im Bundesgesetzblatt veröffentlicht.²³ Die Gesetzesänderungen traten daraufhin ohne Übergangsfrist am 27.7.2022 in Kraft.

2. Regelungssystematik des vHV-G

Mit dem vHV-G wird als zentrale Neuregelung die Schaffung zweier neuer Vorschriften (§ 118a und § 130a) in das AktG eingefügt und die jeweils einschlägigen bestehenden Regelungen um die für das rein virtuelle Format erforderlichen Modifikationen ergänzt.²⁴ Der Gesetzgeber kodifiziert mit den neu geschaffenen Regelungen die durch die AGs in der Pandemiesituation entwickelte *Best Practice*.²⁵

Der neu eingefügte § 118a AktG stellt die zentrale Norm für die Abhaltung einer HV in virtueller Form dar und schließt sich in seiner Systematik an die Regelungen des § 118 AktG an.²⁶ § 118a Abs. 1 S. 1 AktG beinhaltet zunächst eine Legaldefinition für die vHV. Eine solche wird definiert als „Versammlung ohne physische Präsenz der Aktionäre oder ihrer Bevollmächtigten am Ort der Hauptversammlung“. Abs. 1 S. 1 fordert zugleich eine entsprechende Satzungsgrundlage für die Durchführung einer vHV mit den Einschränkungen der Abs. 3-5. In seinen Abs. 1 S. 2 Nr. 1-8 legt der Paragraph die Mindestvoraussetzungen und darunter die Rechte fest, die den Aktionären im Rahmen einer vHV einzuräumen sind.²⁷

Der neue § 130a AktG normiert das Recht der Aktionäre bei einer vHV, vor der Versammlung Stellungnahmen abzugeben (Abs. 1-4) sowie in der Versammlung zu reden (Abs. 5). Hierbei nimmt die Vorschrift eine zeitliche Abgrenzung zwischen Äußerungsrechten vor und in der Versammlung vor.²⁸

Zusätzlich zu den beiden grundlegenden Neuregelungen ergänzt der Gesetzgeber das Auskunftsrecht nach § 131 AktG mit Abs. 1a-f um zusätzliche Regelungen zu dem Recht, Fragen vor und in der vHV zu stellen – angepasst an die Rahmenbedingungen der vHV.²⁹

Bei der Schaffung einer neuen Regelungssystematik zielte der Gesetzgeber darauf ab, mit der vHV ein vollwertiges Äquivalent zur Präsenz-HV darstellen.³⁰ Dabei gilt der

²¹ *Bundesministerium der Justiz*, 2022, Referentenentwurf, Entwurf eines Gesetzes zur Einführung virtueller Hauptversammlungen von Aktiengesellschaften, https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RefE_virtuelle_Hauptversammlung.pdf;jsessionid=835FE90D362AE7DAC19AF2CECDBE9273.1_cid289?__blob=publicationFile&v=3, 18.1.2023.

²² *Schulteis*, GWR 2022, 327 (328).

²³ BGBl. I. S. 1166.

²⁴ *Drinhausen/Keinath*, BB 2022, 449 (451).

²⁵ *Reger/Gaßner*, RD 2022, 396 (401).

²⁶ *Reger/Gaßner*, RD 2022, 396 (397).

²⁷ *Reger/Gaßner*, RD 2022, 396 (397).

²⁸ BeckOGK AktG/*Poelzig*, § 130a Rn. 3.

²⁹ BeckOGK AktG/*Poelzig*, § 130a Rn. 3.

³⁰ *Reger/Gaßner*, RD 2022, 396 (403).

Grundsatz, dass sämtliche Rechte aus § 118 Abs. 1 S. 1 AktG auch jeweils eine äquivalente elektronische Variante besitzen müssen.³¹ Die Vorschriften zur vHV gelten für börsennotierte und nicht börsennotierte Gesellschaften gleichermaßen.³²

II. Mindestanforderungen an die Ausgestaltung der virtuellen Hauptversammlung in § 118a AktG

1. Erfordernis einer Satzungsgrundlage

Als zentrale Norm regelt § 118a AktG in seinem Abs. 1 große Teile der Aktionärsrechte vor und in der vHV. Dabei steht dem Vorstand hinsichtlich der konkreten Ausgestaltung in vielen Bereichen ein Entscheidungsspielraum zu.³³ Zwingend einzuhalten sind lediglich die in § 118a Abs. 1 S. 2 Nr. 1-8 AktG aufgelisteten gesetzlichen Mindestanforderungen.³⁴

Zunächst fordert § 118a Abs. 1 S. 1 AktG eine entsprechende Satzungsgrundlage zur Durchführung einer vHV.³⁵ Dies kann bereits bei Gründung der AG berücksichtigt werden, aber auch durch eine nachträgliche Satzungsänderung erfolgen.³⁶ Die Satzung kann entweder das virtuelle Format selbst als zwingende Versammlungsform statuieren (Alt. 1) oder den Vorstand dazu ermächtigen, die HV (auch) virtuell abzuhalten (Alt. 2).³⁷ In jedem Fall des § 118a Abs. 1 S.1 AktG ist eine solche Satzungsregelung gem. § 118a Abs. 3-5 AktG auf höchstens fünf Jahre zu befristen.³⁸ Die Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses³⁹ stellt dabei klar, dass die vHV innerhalb dieser Frist nicht nur einberufen, sondern auch durchgeführt worden sein muss.⁴⁰

Mit der Möglichkeit zur Vorstandsermächtigung schließt sich der neue § 118a AktG an die Regelungssystematik des § 118 AktG an.⁴¹ Es entspricht dem aktienrechtlichen Kompetenzgefüge, dass dem Vorstand Geschäftsführungsmaßnahmen dergestalt, als sie die Art und Weise der Durchführung einer HV betreffen, obliegen.⁴² Mit dieser Entscheidungskompetenz nimmt der Vorstand (mittelbar) Einfluss auf die tatsächliche Ausübbarkeit der Aktionärsrechte, wodurch letztlich die Gleichwertigkeit des Rechtsniveaus gewährleistet wird.⁴³ Hingegen wäre die alternative Regelung nach § 118 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 AktG, die HV selbst über das „ob“ einer virtuellen Durchführung entscheiden zu lassen, „ein unsystematischer Fremdkörper im Aktiengesetz“⁴⁴ und

³¹ *Bundesregierung, 2022, Gesetzesentwurf, Entwurf eines Gesetzes zur Einführung virtueller Hauptversammlungen von Aktiengesellschaften und Änderung weitere Vorschriften*, https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RegE_virtuelle_Hauptversammlung.pdf;jsessionid=88D6B80E9353BB1B6998B533BF134061.1_cid297?__blob=publicationFile&v=2, 18.1.2023.

³² BeckOGK AktG/Poelzig, § 130a Rn. 5.

³³ *Pospiech/Schiller*, NJW-Spezial 2022, 527 (527).

³⁴ *Pospiech/Schiller*, NJW-Spezial 2022, 527 (527).

³⁵ *Reger/Gaßner*, RD 2022, 396 (397).

³⁶ *Reger/Gaßner*, RD 2022, 396 (397).

³⁷ *Reger/Gaßner*, RD 2022, 396 (397).

³⁸ *Reger/Gaßner*, RD 2022, 396 (398).

³⁹ *Deutscher Bundestag, 2022, Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses (6. Ausschuss)*, <https://dserver.bundestag.de/btd/20/026/2002653.pdf>, 18.1.2023.

⁴⁰ *Reger/Gaßner*, RD 2022, 396 (398).

⁴¹ *Reger/Gaßner*, RD 2022, 396 (398).

⁴² *Seibt/Danwerth*, NZG 2020, 1241 (1249).

⁴³ *Seibt/Danwerth*, NZG 2020, 1241 (1249).

⁴⁴ *Seibt/Danwerth*, NZG 2020, 1241 (1249).

könnte im Hinblick auf potenzielle Anfechtungsklagen eine vermeidbare Rechtsunsicherheit entstehen lassen.⁴⁵

Der vorgesehene Satzungsvorbehalt für die Durchführung von virtuellen Hauptversammlungen wird gem. § 26n Abs. 1 AktG allerdings erst nach dem 31.8.2023 wirksam. Bis zu diesem Zeitpunkt bleibt die Übergangsregelung der Pandemiejahre bestehen, sodass der Vorstand mit Zustimmung des Aufsichtsrats entscheiden kann, dass die Versammlung im virtuellen Format abgehalten wird.⁴⁶ Die ordentlichen Hauptversammlungen im Jahr 2023 können somit noch ohne Satzungsgrundlage als vHV abgehalten werden.⁴⁷

2. Anwesenheit vor Ort und elektronische Teilnahme

Nach der Legaldefinition des § 118a Abs. 1 S. 1 AktG ist die Teilnahme der Aktionäre oder ihrer Bevollmächtigten am Ort der Versammlung ausgeschlossen.

Demgegenüber regelt Abs. 2 die verpflichtenden Anwesenheiten am Ort der HV bzw. die elektronischen Teilnahmemöglichkeiten für das virtuelle Format. Gem. § 118a Abs. 2 S. 1 AktG sollen die Vorstandsmitglieder am Ort der HV anwesend sein.⁴⁸ Für die Mitglieder des Aufsichtsrats gilt dies entsprechend (S. 2).⁴⁹ Wie bei der Präsenz-HV müssen bei der vHV der Versammlungsleiter (gem. § 118a Abs. 2 S. 3 AktG) sowie ggf. ein Notar (gem. § 130 Abs. 1a AktG) und ein Abschlussprüfer am Ort der Versammlung anwesend sein.⁵⁰ Nach Abs. 2 S. 4 des neu eingefügten Paragraphen können ferner von der Gesellschaft benannte Stimmrechtsvertreter vor Ort teilnehmen.⁵¹

Nach § 129 Abs. 1 S. 3 AktG ist über die virtuell zugeschalteten Aktionäre oder deren Vertreter ein Teilnehmerverzeichnis zu führen.⁵²

3. Bild- und Tonübertragung der gesamten Hauptversammlung

Die vHV ist nach § 118a Abs. 1 S. 2 Nr. 1 AktG in Bild und Ton zu übertragen. Der Zweck der Regelung sowie die Begründung des RegE machen dabei hinreichend deutlich, dass die Übertragung auf ordnungsgemäß zur Versammlung angemeldete Aktionäre abstelle.⁵³ Die Übertragung ist mithin denkbar unter Verwendung eines Livestreams über die Internetseite oder über ein Aktionärsportal.⁵⁴

Dementsprechend muss auch die Ausübung der versammlungsgebundenen Rechte im Wege elektronischer Kommunikation ermöglicht und verlangt werden. Dies betrifft insbesondere das Stimmrechts- und Rederecht gem. § 130a AktG.⁵⁵

4. Stimmrechtsausübung nach § 118a Abs. 1 S. 2 Nr. 2 AktG

⁴⁵ *Seibt/Danwerth*, NZG 2020, 1241 (1249).

⁴⁶ *Sturm/Imsameh*, NZG 2022, 1327 (1327).

⁴⁷ *Reger/Gaßner*, RDi 2022, 396 (398).

⁴⁸ *Reger/Gaßner*, RDi 2022, 396 (398).

⁴⁹ *Ahlswede*, AG 2023, 14 (17).

⁵⁰ *Pospiech/Schiller*, NJW-Spezial 2022, 527 (527).

⁵¹ *Pospiech/Schiller*, NJW-Spezial 2022, 527 (527).

⁵² *Pospiech/Schiller*, NJW-Spezial 2022, 527 (527).

⁵³ *Bundesregierung*, 2022, Gesetzesentwurf, Entwurf eines Gesetzes zur Einführung virtueller Hauptversammlungen von Aktiengesellschaften und Änderung weitere Vorschriften, https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RegE_virtuelle_Hauptversammlung.pdf;jsessionid=88D6B80E9353BB1B6998B533BF134061.1_cid297?__blob=publicationFile&v=2, 18.1.2023.

⁵⁴ Handelsrechtsausschuss des Deutschen Anwaltvereins, NZG 2022, 504 (505).

⁵⁵ *BeckOGK AktG/Poelzig*, § 130a Rn. 4.

Gem. § 118a Abs. 1 S. 2 Nr. 2 AktG ist den Aktionären eine elektronische Stimmabgabe zu ermöglichen. Die Stimmrechtsausübung erfolgt demgemäß im Wege elektronischer Kommunikation (die AG hat dabei die Wahl zwischen elektronischer Abstimmung und elektronischer Briefwahl⁵⁶) sowie im Wege der Vollmachtserteilung.⁵⁷ Zusätzlich kann die schriftliche Briefwahl ermöglicht werden, was allerdings im Hinblick auf die fortschreitende Digitalisierung und der damit verbundenen finanziellen Belastung die Ausnahme bilden dürfte.⁵⁸

5. Antragsrecht (Gegenanträge § 126 und Wahlvorschläge § 127 AktG)

Das vHV-G sieht als eine wesentliche Änderung im Vergleich zur vHV der Pandemiejahre das Recht für die elektronisch zur Versammlung zugeschalteten Aktionären vor, Gegenanträge und Wahlvorschläge im Wege der Videokommunikation auch in der Versammlung zu stellen.⁵⁹

Für die Antragstellung in der HV ist die Videokommunikation in Form einer Zwei-Wege-Direktverbindung zwingend erforderlich (§ 118a Abs. 1 S. 2 Nr. 3 AktG).⁶⁰ Im Grundsatz resultiert dies aus dem Mündlichkeitsprinzip der Präsenz-HV, demgemäß Anträge und Wahlvorschläge mündlich vorgetragen werden müssen, auch wenn sie bereits im Vorfeld gestellt wurden.⁶¹

Neu im AktG verankert ist überdies die sog. Fiktionslösung (§ 126 Abs. 4 S. 1 AktG). Sofern Aktionäre 14 Tage vor der vHV Gegenanträge sowie Wahlvorschläge einreichen, sind diese wie bei der Präsenz-HV von der AG zugänglich zu machen und gelten darüber hinaus gem. § 126 Abs. 4 S. 1 AktG als im Zeitpunkt des Zugänglichmachens gestellt.⁶² Die Regelung hat zur Folge, dass die eigentliche Abstimmung nicht erst in der vHV beginnt, sondern bereits im Vorfeld.⁶³ Das oben erläuterte Mündlichkeitsprinzip gilt aufgrund der Fiktionslösung des § 126 Abs. 4 S. 1 AktG also gerade nicht.⁶⁴

Den Aktionären das materielle Antragsrecht (zurück) zu gewähren, löst diese von ihrer Rolle als bloße Zuhörer einer Veranstaltung der Verwaltung. Es befördert den demokratischen Diskurs, indem sich Aktionäre eine Meinung zu den Beschlussvorschlägen der Tagesordnung bilden und situativ durch Anträge reagieren können.⁶⁵ Der Verzicht auf eine exklusive Vorverlagerung des Antragsrechts birgt allerdings das Risiko von Zufallsmehrheiten bei erst in der vHV gestellten Anträgen und Wahlvorschlägen.⁶⁶

6. Widerspruchsrecht nach § 118a Abs. 1 S. 2 Nr. 8 AktG

Weiter wird den elektronisch zu der vHV zugeschalteten Aktionären ein Widerspruchsrecht gegen einen in der Versammlung getroffenen Beschluss im Wege der elektronischen Kommunikation eingeräumt (§ 118a Abs. 1 S. 2 Nr. 8 AktG). Ein solcher

⁵⁶ *Pospiech/Schiller*, NJW-Spezial 2022, 527 (527).

⁵⁷ *Reger/Gaßner*, RD 2022, 396 (399).

⁵⁸ *Reger/Gaßner*, RD 2022, 396 (399).

⁵⁹ *Sturm/Imsameh*, NZG 2022, 1327 (1327).

⁶⁰ *Reger/Gaßner*, RD 2022, 396 (399).

⁶¹ *Reger/Gaßner*, RD 2022, 396 (399).

⁶² *Schirmer*, AG 2023, 19 (22–23).

⁶³ *Schirmer*, AG 2023, 19 (22–23); *Guntermann*, ZIP 2022, 781 (784); *Gehling*, AG 2022, 800 (803).

⁶⁴ *Reger/Gaßner*, RD 2022, 396 (399).

⁶⁵ *Sturm/Imsameh*, NZG 2022, 1331–1332).

⁶⁶ Handelsrechtsausschuss des Deutschen Anwaltvereins, NZG 2022, 797 (797).

Widerspruch bedarf keiner Begründung. Für die AG bedeutet dies für die technische Umsetzung, dass die Bereitstellung eines Textfeldes, eines „Widerspruch-Buttons“ im Aktionärsportal oder einer speziellen E-Mail-Adresse ausreicht.⁶⁷

Ein solches Widerspruchsrecht gegen HV-Beschlüsse gilt auch für die Präsenz-HV und ergibt sich bereits dort schon mittelbar aus § 245 Nr. 1 AktG, der das Widerspruchsrecht jedem in der HV erschienenen Aktionär zuweist.⁶⁸

7. Fragemöglichkeit (Fragen, Nachfragen und neue Fragen) nach § 131 AktG

Den Aktionären ist gem. § 118a Abs. 1 S. 2 Nr. 4 AktG in der vHV ein Auskunftsrecht nach § 131 AktG im Wege elektronischer Kommunikation zu gewähren. Das vHV-G geht demnach grundsätzlich von einem vollwertigen Auskunftsrecht (einem der Präsenz-HV gleichgestellten) nach § 131 AktG auch in der vHV aus. Demnach hat der Gesetzgeber die massiven Beschränkungen der Frage- und Auskunftsrechte, welcher der RefE vorsah, nicht übernommen.⁶⁹

Der Gesetzgeber fügt dem § 131 AktG sechs neue Absätze hinzu (Abs. 1a-f), die eine feingliedrige Regelungssystematik zur möglichen Ausgestaltung des Auskunftsrechts vor und in der vHV etablieren.⁷⁰ Den AGs wird durch § 131 Abs. 1a AktG die Möglichkeit eröffnet, die Vorabereinreichung von Fragen zu verlangen. Für diesen Fall wird das Fragerecht in § 131 Abs. 1b-e AktG modifiziert. Die § 131 Abs. 2-5 AktG finden demnach ebenfalls Anwendung auf das Auskunftsrecht in der vHV. Es gelten somit die Möglichkeiten zur Beschränkung des Auskunftsrechts gem. Abs. 2, die Auskunftsverweigerungsgründe gem. Abs. 3, das nachträgliche Auskunftsrecht gem. Abs. 4 und die Pflicht zur Protokollierung gem. Abs. 5 auch für die vHV.⁷¹

8. Stellungnahme- und Rederecht nach § 130a AktG

§ 118a Abs. 1 S. 2 Nr. 6, 7 AktG gewährt den Aktionären das Recht auf Stellungnahme vor der vHV (Nr. 6) und das Rederecht in der vHV (Nr. 7). Die Einzelheiten des Stellungnahme- und Rederechts im virtuellen Format werden im neu eingefügten § 130a AktG geregelt. Dieser greift in dem Fall, dass die AG auf Grundlage des § 118a Abs. 1 AktG eine vHV durchführt.

Dabei wird zeitlich differenziert zwischen den Äußerungsrechten der Aktionäre vor und in der vHV: Abs. 1-4 normiert das Recht der Aktionäre, Stellungnahmen im Wege elektronischer Kommunikation vor der vHV einzureichen.⁷² Abs. 5 regelt das Rederecht für elektronisch zur Versammlung zugeschaltete Aktionäre in der vHV.⁷³ Die zeitlich voneinander getrennten Rechte stehen nebeneinander und schließen sich nicht gegenseitig aus.⁷⁴

III. Zwischenfazit

Mit Inkrafttreten des vHV-G am 27.7.2022 schafft der Gesetzgeber erstmals außerhalb der pandemiebedingten Sonderregeln eine Grundlage im Aktienrecht für die Abhaltung

⁶⁷ *Reger/Gaßner*, RDt 2022, 396 (403).

⁶⁸ *MüKo AktG/Kubis*, § 118 Rn. 48.

⁶⁹ *Sturm/Imsameh*, NZG 2022, 1327 (1329).

⁷⁰ *Reger/Gaßner*, RDt 2022, 396 (399–400).

⁷¹ *BeckOGK AktG/Poelzig*, § 131 Rn. 317.

⁷² *Reger/Gaßner*, RDt 2022, 396 (401).

⁷³ *BeckOGK AktG/Poelzig*, § 130a Rn. 6.

⁷⁴ *BeckOGK AktG/Poelzig*, § 130a Rn. 6.

einer HV im rein virtuellen Format. Die bereits im AktG etablierte Möglichkeit zur „Online-Teilnahme“ an der HV wurde bislang nicht als sinnvolle Alternative wahrgenommen. Sie brachte der AG kaum Vorteile, doch zusätzlichen Aufwand.⁷⁵ Das vHV-G kodifiziert zwei neue Normen (§ 118a und § 130a AktG) sowie Änderungen der bestehenden Regelungen nach Maßgabe des neuen Gestaltungsformats.

Der Gesetzgeber unterstellte hierbei, dass die AGs in der Praxis in den letzten drei HV-Saisons das Format der vHV überwiegend positiv aufgenommen haben.⁷⁶ Dies dürfte kritisch hinterfragt werden.

C. Die Ausübung der versammlungsgebundenen Aktionärsrechte in der virtuellen Hauptversammlung

I. Teilnahmerecht nach § 118a Abs. 2 AktG

1. Ursprünge des Teilnahmerechts und Ausgestaltung in der Präsenzversammlung

Das Organgefüge einer AG besteht aus einem System der Gewaltenteilung zwischen den drei Organen Vorstand, Aufsichtsrat und HV.⁷⁷ Mit diesem System ist die AG gerade nicht hierarchisch gegliedert, vielmehr geht das AktG von einem Nebeneinander der Organe aus.⁷⁸ Bemerkenswert ist dies im Zusammenhang mit der Diskussion um das virtuelle Format, da teilweise kritisiert wird, dass das virtuelle Format „zu einem (erheblichen) Kontrolldefizit“⁷⁹ führe. Der HV obliegt allerdings lediglich eine stark eingeschränkte Kontrolle des Vorstands im Rahmen von außerordentlichen Kontrollrechten.⁸⁰ Die Aufgabe der Kontrolle des Vorstands obliegt im dualistischen System grundsätzlich dem Aufsichtsrat⁸¹, wozu dem Aufsichtsrat ein umfassender Informationsanspruch zusteht.⁸² Die Aktionäre bestellen die Aufsichtsratsmitglieder auf Seiten der Anteilseigner.⁸³ Informationsasymmetrien zwischen dem Vorstand und den Aktionären sind somit systemkonform, gerade im Hinblick auf eine börsennotierte AG mit einer teils sechs- oder siebenstelligen Anzahl an Aktionären.⁸⁴

Die Funktion der HV im Organgefüge der AG liegt vielmehr in der kollektiven Willensbildung der Aktionäre für die AG sowie in der regelmäßigen Zusammenkunft von Verwaltungsorganen und Aktionären.⁸⁵ Die Stellung der HV wird damit charakterisiert, dass die von ihr gefassten Beschlüsse „als der für die AG, die als solche nicht willensfähig ist, ausgesprochene Wille“⁸⁶ gelten. Die HV kann die HV-Beschlüsse hingegen nicht eigenständig umsetzen, da sie selbst weitgehend handlungsunfähig ist.⁸⁷ Vielmehr

⁷⁵ Mayer/Jenne/Miller, BB 2022, 1155 (1155).

⁷⁶ Sturm/Imsameh, NZG 2022, 1327 (1328).

⁷⁷ Redeke, AG 2022, 98 (99).

⁷⁸ BeckOGK AktG/Hoffmann, § 118 Rn. 8.

⁷⁹ Redeke, AG 2022, 98 (99).

⁸⁰ Redeke, AG 2022, 98 (99–100).

⁸¹ BGH, Urteil vom 10.10.2005, II ZR 90/03, juris.

⁸² Redeke, AG 2022, 98 (99–100).

⁸³ Redeke, AG 2022, 98 (106).

⁸⁴ In etwa Koch, ZGR 2020, 183 (190).

⁸⁵ Wicke, DStR 2022, 498 (499–500).

⁸⁶ BeckOGK AktG/Hoffmann, § 118 Rn. 7.

⁸⁷ BeckOGK AktG/Hoffmann, § 118 Rn. 7.

beabsichtigt die Kompetenzverteilung zwischen den Organen die Durchsetzung der Beschlüsse durch den Vorstand (§ 83 Abs. 2 AktG).⁸⁸

Die Betitelung der HV als „oberstes Organ der AG“⁸⁹ ist dennoch insoweit zutreffend, als gerade die Entscheidungen von enormer Wichtigkeit über die Grundlagen und die Satzung der AG im Kompetenzbereich der HV liegen.⁹⁰ Treffender ist mithin die Bezeichnung der HV als *primus inter pares*.⁹¹

Dies besondere Stellung der HV kommt auch dadurch zum Ausdruck, dass Aktionärsrechte sowohl unionsrechtlich als auch verfassungsrechtlich geschützt sind. Dabei schützt Art. 14 GG die Substanz des in der Aktie verkörperten Anteilseigentums in seiner mitgliedschaftlichen Ausgestaltung.⁹² Insbesondere das Recht zur Teilnahme an der HV sowie die darin zum Ausdruck kommenden mitgliedschaftlichen Leitungsbefugnisse eines Aktionärs stehen unter dem Schutz von Art. 14 Abs. 1 GG.⁹³ Grundsätzlich stellt infolgedessen schon eine rein elektronische Durchführungsform der HV einen Eingriff in die Aktionärsrechte dar.⁹⁴ Es lässt sich durchaus hinterfragen, ob bei einer ausschließlich virtuellen Ausgestaltung der HV tatsächlich jeder Aktionär eine effektive Teilnahmemöglichkeit hat.⁹⁵ Dabei ist zu beachten, dass der BGH bereits vor über 30 Jahren klargestellt hat, dass „der unverzichtbare Kernbereich des Teilnahmerechts als Ausfluss der Mitgliedschaft grundsätzlich erst dann berührt [ist], wenn dem Gesellschafter eine von seinem eigenen Willen getragene Wahrnehmung seiner Gesellschafterrechte nicht mehr zugestanden wird“.⁹⁶

Einschränkungen des Teilnahmerechts durch den Gesetzgeber stehen darüber hinaus insofern unter einem hohen Rechtfertigungsbedürfnis, als es auch unionsrechtlich gewährleistet wird.⁹⁷ Die Regelungen des § 118 Abs. 1 S. 2 AktG dienen der Umsetzung (durch das ARUG I) des Art. 8 ARRL.⁹⁸ Dabei gewährt die ARRL ein hohes Maß an Satzungsautonomie zur Ermöglichung der Teilnahme per Fernkommunikationsmittel.⁹⁹

Grundsätzlich wird die Teilnahme an einer HV in Präsenz durch § 118 Abs. 1 S. 1 AktG geregelt. Vor Beginn der Pandemie war die physische Zusammenkunft der Aktionäre an einem Versammlungsort ein „konstitutives Merkmal“¹⁰⁰ einer HV, welches keiner expliziten Erwähnung im Gesetz bedurfte.¹⁰¹ Zwar ist mit § 118 Abs. 1 S. 2 im AktG bereits die Möglichkeit zur „Online-Teilnahme“ statuiert. Diese eröffnet allerdings nur Optionen für die Teilnahme oder Ausübung einzelner Rechte in virtueller Form zusätzlich zur prioritären physischen Präsenz.¹⁰² Dies folgt bereits aus dem Wortlaut des Abs. 1 S. 2

⁸⁸ BeckOGK AktG/Hoffmann, § 118 Rn. 7.

⁸⁹ BeckOGK AktG/Hoffmann, § 118 Rn. 8.

⁹⁰ BeckOGK AktG/Hoffmann, § 118 Rn. 8.

⁹¹ BeckOGK AktG/Hoffmann, § 118 Rn. 8.

⁹² Sturm/Imsameh, NZG 2022, 1327 (1328).

⁹³ Sturm/Imsameh, NZG 2022, 1327 (1328).

⁹⁴ Sturm/Imsameh, NZG 2022, 1327 (1328).

⁹⁵ Sturm/Imsameh, NZG 2022, 1327 (1328).

⁹⁶ BGH, Urteil vom 17.10.1988, II ZR 18/88, juris.

⁹⁷ Sturm/Imsameh, NZG 2022, 1327 (1329).

⁹⁸ Aktionärsrechterichtlinie (RL 2007/36/EG) des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11.7.2007 über die Ausübung bestimmter Rechte von Aktionären in börsennotierten Gesellschaften (ABl. EG 2007 L 184, 17).

⁹⁹ BeckOGK AktG/Hoffmann, § 118 Rn. 46.

¹⁰⁰ Franzmann/Rothweiler, AG 2022, 809 (809).

¹⁰¹ Franzmann/Rothweiler, AG 2022, 809 (809).

¹⁰² Franzmann/Rothweiler, AG 2022, 809 (809).

(„an deren Ort“).¹⁰³ Mit der elektronischen Teilnahme wird gleichwohl eine „echte“ Teilnahme an der HV statuiert, der Aktionär ist als erschienen anzusehen.¹⁰⁴ Dahingehend kann die Form der elektronischen Teilnahme auch sehr weit ausgestaltet werden, es sind etwa keine Beschränkungen der Teilnehmerzahl zulässig.¹⁰⁵

Das Teilnahmerecht steht an oberster Stelle der von § 118 Abs. 1 AktG erfassten versammlungsgebundenen Aktionärsrechte.¹⁰⁶ Diese schließen diejenigen Rechte ein, denen das Gesetz selbst (z.B. Auskunftsrecht nach § 131 AktG) oder die Natur der Sache (z.B. Teilnahmerecht oder Rederecht) eine Bindung an die HV zuweist.¹⁰⁷ Durch ihre Versammlungsbindung sind die Mitgliedschaftsrechte der Disposition des Satzungsgebers entzogen und die Satzung kann die Versammlungsbindung auch nicht aufheben.¹⁰⁸

Zwar hat das Teilnahmerecht im AktG an keiner Stelle eine ausdrückliche Regelung erfahren. Es ist aber als Ausfluss der Mitgliedschaft allgemein anerkannt.¹⁰⁹ Es wird insbesondere für die Verwaltungsmitglieder auf Grundlage ihrer organschaftlichen Funktion und für die Aktionäre auf Grundlage ihres Mitgliedschaftsrechts als selbstverständlich vorausgesetzt.¹¹⁰ Aufgrund diesen Ursprungs ist das Teilnahmerecht grundlegend unentziehbar.¹¹¹ Dem steht allerdings nicht entgegen, dass der Versammlungsleiter das Teilnahmerecht in einzelnen Merkmalen oder im Ganzen beschränken kann.¹¹² Entsprechende Satzungsregelungen müssen sich insofern daran beurteilen lassen, ob das Teilnahmerecht im Kern erhalten bleibt.¹¹³

Grundsätzlich ist jeder Aktionär der AG in der Präsenz-HV teilnahmeberechtigt.¹¹⁴ Angesichts des unstreitigen Ausflusses aus der Mitgliedschaft ist das Teilnahmerecht auch nicht von einem bestimmten Mindestbesitz von Aktien abhängig.¹¹⁵ Auch der Zeitpunkt des Aktienerwerbs ist unerheblich für die Teilnahme.¹¹⁶ Das Stimmrecht eines Aktionärs besteht unabhängig von seinem Teilnahmerecht, sodass auch die Inhaber von stimmrechtslosen Vorzugsaktien (vgl. § 139 AktG) zur Teilnahme berechtigt sind.¹¹⁷

§ 118 Abs. 1 S. 1 AktG fordert keine höchstpersönliche Ausübung des Teilnahmerechts durch den Aktionär.¹¹⁸ Vielmehr kann sich der Aktionär unstreitig auch durch einen Vertreter oder Legitimationsaktionär in der HV vertreten lassen.¹¹⁹ Für eine wirksame Vertretung ist die Erteilung einer Vollmacht erforderlich, die mangels anderweitiger Satzungsbestimmung (§ 134 Abs. 3 S. 3 AktG analog) in Textform i.S.d. § 126b BGB zu erfolgen hat.¹²⁰

¹⁰³ MüKo AktG/Kubis, § 118 Rn. 85.

¹⁰⁴ BeckNotar-HdB/Heckschen, § 23 Rn. 299.

¹⁰⁵ Franzmann/Rothweiler, AG 2022, 809 (809–810).

¹⁰⁶ MüKo AktG/Kubis, § 118 Rn. 39.

¹⁰⁷ MüKo AktG/Kubis, § 118 Rn. 39.

¹⁰⁸ Koch AktG/Koch, § 118 Rn. 25.

¹⁰⁹ Reichert HV-HdB/Bärwaldt, § 8 Rn. 28.

¹¹⁰ MüKo AktG/Kubis, § 118 Rn. 105.

¹¹¹ BGH, Urteil vom 17.10.1988, II ZR 18/88, juris.

¹¹² MüKo AktG/Kubis, § 118 Rn. 42.

¹¹³ MüKo AktG/Kubis, § 118 Rn. 70–71.

¹¹⁴ MüKo AktG/Kubis, § 118 Rn. 57.

¹¹⁵ MüKo AktG/Kubis, § 118 Rn. 57.

¹¹⁶ MüKo AktG/Kubis, § 118 Rn. 58.

¹¹⁷ MünchHdb GesR IV/Hoffmann-Becking, § 37 Rn. 8.

¹¹⁸ MüKo AktG/Kubis, § 118 Rn. 40.

¹¹⁹ MüKo AktG/Kubis, § 118 Rn. 40.

¹²⁰ Reichert HV-HdB/Bärwaldt, § 8 Rn. 42.

Anderes gilt für die Mitglieder der Verwaltungsorgane. Ihre Teilnahmepflicht umfasst die Pflicht zur körperlichen Anwesenheit und die Pflicht zur Mitwirkung bei versamlungsbezogenen Organpflichten (etwa der Mitwirkung bei der Fassung von Auskunftsverweigerungsbeschlüssen).¹²¹ Diese Pflichten sind höchstpersönlicher Natur und erlauben keine Stellvertretung.¹²² Darüber hinaus steht dem Versamlungsleiter ein eigenes originäres Teilnahmerecht zu.¹²³ Üblicherweise handelt es sich bei dem Versamlungsleiter um den Aufsichtsratsvorsitzenden, dessen Teilnahmerecht und -pflicht bereits in seinem Status als Organmitglied wurzelt.¹²⁴ Demgegenüber besteht für den Notar eine Teilnahmepflicht an der HV. Diese erwächst aus dem Geschäftsbesorgungsvertrag zwischen ihm und der AG, angesichts der Notwendigkeit der notariellen Beurkundung aller in der HV getroffenen Beschlüsse.¹²⁵ Der Versamlungsort stellt insofern den Erfüllungsort seiner vertraglichen Pflichten dar.¹²⁶

Das Teilnahmerecht beinhaltet das Recht auf körperliche Präsenz in der HV. Dieses umfasst seinerseits das Recht auf ungehinderten Zugang zum Versamlungsraum und den Aufenthalt darin bis zum Schluss der Versamlung.¹²⁷ Das ungehinderte Teilnahmerecht geht mit einer ordnungsgemäßen Abwicklung der HV einher.¹²⁸ Zugunsten eines ordnungsgemäßen Ablaufs steht dem Versamlungsleiter die alleinige Befugnis zu, Beschränkungen des Teilnahmerechts vorzunehmen.¹²⁹ Eine solche Beschränkung kann insbesondere die Absage, Vertagung oder Schließung der HV, wenn diese objektiv gar nicht wirksam erfolgt ist, sein.¹³⁰ Zulässig sind auch Zugangskontrollen, insbesondere Identitätsprüfungen samt Prüfung der Vertretungsverhältnisse durch den Versamlungsleiter.¹³¹ Derartige Zugangskontrollprozeduren werden erst dann für eine etwaige Teilnahmerechtsverletzung relevant, sofern diese eine angemessene Intensität überschreiten oder unverhältnismäßig lange Verzögerungen verursachen, sodass der Aktionär nicht rechtzeitig zu Versamlungsbeginn eintreffen kann.¹³²

Insbesondere an dieser Stelle ist denkbar, dass die Durchführung im virtuellen Format zu einer Erleichterung der Maßnahmen führt, die zwecks ordnungsgemäßen Ablaufs der HV und einer Risikovermeidung zur Standardprozedur gehören.

2. Änderung nach dem vHV-G

a) Teilnahme vor Ort und elektronische Zuschaltung

Grundsätzlich ist qua gesetzlicher Definition einer vHV jede physische Präsenz von Aktionären oder ihren Bevollmächtigten am Versamlungsort ausgeschlossen.¹³³ Die Rechtsausübung mittels elektronischer Kommunikation wird somit auf alle

¹²¹ MüKo AktG/Kubis, § 118 Rn. 110.

¹²² MünchHdb GesR IV/Hoffmann-Becking, § 37 Rn. 1.

¹²³ MüKo AktG/Kubis, § 118 Rn. 115.

¹²⁴ K. Schmidt/Lutter, AktG/Spindler, § 118 Rn. 46.

¹²⁵ MüKo AktG/Kubis, § 118 Rn. 116.

¹²⁶ MüKo AktG/Kubis, § 118 Rn. 116.

¹²⁷ MüKo AktG/Kubis, § 118 Rn. 69.

¹²⁸ MüKo AktG/Kubis, § 118 Rn. 72.

¹²⁹ MüKo AktG/Kubis, § 118 Rn. 72.

¹³⁰ BGH, Urteil vom 30.6.2015, II ZR 142/14, juris.

¹³¹ MüKo AktG/Kubis, § 118 Rn. 73.

¹³² Hölters/Weber AktG/Drinhausen, § 118 Rn. 34.

¹³³ Seibt/Danwerth, AG 2022, 177 (178).

versammlungsgebundenen Rechte erstreckt, wenngleich nur ausnahmsweise zwingend im Wege einer Zwei-Wege-Direktverbindung.¹³⁴

Die in § 118a Abs. 1 S. 2 Nr. 1-8 AktG statuierten Mindestvoraussetzungen einer vHV sehen in ihrer Formulierung zumeist vor, dass „den Aktionären“ bestimmte Rechte zu gewähren sind. Es wird nicht weiter klargestellt, ob damit alle Aktionäre der Gesellschaft, die zur vHV angemeldeten Aktionäre oder die elektronisch zugeschalteten Aktionäre gemeint sind.¹³⁵

Anderes gilt für die Mitglieder der Verwaltung, deren verpflichtende Anwesenheiten am Ort der Versammlung bzw. deren elektronischen Teilnahmemöglichkeiten für das virtuelle Format in § 118a Abs. 2 AktG geregelt werden. Gem. § 118a Abs. 2 S. 1 AktG „sollen“ die Vorstandsmitglieder am Ort der HV anwesend sein, sofern ihre Teilnahme nicht nach § 118 Abs. 3 S. 2 AktG im Wege der Bild- und Tonübertragung erfolgen darf. Für die Mitglieder des Aufsichtsrats gilt dies entsprechend (§ 118a Abs. 2 S. 2 AktG). Entgegen des Wortlauts des Abs. 2 S. 1 und 2 („sollen“) entspricht es der allgemeinen Auffassung, dass die Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder grundsätzlich verpflichtet sind, am Versammlungsort anwesend zu sein.¹³⁶ Im Rahmen des § 118 Abs. 3 S. 2 AktG kann die Satzung auch für die vHV bestimmen, dass die Mitglieder des Aufsichtsrats im Wege der Bild- und Tonübertragung an der Versammlung teilnehmen können.¹³⁷ Die Durchführung einer vHV selbst ist indes kein bestimmter Fall des § 118 Abs. 3 S. 2 AktG, dies dürfte auch der vom Gesetzgeber intendierten Gleichstellung der virtuellen und präsenten Versammlungsform widersprechen.¹³⁸ In Umsetzung dieser Satzungsregelung sollte eine Zwei-Wege-Direktverbindung zur direkten Kommunikationsmöglichkeit mit der Verwaltung oder der HV eingerichtet werden.¹³⁹

Wie bei der Präsenz-HV „müssen“ auch im virtuellen Format gem. § 118a Abs. 2 S. 3 AktG der Versammlungsleiter sowie gem. § 130 Abs. 1a AktG ein Notar (sofern nicht nach den Voraussetzungen des § 130 Abs. 1 S. 3 AktG ausnahmsweise keine notariell beurkundete Niederschrift erforderlich ist) physisch vor Ort teilnehmen. Zudem muss der Abschlussprüfer am Ort der Versammlung anwesend sein, sofern die HV über die Feststellung des Jahresabschlusses bzw. die Billigung des Konzernabschlusses beschließt (regelmäßig ist dies lediglich bei der KGaA gem. § 286 Abs. 1 S. 1 AktG der Fall).¹⁴⁰ Nach § 118a Abs. 2 S. 4 AktG „können“ ferner von der Gesellschaft nach § 134 Abs. 3 S. 5 AktG benannte Stimmrechtsvertreter vor Ort teilnehmen.

b) Inhalt des Teilnahmerechts

Das Teilnahmerecht verfolgt keinen Selbstzweck, sondern dient vielmehr als Grundlage zur Ermöglichung der Ausübung der sonstigen Aktionärsrechte.¹⁴¹ Im Hinblick auf die vHV teilt sich das Teilnahmerecht in zwei Komponenten: das Recht auf Zuschaltung zur Bild-

¹³⁴ *Seibt/Danwerth*, AG 2022, 177 (178).

¹³⁵ Handelsrechtsausschuss des Deutschen Anwaltvereins, NZG 2022, 504 (505).

¹³⁶ *Reger/Gaßner*, RD 2022, 396 (398).

¹³⁷ *Bundesregierung*, 2022, Gesetzesentwurf, Entwurf eines Gesetzes zur Einführung virtueller Hauptversammlungen von Aktiengesellschaften und Änderung weitere Vorschriften, https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RegE_virtuelle_Hauptversammlung.pdf;jsessionid=88D6B80E9353BB1B6998B533BF134061.1_cid297?__blob=publicationFile&v=2, 18.1.2023.

¹³⁸ *Reger/Gaßner*, RD 2022, 396 (398).

¹³⁹ *Schilha/Gaßner*, ZIP 2022, 2357 (2365).

¹⁴⁰ *Reger/Gaßner*, RD 2022, 396 (398–399).

¹⁴¹ *Seibt/Danwerth*, NZG 2020, 1241 (1249).

und Tonübertragung zum einen und die Ermöglichung der Ausübung der übrigen versammlungsgebundenen Aktionärsrechte zum anderen.¹⁴²

Das vHV-G fingiert die echte Teilnahme durch eine bloße Zuschaltung (§ 129 Abs. 1 S. 3, Abs. 4 S. 1, § 245 Abs. 2 AktG).¹⁴³ Schon die vHV der Pandemiejahre war dadurch geprägt, dass Aktionäre nur passiv der audiovisuellen Übertragung der HV folgen konnten und keine Möglichkeit zur direkten Interaktion mit der AG hatten.¹⁴⁴ Die Sonderregelungen sahen lediglich einen einseitigen Kommunikationskanal von der AG zu den Aktionären vor.¹⁴⁵ Dieses Statut wird mit dem vHV-G reduziert, aber nicht vollständig abgeschafft. Der Gesetzgeber erkennt explizit an, dass die elektronische Zuschaltung von Aktionären (ohne eine Zwei-Wege-Direktverbindung) nicht gleichzusetzen ist mit einer physischen Anwesenheit.¹⁴⁶ Die Teilnahmefiktion stellt somit nach wie vor ein Minus gegenüber der physischen Teilnahme dar.¹⁴⁷

Das Teilnahmerecht beinhaltet u.a. das Recht auf Zugang und Anwesenheit bei der vHV, das Recht auf Einblick in das Teilnehmerverzeichnis, das Recht auf Gehör, das Rederecht sowie das Antragsrecht.¹⁴⁸ Es folgt unmittelbar aus der Mitgliedschaft und ist grundsätzlich unentziehbar sowie unverzichtbar.¹⁴⁹ Die besondere Bedeutung wird insbesondere im Hinblick darauf deutlich, dass die HV den einzigen Raum für den Aktionär bietet, seine Mitgliedschaftsrechte auszuüben.¹⁵⁰

c) Rechtsfolgen der Verletzung des Teilnahmerechts

Nach einer Teilnahmerechtsverletzung steht dem betroffenen Aktionär nach § 245 S. 1 Nr. 1 AktG die Möglichkeit zur Anfechtung der in der HV gefassten Beschlüsse zu. Im Übrigen gilt dies für alle Fälle der Verletzung versammlungsgebundener Rechte durch die AG.¹⁵¹ Praktisch relevant für die Durchsetzbarkeit sind dabei (jedenfalls in der bewährten Praxis der Präsenz-HV) die Überwindung zweier erheblicher Hürden. Es bedarf zum einen einer Verletzungshandlung durch die Gesellschaft.¹⁵² Zum anderen muss die Relevanz der Teilnahmerechtsverletzung gegenüber einzelnen Organmitgliedern für die anschließende Beschlussfassung dargelegt werden.¹⁵³ Der Verletzung des Teilnahmerechts wird insofern die höchste Signifikanz ggü. den anderen versammlungsgebundenen Rechten zugeordnet, als derartige Verletzungen auch automatisch alle aus dem Teilnahmerecht abgeleiteten Aktionärsrechte umfassen.¹⁵⁴

3. Bewertung

¹⁴² *Seibt/Danwerth*, NZG 2020, 1241 (1249).

¹⁴³ *Sturm/Imsameh*, NZG 2022, 1327 (1329).

¹⁴⁴ *Sturm/Imsameh*, NZG 2022, 1327 (1329).

¹⁴⁵ *Sturm/Imsameh*, NZG 2022, 1327 (1329).

¹⁴⁶ *Bundesregierung*, 2022, Gesetzesentwurf, Entwurf eines Gesetzes zur Einführung virtueller Hauptversammlungen von Aktiengesellschaften und Änderung weitere Vorschriften, https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RegE_virtuelle_Hauptversammlung.pdf;jsessionid=88D6B80E9353BB1B6998B533BF134061.1_cid297?__blob=publicationFile&v=2, 18.1.2023.

¹⁴⁷ *Sturm/Imsameh*, NZG 2022, 1327 (1329).

¹⁴⁸ *Sturm/Imsameh*, NZG 2022, 1327 (1328).

¹⁴⁹ *Sturm/Imsameh*, NZG 2022, 1327 (1328).

¹⁵⁰ *Sturm/Imsameh*, NZG 2022, 1327 (1328).

¹⁵¹ *MüKo AktG/Kubis*, § 118 Rn. 50.

¹⁵² *MüKo AktG/Kubis*, § 118 Rn. 111.

¹⁵³ *MüKo AktG/Kubis*, § 118 Rn. 111.

¹⁵⁴ *MüKo AktG/Kubis*, § 118 Rn. 50.

Die Durchführung einer HV im virtuellen Format kann die versamlungsgebundenen Rechte der Aktionäre bei sachgerechter Ausgestaltung stärken.¹⁵⁵ Dies betrifft insbesondere die erleichterte Ausübung des Teilnahmerechts, gerade mit Blick auf ausländische Aktionäre.¹⁵⁶ Fraglich ist, ob die Möglichkeit der virtuellen Zuschaltung tatsächlich von Aktionären als Vorteil angesehen wird und in der Praxis Anwendung findet.

Die unkompliziertere Teilnahmemöglichkeit wird oftmals als Vorteil angeführt, der anhand der gestiegenen Präsenzen in den letzten HV-Saisons deutlich merkbar gewesen sei.¹⁵⁷ Jedoch lassen bspw. die Präsenzen im DAX40 erkennen, dass dort die Präsenzen in einem Zeitraum von 2018 bis 2020 unverändert bei etwa 66 Prozent lagen.¹⁵⁸ Im Jahr 2021 war die Präsenzquote sogar etwas rückläufig.¹⁵⁹ Dies erweckt den Anschein, dass das Interesse am virtuellen Format bereits in der zweiten HV-Saison nachlässt. Bei der Betrachtung der tatsächlichen Präsenzzahlen wird insoweit auch eine weitere Differenzierung unberücksichtigt gelassen. Denn es ist zu unterscheiden zwischen Aktionären, die sich lediglich zur HV anmelden und mit ihrem Stimmrecht präsent sind und denen, die tatsächlich an der HV teilnehmen und weitere versamlungsgebundene Rechte wahrnehmen.¹⁶⁰

Fraglich ist auch, ob das Argument in der Praxis valide ist, dass auch ausländische Investoren an der vHV teilnehmen können. Auch im virtuellen Format besteht noch eine erhebliche sprachliche Barriere, sofern die AGs keine Simultanübersetzungen anbieten (was bisher nicht bekannt ist).¹⁶¹ Würden die AGs einen Mehrwert darin sehen, auch ausländische Investoren stärker einzubinden, hätten auch schon vor Beginn der Pandemie gem. dem Konzept des § 118 Abs. 1 S. 2 AktG weitere Rechte dahingehend angeboten werden können.¹⁶²

Im Ergebnis ist die virtuelle Teilnahmemöglichkeit dennoch zu begrüßen. In der digitalen Zeit ist der Schritt zur Virtualisierung der HV geradezu geboten. Der Erlass von Sonderregelungen aufgrund der COVID-19-Pandemie stellte den Gesetzgeber zwar vor

¹⁵⁵ Handelsrechtsausschuss des Deutschen Anwaltvereins, NZG 2022, 504 (504).

¹⁵⁶ Handelsrechtsausschuss des Deutschen Anwaltvereins, NZG 2022, 504 (504).

¹⁵⁷ So zum Beispiel in *Mutter*, AG 2022, 57 (57).

¹⁵⁸ Erweiterung auf DAX40 zum 20.9.2021; *SJS HV-Consult*, 2020, HV Präsenzen 2020, DAX30, MDAX und SDAX im Vergleich Präsenz HV 2019 vs. Virtuelle HV 2020, https://www.vipsight.eu/images/HV_2020_15_12_VIP.pdf, 18.1.2023.

¹⁵⁹ *Tüngler/Benner-Heinacher*, 2022, DSW-Stellungnahme zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Einführung virtueller Hauptversammlungen von Aktiengesellschaften, https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2022/Downloads/0311_Stellungnahme_DSW_virtuelle_Hauptversammlung.pdf?__blob=publicationFile&v=2, 18.1.2023.

¹⁶⁰ *Tüngler/Benner-Heinacher*, 2022, DSW-Stellungnahme zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Einführung virtueller Hauptversammlungen von Aktiengesellschaften, https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2022/Downloads/0311_Stellungnahme_DSW_virtuelle_Hauptversammlung.pdf?__blob=publicationFile&v=2, 18.1.2023.

¹⁶¹ *Tüngler/Benner-Heinacher*, 2022, DSW-Stellungnahme zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Einführung virtueller Hauptversammlungen von Aktiengesellschaften, https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2022/Downloads/0311_Stellungnahme_DSW_virtuelle_Hauptversammlung.pdf?__blob=publicationFile&v=2, 18.1.2023.

¹⁶² *Tüngler/Benner-Heinacher*, 2022, DSW-Stellungnahme zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Einführung virtueller Hauptversammlungen von Aktiengesellschaften, https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2022/Downloads/0311_Stellungnahme_DSW_virtuelle_Hauptversammlung.pdf?__blob=publicationFile&v=2, 18.1.2023.

die Herausforderung, ungewöhnlich schnell handeln zu müssen. Dies bot aber die wohl einmalige Möglichkeit, gezwungenermaßen das virtuelle Format zu erproben und als Grundlage zu nutzen, um das überholte Präsenz-HV-Recht zu reformieren. Zweifellos kann eine AG durch die Annexion der vHV an Reiz für Aktionäre gewinnen.

II. Auskunftsrecht nach § 131 AktG

1. Ausgestaltung in der Präsenzversammlung

§ 131 Abs. 1, 2 AktG normiert das Recht des Aktionärs, in der HV Auskunft zu erhalten. § 131 Abs. 1 S. 1 AktG regelt die Inhaberschaft beim Auskunftsrecht.¹⁶³ Diese beruht auf einem Doppeltatbestand, mithin der Aktionärserschaft zum einen und dem Recht zur Teilnahme an der HV zum anderen.¹⁶⁴ Das Auskunftsrecht ist eines der zentralen Rechte eines Aktionärs.¹⁶⁵ Weiter gehört es kraft spezialgesetzlicher Anordnung (vgl. § 131 Abs. 1: „in der Hauptversammlung“) zu den versamlungsgebundenen Aktionärsrechten.¹⁶⁶ Das Auskunftsrecht wird als Entscheidungsforum und „Sitz der Aktionärsdemokratie“¹⁶⁷ bezeichnet und steht in engem Bezug zum normativen Leitbild des § 118 AktG, welches die HV als Forum der Willensbildung und des Meinungs austauschs illustriert.¹⁶⁸

Es beinhaltet sowohl das Recht, sich an der Aussprache zur Tagesordnung zu beteiligen als auch das Recht, Fragen diesbezüglich an den Vorstand zu adressieren und auf diese eine angemessene Antwort zu erhalten.¹⁶⁹ Dabei ist nach dem Wortlaut des § 131 Abs. 1 S. 1 AktG „vom Vorstand Auskunft [...] zu geben“. Die Passage ist missverständlich formuliert, richtigerweise ist allein die AG auskunfts verpflichtet, die hier das handelnde Organ darstellt.¹⁷⁰ Auswirkungen hat dies auf die Folgen einer unvollständig erteilten oder ausdrücklich verweigerten Auskunft, die sodann sowohl materiell- als auch verfahrensrechtlich ausschließlich die AG treffen.¹⁷¹ Dennoch erfolgt die Auskunftserteilung nach § 131 AktG allein durch den zum Zeitpunkt der HV amtierenden Vorstand.¹⁷² Der Vorstand muss auch als Adressat benannt werden, allerdings genügt es, dass der Versamlungsleiter die gestellte Frage wahrnimmt.¹⁷³

Das Auskunftsrecht ist mit der Mitgliedschaft des Aktionärs untrennbar verbunden und kann allenfalls vom Gesetzgeber näher ausgestaltet, nicht aber vollständig entzogen werden.¹⁷⁴ In der HV obliegt dem Versamlungsleiter qua Funktion die Befugnis, individuelle Ordnungsmaßnahmen gegen einzelne HV-Teilnehmer zu ergreifen.¹⁷⁵ Es handelt sich um ungeschriebene Eingriffsbefugnisse, die insofern in seiner Leitungsfunktion wurzeln, als er einen sachgerechten Ablauf der HV und deren Durchführung in angemessenem zeitlichen Rahmen zu gewährleisten hat.¹⁷⁶

¹⁶³ MüKo AktG/Kubis, § 131 Rn. 10.

¹⁶⁴ MüKo AktG/Kubis, § 131 Rn. 10.

¹⁶⁵ Sturm/Imsameh, NZG 2022, 1327 (1329).

¹⁶⁶ MüKo AktG/Kubis, § 118 Rn. 44.

¹⁶⁷ BVerfG, Beschluss vom 20.9.1999, 1 BvR 636/95, juris.

¹⁶⁸ BeckOGK AktG/Poelzig, § 131 Rn. 2.

¹⁶⁹ Simons/Hauser, NZG 2020, 488 (494–495).

¹⁷⁰ MüKo AktG/Kubis, § 131 Rn. 19.

¹⁷¹ MüKo AktG/Kubis, § 131 Rn. 19.

¹⁷² MüKo AktG/Kubis, § 131 Rn. 20.

¹⁷³ MüKo AktG/Kubis, § 131 Rn. 26.

¹⁷⁴ BeckOGK AktG/Poelzig, § 131 Rn. 3.

¹⁷⁵ Grigoleit AktG/Herrler, § 131 Rn. 33.

¹⁷⁶ Grigoleit AktG/Herrler, § 131 Rn. 33.

Ergänzend wird der Handlungsspielraum des Versammlungsleiters mit Einführung des § 131 Abs. 2 S. 2 AktG durch das UMAG¹⁷⁷ erweitert.¹⁷⁸ Demnach kann die Satzung oder Geschäftsordnung vorsehen, dass der Versammlungsleiter das Frage- und Rederecht zeitlich angemessen beschränken darf.¹⁷⁹ Das Ziel der Beschränkungsmöglichkeiten ist es, einem möglichen Missbrauch des Auskunftsrechts effektiv entgegenzuwirken sowie die Funktionsfähigkeit der HV sicherzustellen.¹⁸⁰ Eine derartige Beschränkung kann sich auf die Redezeit, die Fragezeit (oder die Gesamtzeit beider) sowie auf einen einzelnen Redner, einen Tagesordnungspunkt oder auf die HV insgesamt beziehen.¹⁸¹

Mit dem Auskunftsverlangen in der HV entsteht für den einzelnen Aktionär bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 131 AktG ein Anspruch auf Auskunft.¹⁸² Neben der grundsätzlichen Dispositionsbefugnis des Aktionärs über die Behandlung seines Auskunftsverlangens beinhaltet die Kategorisierung als Individualrecht zudem die Unabhängigkeit der Rechtsausübung von einem HV-Beschluss.¹⁸³ Es besitzt aber auch eine Kollektivfunktion in der Hinsicht, dass die Auskunft in der HV zu erteilen ist.¹⁸⁴ Demzufolge kommt die Erfüllung des Anspruchs den Aktionären kollektiv zugute. Insoweit trägt es jedenfalls reflexartig zur Meinungsbildung der Mitaktionäre bei¹⁸⁵ und dient dem Interesse der AG.¹⁸⁶ Das Auskunftsrecht dient dem Zweck der Informationsversorgung des Aktionärs mit den Informationen, die er zur Wahrnehmung seiner sonstigen versammlungsgebundenen Rechte (insbesondere seines Stimm- und Rederechts) in der HV benötigt.¹⁸⁷ Es kann dementsprechend als „Mittel des Aktionärs zur sachgerechten Ausübung seiner Mitgliedschaftsrechte“¹⁸⁸ bezeichnet werden.

2. Änderung nach dem vHV-G

a) Optionale Vorabereinreichung von Fragen

Den Aktionären ist gem. § 118a Abs. 1 S. 2 Nr. 4 AktG ein Auskunftsrecht nach § 131 AktG im Wege elektronischer Kommunikation einzuräumen. Das AktG geht fortan von einem vollwertigen Auskunftsrecht nach § 131 AktG auch in der vHV aus.¹⁸⁹ Es wird im Grundsatz auf die Ausgestaltung des Auskunftsrechts in der Präsenz-HV zurückgegriffen und diese um formatspezifische Gestaltungsvorgaben und -optionen ergänzt.¹⁹⁰ Damit wird der politischen Zielvorgabe des vHV-G, die Rechte in der vHV möglichst weitgehend an die der Präsenz-HV anzugleichen, Rechnung getragen.¹⁹¹ Im Grundsatz gilt für das Auskunftsrecht die Bindung an den Zeitraum der HV (in Präsenz). Eine Ausweitung in das Vorfeld der HV findet dort gerade nicht statt.¹⁹² Das Auskunftsrecht kann, ohne dass es

¹⁷⁷ Vollständiger Titel des Gesetzes: Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts (UMAG) vom 22.9.2005, BGBl. I, 2802.

¹⁷⁸ Grigoleit AktG/Herrler, § 131 Rn. 37.

¹⁷⁹ Grigoleit AktG/Herrler, § 131 Rn. 37.

¹⁸⁰ Grigoleit AktG/Herrler, § 131 Rn. 37.

¹⁸¹ Grigoleit AktG/Herrler, § 131 Rn. 37.

¹⁸² BeckOGK AktG/Poelzig, § 131 Rn. 3.

¹⁸³ MüKo AktG/Kubis, § 131 Rn. 3.

¹⁸⁴ BeckOGK AktG/Poelzig, § 131 Rn. 4.

¹⁸⁵ Sturm/Imsameh, NZG 2022, 1327 (1329).

¹⁸⁶ BeckOGK AktG/Poelzig, § 131 Rn. 4.

¹⁸⁷ BeckOGK AktG/Poelzig, § 131 Rn. 2.

¹⁸⁸ Sturm/Imsameh, NZG 2022, 1327 (1329).

¹⁸⁹ Reger/Gaßner, RDt 2022, 396 (399–400).

¹⁹⁰ Franzmann/Rothweiler, AG 2022, 809 (812).

¹⁹¹ Franzmann/Rothweiler, AG 2022, 809 (812).

¹⁹² Franzmann/Rothweiler, AG 2022, 809 (814).

einer gesonderten Erwähnung im Gesetz bedarf, nur von elektronisch zur vHV zugeschalteten Aktionären ausgeübt werden.¹⁹³

Der Gesetzgeber fügt mit dem vHV-G nun sechs neue Absätze in den § 131 AktG ein (Abs. 1a-f), die die mögliche Ausgestaltung des Auskunftsrechts sowohl vor als auch in der vHV verstetigen.¹⁹⁴ Die neuen Absätze befassen sich ausschließlich mit dem Auskunftsrecht bei der Durchführung der HV im rein virtuellen Format gem. § 118a Abs. 1 AktG.¹⁹⁵ Der Gesetzgeber etabliert hier zwei grundsätzliche Möglichkeiten zur Einreichung von Fragen: Aktionäre können entweder Fragen ausschließlich direkt in der Versammlung im Wege der elektronischen Kommunikation stellen oder der Vorstand macht von § 131 Abs. 1a AktG Gebrauch und verlangt somit die ausschließliche Vorabreichung von Fragen mittels elektronischer Kommunikation bis spätestens drei Tage vor der vHV.¹⁹⁶ In § 131 Abs. 1a S. 3 AktG stellt der Gesetzgeber klar, dass nicht fristgerecht eingereichte Fragen nicht zu berücksichtigen sind, weder im Rahmen der Vorabbeantwortung noch innerhalb der vHV.¹⁹⁷ Abs. 1a weicht insgesamt vom Grundsatz des § 131 AktG ab und entspricht der in den letzten drei HV-Saisons geübten Praxis unter Geltung des GesRuaCOVBekG.¹⁹⁸

Nutzt der Vorstand die Möglichkeit des Abs. 1a, sind die ordnungsgemäß eingereichten Fragen fortlaufend unmittelbar nach deren Eingang oder gesammelt nach Ablauf der Drei-Tages-Frist zugänglich zu machen und bis spätestens einen Tag vor der Versammlung zu beantworten (§ 131 Abs. 1c S. 1 Hs. 1 AktG). Die Veröffentlichung der Fragen und der korrespondierenden Antworten kann, muss aber nicht, im Wege der elektronischen Kommunikation stattfinden.¹⁹⁹ Durch das Zugänglichmachen soll die Information der Aktionäre im Vergleich zur Präsenz-HV gestärkt werden.²⁰⁰ Mit den Modifikationen in Abs. 1c weicht das vHV-G von den mit dem GesRuaCOVBekG eingeführten Regelungen ab.²⁰¹

Hinsichtlich der Berechnung der Drei-Tages-Frist wird in § 131 Abs. 1a S. 2 AktG auf § 121 Abs. 7 AktG verwiesen. § 121 Abs. 7 S. 1 AktG regelt, dass der Tag der Versammlung nicht mitzurechnen ist. Demnach müssen mindestens drei volle Tage zwischen der Vorabreichung der Fragen und dem Tag der vHV liegen und die Frage muss spätestens bis zum Ablauf des vierten Tages um 24 Uhr zugegangen sein.²⁰² § 121 Abs. 7 S. 2 AktG schließt die Verlegung von einem Samstag, Sonntag oder Feiertag auf den nächsten Werktag aus. Findet die Versammlung bspw. am 18.12. statt, muss die Frage bis zum 14.12., 24 Uhr, bei der AG eingereicht sein.²⁰³ Durch die Drei-Tages-Frist wird einerseits sichergestellt, dass die Fragesteller den Vorstandsbericht (der bis spätestens sieben Tage vor der vHV zu veröffentlichen ist, § 118a Abs. 1 S. 3 Nr. 5 AktG) und die Stellungnahmen der anderen Aktionäre (die bis spätestens vier Tage vor der vHV zugänglich zu machen sind, § 130a Abs. 3 S. 1 AktG) zur Kenntnis nehmen können.²⁰⁴ Andererseits wird gewährleistet, dass der Vorstand zwei Tage Zeit hat, um die Fragen

¹⁹³ Franzmann/Rothweiler, AG 2022, 809 (814).

¹⁹⁴ Reger/Gaßner, RD 2022, 396 (399–400).

¹⁹⁵ BeckOGK AktG/Poelzig, § 131 Rn. 315.

¹⁹⁶ Franzmann/Rothweiler, AG 2022, 809 (813–814).

¹⁹⁷ Reger/Gaßner, RD 2022, 396 (400).

¹⁹⁸ Franzmann/Rothweiler, AG 2022, 809 (815).

¹⁹⁹ Franzmann/Rothweiler, AG 2022, 809 (815).

²⁰⁰ BeckOGK AktG/Poelzig, § 131 Rn. 326.

²⁰¹ Franzmann/Rothweiler, AG 2022, 809 (815).

²⁰² BeckOGK AktG/Poelzig, § 130a Rn. 20.

²⁰³ BeckOGK AktG/Poelzig, § 130a Rn. 20.

²⁰⁴ Seibt/Danwerth, DB 2022, 1434 (1437).

gem. § 131 Abs. 1c S. 1 AktG bis spätestens einen Tag vor der Versammlung zu beantworten.²⁰⁵ Nach der Begründung des RegE kann die Frageneinreichung etwa durch die Bereitstellung einer Internetseite, auf der die Fragen einzugeben sind, oder die Bereitstellung einer E-Mail-Adresse geschehen.²⁰⁶ Die Gestaltungsoption steht im freien Ermessen des Vorstands.²⁰⁷

Nach Abs. 1c S. 2 AktG sind die Fragen und deren Beantwortung bei börsennotierten Gesellschaften über deren Internetseite zugänglich zu machen und somit öffentlich einsehbar. Nicht börsennotierten Gesellschaften ist diese Möglichkeit auch eröffnet, es ist aber auch eine Veröffentlichung über das Aktionärsportal ausreichend, welche zur Folge hat, dass die Antworten nicht jedermann zugänglich sind.²⁰⁸ Die neue Regelung legt zu der Frage, wann die Veröffentlichung zu erfolgen hat, fest, dass sie „vor der Versammlung“ erfolgen muss (§ 131 Abs. 1c S. 1 AktG). Damit ist es möglich und erscheint sinnvoll, die bis zum Fristablauf eingegangenen Fragen zu sammeln und gebündelt zu veröffentlichen.²⁰⁹

Ferner regelt § 131 Abs. 1c S. 4 AktG, dass der Vorstand die Auskunft in der vHV zu Fragen verweigern darf, zu denen die Antwort bereits einen Tag vor der Versammlung und in der Versammlung durchgängig zugänglich sind.²¹⁰ Demnach müssen identische Fragen, die in der Versammlung erneut gestellt werden, nicht beantwortet werden.²¹¹ Den Aktionären bleibt sodann nur das Recht auf Nachfrage nach § 131 Abs. 1d AktG und das Recht auf weitere Fragen nach § 131 Abs. 1e AktG.²¹²

b) Nachfragerecht

§ 131 Abs. 1d S. 1 AktG gewährt jedem elektronisch zu der Versammlung zugeschalteten Aktionär ein Nachfragerecht, unabhängig davon, ob das Auskunftsrecht ausschließlich in der Versammlung (§ 131 Abs. 1 AktG) oder durch die Vorabereinreichung von Fragen (§ 131 Abs. 1a AktG) ausgeübt werden kann.²¹³ Inhaltlich erstreckt sich das Nachfragerecht auf alle eingereichten Fragen und erteilten Antworten des Vorstands.²¹⁴ Dabei gilt das Nachfragerecht unabhängig davon, ob der Fragesteller selbst zuvor Fragen eingereicht hat²¹⁵ und ist auch nicht auf die eigenen Fragen beschränkt.²¹⁶ Demzufolge gilt es auch für Fragen, die andere Aktionäre zuvor gestellt haben (sog. „Über-Kreuz-Fragen“).²¹⁷ Es sind sowohl Nachfragen zu den vor der Versammlung gegebenen Antworten als auch weitere Nachfragen zu Antworten des Vorstands auf Nachfragen in der Versammlung zulässig.²¹⁸

²⁰⁵ BeckOGK AktG/Poelzig, § 131 Rn. 321.

²⁰⁶ Bundesregierung, 2022, Gesetzesentwurf, Entwurf eines Gesetzes zur Einführung virtueller Hauptversammlungen von Aktiengesellschaften und Änderung weitere Vorschriften, https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RegE_virtuelle_Hauptversammlung.pdf;jsessionid=88D6B80E9353BB1B6998B533BF134061.1_cid297?__blob=publicationFile&v=2, 18.1.2023.

²⁰⁷ BeckOGK AktG/Poelzig, § 131 Rn. 320.

²⁰⁸ Reger/Gaßner, RD 2022, 396 (400).

²⁰⁹ Klein, NZG 2022, 483 (487).

²¹⁰ Franzmann/Rothweiler, AG 2022, 809 (816).

²¹¹ Reger/Gaßner, RD 2022, 396 (400).

²¹² Franzmann/Rothweiler, AG 2022, 809 (816).

²¹³ Franzmann/Rothweiler, AG 2022, 809 (816).

²¹⁴ Schilha/Gaßner, ZIP 2022, 2357 (2365–2366).

²¹⁵ Reger/Gaßner, RD 2022, 396 (400).

²¹⁶ Franzmann/Rothweiler, AG 2022, 809 (816).

²¹⁷ Reger/Gaßner, RD 2022, 396 (400).

²¹⁸ Reger/Gaßner, RD 2022, 396 (400).

Nachfragen müssen in der vom Vorstand vorgesehenen Form der elektronischen Kommunikation eingereicht werden oder können bei Ausübung des Rederechts mittels Videokommunikation gestellt werden.²¹⁹ Das Nachfragerecht ist allerdings auf die vHV beschränkt und kann nicht bereits vor der Versammlung ausgeübt werden.²²⁰ Demzufolge ist der Vorstand auch nicht verpflichtet, bereits vor der Versammlung auf Nachfragen zu antworten und diese den Aktionären zugänglich zu machen.²²¹

Eine Nachfrage muss inhaltlich in einem sachlichen Zusammenhang zu einer bereits erteilten Antwort des Vorstands stehen. Schon das Wort „Nachfrage“ lässt darauf schließen, dass mit ihr die Präzisierung einer als nicht ausreichend empfundenen Antwort auf eine vorherige Frage erbeten wird.²²²

c) Neue Fragen

Darüber hinaus gewährt § 131 Abs. 1e S. 1 AktG jedem elektronisch zugeschalteten Aktionäre das Recht, Fragen zu Sachverhalten zu stellen, die sich erst nach Ablauf der Frist zur Vorabreichung gem. § 131 Abs. 1a S. 1 AktG ergeben (sog. „neue Fragen“). Den Aktionären wird somit die Möglichkeit eingeräumt, Fragen zu neuen Informationen über die AG, die sie erst nach Ablauf der Frist zur Vorabreichung von Fragen erhalten, zu stellen.²²³

Dabei ist entscheidend, dass die Frage unter objektiver Betrachtung nicht bereits vorab hätte eingereicht werden können.²²⁴ Somit hat der Versammlungsleiter bei der Beurteilung, ob es sich um einen neuen Sachverhalt handelt, nicht auf den einzelnen Aktionär abzustellen, sondern einen objektiven Maßstab zugrunde zu legen.²²⁵ Eine solche Abgrenzung zwischen einer Frage, die bereits vorab hätte eingereicht werden können, einer Nachfrage und einer neuen Frage wird in der Praxis in vielen Fällen mit großer Unsicherheit verbunden sein.²²⁶ Im Zweifelsfall wird sich der Versammlungsleiter angesichts andernfalls drohender Anfechtungsklagen gezwungen sehen, die neu gestellte Frage zuzulassen und Auskunft zu erteilen, sofern sie sich nicht offensichtlich auf einen vor Fristablauf öffentlichen Sachverhalt bezieht.²²⁷

d) Ergänzende Beschränkungen des Auskunftsrechts

Für das Auskunftsrecht in der vHV gelten die Beschränkungsmöglichkeiten des § 131 Abs. 2 S. 2 AktG und das Auskunftsverweigerungsrecht nach § 131 Abs. 3 AktG unmittelbar.²²⁸ Eine angemessene Beschränkung des Auskunftsrechts durch den Versammlungsleiter innerhalb der vHV ist somit vorbehaltlich einer Satzungsermächtigung im gleichen Umfang zulässig wie in der Präsenz-HV.²²⁹

§ 131 Abs. 2 S. 2 AktG ermächtigt den Versammlungsleiter, das Fragerecht zeitlich angemessen zu beschränken und Näheres dazu zu bestimmen. Eine solche Ermächtigung kann in der Satzung oder Geschäftsordnung gem. § 129 AktG erfolgen und kann

²¹⁹ Franzmann/Rothweiler, AG 2022, 809 (816).

²²⁰ Franzmann/Rothweiler, AG 2022, 809 (816).

²²¹ Franzmann/Rothweiler, AG 2022, 809 (816).

²²² Reger/Gaßner, RD 2022, 396 (400).

²²³ Reger/Gaßner, RD 2022, 396 (400).

²²⁴ Reger/Gaßner, RD 2022, 396 (400).

²²⁵ Reger/Gaßner, RD 2022, 396 (400).

²²⁶ Franzmann/Rothweiler, AG 2022, 809 (816).

²²⁷ Reger/Gaßner, RD 2022, 396 (400).

²²⁸ Franzmann/Rothweiler, AG 2022, 809 (814).

²²⁹ Franzmann/Rothweiler, AG 2022, 809 (814).

ausdrücklich auch auf das Nachfragerecht gem. § 131 Abs. 1d S. 1 AktG und das Fragerecht gem. § 131 Abs. 1e S. 1 AktG in der vHV erweitert werden.²³⁰ Ohne eine entsprechende Klarstellung in der Satzung würde die Frage offen bleiben, ob es sich bei der „Nachfrage“ und „neuen Fragen“ um ein *aliud* zur „Frage“ handelt.²³¹ Dies hätte zur Folge, dass eine bestehende Satzungsermächtigung in Bezug auf das Fragerecht nicht ohne weiteres auch Nachfragen umfasst.²³² Die Regelung ist vor allem in Anbetracht der Erweiterung des Fragerechts im vHV-G und der damit einhergehenden Gefahr einer ausufernden Dauer der Versammlung von Bedeutung.²³³ Ferner kann gem. § 131 Abs. 1b AktG der Umfang der Einreichung von Fragen in der Einberufung angemessen beschränkt sowie die Einreichung auf ordnungsgemäß angemeldete Aktionäre begrenzt werden.²³⁴

Für die Beurteilung der „Angemessenheit“ der Beschränkungen sind diese am Gebot der Sachdienlichkeit, dem Gleichbehandlungsgebot nach § 53a AktG und dem Verhältnismäßigkeitsprinzip zu orientieren,²³⁵ diese Prinzipien erscheinen als Ausgangspunkt auf die vHV übertragbar.²³⁶ Wie auch bei der Präsenz-HV handelt es sich bei der Festlegung angemessener Beschränkungen um eine Entscheidung mit Ermessensspielraum, sodass letztlich entscheidend ist, ob diese mit den *ex ante* zur Verfügung stehenden Informationen sachgerecht vorgenommen worden sind.²³⁷

Ausschlaggebend auch für Versammlungen im virtuellen Format ist ihre Dauer.²³⁸ Bei der Festlegung der angemessenen Beschränkung ist nach der Begründung des RegE insofern u.a. der zu erwartende Gesamtzeitrahmen der HV zugrunde zu legen, so dass etwa eine Höchstzahl von Fragen je Aktionär und eine Zeichenbeschränkung festgelegt werden könnte.²³⁹ Grundsätzlich sollten sich die AGs an der Anregung A.7 des DCGK orientieren, eine ordentliche HV in vier bis sechs Stunden abzuschließen.²⁴⁰ Auch der BGH hat sich hierzu geäußert und für den Fall des § 131 Abs. 2 S. 2 AktG eine Satzungsregelung gebilligt, die für ordentliche HV eine maximale Dauer von sechs Stunden als Obergrenze vorsieht.²⁴¹ Eine Angemessenheit soll jedenfalls dann gegeben sein, wenn sich die Beschränkung der Fragenanzahl an der in den vergangenen (virtuellen) HVs durchschnittlich eingereichten Fragenanzahl orientiert, sofern sich die Tagesordnungspunkte beider HVs weitgehend entsprechen.²⁴² Dies erscheint insofern bedenklich, als sich auch bei identischen Tagesordnungspunkten gänzlich andere Fragen zu einzelnen Themenbereichen stellen können.²⁴³ Insbesondere der Frageumfang bei HVs während der Pandemie kann kein Maßstab für die Angemessenheit *pro futuro* sein, war

²³⁰ Reger/Gaßner, RDt 2022, 396 (400–401).

²³¹ Schilha/Gaßner, ZIP 2022, 2357 (2361).

²³² Schilha/Gaßner, ZIP 2022, 2357 (2361).

²³³ Schilha/Gaßner, ZIP 2022, 2357 (2361).

²³⁴ Klein, NZG 2022, 483 (486).

²³⁵ BGH, Urteil vom 8.2.2010, II ZR 94/08, juris.

²³⁶ Klein, NZG 2022, 483 (486).

²³⁷ Klein, NZG 2022, 483 (487).

²³⁸ Klein, NZG 2022, 483 (486).

²³⁹ Grigoleit AktG/Herrler, § 131 Rn. 41.

²⁴⁰ Bundesregierung, 2022, Gesetzesentwurf, Entwurf eines Gesetzes zur Einführung virtueller Hauptversammlungen von Aktiengesellschaften und Änderung weitere Vorschriften, https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RegE_virtuelle_Hauptversammlung.pdf;jsessionid=88D6B80E9353BB1B6998B533BF134061.1_cid297?__blob=publicationFile&v=2, 18.1.2023.

²⁴¹ BGH, Urteil vom 8.2.2010, II ZR 94/08, juris.

²⁴² Schilha/Gaßner, ZIP 2022, 2357 (2363).

²⁴³ Sturm/Imsameh, NZG 2022, 1327 (1330).

das pandemiebedingte Maßnahmengesetz doch durch massive Eingriffe in die Aktionärsrechte geprägt.²⁴⁴

§ 131 Abs. 1b S. 1 AktG ermöglicht insofern die Setzung von absoluten quantitativen Obergrenzen. Eine solche Beschränkung der je Aktionär einreichbaren Fragen erscheint als ein sinnvolles Kriterium, um möglichst vielen Aktionären die Frageeinreichung zu ermöglichen²⁴⁵ und gleichzeitig quantitative Frageexzesse einzugrenzen.²⁴⁶ Insgesamt hinterlässt der Begriff der „Angemessenheit“ ein hohes Risiko an Rechtsunsicherheiten, welches sich auf die entsprechende Anwendung auf das Auskunfts- sowie Stellungnahme- und Rederecht auswirkt.

Eine ergänzende Beschränkung des Auskunftsrecht der vHV wird mit § 131 Abs. 1f AktG kodifiziert. Nach Abs. 1f kann das Auskunftsrecht, welches im Grundsatz im Wege der elektronischen Kommunikation zu gewähren ist,²⁴⁷ durch den Versammlungsleiter auf Redebeiträge im Wege der Videokommunikation beschränkt werden. Für das Merkmal der elektronischen Kommunikation ist zu bemerken, dass damit (im Gegensatz zu dem Fall einer „Online-Teilnahme“ an einer Präsenz-HV nach § 118 Abs. 1 S. 2 AktG) zunächst keine wechselseitige Zwei-Wege-Direktverbindung gemeint,²⁴⁸ sondern jede geeignete Form der elektronischen Kommunikation für die Übermittlung der Aktionärsfragen erlaubt ist.²⁴⁹ Die Ausgestaltung des elektronischen Kommunikationsweges legt der Vorstand (vorbehaltlich der Sonderregelung nach § 130a Abs. 1f AktG) fest, etwa durch schriftliche Eingabe in einem Online-Tool auf der Internetseite der Gesellschaft oder durch E-Mail-Übermittlung.²⁵⁰ Die Beschränkung würde die Struktur der vHV weitgehend an die der Präsenz-HV angleichen.²⁵¹ Dem Aktionär wird mithin die Möglichkeit eingeräumt, sämtliche Informationen „durch bloßes Zuhören“²⁵² wahrnehmen zu können.

3. Bewertung

Die Generaldebatte im Wege der Beantwortung der Aktionärsfragen stellt zeitlich den deutlich umfangreichsten Teil der vHV dar.²⁵³ Das Auskunftsrecht dient insbesondere als Hilfsrecht einer informierten Stimmrechtsausübung.²⁵⁴ Mithin erscheint es gerechtfertigt, dass die Vorbereitung und Durchführung der Fragenbeantwortung besondere Beachtung findet und mit dem vHV-G im Gegensatz zu den Regelungen der COVID-Gesetzgebung deutlich fortentwickelt wurde.²⁵⁵ Kritisch zu hinterfragen ist jedoch, ob die erhebliche Ausweitung des Auskunftsrechts insbesondere während der Versammlung nicht das Ziel einer Entlastung der vHV in sein Gegenteil verkehrt.

²⁴⁴ *Sturm/Imsameh*, NZG 2022, 1327 (1330).

²⁴⁵ *Klein*, NZG 2022, 483 (486–487).

²⁴⁶ *Schilha/Gaßner*, ZIP 2022, 2357 (2363).

²⁴⁷ *Schilha/Gaßner*, ZIP 2022, 2357 (2366).

²⁴⁸ *Koch AktG/Koch*, § 118 Rn. 10.

²⁴⁹ *Franzmann/Rothweiler*, AG 2022, 809 (814).

²⁵⁰ *Franzmann/Rothweiler*, AG 2022, 809 (814).

²⁵¹ *Schilha/Gaßner*, ZIP 2022, 2357 (2366).

²⁵² *Bundesregierung*, 2022, Gesetzesentwurf, Entwurf eines Gesetzes zur Einführung virtueller Hauptversammlungen von Aktiengesellschaften und Änderung weitere Vorschriften, https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RegE_virtuelle_Hauptversammlung.pdf;jsessionid=88D6B80E9353BB1B6998B533BF134061.1_cid297?__blob=publicationFile&v=2, 18.1.2023.

²⁵³ *Seibt/Danwerth*, NZG 2020, 1241 (1246).

²⁵⁴ *Groß*, AG 1997, 97 (100).

²⁵⁵ *Klein*, NZG 2022, 483 (486).

Mit der Erweiterung des Fragerechts um die Möglichkeit zur Vorabereinreichung von Fragen nimmt die vHV eine eigenständige Gestaltungsform an.²⁵⁶ Sie führt zu einer Entzerrung der Generaldebatte während der Versammlung und lässt in den kommenden HV-Saisons eine Mehrzahl an Frageneinreichungen erwarten.²⁵⁷ Schon während der Pandemiejahre war im Vergleich zur Präsenz-HV zu beobachten, dass typischerweise eine deutlich höhere Anzahl an Fragen zu bewältigen war.²⁵⁸

Dies stellt den wohl entscheidendsten Vorteil für die Aktionäre dar, deren Antwortnutzen wesentlich erhöht wird.²⁵⁹ Die Fragenbeantwortung kann deutlich strukturierter erfolgen als bei einer Präsenz-HV, bei der die Beantwortung im Grundsatz nach der Reihenfolge der Fragesteller geschieht bzw. sich nach der Geschwindigkeit bemisst, die das *Back-Office* für die Beantwortung der jeweiligen Frage benötigt.²⁶⁰ Die Bearbeitungszeit für die AG im Vorfeld sorgt für eine gesteigerte Qualität der Beantwortung und mithin für mehr Transparenz und eine bessere Aktionärsinformation.²⁶¹

Gegenüber dem RefE wurde der Einreichungszeitraum für Fragen von vier auf drei Tage vor der Versammlung verlängert. Dies erfährt bspw. durch *Redeke*²⁶² Zuspruch, der ausführt, dass die Informationsvorteile nur dann erreicht werden, wenn die Vorabereinreichung mit einer Frist verbunden wird, die eine angemessene Zeit für die Beantwortung lässt.²⁶³ Die Einschätzung des BMJ lag zuvor noch dabei, dass eine „noch weitergehende Vorverlagerung des Auskunftsrechts dergestalt, dass zunächst Fragen eingereicht werden können, die noch vor der Versammlung schriftlich zu beantworten sind und zu denen den Aktionären dann ein Nachfragerecht eingeräumt wird, bezüglich dessen die Antworten dann wiederum in der Versammlung gegeben werden“²⁶⁴ zu aufwendig ist. Entgegen diesen Ausführungen wurden die Regelungen entsprechend im vHV-G umgesetzt.

Wie in der Einschätzung befürchtet, stellt die Regelung für das fortan in der Versammlung wieder vorzuhaltende *Back-Office* eine Herausforderung dar.²⁶⁵ Das vHV-G verdrängt die durch Anwendung des GesRuaCOVBekG schlanker gestalteten *Back-Offices*.²⁶⁶ Insbesondere bedeutet die neue Regelung des § 131 Abs. 1c AktG, dass Fragen künftig bis spätestens einen Tag vor der Versammlung zu beantworten und zu veröffentlichen sind, insofern einen enormen Aufwand, als eine zuvor schriftlich zu veröffentlichende Antwort verbindlicher und leichter zitierbar ist.²⁶⁷ Der in der Diskussion

²⁵⁶ *Franzmann/Rothweiler*, AG 2022, 809 (819).

²⁵⁷ *Mayer/Jenne/Miller*, BB 2022, 1155 (1159).

²⁵⁸ *Bundesregierung*, 2022, Gesetzesentwurf, Entwurf eines Gesetzes zur Einführung virtueller Hauptversammlungen von Aktiengesellschaften und Änderung weitere Vorschriften, https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RegE_virtuelle_Hauptversammlung.pdf;jsessionid=88D6B80E9353BB1B6998B533BF134061.1_cid297?__blob=publicationFile&v=2, 18.1.2023.

²⁵⁹ *Franzmann/Rothweiler*, AG 2022, 809 (816); *Danwerth*, FAZ vom 26.07.2022 (16).

²⁶⁰ *Franzmann/Rothweiler*, AG 2022, 809 (816).

²⁶¹ *Mayer/Jenne/Miller*, BB 2022, 1155 (1160–1161).

²⁶² Julian Redeke.

²⁶³ *Redeke*, AG 2022, 98 (107).

²⁶⁴ *Bundesministerium der Justiz*, 2022, Referentenentwurf, Entwurf eines Gesetzes zur Einführung virtueller Hauptversammlungen von Aktiengesellschaften, https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RefE_virtuelle_Hauptversammlung.pdf;jsessionid=835FE90D362AE7DAC19AF2CECDBE9273.1_cid289?__blob=publicationFile&v=3, 18.1.2023.

²⁶⁵ *Mayer/Jenne/Miller*, BB 2022, 1155 (1160).

²⁶⁶ *Mayer/Jenne/Miller*, BB 2022, 1155 (1160–1161).

²⁶⁷ *Mayer/Jenne/Miller*, BB 2022, 1155 (1160).

um das virtuelle Format geforderte spontane und direkte Austausch zwischen Vorstand und Aktionären wird durch diese Form der Fragenbeantwortung nicht erreicht.²⁶⁸

Der Ansatz des Abs. 1a zur Vorverlagerung des Fragerechts stellt auch insofern keine nennenswerte Entlastung der Versammlung dar, dass die Möglichkeit, Nachfragen und neue Fragen zu stellen, überaus weit ausgestaltet wird.²⁶⁹ Es sind in den kommenden HV-Saisons detailliertere, kritischere und somit schwieriger zu beantwortende Nachfragen zu erwarten.²⁷⁰ Auch die Abgrenzung zwischen Nachfragen (Abs. 1d) und Fragen zu neuen Sachverhalten (Abs. 1e) erscheint das Fragerecht ins Unermessliche auszudehnen, da der Begriff der „Nachfrage“ nicht konkretisiert wird und dieser sich auf jegliche zuvor vom Aktionär selbst oder von einem anderen Aktionär gestellten Fragen beziehen kann.²⁷¹ Zukünftig ist denkbar, dass sich die Verwaltung zur Vermeidung von Anfechtungsrisiken praktisch nicht auf ein Auskunftsverweigerungsrecht (§ 131 Abs. 3 AktG) berufen wird.²⁷²

Im Ergebnis vermag keine der statuierten Gestaltungsformen der Frageeinreichung im virtuellen Format überzeugen. Aus Sicht der Unternehmer erscheint die Verpflichtung der Aktionäre zur Ausübung ihres Auskunftsrechts ausschließlich im Wege der Videokommunikation (Abs. 1f) als geeignetste Gestaltungsmöglichkeit. Dies schränkt die Frageneinreichung zumindest auf einen Kommunikationskanal ein.²⁷³ Da damit wiederum technische Hürden verbunden sind, ist jedoch denkbar, dass viele Aktionäre insgesamt Abstand von der Wahrnehmung des Auskunftsrechts nehmen. Zur zweckmäßigen Ausgestaltung *de lege ferenda* schlägt *Redeke* vor, eine Beschränkung der Anzahl an Fragen zu ermöglichen, um einer „mögliche Fragenflut“²⁷⁴ vorbeugen zu können. Um den unsicheren Rechtsbegriff der „Angemessenheit“ nach Maßgabe des § 131 Abs. 2 S. 2 AktG umgehen zu können, schlägt er vor, die Auskunftsverweigerungsgründe in § 131 Abs. 3 AktG zu ergänzen, um ihnen eine größere Bedeutung beizumessen.²⁷⁵ Es erscheint zweifelhaft, ob das Auskunftsrecht in seiner jetzigen Ausgestaltung die Etablierung der vHV als dauerhafte Alternative zur Präsenz-HV vorantreibt.²⁷⁶

III. Stellungnahme- und Rederecht nach § 130a AktG

1. Recht auf Stellungnahme vor der Hauptversammlung nach § 130a Abs. 1 bis 4 AktG

a) Ausgestaltung in der Präsenzversammlung

Das Stellungnahmerecht eines Aktionärs im Vorfeld der Präsenz-HV wird in § 118 Abs. 2 AktG geregelt. Die Norm beruht auf der Umsetzung von Art. 12 der ARRL²⁷⁷, der die schriftliche Stimmabgabe vor der HV qua entsprechender Satzungsregelung ermöglicht. Regelungsgegenstand ist hier die Stimmabgabe per Brief (sog. „echte Briefwahl“), zu der

²⁶⁸ *Franzmann/Rothweiler*, AG 2022, 809 (816).

²⁶⁹ Handelsrechtsausschuss des Deutschen Anwaltvereins, NZG 2022, 797 (797).

²⁷⁰ *Mayer/Jenne/Miller*, BB 2022, 1155 (1160).

²⁷¹ Handelsrechtsausschuss des Deutschen Anwaltvereins, NZG 2022, 797 (800–801).

²⁷² Handelsrechtsausschuss des Deutschen Anwaltvereins, NZG 2022, 797 (797).

²⁷³ Handelsrechtsausschuss des Deutschen Anwaltvereins, NZG 2022, 797 (801).

²⁷⁴ *Redeke*, AG 2022, 98 (108).

²⁷⁵ *Redeke*, AG 2022, 98 (108).

²⁷⁶ *Franzmann/Rothweiler*, AG 2022, 809 (820).

²⁷⁷ Aktionärsrechterichtlinie (RL 2007/36/EG) des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11.7.2007 über die Ausübung bestimmter Rechte von Aktionären in börsennotierten Gesellschaften (ABl. EG 2007 L 184, 17).

im Laufe der Gesetzesberatung elektronische Abstimmungen hinzu kamen.²⁷⁸ Eine Stimmabgabe gem. Abs. 2 vor der Einberufung ist dagegen nicht zulässig.²⁷⁹ Sofern die Satzung (oder aufgrund Satzungsermächtigung der Vorstand) von der Gestaltungsoption des Abs. 2 Gebrauch macht, gilt der schriftlich abstimmende Aktionär nicht als Teilnehmer der HV.²⁸⁰ Mit seiner Stimmabgabe repräsentiert er lediglich einen Teil des Grundkapitals.²⁸¹

Hier erlangt die Abgrenzung zwischen § 118 Abs. 1 S. 2 und Abs. 2 AktG an Bedeutung. In beiden Normen überschneidet sich der Wortlaut hinsichtlich der Übermittlungswege, die „im Wege elektronischer Kommunikation“ zu erfolgen haben. Im erstgenannten Fall liegt eine Teilnahme an und im letztgenannten Fall eine Abwesenheit von der HV vor.²⁸² Ein Fall des Abs. 2 ist es somit, wenn eine Briefwahl vor Beginn der HV stattfindet.²⁸³

b) Änderung nach dem vHV-G

aa) Aktionärsstellungen nach § 130a Abs. 1 bis 4 AktG

(1) Teilnahmeberechtigte Aktionäre

Der neu in das AktG eingefügte § 130a AktG bestimmt für den Fall, dass die AG auf Grundlage des § 118a Abs. 1 AktG eine HV im virtuellen Format durchführt, das Recht der Aktionäre zur Stellungnahme vor und das Rederecht in der vHV. Dem Aktionär wird insoweit die Möglichkeit eingeräumt, vor der Versammlung eine Stellungnahme einzureichen, in der Versammlung einen Redebeitrag abzugeben oder von beidem Gebrauch zu machen.²⁸⁴ § 130a AktG regelt in seinen ersten vier Absätzen das Recht der Aktionäre zur Stellungnahme vorab zu Gegenständen der Tagesordnung im Wege elektronischer Kommunikation.

Die nun kodifizierte Praxis war bereits in der HV-Saison 2021 unter Geltung des GesRuaCOVBekG vornehmlich in den DAX-Gesellschaften zu beobachten.²⁸⁵ Schon in dieser Zeitspanne wurden von den AGs teilweise Stellungnahmen im Vorfeld als Text- oder Videobeitrag oder in der Versammlung als Redebeitrag zugelassen.²⁸⁶ Ursprünglich wurde diese Praxis allerdings gerade als Ersatz für ein fehlendes Recht der Aktionäre entwickelt, Redebeiträge in der vHV zu leisten.²⁸⁷ Anders als unter Pandemieregungen besteht das Rederecht allerdings nun zwingend auch in der vHV (§ 118a Abs. 1 S. 2 Nr. 7 AktG i.V.m. § 130a Abs. 5 und 6 AktG).

Nach § 130a Abs. 1 AktG soll das Recht, Stellungnahmen im Vorfeld einzureichen, für „die Aktionäre“ bestehen.²⁸⁸ Damit wird jeder Aktionär eingeschlossen.²⁸⁹ Es ist auch möglich, Stellungnahmen durch mehrere Aktionäre gemeinsam einzureichen.²⁹⁰ Um zu einer Stellungnahme berechtigt zu sein, muss der Stellungnehmende zum Zeitpunkt des

²⁷⁸ MüKo AktG/Kubis, § 118 Rn. 102.

²⁷⁹ Noack, NZG 2008, 441 (445).

²⁸⁰ MüKo AktG/Kubis, § 118 Rn. 102.

²⁸¹ Seibert/Florstedt, ZIP 2008, 2145 (2146).

²⁸² MüKo AktG/Kubis, § 118 Rn. 103.

²⁸³ MüKo AktG/Kubis, § 118 Rn. 103.

²⁸⁴ Schilha/Gaßner, ZIP 2022, 2357 (2361).

²⁸⁵ Mayer/Jenne/Miller, BB 2022, 1155 (1157).

²⁸⁶ BeckOGK AktG/Poelzig, § 130a Rn. 3.

²⁸⁷ Franzmann/Rothweiler, AG 2022, 809 (813).

²⁸⁸ Handelsrechtsausschuss des Deutschen Anwaltvereins, NZG 2022, 504 (510).

²⁸⁹ BeckOGK AktG/Poelzig, § 130a Rn. 10.

²⁹⁰ BeckOGK AktG/Poelzig, § 130a Rn. 11.

Eingangs bei der AG Aktionär sein oder als Aktionär gem. § 67 Abs. 2 AktG gelten.²⁹¹ Unerheblich für die Berechtigung sind die Beteiligungshöhe sowie der Zeitpunkt des Aktienerwerbs.²⁹²

Voraussetzung für das Recht zur Abgabe von Stellungnahmen ist das Teilnahmerecht.²⁹³ Ob der Aktionär sich sodann tatsächlich zu der vHV zuschaltet, ist für die Rechte aus § 130a AktG im Vorfeld der Versammlung indes grundsätzlich unerheblich.²⁹⁴ Anderes gilt, sofern der Aktionär bereits bei Einreichung der Stellungnahme seine fehlende Zuschaltungsabsicht zu erkennen gibt. In diesem Fall braucht die AG seine Stellungnahme nicht zugänglich zu machen (§ 130a Abs. 3 S. 3 i.V.m. § 126 Abs. 2 S. 1 Nr. 6 AktG).²⁹⁵

(2) Inhalt und Form

Die Stellungnahmen haben zu Gegenständen der Tagesordnung im Wege elektronischer Kommunikation unter Verwendung der in der Einberufung hierfür mitgeteilten Adresse zu erfolgen (§ 130a Abs. 1 S. 1 AktG).

Da im virtuellen Format nach § 118a AktG während der gesamten Versammlung zwingend die Bild- und Tonübertragung zu erfolgen hat, wird mithin auch die Ausübung aller Rechte, die vor und in der vHV zu gewährleisten sind, im Wege elektronischer Kommunikation ermöglicht und verlangt.²⁹⁶ Dies betrifft neben dem Auskunftsrecht insbesondere das Stimm- und Rederecht nach § 130a AktG.²⁹⁷ In welchem spezifischen Format die Stellungnahmen einzureichen sind, bestimmt die Vorschrift nicht, sondern überlässt die Ausgestaltung dem Ermessen der AG in der Einberufung.²⁹⁸ In der Einberufung kann der Vorstand somit eine bestimmte Form verbindlich für die Aktionäre festlegen (in Abkehr von § 131 AktG, der besondere Formerfordernisse durch Satzungsregelung verbietet).²⁹⁹ Die Bundesregierung nennt beispielhaft Text- und Videoformate, die AG kann gleichwohl mehrere Formate parallel ermöglichen.³⁰⁰ Folglich ist eine Zwei-Wege-Direktverbindung für die Ausübung des Stimmrechts nicht erforderlich.³⁰¹

Nach § 130a Abs. 1 S. 1 AktG müssen sich die Stellungnahmen auf Gegenstände der Tagesordnung beziehen. Dabei ist die in der Einberufung bekanntgegebene Tagesordnung ausschlaggebend.³⁰² Das Recht zur Stellungnahme kann Angaben und

²⁹¹ BeckOGK AktG/Poelzig, § 130a Rn. 11.

²⁹² BeckOGK AktG/Poelzig, § 130a Rn. 11.

²⁹³ BeckOGK AktG/Poelzig, § 130a Rn. 12.

²⁹⁴ BeckOGK AktG/Poelzig, § 130a Rn. 12.

²⁹⁵ BeckOGK AktG/Poelzig, § 130a Rn. 12.

²⁹⁶ BeckOGK AktG/Poelzig, § 130a Rn. 4.

²⁹⁷ BeckOGK AktG/Poelzig, § 130a Rn. 4.

²⁹⁸ Mayer/Jenne/Miller, BB 2022, 1155 (1158).

²⁹⁹ Franzmann/Rothweiler, AG 2022, 809 (813).

³⁰⁰ Bundesregierung, 2022, Gesetzesentwurf, Entwurf eines Gesetzes zur Einführung virtueller Hauptversammlungen von Aktiengesellschaften und Änderung weitere Vorschriften, https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RegE_virtuelle_Hauptversammlung.pdf;jsessionid=88D6B80E9353BB1B6998B533BF134061.1_cid297?__blob=publicationFile&v=2, 18.1.2023.

³⁰¹ Bundesregierung, 2022, Gesetzesentwurf, Entwurf eines Gesetzes zur Einführung virtueller Hauptversammlungen von Aktiengesellschaften und Änderung weitere Vorschriften, https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RegE_virtuelle_Hauptversammlung.pdf;jsessionid=88D6B80E9353BB1B6998B533BF134061.1_cid297?__blob=publicationFile&v=2, 18.1.2023.

³⁰² BeckOGK AktG/Poelzig, § 130a Rn. 14-15.

Meinungsäußerungen umfassen.³⁰³ Im Rahmen der Stellungnahme können dagegen (anders als für das Rederecht in § 130a Abs. 5 S. 3 AktG) weder Anträge und Wahlvorschläge eingereicht werden noch Nachfragen und weitere Fragen gestellt werden.³⁰⁴ Anträge sowie Fragen im Vorfeld der Versammlung sind nur nach Maßgabe des § 126 und § 131 Abs. 1a-f AktG möglich.³⁰⁵ Die separate Einreichung von Stellungnahmen und Fragen garantiert hier die sichere Zuordnung und sachgerechte Behandlung ohne die Aktionäre in ihren Rechten einzuschränken, da ihnen beide Wege parallel offenstehen.³⁰⁶ Es beugt auch Zweifelsfällen vor, da in dem Fall, dass Stellungnahmen auch Fragen i.S.d. § 131 AktG enthalten könnten, es für die AGs teilweise nicht möglich wäre, in Stellungnahmen eingebundene Fragen rechtssicher zu extrahieren (z.B. bei deren Verhältnis zu parallel gestellten Fragen oder bei der Abgrenzung zu als Stilmittel eingesetzten rhetorischen Fragen).³⁰⁷

Bei statutarischer Wahl des virtuellen Formats nach § 118a Abs. 1 AktG ist § 130a AktG zwingender Natur.³⁰⁸ Eine individuell abweichende Ausgestaltung in der Satzung ist demnach grundsätzlich nicht möglich (§ 23 Abs. 5 AktG). Schon durch die Kategorisierung des § 130a AktG als Individualrecht des Aktionärs ist keine Beschränkung durch die HV oder andere Gesellschaftsorgane zulasten der Aktionäre möglich.³⁰⁹ Aber auch eine Erweiterung des Stimmnahme- und Rederechts zugunsten der Aktionäre wird durch § 23 Abs. 5 S. 2 AktG ausgeschlossen.³¹⁰ § 130a AktG zielt darauf ab, einen gleichgewichtigen Interessensausgleich zwischen dem Interesse der AG an einem reibungslosen Ablauf der vHV und dem Äußerungsinteresse der Aktionäre zu schaffen.³¹¹ Damit hat die Norm abschließenden Charakter.³¹² Zulässig ist dennoch die Festlegung der Bedingungen der Rechtsausübung (die Reihenfolge der Redner, Benutzung technischer Hilfsmittel, etc.) durch die Satzung oder Geschäftsordnung, solange dies keine Beschränkung oder Erweiterung des Stimmnahme- und Rederechts darstellt.³¹³

(3) Zeitpunkt

Nach § 130a Abs. 2 AktG haben die Aktionäre ihre Stellungnahmen bis spätestens fünf Tage vor der vHV einzureichen. Die Fünft-Tages-Frist gewährleistet zum einen, dass die Aktionäre bei Verfassung ihre Stellungnahmen den Bericht des Vorstands bzw. dessen wesentlichen Inhalt, der den Aktionären gem. § 118a Abs. 1 S. 3 Nr. 5 AktG bis spätestens sieben Tage vor der vHV zugänglich zu machen ist, angemessen einbeziehen können.³¹⁴ Zum anderen stellt die Frist sicher, dass dem Vorstand vier Tage verbleiben, um den Inhalt der Stellungnahmen bei seinen Antworten auf vorab eingereichte Fragen zu berücksichtigen (diese hat er gem. § 131 Abs. 1c S. 1 Hs. 2 AktG bis einen Tag vor

³⁰³ BeckOGK AktG/Poelzig, § 130a Rn. 14-15.

³⁰⁴ BeckOGK AktG/Poelzig, § 130a Rn. 14-15.

³⁰⁵ BeckOGK AktG/Poelzig, § 130a Rn. 14-15.

³⁰⁶ Klein, NZG 2022, 483 (486).

³⁰⁷ Klein, NZG 2022, 483 (486).

³⁰⁸ BeckOGK AktG/Poelzig, § 130a Rn. 7.

³⁰⁹ BeckOGK AktG/Poelzig, § 130a Rn. 7.

³¹⁰ BeckOGK AktG/Poelzig, § 130a Rn. 8.

³¹¹ BeckOGK AktG/Poelzig, § 130a Rn. 8.

³¹² BeckOGK AktG/Poelzig, § 130a Rn. 8.

³¹³ BeckOGK AktG/Poelzig, § 130a Rn. 8.

³¹⁴ BeckOGK AktG/Poelzig, § 130a Rn. 18.

der vHV zu geben).³¹⁵ Die Fünf-Tages-Frist gilt nicht zwingend, folglich kann die AG auch später eingereichte Stellungnahmen zulassen.³¹⁶

Für die Berechnung der Frist wird in § 130a Abs. 4 AktG auf § 121 Abs. 7 AktG verwiesen. Zu ausführlichen Anmerkungen zur Fristberechnung nach § 121 Abs. 7 AktG wird auf die obigen Ausführungen³¹⁷ verwiesen.

bb) Beschränkung nach § 130a Abs. 1 S. 2, 3 AktG

(1) Der Personen

§ 130a Abs. 1 AktG ermöglicht es („kann“), das Recht zur Einreichung von Stellungnahmen auf ordnungsgemäß angemeldete Aktionäre (S. 2) zu beschränken. Diese Beschränkung hat in der Einberufung zu erfolgen.³¹⁸

Die Beschränkung auf ordnungsgemäß zur vHV angemeldete Aktionäre nähert das virtuelle Format weiter dem Präsenzformat an.³¹⁹ Auch in der Präsenz-HV kommen Aktionäre letztlich nur bei Nachweis der Legitimation und tatsächlichen Teilnahme zu Wort.³²⁰ Zudem wird durch eine Beschränkung dergestalt die Funktion des Stellungnahmerechts als ein Mittel zur Willensbildung der Aktionäre in der vHV erheblich gestärkt.³²¹

(2) Des Umfangs

Auch kann die Verwaltung in der Einberufung den Umfang der Stellungnahmen angemessen begrenzen (§ 130a Abs. 1 S. 3 AktG). Auch wenn das Gesetz dies nicht ausdrücklich erwähnt, liegt die Kompetenz dabei beim Vorstand als dem nach § 121 Abs. 2 AktG originär zuständigen Einberufungsorgan.³²² Dies erlangt insofern an Bedeutung, als das funktionsgleiche Rederecht der Präsenz-HV gem. § 131 Abs. 2 S. 2 AktG nur vom Versammlungsleiter beschränkt werden darf. Der Gesetzgeber führt diesbezüglich an, dass den zwei Beschränkungsmaßnahmen ein unterschiedliches Ziel zugrunde liegt.³²³

Der eigentliche Begriff der „Angemessenheit“ einer Beschränkung wurde dabei nicht näher definiert. Der Gesetzgeber orientiert sich aber insgesamt an den Erfahrungen der letzten drei HV-Saisons und gibt vor, dass entscheidend sei, „was zur Gewährleistung

³¹⁵ BeckOGK AktG/Poelzig, § 130a Rn. 18.

³¹⁶ Bundesregierung, 2022, Gesetzesentwurf, Entwurf eines Gesetzes zur Einführung virtueller Hauptversammlungen von Aktiengesellschaften und Änderung weitere Vorschriften, https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RegE_virtuelle_Hauptversammlung.pdf;jsessionid=88D6B80E9353BB1B6998B533BF134061.1_cid297?__blob=publicationFile&v=2, 18.1.2023.

³¹⁷ Siehe Kapitel C. II. 2. a).

³¹⁸ Schilha/Gaßner, ZIP 2022, 2357 (2361).

³¹⁹ Schilha/Gaßner, ZIP 2022, 2357 (2361).

³²⁰ Schilha/Gaßner, ZIP 2022, 2357 (2361).

³²¹ Franzmann/Rothweiler, AG 2022, 809 (813).

³²² Franzmann/Rothweiler, AG 2022, 809 (813).

³²³ Bundesregierung, 2022, Gesetzesentwurf, Entwurf eines Gesetzes zur Einführung virtueller Hauptversammlungen von Aktiengesellschaften und Änderung weitere Vorschriften, https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RegE_virtuelle_Hauptversammlung.pdf;jsessionid=88D6B80E9353BB1B6998B533BF134061.1_cid297?__blob=publicationFile&v=2, 18.1.2023.

einer ordnungsgemäßen Sichtung der eingegangenen Stellungnahmen erforderlich ist“.³²⁴ Es seien insoweit Beschränkungen in der Einberufung in Form von Zeichenbegrenzungen für Stellungnahmen in Textform sowie zeitliche Begrenzungen für Stellungnahmen im Videoformat denkbar.³²⁵

Von Bedeutung sind hier einerseits die Interessen der Aktionäre zur Äußerung und zur Unterstützung des Meinungsbildungsprozesses und andererseits das Interesse der AG an einer praktikablen Handhabung der Stellungnahmen.³²⁶ Die Gesetzesbegründung stellt somit ausdrücklich klar, dass sich die Möglichkeit zur Beschränkung nicht an den Gedanken des § 131 Abs. 2 S. 2 AktG anlehnt, der Ermächtigungen für den Versammlungsleiter zur zeitlich angemessenen Beschränkung ermöglicht, da hier nicht der zeitliche Umfang der Versammlung berührt wird.³²⁷ Die Beschränkung soll ferner dazu dienen, den AGs die erforderliche Überprüfung nicht unzumutbar zu erschweren.³²⁸ Die Prüfung liegt insbesondere darin, ob die Stellungnahme unzulässige Inhalte (z.B. strafbare Äußerungen) enthält.³²⁹

Eine derartige Einschätzung *ex ante*, „was zur Gewährleistung einer ordnungsgemäßen Sichtung der eingegangenen Stellungnahmen erforderlich ist“,³³⁰ dürfte jedoch mit einem hohen Maß an Rechtsunsicherheit verbunden sein.³³¹ Die Praxiserfahrung zeigt, dass Fragen oftmals in großer Zahl erst wenige Stunden vor Fristablauf eingereicht werden. Angesichts dessen müssen sich die AGs auch als Maßstab nehmen dürfen, welchen Umfang sie vor Ablauf der Frist zum Zugänglichmachen der Stellungnahmen bewältigen können, um ordnungsgemäß prüfen zu können, ob sich der Vorstand durch das Veröffentlichen strafbar machen würde oder die Stellungnahme in wesentlichen Punkten offensichtlich falsche oder irreführende Angaben oder Beleidigungen enthält (§ 130a Abs. 3 S. 4 i.V.m. § 126 Abs. 2 S. 1 Nr. 1, 3 AktG)“.³³² Um die Gefahr einer Auseinandersetzung über die Angemessenheit von Beschränkungen zu minimieren, ist zu erwarten, dass die Gesellschaften in der Praxis umfangreiche Stellungnahmen akzeptieren.³³³

³²⁴ *Bundesregierung*, 2022, Gesetzesentwurf, Entwurf eines Gesetzes zur Einführung virtueller Hauptversammlungen von Aktiengesellschaften und Änderung weitere Vorschriften, https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RegE_virtuelle_Hauptversammlung.pdf;jsessionid=88D6B80E9353BB1B6998B533BF134061.1_cid297?__blob=publicationFile&v=2, 18.1.2023.

³²⁵ *Bundesregierung*, 2022, Gesetzesentwurf, Entwurf eines Gesetzes zur Einführung virtueller Hauptversammlungen von Aktiengesellschaften und Änderung weitere Vorschriften, https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RegE_virtuelle_Hauptversammlung.pdf;jsessionid=88D6B80E9353BB1B6998B533BF134061.1_cid297?__blob=publicationFile&v=2, 18.1.2023.

³²⁶ *Reger/Gaßner*, RDi 2022, 396 (402).

³²⁷ *Bundesregierung*, 2022, Gesetzesentwurf, Entwurf eines Gesetzes zur Einführung virtueller Hauptversammlungen von Aktiengesellschaften und Änderung weitere Vorschriften, https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RegE_virtuelle_Hauptversammlung.pdf;jsessionid=88D6B80E9353BB1B6998B533BF134061.1_cid297?__blob=publicationFile&v=2, 18.1.2023.

³²⁸ BeckOGK AktG/*Poelzig*, § 130a Rn. 22.

³²⁹ BeckOGK AktG/*Poelzig*, § 130a Rn. 22.

³³⁰ *Bundesregierung*, 2022, Gesetzesentwurf, Entwurf eines Gesetzes zur Einführung virtueller Hauptversammlungen von Aktiengesellschaften und Änderung weitere Vorschriften, https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RegE_virtuelle_Hauptversammlung.pdf;jsessionid=88D6B80E9353BB1B6998B533BF134061.1_cid297?__blob=publicationFile&v=2, 18.1.2023.

³³¹ Handelsrechtsausschuss des Deutschen Anwaltvereins, NZG 2022, 797 (800).

³³² *Schilha/Gaßner*, ZIP 2022, 2357 (2361).

³³³ Handelsrechtsausschuss des Deutschen Anwaltvereins, NZG 2022, 797 (800).

cc) Publizitätspflicht nach § 130a Abs. 3 AktG

(1) Adressatenkreis

Die Regelung des § 130a Abs. 3 AktG sieht vor, dass die eingereichten Stellungnahmen „allen Aktionären“ zugänglich zu machen sind. Zur Wahrung des Gleichheitsgrundsatzes nach § 53a AktG ist dabei wesentlich zu berücksichtigen, dass allen Aktionären gleichzeitig der Zugriff auf die Stellungnahmen gewährt wird.³³⁴

Ausweislich der Begründung des RegE dient diese Regelung dem Zweck, dass die übrigen Aktionäre die Stellungnahmen des jeweiligen Aktionärs zur Kenntnis nehmen können.³³⁵ Gleichmaßen geschieht es auch bei der Ausübung des Rederechts in der Präsenz-HV.³³⁶ Es wird zudem sichergestellt, dass Aktionäre den Inhalt der Stellungnahmen anderer Aktionäre bei ihren Fragen (die bis drei Tage vor der Versammlung einzureichen sind) zur Genüge berücksichtigen können.³³⁷ Um diesem Zweck nachzugehen, liegt es allerdings nahe, die eingereichten Stellungnahmen nicht sämtlichen Aktionären zugänglich zu machen zu, sondern sie denjenigen Aktionären bereitzustellen, die sich zur Versammlung angemeldet haben.³³⁸

(2) Art und Weise

Hervorzuheben ist, dass die Stellungnahmen nicht im Wege der elektronischen Kommunikation zugänglich gemacht werden müssen.³³⁹ Das Zugänglichmachen kann insofern sowohl über die Internetseite der Gesellschaft als auch bei in Textform eingereichten Stellungnahmen über die Gesellschaftsblätter erfolgen.³⁴⁰

Dies gilt allerdings nicht bei börsennotierten Gesellschaften. Hier hat das Zugänglichmachen nach § 130a Abs. 3 S. 3 Hs. 1 AktG zwingend über die Internetseite der Gesellschaft zu erfolgen.³⁴¹ Diese Beschränkung auf börsennotierte Gesellschaften gem. Abs. 3 S. 2 ist zu hinterfragen.³⁴² Gerade dann, wenn auch nicht börsennotierte Gesellschaften eine vHV durchführen wollen, ist davon auszugehen, dass sie über eine Internetseite verfügen.³⁴³ Die virtuelle Durchführung der HV geht nicht mit der darauffolgenden Veröffentlichung der Stellungnahmen im Bundesanzeiger konform.³⁴⁴

Das Zugänglichmachen der eingereichten Stellungnahmen kann gem. § 130a Abs. 3 S. 2 AktG auf ordnungsgemäß zur vHV angemeldete Aktionäre beschränkt werden. In diesem Fall kann das Zugänglichmachen auch über die Internetseite eines Dritten (namentlich

³³⁴ BeckOGK AktG/*Poelzig*, § 130a Rn. 25.

³³⁵ *Bundesregierung*, 2022, Gesetzesentwurf, Entwurf eines Gesetzes zur Einführung virtueller Hauptversammlungen von Aktiengesellschaften und Änderung weitere Vorschriften, https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RegE_virtuelle_Hauptversammlung.pdf;jsessionid=88D6B80E9353BB1B6998B533BF134061.1_cid297?__blob=publicationFile&v=2, 18.1.2023.

³³⁶ Handelsrechtsausschuss des Deutschen Anwaltvereins, NZG 2022, 504 (510).

³³⁷ BeckOGK AktG/*Poelzig*, § 130a Rn. 24.

³³⁸ Handelsrechtsausschuss des Deutschen Anwaltvereins, NZG 2022, 504 (510).

³³⁹ *Franzmann/Rothweiler*, AG 2022, 809 (813).

³⁴⁰ *Bundesregierung*, 2022, Gesetzesentwurf, Entwurf eines Gesetzes zur Einführung virtueller Hauptversammlungen von Aktiengesellschaften und Änderung weitere Vorschriften, https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RegE_virtuelle_Hauptversammlung.pdf;jsessionid=88D6B80E9353BB1B6998B533BF134061.1_cid297?__blob=publicationFile&v=2, 18.1.2023.

³⁴¹ *Reger/Gaßner*, RD 2022, 396 (402).

³⁴² Handelsrechtsausschuss des Deutschen Anwaltvereins, NZG 2022, 504 (510).

³⁴³ Handelsrechtsausschuss des Deutschen Anwaltvereins, NZG 2022, 504 (510).

³⁴⁴ Handelsrechtsausschuss des Deutschen Anwaltvereins, NZG 2022, 504 (510).

eines Dienstleisters für die HV, auf dessen Seite das HV-Portal liegt), erfolgen (§ 130a Abs. 3 S. 3 Hs. 2 AktG).³⁴⁵ Dies eröffnet den AGs die Möglichkeit, die Aktionärsstellungen auch ausschließlich über die zugangsbeschränkten Aktionärsportale der Gesellschaften zu veröffentlichen.³⁴⁶ Der verfolgte Ansatz der Übertragung der Präsenz-HV in das virtuelle Format würde durch eine solche Beschränkung konsequent auch auf die Regelungen zur gesellschaftsinternen Publizität Anwendung finden.³⁴⁷

(3) Zeitpunkt

Sodann sind die eingereichten Stellungnahmen allen Aktionären bis spätestens vier Tage vor der vHV zugänglich zu machen (§ 130a Abs. 3 S. 1 AktG). § 130a Abs. 4 AktG verweist für die Berechnung der Frist auf § 121 Abs. 7 AktG. Zu näheren Ausführungen zur Fristberechnung nach § 121 Abs. 7 AktG wird auf die obigen Ausführungen³⁴⁸ verwiesen.

Das Zugänglichmachen muss nicht unverzüglich nach Zugang einer Stellungnahme erfolgen.³⁴⁹ Der Vorstand kann auch kurz vor Ablauf der Vier-Tages-Frist warten, um sodann alle Stellungnahmen gebündelt zu veröffentlichen.³⁵⁰

(4) Ausnahmen

§ 130a Abs. 3 S. 4 AktG verweist auf die entsprechende Anwendung von § 126 Abs. 2 S. 1 Nr. 1, 3 und 6 AktG. § 126 Abs. 2 S. 1 AktG statuiert Ausschlussgründe, bei deren Vorliegen die Pflicht zum Zugänglichmachen von Aktionärsanträgen und deren Begründung wegfällt.³⁵¹ Demnach müssen die Stellungnahmen nicht zugänglich gemacht werden, wenn sich der Vorstand dadurch strafbar machen würde (Nr. 1), die Begründung in wesentlichen Punkten offensichtlich falsche oder irreführende Angaben oder Beleidigungen enthält (Nr. 3) oder wenn der Aktionär zu erkennen gibt, dass er an der HV nicht teilnehmen und sich nicht vertreten lassen will (Nr. 6). Die Norm verfolgt den Zweck, unzulässige und rechtsmissbräuchliche Stellungnahmen von der Publizitätspflicht auszunehmen.³⁵² Die enumerierten Ausschlussgründe sind aufgrund ihres Wortlauts nicht spezifisch auf den Begriff des Gegenantrags zugeschnitten und sind daher übertragbar.³⁵³ Die Aufzählung des § 126 Abs. 2 S. 1 AktG ist abschließend.³⁵⁴

Im Grundsatz befreit § 130a Abs. 3 S. 3 i.V.m. § 126 Abs. 2 AktG die AG lediglich von der Pflicht zur Publizität, sodass das Zugänglichmachen auch bei Vorliegen eines Ausnahmetatbestands grundsätzlich nicht untersagt ist.³⁵⁵ Zwingend zu unterbleiben hat das Zugänglichmachen nur im Falle des § 130a Abs. 3 S. 3 i.V.m. § 126 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 AktG.³⁵⁶

³⁴⁵ BeckOGK AktG/Poelzig, § 130a Rn. 27.

³⁴⁶ Reger/Gaßner, RDt 2022, 396 (402).

³⁴⁷ Handelsrechtsausschuss des Deutschen Anwaltvereins, NZG 2022, 797 (800).

³⁴⁸ Siehe Kapitel C. II. 2. a).

³⁴⁹ Seibt/Danwerth, DB 2022, 1434 (1438).

³⁵⁰ BeckOGK AktG/Poelzig, § 130a Rn. 31.

³⁵¹ BeckOGK AktG/Poelzig, § 130a Rn. 32.

³⁵² BeckOGK AktG/Poelzig, § 130a Rn. 32.

³⁵³ BeckOGK AktG/Poelzig, § 130a Rn. 32.

³⁵⁴ BeckOGK AktG/Poelzig, § 130a Rn. 33.

³⁵⁵ BeckOGK AktG/Poelzig, § 130a Rn. 33.

³⁵⁶ BeckOGK AktG/Poelzig, § 130a Rn. 33.

(5) Rechtsfolgen von Verstößen

Ein Verstoß gegen die Publizitätspflicht begründet die Anfechtbarkeit nach § 243 Abs. 1 AktG, sofern der Verstoß in der konkreten Einzelfallbetrachtung für die Beschlussfassung von Relevanz ist.³⁵⁷ Insoweit findet § 243 Abs. 4 AktG keine Anwendung.³⁵⁸

c) Bewertung

Der Gesetzgeber zielt mit dem neu in das AktG eingefügten § 130a darauf ab, das Rederecht des einzelnen Aktionärs durch die Möglichkeit der Vorabereinreichung von Stellungnahmen zu stärken (§ 118a Abs. 1 S. 2 Nr. 6 i.V.m. § 130a Abs. 1-4 AktG).³⁵⁹ Das Recht zur Stellungnahme und das elektronische Rederecht gelten ausschließlich für den Fall der vHV.³⁶⁰ Ein gleichgelagertes Stellungnahmerecht bestand und besteht auch nach dem vHV-G nicht für den Fall der Präsenz-HV, wenngleich dort versammlungsgebundene Rechte, etwa das Stimmrecht, bereits vor der Versammlung ausgeübt werden.³⁶¹ Eine explizite Regelung und Aufteilung des Rederechts der Aktionäre in ein Recht zur Vorabstimmung und Rederecht während der vHV wird nun erstmals in das Gesetz aufgenommen.³⁶²

Insofern erweitert der Gesetzgeber die Rechtsstellung und Kommunikationsmöglichkeit der Aktionäre in der vHV ggü. der Präsenz-HV.³⁶³ Damit geht er über sein eigenes Leitbild hinaus, die Aktionärsrechte im Falle der vHV uneingeschränkt zu wahren und die Bestandteile der Präsenz-HV dabei in möglichst unveränderter Form wiederzugeben.³⁶⁴ In Kombination mit dem nunmehr auf das Vorfeld erweiterte Stellungnahmerecht wird das Rederecht der vHV gewissermaßen doppelt gewährleistet.³⁶⁵ Ob diese zusätzliche Option am Meinungsbildungsprozess teilzuhaben in der Praxis eine größere Bedeutung gewinnen wird, dürfte kritisch hinterfragt werden.

Den Aktionären wird nunmehr nach § 130a Abs. 1 AktG zwingend ein Recht auf Stellungnahme im Vorfeld der HV vorgeschrieben.³⁶⁶ Dadurch entsteht ein Ungleichgewicht zwischen Rede- und Auskunftsrecht, da letzteres nicht zwingend im Vorfeld der HV angeordnet wird (vgl. § 131 Abs. 1a AktG).³⁶⁷ Will der Gesetzgeber einer fortschrittlichen Digitalisierung der HV und der Abkehr von langatmigen Präsenz-HVs tatsächlich nachgehen, sollte er konsequent (im Gleichlauf mit dem Auskunftsrecht) auch das Einräumen einer Stellungnahmemöglichkeit im Vorfeld der HV in die Entscheidung der Gesellschaft stellen.³⁶⁸

³⁵⁷ BeckOGK AktG/Poelzig, § 130a Rn. 39.

³⁵⁸ BeckOGK AktG/Poelzig, § 130a Rn. 39.

³⁵⁹ Tüngler/Benner-Heinacher, 2022, DSW-Stellungnahme zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Einführung virtueller Hauptversammlungen von Aktiengesellschaften, https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2022/Downloads/0311_Stellungnahme_DSW_virtuelle_Hauptversammlung.pdf?__blob=publicationFile&v=2, 18.1.2023.

³⁶⁰ BeckOGK AktG/Poelzig, § 130a Rn. 9.

³⁶¹ Franzmann/Brouwer, AG 2020, 921 (923).

³⁶² Handelsrechtsausschuss des Deutschen Anwaltvereins, NZG 2022, 504 (510).

³⁶³ Franzmann/Rothweiler, AG 2022, 809 (813).

³⁶⁴ Franzmann/Rothweiler, AG 2022, 809 (813).

³⁶⁵ Danwerth, FAZ vom 26.07.2022 (16).

³⁶⁶ Handelsrechtsausschuss des Deutschen Anwaltvereins, NZG 2022, 797 (800).

³⁶⁷ Handelsrechtsausschuss des Deutschen Anwaltvereins, NZG 2022, 797 (800).

³⁶⁸ Handelsrechtsausschuss des Deutschen Anwaltvereins, NZG 2022, 797 (800).

Das Stellungnahmerecht wird von einer Anmeldung spätestens vier Tage vor der vHV abhängig gemacht.³⁶⁹ Spontane Beiträge werden infolgedessen nicht zugelassen.³⁷⁰ Die verlorene Spontaneität wurde vor Inkrafttreten des vHV-G vom BVI kritisch angemerkt. Dieser äußert in seiner Stellungnahme, dass die während der Pandemiejahre geregelten Fristen von maximal zwei Tagen nicht zu Lasten der Aktionäre überschritten werden sollten.³⁷¹ Der DAV hingegen trifft die Beurteilung, dass die Vier-Tages-Frist sinnvoll und sachgerecht erscheint, mit Blick auf das im Gegenzug gewährte Recht auf Stellungnahmen und Fragen im Vorfeld der vHV und auf die Gewährleistung einer verbesserten Qualität der vHV.³⁷² Es verlaufe außerdem parallel zum Auskunftsrecht.³⁷³ Nach Maßgabe einer vollständigen Gewährleistung von Aktionärsrechten in der vHV erscheint es sinnvoll, dass Vorfeld als Option zur Entlastung der eigentlichen Versammlung zu nutzen.

Die Möglichkeit zur angemessenen Beschränkung des Umfangs von Stellungnahmen in der Einberufung der Versammlung (§ 130a Abs. 1 S. 3 AktG) dient dem Zweck, ein Ausufer von Stellungnahmen auch im Sinne einer für die übrigen Aktionäre effizient erfassbaren Vorabinformation für ihre Meinungsbildung zu fokussieren.³⁷⁴ Diese Möglichkeit ist notwendig in Anspruch zu nehmen, um die Entzerrung der HV konsequent zu erreichen.³⁷⁵ Da auch hier kein Maßstab für die „Angemessenheit“³⁷⁶ angelegt wird, entstehen neue rechtliche Risiken, die fortan durch die Rechtsprechung aufgearbeitet werden müssen.³⁷⁷

Fernab von dieser bestehenden Rechtsunsicherheit ist zu erwarten, dass die Gewährung des Stellungnahmerechts im Vorfeld in der Praxis zur dauerhaften Nutzung des virtuellen Formats beiträgt. Die Vier-Tages-Frist sowie die entsprechende Beschränkung des Umfangs bilden sinnvolle Mittel, um die vHV zu entzerren und den Meinungsbildungsprozess der Aktionäre in das Vorfeld zu verlagern.

2. Rederecht in der Versammlung nach § 130a Abs. 5 AktG

a) Ausgestaltung in der Präsenzversammlung

Das Rederecht gehört gleichermaßen zu den versammlungsgebundenen Aktionärsrechten i.S.d. § 118 Abs. 1 AktG.³⁷⁸ Aufgrund seiner Ableitung aus dem Teilnahmerecht ist dieses Voraussetzung für die Existenz des Rederechts.³⁷⁹ Hingegen ist die Existenz des Stimmrechts für das Rederecht ohne Belang, vielmehr stehen das Stimm- und Rederecht nebeneinander.³⁸⁰ Das Rederecht ist zudem an keiner Stelle des Gesetzes ausdrücklich erwähnt, es wird aber in § 131 Abs. 2 S. 2 AktG implizit vorausgesetzt.³⁸¹ Die

³⁶⁹ Handelsrechtsausschuss des Deutschen Anwaltvereins, NZG 2022, 504 (510).

³⁷⁰ Handelsrechtsausschuss des Deutschen Anwaltvereins, NZG 2022, 504 (510).

³⁷¹ *Bundesverband Investment und Asset Management*, 2022, BVI-Stellungnahme zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Einführung virtueller Hauptversammlungen von Aktiengesellschaften, https://www.bvi.de/fileadmin/user_upload/2022_03_11_BVI-Stellungnahme.pdf, 18.1.2023.

³⁷² Handelsrechtsausschuss des Deutschen Anwaltvereins, NZG 2022, 504 (510).

³⁷³ Handelsrechtsausschuss des Deutschen Anwaltvereins, NZG 2022, 504 (510).

³⁷⁴ *Lochner/Keller*, ZIP 2022, 1997 (2000).

³⁷⁵ Handelsrechtsausschuss des Deutschen Anwaltvereins, NZG 2022, 504 (510).

³⁷⁶ Siehe Kapitel C. II. 2. d).

³⁷⁷ *Mutter/Werner*, AG 2022, 210 (210).

³⁷⁸ MüKo AktG/*Kubis*, § 118 Rn. 43.

³⁷⁹ MüKo AktG/*Kubis*, § 118 Rn. 43.

³⁸⁰ Zur GmbH: BGH, Urteil vom 12.7.1971, II ZR 127/69, juris.

³⁸¹ Handelsrechtsausschuss des Deutschen Anwaltvereins, NZG 2022, 504 (510).

tatbestandlichen Voraussetzungen entsprechen denen des Auskunftsrechts, insbesondere das Erfordernis eines Bezugs zur Tagesordnung.³⁸²

Das Rederecht umfasst grundlegend das Recht, sich zu den Gegenständen der Tagesordnung zu Wort melden zu können.³⁸³ Dies schließt mithin auch die Möglichkeit ein, sich in der HV akustisch Gehör zu verschaffen sowie die Pflicht der Gesellschaft, hierfür die technischen Voraussetzungen zu schaffen.³⁸⁴

Ebenso wie das Auskunftsrecht beschränkt sich das Rederecht auf Angelegenheiten der AG und auf Wortbeiträge, die zur Beurteilung der versammlungsgegenständlichen Tagesordnung objektiv erheblich sind.³⁸⁵ Es muss sich insgesamt im Rahmen einer ordnungsgemäßen Abwicklung der HV bewegen.³⁸⁶ Ausübungsschranken sind hier denkbar insbesondere bei einer übermäßigen zeitlichen Beanspruchung der HV oder bei beleidigenden Ausführungen.³⁸⁷ Der Versammlungsleiter hat im Rahmen seiner Leitungsgewalt dafür Sorge zu tragen, dass eine ordnungsgemäße Abwicklung gewährleistet wird und ist andernfalls geradezu verpflichtet, durch (individuelle) Beschränkungen tätig zu werden.³⁸⁸ Dies begründet sich darin, dass die Ausübung des Rederecht durch einen einzelnen Aktionär zugleich das Rede- und Auskunftsrecht der übrigen Aktionäre beeinträchtigt.³⁸⁹ Der Versammlungsleiter kann hierbei auch strengere Maßstäbe zur Beschränkung anlegen, da die Wertigkeit des Rederechts unterhalb der des Teilnahme- und Auskunftsrechts angesehen wird.³⁹⁰

b) Änderung nach dem vHV-G

aa) Teilnahmeberechtigte Aktionäre

§ 130a Abs. 5 AktG kodifiziert nun explizit das Rederecht der elektronisch zu der vHV zugeschalteten Aktionäre in der Versammlung.³⁹¹ Die Ausgestaltung soll der einer Präsenz-HV angenähert werden, indem die notwendigen rechtlichen Voraussetzungen verstetigt werden, um eine direkte Ansprache von Aktionären an die Verwaltung zu ermöglichen.³⁹² Der Gesetzgeber zielt darauf ab, auch im virtuellen Format ein freies und spontanes Rederecht als „zentrales Element“³⁹³ sicherzustellen. Die Beteiligten sollen in eine Generaldebatte, d.h. in einen lebendigen öffentlichen Dialog treten können,³⁹⁴ bei

³⁸² MüKo AktG/Kubis, § 118 Rn. 43.

³⁸³ MüKo AktG/Kubis, § 118 Rn. 80.

³⁸⁴ MüKo AktG/Kubis, § 118 Rn. 80.

³⁸⁵ Grüner, NZG 2000, 770 (771).

³⁸⁶ MüKo AktG/Kubis, § 118 Rn. 81.

³⁸⁷ MüKo AktG/Kubis, § 118 Rn. 81.

³⁸⁸ MüKo AktG/Kubis, § 118 Rn. 81.

³⁸⁹ MüKo AktG/Kubis, § 118 Rn. 81.

³⁹⁰ Koch AktG/Koch, § 131 Rn. 44.

³⁹¹ BeckOGK AktG/Poelzig, § 130a Rn. 40.

³⁹² BeckOGK AktG/Poelzig, § 130a Rn. 40.

³⁹³ Bundesregierung, 2022, Gesetzesentwurf, Entwurf eines Gesetzes zur Einführung virtueller Hauptversammlungen von Aktiengesellschaften und Änderung weitere Vorschriften, https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RegE_virtuelle_Hauptversammlung.pdf;jsessionid=88D6B80E9353BB1B6998B533BF134061.1_cid297?__blob=publicationFile&v=2, 18.1.2023.

³⁹⁴ Bundesverband Investment und Asset Management, 2022, BVI-Stellungnahme zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Einführung virtueller Hauptversammlungen von Aktiengesellschaften, https://www.bvi.de/fileadmin/user_upload/2022_03_11_BVI-Stellungnahme.pdf, 18.1.2023.

der die Aktionäre die Möglichkeit haben sollen, dem vorgetragenen Inhalt zusätzlich durch die Art ihres Vortrags Nachdruck zu verleihen.³⁹⁵

Gem. § 130a Abs. 5 S. 1 AktG ist das Rederecht in der vHV den elektronisch zu der Versammlung zugeschalteten Aktionären zu gewähren. Den Ausführungen zum Stellungnahmerecht entsprechend muss der Redeberechtigte im Zeitpunkt der vHV Aktionär der Gesellschaft sein oder als Aktionär gem. § 67 Abs. 2 AktG gelten.³⁹⁶ Auch für das Rederecht sind die Beteiligungshöhe und der Zeitpunkt des Aktienerwerbs unerheblich.³⁹⁷

bb) Inhalt und Form des Rederechts

Nach § 130a Abs. 5 S. 2 AktG ist die durch die AG festgesetzte Form der Videokommunikation zu verwenden.³⁹⁸ Dem Aktionär steht kein Anspruch zu, ein von ihm präferiertes Format zu wählen.³⁹⁹ Es muss sich dabei zwingend um eine Zwei-Wege-Direktverbindung handeln, so dass sich der Aktionär unmittelbar per Video zuschalten und sprechen kann.⁴⁰⁰ Da die AG nicht jegliche Möglichkeiten zur Videokommunikation bereitstellen muss, sondern sich etwa auf die Plattform eines bestimmten Dienstleisters beschränken kann (§ 130a Abs. 5 S. 2 AktG), wird das Risiko technischer Schwierigkeiten gemindert.⁴⁰¹

§ 130a Abs. 5 AktG sieht nach dem vHV-G nun ein grundsätzlich uneingeschränktes Rederecht vor, das auch Fragen und Nachfragen impliziert. Nach Überarbeitung des RefE wurden diese Regelungen deutlich erweitert und auch die vorgesehene Voranmeldung von Redebeiträgen in der Versammlung aufgehoben.⁴⁰² Das vHV-G baut damit das Rederecht im Gegensatz zu den Sonderregelungen des GesRuaCOVBekG deutlich aus. Hier war kein entsprechendes *aliud* für das Rederecht der Aktionäre in Form einer Stellungnahmemöglichkeit vorgesehen.⁴⁰³ War unter diesem Regelungsregime die elektronische Teilnahme als „echte“ Teilnahmeform nicht vorgesehen und die Stimmrechtsausübung nur qua elektronischer Briefwahl möglich, so hatten die Aktionäre faktisch keine Möglichkeit, sich während der HV zur Tagesordnung zu äußern.⁴⁰⁴

Inhaltlich erstreckt § 130a Abs. 5 S. 3 AktG das Rederecht auch auf Anträge und Wahlvorschläge nach § 118a Abs. 1 S. 2 Nr. 3 AktG, auf das Auskunftsverlangen nach § 131 Abs. 1 S. 1 AktG, auf Nachfragen nach § 131 Abs. 1d AktG sowie Fragen zu neuen Sachverhalten nach § 131 Abs. 1e AktG.⁴⁰⁵ Grundlegend muss aber, anders als der

³⁹⁵ *Bundesregierung*, 2022, Gesetzesentwurf, Entwurf eines Gesetzes zur Einführung virtueller Hauptversammlungen von Aktiengesellschaften und Änderung weitere Vorschriften, https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RegE_virtuelle_Hauptversammlung.pdf;jsessionid=88D6B80E9353BB1B6998B533BF134061.1_cid297?__blob=publicationFile&v=2, 18.1.2023.

³⁹⁶ BeckOGK AktG/*Poelzig*, § 130a Rn. 41.

³⁹⁷ BeckOGK AktG/*Poelzig*, § 130a Rn. 41.

³⁹⁸ *Reger/Gaßner*, RD i 2022, 396 (402).

³⁹⁹ *Reger/Gaßner*, RD i 2022, 396 (402).

⁴⁰⁰ *Bundesregierung*, 2022, Gesetzesentwurf, Entwurf eines Gesetzes zur Einführung virtueller Hauptversammlungen von Aktiengesellschaften und Änderung weitere Vorschriften, https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RegE_virtuelle_Hauptversammlung.pdf;jsessionid=88D6B80E9353BB1B6998B533BF134061.1_cid297?__blob=publicationFile&v=2, 18.1.2023.

⁴⁰¹ *Schilha/Gaßner*, ZIP 2022, 2357 (2366).

⁴⁰² Handelsrechtsausschuss des Deutschen Anwaltvereins, NZG 2022, 797 (800).

⁴⁰³ *Wicke*, DStR 2020, 885 (887).

⁴⁰⁴ *Mayer/Jenne/Miller*, BB 2020, 1282 (1292).

⁴⁰⁵ *Reger/Gaßner*, RD i 2022, 396 (402).

uneingeschränkte Wortlaut des § 130a Abs. 5 AktG suggeriert, ein inhaltlicher Zusammenhang zwischen dem Redebeitrag und einem Tagesordnungspunkt bestehen.⁴⁰⁶ Wie im Falle des § 131 AktG sollte hier die tatsächlich verhandelte (unter Umständen gem. § 122 Abs. 2, § 124 Abs. 1 AktG ergänzte) Tagesordnung maßgeblich sein.⁴⁰⁷

Die Redebeiträge müssen nicht vorab angemeldet werden. Sie können vielmehr von den elektronisch zugeschalteten Aktionären über einen „virtuellen Meldetisch“ angemeldet und sodann mittels Videokommunikation referiert werden.⁴⁰⁸ Der „virtuelle Meldetisch“ ermöglicht einen geordneten Ablauf der vHV.⁴⁰⁹ Es ist für die ordnungsgemäße Leitung einer vHV nicht von Relevanz, ob der Redner physisch am Versammlungsort vorträgt oder elektronisch zugeschaltet ist.⁴¹⁰

In Bezug auf den zeitlichen Ablauf der Redebeiträge ist das im RefE vorerst etablierte „Windhundprinzip“ entfallen.⁴¹¹ Nach diesem sollten Redebeiträge in der zeitlichen Reihenfolge ihres Eingangs bewilligt werden.⁴¹² Ausschlaggebend war hier der Gedanke einer strikten Gleichbehandlung der Aktionäre.⁴¹³ Es erscheint allerdings sinnvoller, bspw. Aktionären mit bedeutenden Stimmrechtsanteilen oder Aktionärsvereinigungen, die eine Vielzahl von Aktionären vertreten, vorrangig das Wort zu erteilen.⁴¹⁴ Somit steht die Ausgestaltung des Verfahrens im Ermessen des Versammlungsleiters, der dazu berechtigt ist, (wie auch im Präsenzformat) notwendige Maßnahmen zur Gewährleistung eines ordnungsgemäßen Ablaufs der vHV zu treffen. Die einschneidenden Beschränkungen des RefE würden unverhältnismäßig in das Rederecht eingreifen und den geradezu gewünschten Gewinn an Transparenz und informierter Entscheidungsfindung verhindern.⁴¹⁵

cc) Schranken und Beschränkungen des Rederechts

Gem. § 130a Abs. 6 AktG kann die Gesellschaft die Funktionsfähigkeit der Videokommunikation zwischen Aktionär und Gesellschaft in der Versammlung überprüfen und diesen zurückweisen, sofern die Funktionsfähigkeit nicht sichergestellt ist. Erforderlich ist ein entsprechender Vorbehalt in der Einberufung zur vHV gem. § 121 AktG. Der Test kann von einem technischen *Back-Office* etwa unmittelbar nach Anmeldung eines Redebeitrags vorgenommen werden.⁴¹⁶

Der Gesetzgeber konkretisiert nicht weiter, ab wann davon ausgegangen werden kann, dass die Funktionsfähigkeit nicht gewährleistet ist, er verweist aber darauf, dass die Frage nach der Funktionsfähigkeit im Ermessen der Gesellschaft steht.⁴¹⁷ Zweck dieser Regelung ist die Gewährleistung einer reibungslosen Generaldebatte im virtuellen Raum.⁴¹⁸ Diese Regelung ist insbesondere angesichts dessen bedeutsam, dass das Rederecht als ein Ausfluss des Teilnahmerechts besonders geschützt ist.⁴¹⁹ Für die

⁴⁰⁶ BeckOGK AktG/Poelzig, § 130a Rn. 46.

⁴⁰⁷ BeckOGK AktG/Poelzig, § 130a Rn. 46.

⁴⁰⁸ Reger/Gaßner, RD 2022, 396 (402).

⁴⁰⁹ Sturm/Imsameh, NZG 2022, 1327 (1331).

⁴¹⁰ Sturm/Imsameh, NZG 2022, 1327 (1331).

⁴¹¹ Mayer/Jenne/Miller, BB 2022, 1155 (1158).

⁴¹² Mayer/Jenne/Miller, BB 2022, 1155 (1158).

⁴¹³ Mayer/Jenne/Miller, BB 2022, 1155 (1158).

⁴¹⁴ Mayer/Jenne/Miller, BB 2022, 1155 (1158).

⁴¹⁵ Sturm/Imsameh, NZG 2022, 1327 (1331).

⁴¹⁶ Schilha/Gaßner, ZIP 2022, 2357 (2366–2367).

⁴¹⁷ Reger/Gaßner, RD 2022, 396 (402–403); Mutter/Werner, AG 2022, 352 (352).

⁴¹⁸ Schilha/Gaßner, ZIP 2022, 2357 (2366–2367).

⁴¹⁹ Reger/Gaßner, RD 2022, 396 (402–403).

Versagung der Zulassung des Redebeitrags wird es daher nicht ausreichen, dass lediglich einmalig eine Unterbrechung von kurzer Dauer aufgrund mangelhafter Internetverbindung entsteht.⁴²⁰ Die AG kann die Zulassung des Redebeitrags (erst dann) versagen, wenn über den gesamten Test der Funktionsfähigkeit keine konstante Verbindung aufrechterhalten werden kann.⁴²¹ Nicht geklärt ist dahingehend, ob die AG dem Aktionär (im Rahmen einer europarechtskonformen Auslegung) zu einem späteren Zeitpunkt einen erneuten Funktionstest ermöglichen muss.⁴²² Art. 9 Abs. 2 S. 1 ARRL⁴²³ bestimmt, dass Fragerecht und Antwortpflicht „vorbehaltlich etwaiger Maßnahmen, die die Mitgliedstaaten [...] den Gesellschaften zu ergreifen gestatten, um die Feststellung der Identität der Aktionäre, den ordnungsgemäßen Ablauf von Hauptversammlungen und ihre ordnungsgemäße Vorbereitung [...] zu gewährleisten“ bestehen. Es ist mithin auf Rechtssicherheit bedachten AGs anzuraten, den Test auch wiederholt anzubieten.⁴²⁴ Es steht dem Aktionär jedenfalls frei, nach Versagung des Redebeitrags erneut über den „virtuellen Meldetisch“ einen Redebeitrag anzumelden.⁴²⁵

Der Versammlungsleiter kann ermächtigt werden, das Rederecht des Aktionärs angemessen zu beschränken (§ 130a Abs. 5 S. 4 i.V.m. § 131 Abs. 2 S. 2 AktG). Das vHV-G sieht diesbezüglich keine Verfahrensregelungen vor, die Ausgestaltung steht insofern im Ermessen des Versammlungsleiters.⁴²⁶ Dies führt in der Praxis dazu, dass dem Versammlungsleiter eine bedeutende Rolle zukommt.⁴²⁷ Im steht die Aufgabe zu, notwendige Anordnungen zur Gewährleistung eines ordnungsgemäßen Ablaufs der vHV zu treffen.⁴²⁸ Zur angemessenen Beschränkung des Rederechts gelten insoweit die allgemeinen Regeln nach § 131 Abs. 2 S. 2 AktG, die in der Satzung festgesetzt werden und sich angesichts der Angemessenheit an der Dauer der HV orientieren müssen.⁴²⁹ Hinsichtlich des risikobehafteten Begriffs der „Angemessenheit“ wird auf die obigen Ausführungen⁴³⁰ verwiesen. Der Versammlungsleiter kann Maßnahmen wie die Festlegung der Reihenfolge der Redner, die Verkürzung der Redezeiten und die Schließung der Rednerliste (bzw. des „virtuellen Meldetischs“) vornehmen.⁴³¹

Nach den allgemeinen Grundsätzen für Redezeitbeschränkungen nach § 131 Abs. 2 S. 2 AktG ist die Beschränkung der einzelnen Redebeiträge auf eine maximale Dauer gerade nicht vorgesehen.⁴³² Nach h.M. sind Redezeitbeschränkungen der Rededauer also nicht generell zu Beginn der Versammlung zulässig, sondern nur und erst wenn dies für die Durchführung der Versammlung in angemessener Zeit erforderlich scheint.⁴³³

⁴²⁰ *Reger/Gaßner*, RDi 2022, 396 (402–403).

⁴²¹ *Reger/Gaßner*, RDi 2022, 396 (402–403).

⁴²² *Schilha/Gaßner*, ZIP 2022, 2357 (2366–2367).

⁴²³ Aktionärsrechterichtlinie (RL 2007/36/EG) des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11.7.2007 über die Ausübung bestimmter Rechte von Aktionären in börsennotierten Gesellschaften (ABl. EG 2007 L 184, 17).

⁴²⁴ *Schilha/Gaßner*, ZIP 2022, 2357 (2366–2367).

⁴²⁵ *Reger/Gaßner*, RDi 2022, 396 (402–403).

⁴²⁶ *Schilha/Gaßner*, ZIP 2022, 2357 (2366).

⁴²⁷ *Schilha/Gaßner*, ZIP 2022, 2357 (2367).

⁴²⁸ *Schilha/Gaßner*, ZIP 2022, 2357 (2367).

⁴²⁹ *Schilha/Gaßner*, ZIP 2022, 2357 (2367).

⁴³⁰ Siehe Kapitel C. II. 2. d).

⁴³¹ BeckOGK AktG/*Poelzig*, § 130a Rn. 48.

⁴³² *Klein*, NZG 2022, 483 (488–489).

⁴³³ BGH, Urteil vom 8.2.2010, II ZR 94/08, juris.

dd) Rechtsfolgen der Verletzung des Rederechts

Bei einer Verletzung des Rederechts gem. § 130a AktG kommt die Beschlussanfechtung nach § 243 Abs. 1 AktG in Betracht.⁴³⁴ Eine Verletzung kann etwa auf einer ungerechtfertigten (generellen oder individuellen) Redezeitbeschränkung beruhen.⁴³⁵ Dabei ist unerheblich, ob der betroffene Aktionär der Beschränkung widersprochen hat.⁴³⁶

§ 243 Abs. 4 AktG findet insofern keine Anwendung, als § 130a AktG allenfalls mittelbar in Zusammenhang mit der Informationserteilung steht.⁴³⁷ Eine Anfechtung ist gem. § 243 Abs. 3 Nr. 2 AktG ausgeschlossen, sofern die Verletzung der in elektronischer Form wahrgenommenen Aktionärsrechte aus technischen Störungen (§ 118a Abs. 1 S. 2 Nr. 6, 7 i.V.m. § 130a AktG) resultiert.⁴³⁸

c) Bewertung

Zentral für die neue vHV ist die Etablierung eines Rederechts der Aktionäre in der Versammlung (§ 118a Abs. 1 S. 3 Nr. 7 i.V.m. § 130a Abs. 5 AktG). Auf diese Weise wird den Aktionären ermöglicht, sich entsprechend dem Präsenzformat zu Wort melden zu können. Zu hinterfragen ist jedoch, ob die Ausweitung des Rederechts zugunsten der Aktionäre nicht den Aufwand für die AG dergestalt verstärkt, dass die Nutzung des virtuellen Formats in der Praxis unattraktiv erscheint.

Das nach § 130a Abs. 5 AktG grundsätzlich uneingeschränkte Rederecht zugeschalteter Aktionäre ist zunächst zu begrüßen. Die Möglichkeit spontaner und unmittelbarer Redebeiträge befähigt die Aktionäre, auf Beiträge anderer Aktionäre oder der Verwaltung zu reagieren.⁴³⁹ Erst dann kann sich der primäre Zweck der HV realisieren, der in der Unmittelbarkeit der Auseinandersetzung zwischen Aktionären und Verwaltung liegt.⁴⁴⁰ Ohne eine derartige Interaktionsmöglichkeit ist die Willensbildung und der Meinungs Austausch der Aktionäre untereinander nicht denkbar.⁴⁴¹

Mit der neu geschaffenen Redemöglichkeit in der vHV selbst geht der Gesetzgeber deutlich über die etablierte Praxis hinaus.⁴⁴² In der HV-Saison 2021 wurden Reden in der vHV bei den DAX-Gesellschaften de facto nur von einer Gesellschaft angeboten.⁴⁴³ Auch in der HV-Saison 2022 hat die Redemöglichkeit neben der bis dahin verbreiteten Einreichung von Aktionärsstellungen keine Bedeutung erlangt.⁴⁴⁴ Der Gesetzgeber beabsichtigt nun, „ein Element des Dialogs in der Versammlung zu bewahren“⁴⁴⁵ und eine der Präsenz-HV vergleichbare Situation herzustellen. Dies entspricht der

⁴³⁴ BeckOGK AktG/*Poelzig*, § 130a Rn. 51.

⁴³⁵ MüKo AktG/*Kubis*, § 118 Rn. 84.

⁴³⁶ LG München I, Urteil vom 11.12.2008, 5 HKO 15201/08, juris.

⁴³⁷ BeckOGK AktG/*Poelzig*, § 130a Rn. 51.

⁴³⁸ BeckOGK AktG/*Poelzig*, § 130a Rn. 51.

⁴³⁹ *Sturm/Imsameh*, NZG 2022, 1327 (1331).

⁴⁴⁰ *Sturm/Imsameh*, NZG 2022, 1327 (1331).

⁴⁴¹ *Sturm/Imsameh*, NZG 2022, 1327 (1331).

⁴⁴² *Klein*, NZG 2022, 483 (488).

⁴⁴³ *Danwerth*, AG 2021, 613 (621).

⁴⁴⁴ *Klein*, NZG 2022, 483 (488).

⁴⁴⁵ *Bundesministerium der Justiz*, 2022, Referentenentwurf, Entwurf eines Gesetzes zur Einführung virtueller Hauptversammlungen von Aktiengesellschaften, https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RefE_virtuelle_Hauptversammlung.pdf;jsessionid=835FE90D362AE7DAC19AF2CECDBE9273.1_cid289?__blob=publicationFile&v=3, 18.1.2023.

ausschlaggebenden Forderung insbesondere von Aktionärsvereinigungen in der Diskussion um die dauerhafte Einführung des virtuellen Formats in das AktG.⁴⁴⁶

Das vHV-G weitet das Rederecht auch im Hinblick auf den zulässigen Inhalt eines Redebeitrags aus.⁴⁴⁷ Es stellt ausdrücklich klar, dass das Auskunftsverlangen (§ 131 Abs. 1 AktG), Nachfragen (§ 131 Abs. 1d AktG) sowie weitere Fragen (§ 131 Abs. 1e AktG) Bestandteil eines Redebeitrags sein dürfen.⁴⁴⁸ Hierdurch ist zu befürchten, dass sich die Komplexität und das Risiko für Rechtsunsicherheiten erhöht und wiederum die für das virtuelle Format gebotene Entzerrung konterkariert.⁴⁴⁹ Der RefE sah vor, durch Beschränkungen des erlaubten Inhalts eines Redebeitrags den Ablauf für die Gesellschaft zu erleichtern und eine Entkopplung von Meinungsäußerungen per Videokommunikation auf der einen und die Wahrnehmung von Auskunfts- und Antragsrechten auf der anderen Seite zu bewirken.⁴⁵⁰ Dagegen sorgen gerade Rede und Gegenrede für den in der HV notwendigen Dialog.⁴⁵¹ Die gezwungene Entkopplung des Redebeitrags von den Fragen des Redners hätten diesen Dialog unterbunden und dazu geführt, dass weder die Möglichkeit zur Einreichung eines Redebeitrags noch einer Videobotschaft für die Aktionäre reizvoll erscheint.⁴⁵² Im Ergebnis erscheint die Ausweitung als erheblicher Vorteil für die Aktionäre.

Begrüßenswert ist zudem die Etablierung eines Verfahrens, um Bild und Ton sowie die Stabilität der Internetverbindung im Vorfeld zu testen und ggf. diejenigen Aktionäre ausschließen zu können, deren Funktionsfähigkeit nicht gewährleistet ist.⁴⁵³ Die Überprüfung der Funktionsfähigkeit verstärkt allerdings die erheblichen Kosten und den Aufwand, der insbesondere für kleinere Gesellschaften ohnehin bei der zwingenden Gewährung des Rederechts in der vHV besteht.⁴⁵⁴ Gesellschaften mit überschaubarem Aktionärskreis (insbesondere nicht börsennotierte Gesellschaften) ist es daher u.U. anzuraten, auf die physische HV auszuweichen, um den Rahmen des Aufwands für eine jährliche ordentliche HV nicht zu überschreiten.⁴⁵⁵

Gem. § 130a Abs. 5 S. 4 i.V.m. § 131 Abs. 2 S. 2 AktG kann der Versammlungsleiter nach eigenem Ermessen das Rederecht des Aktionärs angemessen beschränken. Die Beschränkungsmöglichkeiten nach Maßgabe des § 131 Abs. 2 S. 2 AktG dienen der

⁴⁴⁶ So bspw. *Tüngler/Benner-Heinacher*, 2022, DSW-Stellungnahme zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Einführung virtueller Hauptversammlungen von Aktiengesellschaften, https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2022/Downloads/0311_Stellungnahme_DSW_virtuelle_Hauptversammlung.pdf?__blob=publicationFile&v=2, 18.1.2023.

⁴⁴⁷ *Mayer/Jenne/Miller*, BB 2022, 1155 (1159).

⁴⁴⁸ *Mayer/Jenne/Miller*, BB 2022, 1155 (1159).

⁴⁴⁹ *Mayer/Jenne/Miller*, BB 2022, 1155 (1159).

⁴⁵⁰ *Mayer/Jenne/Miller*, BB 2022, 1155 (1159).

⁴⁵¹ *Tüngler/Benner-Heinacher*, 2022, DSW-Stellungnahme zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Einführung virtueller Hauptversammlungen von Aktiengesellschaften, https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2022/Downloads/0311_Stellungnahme_DSW_virtuelle_Hauptversammlung.pdf?__blob=publicationFile&v=2, 18.1.2023.

⁴⁵² *Tüngler/Benner-Heinacher*, 2022, DSW-Stellungnahme zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Einführung virtueller Hauptversammlungen von Aktiengesellschaften, https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2022/Downloads/0311_Stellungnahme_DSW_virtuelle_Hauptversammlung.pdf?__blob=publicationFile&v=2, 18.1.2023.

⁴⁵³ *Danwerth*, FAZ vom 26.07.2022 (16); *Klein*, NZG 2022, 483 (488).

⁴⁵⁴ Handelsrechtsausschuss des Deutschen Anwaltvereins, NZG 2022, 504 (510).

⁴⁵⁵ Handelsrechtsausschuss des Deutschen Anwaltvereins, NZG 2022, 504 (510).

Umsetzung des Konzepts einer Entzerrung der HV.⁴⁵⁶ Sie gehen dem Ziel nach, das unmittelbare Rederecht im virtuellen Format handhabbar zu gestalten und den AGs einen sicheren Rechtsrahmen zu bieten.⁴⁵⁷ Es ist zu befürchten, dass vielmehr eine Komplexität hinsichtlich der Verteilung der Redezeit entsteht, dessen Unsicherheiten der Versammlungsleiter über beschränkende Maßnahmen zu tragen hat.⁴⁵⁸ Hinsichtlich der Ausführungen zu dem Begriff der „Angemessenheit“ wird auf die obigen Ausführungen⁴⁵⁹ verwiesen.

Die ordnungsgemäße Durchführung durch den Versammlungsleiter wird die Praxis der vHV vor enorme Herausforderungen stellen, gerade wenn sich ggf. nahezu zeitgleich eine Vielzahl von Rednern am „virtuellen Meldetisch“ zu Wort meldet.⁴⁶⁰ Gerade für kleinere AGs bedeutet das umfänglich zu regulierende Rederecht erheblichen Aufwand und bspw. hohe Kosten durch die Etablierung eines Funktionsfähigkeitstests. Sie werden künftig infrage stellen, ob sie sich angesichts dessen für die virtuelle Gestaltungsform entscheiden.

D. Gesamtbewertung der neuen virtuellen Hauptversammlung aus Unternehmer- und Aktionärsicht

I. Aus Unternehmersicht

Für die Verwaltung ist die Präsenz-HV der Ort, an dem sie in direkten und präsenten Kontakt mit den Aktionären vor Ort tritt.⁴⁶¹ Die HV stellt insofern ein „wesentliches Instrument der *Corporate Governance*“⁴⁶² dar. Für die Bewertung der neu etablierten Regelungen ist somit elementar, dass der Wunsch sowohl von Unternehmer- als auch von Aktionärsseite erwächst, den unmittelbaren und interaktiven Dialog untereinander wieder zu stärken.⁴⁶³ Für die Unternehmer bot die Ausgestaltung unter den Sonderregelungen gerade insofern Anreize, als sie einen weitgehenden Ausschluss von Anfechtungsrisiken beinhaltet.⁴⁶⁴ Es gilt kritisch zu bewerten, inwiefern die neuen Regelungen weiterhin Anregungen für Unternehmer bieten, die virtuelle Gestaltungsform

⁴⁵⁶ Handelsrechtsausschuss des Deutschen Anwaltvereins, NZG 2022, 504 (510).

⁴⁵⁷ *Bundesministerium der Justiz*, 2022, Referentenentwurf, Entwurf eines Gesetzes zur Einführung virtueller Hauptversammlungen von Aktiengesellschaften, https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RefE_virtuelle_Hauptversammlung.pdf;jsessionid=835FE90D362AE7DAC19AF2CECDBE9273.1_cid289?__blob=publicationFile&v=3, 18.1.2023.

⁴⁵⁸ *Klein*, NZG 2022, 483 (488–489).

⁴⁵⁹ Siehe Kapitel C. II. 2. d).

⁴⁶⁰ *Schilha/Gaßner*, ZIP 2022, 2357 (2367).

⁴⁶¹ *Tüngler/Benner-Heinacher*, 2022, DSW-Stellungnahme zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Einführung virtueller Hauptversammlungen von Aktiengesellschaften, https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2022/Downloads/0311_Stellungnahme_DSW_virtuelle_Hauptversammlung.pdf?__blob=publicationFile&v=2, 18.1.2023.

⁴⁶² *Tüngler/Benner-Heinacher*, 2022, DSW-Stellungnahme zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Einführung virtueller Hauptversammlungen von Aktiengesellschaften, https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2022/Downloads/0311_Stellungnahme_DSW_virtuelle_Hauptversammlung.pdf?__blob=publicationFile&v=2, 18.1.2023.

⁴⁶³ *Tüngler/Benner-Heinacher*, 2022, DSW-Stellungnahme zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Einführung virtueller Hauptversammlungen von Aktiengesellschaften, https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2022/Downloads/0311_Stellungnahme_DSW_virtuelle_Hauptversammlung.pdf?__blob=publicationFile&v=2, 18.1.2023.

⁴⁶⁴ *Herrler*, DNotZ 2020, 468 (504–505).

als Grundlage für den regelmäßigen Meinungsbildungsprozess der Aktionäre zu etablieren.

An erster Stelle seien die organisatorischen Vorteile erwähnt, die sich für die AG eröffnen. Ab einer gewissen Größenordnung der HV stehen geeignete Veranstaltungshallen in der Regel nur mit einer Reservierung mehrere Jahre im Voraus zur Verfügung.⁴⁶⁵ Dieser organisatorische Aufwand, der zeitlich weit im Voraus stattzufinden hat, wird mit der Entscheidung für das virtuelle Format vollständig konterkariert. Hinzu kommt die finanzielle Entlastung durch die Einsparung von Saalmiete, Catering, etc.

Zweifellos kann das virtuelle Format auch im Hinblick auf den Aspekt der Nachhaltigkeit ein probates Mittel für die AG sein, um an Außenwirkung zu gewinnen. Die ausbleibenden Anreisen der Teilnehmer gehen unstreitig mit erheblichen CO₂-Einsparungen einher.⁴⁶⁶ Auch die Einsparung von Catering führt zur Reduzierung von Essensverschwendung und leistet einen Beitrag zu den umweltbezogenen Vorzügen.⁴⁶⁷ Strategisch ist anzuraten, sich im Zuge der fortschreitenden Digitalisierung der Thematik des virtuellen Formats anzunehmen, um möglichst sämtliche Zielgruppen im Aktionariat (Präsenzteilnehmer und die digitale Generation) einzubinden.⁴⁶⁸

Es verbleiben aber auch erhebliche Nachteile aus Sicht der AG. Insbesondere die Ausgestaltung des Auskunftsrechts stellt die Gesellschaft vor große Herausforderungen. Der ursprüngliche Vorteil der Möglichkeit zur Verlagerung der Fragen in das Vorfeld der Versammlung (§ 131 Abs. 1a AktG) hinsichtlich einer Entzerrung der gesamten Versammlung birgt einen enormen zusätzlichen Aufwand. Dieser wird insbesondere durch die Pflicht zur Beantwortung und Veröffentlichung der Antworten (§ 131 Abs. 1c S. 1 AktG) verstärkt.⁴⁶⁹ Die weite Ausgestaltung des Nachfragerechts während der vHV lässt die Belastung für die AG nahezu ins Unermessliche steigen.⁴⁷⁰ Die AGs werden voraussichtlich von der Möglichkeit einer Verlagerung des Auskunftsrechts in das Vorfeld der Versammlung keinen Gebrauch machen – somit würde das Bestreben, die Zeit in der HV effizienter zu nutzen, ins Leere laufen.⁴⁷¹ Damit würden etwaige vHV im Hinblick auf das Auskunfts- und Rederecht nahezu deckungsgleich zu einem typischen Ablauf von Präsenz-HVs ausgestaltet werden.⁴⁷²

Auch die weite inhaltliche Ausgestaltung des Rederechts sorgt für zusätzliche Herausforderungen. Das Risiko der Komplexität und erhöhten Rechtsunsicherheit steht für die AG im Vordergrund.⁴⁷³ Entscheidend ist hier zudem der etablierte Test zur Überprüfung der Funktionsfähigkeit vor einem Redebeitrag (§ 130a Abs. 6 AktG). Erscheint dieser auf den ersten Blick sinnvoll, so verstärkt er enorm die (finanzielle) Belastung, die insbesondere für kleinere AGs bei der zwingenden Gewährung des Rederechts ohnehin besteht.⁴⁷⁴

Unwiderlegbar folgt das vHV-G insofern nicht der Breite der Praxis des deutschen Aktienrechts. Die neuen Normen und Modifikationen differenzieren nicht zwischen

⁴⁶⁵ Handelsrechtsausschuss des Deutschen Anwaltvereins, NZG 2022, 797 (799).

⁴⁶⁶ *Pospiech/Schiller*, NJW-Spezial 2022, 527 (528).

⁴⁶⁷ *Redeke*, AG 2022, 98 (103).

⁴⁶⁸ *Schilha/Gaßner*, ZIP 2022, 2357 (2368).

⁴⁶⁹ *Mayer/Jenne/Miller*, BB 2022, 1155 (1159–1160).

⁴⁷⁰ Handelsrechtsausschuss des Deutschen Anwaltvereins, NZG 2022, 797 (797).

⁴⁷¹ Handelsrechtsausschuss des Deutschen Anwaltvereins, NZG 2022, 797 (797).

⁴⁷² Handelsrechtsausschuss des Deutschen Anwaltvereins, NZG 2022, 797 (797).

⁴⁷³ *Mayer/Jenne/Miller*, BB 2022, 1155 (1159).

⁴⁷⁴ Handelsrechtsausschuss des Deutschen Anwaltvereins, NZG 2022, 504 (510).

börsennotierten und nicht börsennotierten Gesellschaften sowie angesichts der enormen Kosten umfassender Virtualisierung nicht zwischen großen, mittleren und kleinen AGs. So kritisieren *Mutter*⁴⁷⁵ und *Werner*.⁴⁷⁶ Angesichts der zuvor dargelegten Herausforderungen erscheint das virtuelle Format nicht praktikabel für kleinere Gesellschaften. Das vHV-G berücksichtigt lediglich große AGs, die sowohl der finanziellen Belastung standhalten als auch ein angemessenes *Back-Office* aufstellen können, um der weiten Ausgestaltung des Auskunfts- und Rederechts während der vHV gerecht zu werden. Dies erscheint nicht gerechtfertigt, so spielt die Stellung der HV und der damit verbundene unmittelbare Dialog zwischen AG und Aktionär insbesondere für kleinere AGs eine noch herausragendere Rolle.⁴⁷⁷

Nicht zuletzt ist der risikobehaftete Begriff der „Angemessenheit“ zu erwähnen. Sowohl das Auskunfts- als auch das Rederecht sieht die Anwendung des § 131 Abs. 2 S. 2 AktG vor. Die Beschränkungsmöglichkeit dient dem Zweck, ein Ausufern von Stellungnahmen bzw. Fragen im Vorfeld zu verhindern und AGs einen sicheren Rechtsrahmen für die Gewährung der Aktionärsrechte zu bieten.⁴⁷⁸ Zu befürchten ist allerdings, dass das Interesse des Gesetzgebers in sein Gegenteil verkehrt wird. Die rechtssichere Durchführung der HV bleibt oberste Maxime der Verwaltung.⁴⁷⁹ Mit diesem Grundsatz folgt die Planung und Durchführung einer HV vornehmlich dem Ziel der Fehlervermeidung, um Anfechtungsklagen und Rechtsmissbrauch zu vermeiden.⁴⁸⁰ Die Ausgestaltung einer „angemessenen“ Beschränkung i.S.d. § 131 Abs. 2 S. 2 AktG eröffnet hier ein weites Feld möglicher Fehlerquellen und ungeklärter Rechtsfragen, die zukünftig gerichtlicher Klärung bedürfen.⁴⁸¹

Aufgrund des geltenden Beschlussmängelrechts haben zu befürchtende Anfechtungsklagen für die Unternehmer vielfach unzumutbare Konsequenzen.⁴⁸² Tiefgreifender als der Diskurs um das vHV-G ist im Aktienrecht folglich die Kritik am gegenwärtigen Beschlussmängelrecht. Diese ist mit der Diskussion um das virtuelle Format neu geschürt worden. Beispielhaft sind *Schilha*⁴⁸³ und *Gaßner*⁴⁸⁴ zu nennen, die monieren, dass die Minimierung von Anfechtungsrisiken weiterhin das oberste Gebot der AG bleibt, sofern das gegenwärtige Beschlussmängelrecht nicht reformiert wird.⁴⁸⁵

Im Ergebnis werden auf Rechtssicherheit bedachte AGs voraussichtlich gewissenhaft abwägen, ob und in welcher Ausgestaltung sie sich in den nächsten HV-Saisons für die Durchführung der ordentlichen HV im virtuellen Format entscheiden.⁴⁸⁶ Dabei wird eine elementare Entscheidung sein, ob Aktionären die Vorabereinreichung von Fragen ermöglicht werden soll.⁴⁸⁷ Zu befürchten ist aber, dass der neue gesetzliche Rahmen dem

⁴⁷⁵ Dr. Stefan Mutter.

⁴⁷⁶ Jessica Werner; *Mutter/Werner*, AG 2022, 210 (210).

⁴⁷⁷ *Tüngler/Benner-Heinacher*, 2022, DSW-Stellungnahme zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Einführung virtueller Hauptversammlungen von Aktiengesellschaften, https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2022/Downloads/0311_Stellungnahme_DSW_virtuelle_Hauptversammlung.pdf?__blob=publicationFile&v=2, 18.1.2023.

⁴⁷⁸ *Mayer/Jenne/Miller*, BB 2022, 1155 (1158).

⁴⁷⁹ *Danwerth*, FAZ vom 26.07.2022 (16); *Schilha/Gaßner*, ZIP 2022, 2357 (2368).

⁴⁸⁰ *Danwerth*, FAZ vom 26.07.2022 (16).

⁴⁸¹ *Schilha/Gaßner*, ZIP 2022, 2357 (2368).

⁴⁸² Handelsrechtsausschuss des Deutschen Anwaltvereins, NZG 2022, 797 (797).

⁴⁸³ Ralph Schilha.

⁴⁸⁴ Timm Gaßner.

⁴⁸⁵ *Schilha/Gaßner*, ZIP 2022, 2357 (2368).

⁴⁸⁶ *Schilha/Gaßner*, ZIP 2022, 2357 (2368).

⁴⁸⁷ *Schilha/Gaßner*, ZIP 2022, 2357 (2368).

Vorstand (für den Fall seiner Ermächtigung durch die HV) zu wenig Anreize bietet, sich von der bewährten Präsenz-HV abzuwenden.

II. Aus Aktionärsicht

Die vielfältigen Erfahrungen mit der vHV, die unvermittelt eingeführt werden musste und folglich vehement auf den Prüfstand gestellt wurde, boten dem Gesetzgeber eine wohl einmalige Möglichkeit, eine ausgewogene gesetzliche Grundlage für die vHV in die §§ 118 ff. AktG einzufügen.⁴⁸⁸ Vor Schaffung des vHV-G hat der Koalitionsvertrag zwischen SPD, Bündnis 90/Die Grünen und FDP den Anspruch an die zukünftige Gesetzesausgestaltung gestellt, vHVs dauerhaft „unter uneingeschränkter Wahrung der Aktionärsrechte“⁴⁸⁹ zu ermöglichen. In ihrer Stellungnahme zum RefE betonten *Tüngler*⁴⁹⁰ und *Benner-Heinacher*⁴⁹¹, dass der „wesentliche Grundsatz [gilt], dass das Hauptversammlungsformat nicht das Maß und den Umfang der Aktionärsrechte bestimmen darf“.⁴⁹² Es müssen die gleichen Aktionärsrechte gelten, unabhängig von dem Format der HV. Die Blickrichtung im Rahmen der Diskussion über die Zukunft der HV definiere dabei, dass jegliche Modifikationen auf Grundlage des geltenden AktG erfolgen müssen.⁴⁹³ Somit seien nicht die Sonderregelungen der Pandemie die Basis für eine solche Diskussion über die mögliche Ausgestaltung, sondern das geltende AktG.⁴⁹⁴ Einzelne Aktionärsrechte dürfen dabei nicht nur verschriftlicht gewährt werden, sondern müssen auch praxistauglich sein, damit die vHV als echte Alternative wahrgenommen wird.⁴⁹⁵ *Seibt*⁴⁹⁶ und *Danwerth*⁴⁹⁷ fügen dem hinzu, dass nicht alle Regelungen der Präsenz-HV „in den virtuellen Raum transferiert werden“⁴⁹⁸ sollen, sondern Modifikationen dann vorgenommen werden sollen, wenn dies im Hinblick auf die Besonderheiten des virtuellen Formats (zwingend) erforderlich erscheint.⁴⁹⁹

Das vHV-G gestaltet die vHV nun insofern aus, als sie konzeptionell der Präsenz-HV in sehr weitgehendem Umfang angenähert wird, mit der Besonderheit, dass die Teilnehmer

⁴⁸⁸ *Seibt/Danwerth*, NZG 2020, 1241 (1248–1249).

⁴⁸⁹ *Deutscher Bundestag*, BT-Drs. 20/1738.

⁴⁹⁰ Marc Tüngler.

⁴⁹¹ Jella Benner-Heinacher.

⁴⁹² *Tüngler/Benner-Heinacher*, 2022, DSW-Stellungnahme zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Einführung virtueller Hauptversammlungen von Aktiengesellschaften, https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2022/Downloads/0311_Stellungnahme_DSW_virtuelle_Hauptversammlung.pdf?__blob=publicationFile&v=2, 18.1.2023.

⁴⁹³ *Tüngler/Benner-Heinacher*, 2022, DSW-Stellungnahme zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Einführung virtueller Hauptversammlungen von Aktiengesellschaften, https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2022/Downloads/0311_Stellungnahme_DSW_virtuelle_Hauptversammlung.pdf?__blob=publicationFile&v=2, 18.1.2023.

⁴⁹⁴ *Tüngler/Benner-Heinacher*, 2022, DSW-Stellungnahme zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Einführung virtueller Hauptversammlungen von Aktiengesellschaften, https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2022/Downloads/0311_Stellungnahme_DSW_virtuelle_Hauptversammlung.pdf?__blob=publicationFile&v=2, 18.1.2023.

⁴⁹⁵ *Tüngler/Benner-Heinacher*, 2022, DSW-Stellungnahme zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Einführung virtueller Hauptversammlungen von Aktiengesellschaften, https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2022/Downloads/0311_Stellungnahme_DSW_virtuelle_Hauptversammlung.pdf?__blob=publicationFile&v=2, 18.1.2023.

⁴⁹⁶ Christoph H. Seibt.

⁴⁹⁷ Christopher Danwerth.

⁴⁹⁸ *Seibt/Danwerth*, NZG 2020, 1241 (1248–1249).

⁴⁹⁹ *Seibt/Danwerth*, NZG 2020, 1241 (1248–1249).

auf elektronischem Wege miteinander kommunizieren.⁵⁰⁰ Die Möglichkeit der Verlagerung des Auskunfts- und Rederechts ins Vorfeld der vHV wird beibehalten und die Anforderungen und Grenzen sogar (im Gegensatz zur Rechtslage unter Geltung des GesRuaCOVBekG und zum RefE) erheblich ausgeweitet.⁵⁰¹ Dies stellt insofern einen bedeutenden Vorzug für die Aktionäre dar, als es für eine verbesserte Aktionärsinformation durch eine erhöhte Transparenz und Qualität der Fragenbeantwortung sorgt.⁵⁰² Zusätzlich erfolgt die umfassende Ausweitung des Nachfragerechts und des zulässigen Inhalts eines Redebeitrags in der Versammlung. Hierdurch werden die Voraussetzungen für eine lebhaftere Rede und Gegenrede geschaffen und der Zweck der HV als Forum der Willensbildung und des Meinungsaustauschs erfüllt.⁵⁰³

Schließlich wird teilweise in der Diskussion um das virtuelle Format moniert, dass gewisse Aktionärsgruppen (insbesondere ältere Anteilseigner) de facto ausgeschlossen werden, die wenig technikaffin sind.⁵⁰⁴ Das Argument, welches sich im ersten Moment schlüssig und konsequent anhört, dürfte aber im Jahr 2023 nicht mehr stichhaltig sein. Inzwischen ist die Nutzung des virtuellen Angebots allseitig zumutbar.⁵⁰⁵ Diese Einschätzung entspricht auch der auf europäischer Ebene (ausweislich Tabelle 3 der Durchführungsverordnung (EU) 2018/1212⁵⁰⁶), der sich der Gesetzgeber in § 125 Abs. 5 AktG angeschlossen hat.⁵⁰⁷ Vielmehr ist es ggf. gerade für ältere Anteilseigner benutzerfreundlicher und deutlich weniger aufwendig, sich zu einer vHV zuzuschalten als einen u.U. hohen Reiseaufwand auf sich zu nehmen.⁵⁰⁸

Die erhebliche Ausweitung der versamlungsgebundenen Rechte entspricht weitgehend dem Interesse der Aktionäre. Aus ihrer Perspektive schafft das vHV-G in seiner Ausgestaltung denkbar ausschließlich Anreize, das virtuelle Format in der Praxis etablieren zu wollen.

III. Zusammenfassende Bewertung

Im Grundsatz ist die dauerhafte gesetzliche Verankerung des virtuellen Formats im digitalen Zeitalter zu begrüßen. Es erscheint allerdings zweifelhaft, ob nicht erhebliche Vorteile der vHV aufgrund ihrer weitgehenden Anlehnung an die Ausgestaltung der Präsenz-HV aus Unternehmersicht konterkariert wurden.⁵⁰⁹

⁵⁰⁰ Handelsrechtsausschuss des Deutschen Anwaltvereins, NZG 2022, 797 (797).

⁵⁰¹ *Franzmann/Rothweiler*, AG 2022, 809 (809–810).

⁵⁰² *Mayer/Jenne/Miller*, BB 2022, 1155 (1160–1161).

⁵⁰³ *Tüngler/Benner-Heinacher*, 2022, DSW-Stellungnahme zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Einführung virtueller Hauptversammlungen von Aktiengesellschaften, https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2022/Downloads/0311_Stellungnahme_DSW_virtuelle_Hauptversammlung.pdf?__blob=publicationFile&v=2, 18.1.2023.

⁵⁰⁴ *Redeke*, AG 2022, 98 (100); *Dubovitskaya*, NZG 2020, 647 (649).

⁵⁰⁵ *Redeke*, AG 2022, 98 (100).

⁵⁰⁶ *Die Europäische Kommission*, 2018, Durchführungsverordnung (EU) 2018/1212 der Kommission, zur Festlegung von Mindestanforderungen zur Umsetzung der Bestimmungen der Richtlinie 2007/36/EG des Europäischen Parlaments und des Rates in Bezug auf die Identifizierung der Aktionäre, die Informationsübermittlung und die Erleichterung der Ausübung der Aktionärsrechte, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:32018R1212&from=FR>, 18.1.2023.

⁵⁰⁷ *Redeke*, AG 2022, 98 (100).

⁵⁰⁸ *Redeke*, AG 2022, 98 (100).

⁵⁰⁹ *Pospiech/Schiller*, NJW-Spezial 2022, 527 (528).

Danwerth fasst seine Kritik am virtuellen Format insofern zusammen, als er die neue vHV als „von einem scheinbaren Ideal der Präsenzhauptversammlung geprägt – die aber tatsächlich viele Schwierigkeiten mit sich bringt“⁵¹⁰ beschreibt. Das vHV-G verfolge sich im politischen Kompromiss.⁵¹¹ Es erscheine widersprüchlich, dass der Gesetzgeber zum einen betont, keine HV zweiter Klasse schaffen zu wollen, zugleich aber die Möglichkeit, sich rein virtuell zu versammeln, auf längstens fünf Jahre beschränkt.⁵¹²

Auch *Franzmann*⁵¹³ und *Rothweiler*⁵¹⁴ führen aus, dass die neue vHV nach Maßgabe des vHV-G insgesamt ein „zweispältiges Bild“⁵¹⁵ mit einigen für die Weiterentwicklung der HV bedeutsamen Aspekten ergibt, jedoch auch einer Vielzahl an grundsätzlichen Merkmalen, die an einem nachhaltigen Erfolg der neuen vHV zweifeln lassen.⁵¹⁶

Das vHV-G nimmt darüber hinaus keine Ausweitung der Neuregelungen auf das Präsenzformat vor. Auch verzichtet es darauf, weitere reformbedürftige Aspekte des Aktienrechts (etwa das Beschlussmängelrecht) aufzunehmen.⁵¹⁷ Durch die Diskussion um die vHV wird vor Augen geführt, dass das deutsche HV-Recht insgesamt einer fundamentalen Modernisierung bedarf.⁵¹⁸ Bereits vor der Pandemie bestand weitgehend Einstimmigkeit über wesentliche Defizite der Präsenz-HV, welche insbesondere als eine Formalveranstaltung von zu langer Dauer und zu starker Prägung von rechtlichen Zwängen bezeichnet wird.⁵¹⁹ Die Kritik stammt von zahlreichen Seiten, bspw. von *Hirt*⁵²⁰, der moniert, dass vor diesem Hintergrund zwingend Handlungsbedarf bestehe, „die Hauptversammlung zu straffen, eine weniger von rechtlichen Aspekten geprägte Kommunikation zu ermöglichen und so auch mehr institutionelle Investoren zu einer persönlichen Teilnahme zu bewegen“.⁵²¹

Um dem Ziel der Eindämmung von ausufernden Debatten und wenig zielführenden Diskussionen nachgehen zu können, wäre eine Neujustierung der Aktionärsrechte in der HV zeitgemäß.⁵²² Zweifellos hat sich die Information der Aktionäre und deren Entscheidungsfindung in das Vorfeld der HV verlagert.⁵²³ *Seibt* als eine Stimme von vielen stellt fest, dass es in der (virtuellen) HV allenfalls noch um die Erklärung eines zuvor gebildeten Willens geht.⁵²⁴ In dieser Hinsicht hat der RefE ein bedeutendes Leitmotiv gesetzt, indem er die HV durch die Vorverlagerung von Frage- und Antragsrechten entzerrt und ihr dadurch größere Praktikabilität schafft.⁵²⁵ Das vHV-G kehrt davon allerdings ab und lässt die Chance zur Modernisierung ungenutzt.⁵²⁶ *Mutter* geht sogar über dieses Leitmotiv hinaus und stellt infrage, ob die vorgelegten Entwürfe und das vHV-G nicht grundsätzlich zu kurz greifen und dagegen eine vollständige Ablösung der HV durch eine Beschlussfassung in einem digitalisierten schriftlichen

⁵¹⁰ *Danwerth*, FAZ vom 26.07.2022 (16).

⁵¹¹ *Danwerth*, FAZ vom 26.07.2022 (16).

⁵¹² *Danwerth*, FAZ vom 26.07.2022 (16).

⁵¹³ Georg Franzmann.

⁵¹⁴ Stefan Rothweiler.

⁵¹⁵ *Franzmann/Rothweiler*, AG 2022, 809 (819).

⁵¹⁶ *Franzmann/Rothweiler*, AG 2022, 809 (819).

⁵¹⁷ Handelsrechtsausschuss des Deutschen Anwaltvereins, NZG 2022, 504 (504–505).

⁵¹⁸ Gesellschaftsrechtliche Vereinigung, AG 2021, 380 (381).

⁵¹⁹ *Martens*, AG 2004, 238 (240).

⁵²⁰ Hans-Christoph Hirt.

⁵²¹ *Hirt*, Corporate Governance 2015, 234 ff. (234).

⁵²² *Mayer/Jenne/Miller*, BB 2022, 1155 (1163).

⁵²³ *Mutter*, AG 2022, 57 (58).

⁵²⁴ *Seibt/Danwerth*, AG 2021, 369 (371).

⁵²⁵ *Mayer/Jenne/Miller*, BB 2022, 1155 (1163).

⁵²⁶ *Mayer/Jenne/Miller*, BB 2022, 1155 (1163).

Verfahren zeitgemäß wäre.⁵²⁷ Das vHV-G nehme lediglich die „Erblast der Präsenzhauptversammlung“ mit in die „virtuelle Neuzeit“.⁵²⁸ Die (virtuelle) HV bleibe letztlich „eine ineffiziente Veranstaltung mit viel Aufwand in Vorbereitung wie Durchführung“.⁵²⁹

Andere Stimmen sehen als entscheidend die Reform der Beschlussmängelrechts an. Schon vor der Diskussion um die dauerhafte Einführung der vHV wurde diese 2018 vom Deutschen Juristentag festgestellt.⁵³⁰ So äußert *Redeke*, dass das aktienrechtliche Beschlussmängelrecht das gesamte HV-Recht prägt.⁵³¹ „Antworten im Vorfeld sollten dem bisherigen Beschlussmängelrecht unterliegen, Auskünfte während der virtuellen Livedebatte müssten auf vorsätzliche Falschinformationen begrenzt werden. Dadurch würde das Vorfeld gestärkt, die Hauptversammlung kürzer und attraktiver“, so *Danwerth*.⁵³²

Die Einführung des vHV-G sorgt insgesamt für weit auseinandergehende Meinungen und führt zu der Frage, ob überhaupt eine Notwendigkeit bestand, eine Reform des AktG jedenfalls im Hinblick auf die vHV auf den Weg zu bringen.⁵³³ Fraglich erscheint dies insofern, als das virtuelle Format reichlich überstürzt eingeführt wurde und in diesem kurzen Zeitraum keine ausreichende rechtliche Diskussion und transparente Analyse des technisch Machbaren stattfinden konnte.⁵³⁴ Es erscheint zweifelhaft, ob die Erfahrungen der letzten drei Jahre mit einer rein virtuellen Versammlungsform für alle Beteiligten derart positiv war, dass es sich nun aufdrängt, nahtlos an dem virtuellen Format festzuhalten. Wenngleich es doch einen Rückschritt darstellen würde, wenn HVs künftig wieder auf Grundlage der bestehenden (bewährten) Regelungen in §§ 118 ff. AktG im Präsenzformat stattfinden würden.

E. Fazit

Die Etablierung einer rein virtuellen Versammlungsform in § 118a AktG stellt einen bedeutenden Schritt zur Modernisierung des Aktienrechts und Anpassung an die seit der letzten Neufassung des AktG im Jahr 1965 eingetretenen einschneidenden Veränderungen dar. Die Veränderungen basieren insbesondere auf der Zusammensetzung des Aktionärskreises sowie der zur Verfügung stehenden technischen Möglichkeiten.⁵³⁵

⁵²⁷ *Mutter*, AG 2022, 57 (58).

⁵²⁸ *Mutter*, AG 2022, 57 (58).

⁵²⁹ *Mutter*, AG 2022, 57 (58).

⁵³⁰ *Deutscher Juristentag e.V.*, 2018, Beschlüsse, des 72. Deutschen Juristentages in Leipzig, https://djt.de/wp-content/uploads/2020/03/181130_djt_internet_72_beschluesse.pdf, 18.1.2023.

⁵³¹ *Redeke*, AG 2022, 98 (107–109).

⁵³² *Danwerth*, FAZ vom 26.07.2022 (16); Handelsrechtsausschuss des Deutschen Anwaltvereins, NZG 2022, 504 (512).

⁵³³ *Tüngler/Benner-Heinacher*, 2022, DSW-Stellungnahme zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Einführung virtueller Hauptversammlungen von Aktiengesellschaften, https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2022/Downloads/0311_Stellungnahme_DSW_virtuelle_Hauptversammlung.pdf?__blob=publicationFile&v=2, 18.1.2023.

⁵³⁴ *Tüngler/Benner-Heinacher*, 2022, DSW-Stellungnahme zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Einführung virtueller Hauptversammlungen von Aktiengesellschaften, https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2022/Downloads/0311_Stellungnahme_DSW_virtuelle_Hauptversammlung.pdf?__blob=publicationFile&v=2, 18.1.2023.

⁵³⁵ Handelsrechtsausschuss des Deutschen Anwaltvereins, NZG 2022, 504 (504–505).

Der Gesetzgeber beabsichtigt nun, die in den letzten drei HV-Saisons gesammelten Erfahrungen zu nutzen und umzusetzen.⁵³⁶ Das virtuelle Format unter Maßgabe der Sonderregelungen des GesRuaCOVBekG wurde notgedrungen flächendeckend genutzt.⁵³⁷ Dabei bietet das virtuelle Format auf Aktionärsseite erhebliche Vorteile, u.a. für eine erleichterte Partizipation und verbesserte Information.⁵³⁸ Aus Sicht der Aktionäre hat das vHV-G die versammlungsgebundenen Aktionärsrechte zu ihren Gunsten fortentwickelt und sowohl im Vorfeld als auch während der Versammlung erheblich ausgebaut.

Auf Unternehmerseite bedarf es hingegen an Ausbesserungen angesichts einer effizienteren und missbrauchsresistenteren Ausgestaltung.⁵³⁹ Der neue gesetzliche Rahmen lässt befürchten, dass er der AG zu wenig Anreize bietet, die vHV in der Satzung zu etablieren. Insgesamt hat sich der Gesetzgeber auf die Angleichung der Aktionärsrechte an die Präsenz-HV fokussiert, ohne dabei die vHV neu und digitalisiert zu denken.⁵⁴⁰ Auch die sich aufdrängende und in Ansätzen im RefE formulierte Entzerrung der Versammlung wurde versäumt. Stattdessen wurden Modifikationen vorgenommen, die (jedenfalls kleinere) AGs vor nahezu unüberwindbare Herausforderungen stellen und die vHV insofern unattraktiv erscheinen lassen.

Im Ergebnis besteht weitgehend Einigkeit darüber, dass das Aktienrecht insgesamt einer Modernisierung bedarf. Dabei beschränkt sich der Handlungsbedarf nicht nur auf eine Neujustierung der Aktionärsrechte in der HV, sondern gründet vielmehr in der Notwendigkeit einer Reform des Beschlussmängelrechts. Die Nutzung des Vorfelds der HV erscheint notwendig für die Entlastung der Versammlung und könnte mit einer Neuregelung des Beschlussmängelrechts angemessen genutzt werden.

Die kommenden HV-Saisons werden zeigen, ob die Ausgestaltung der vHV praxistauglich genug ist, um die virtuelle Gestaltungsform zu etablieren. Zu erwarten ist gem. der hiesigen Ausführungen das genaue Gegenteil und ein entsprechender Nachbesserungsbedarf in der Zukunft.⁵⁴¹ Entsprechende Nachbesserungen in Richtung einer Modernisierung der HV sowie einer effizienteren und missbrauchsresistenteren Ausgestaltung sind auch anzuraten für ein international anschlussfähiges HV-Wesen.⁵⁴² Nicht zuletzt kann erwähnt werden, dass die nachhaltige Etablierung der vHV die Handlungsfähigkeit der AGs jedenfalls für künftige Ausnahmesituationen gewährleistet.⁵⁴³

⁵³⁶ *Drinhausen/Keinath*, BB 2022, 449 (449).

⁵³⁷ *Herrler*, DNotZ 2020, 468 (504–505).

⁵³⁸ *Redeke*, AG 2022, 98 (110).

⁵³⁹ *Redeke*, AG 2022, 98 (110).

⁵⁴⁰ *Mutter/Werner*, AG 2022, 210 (210).

⁵⁴¹ *Pospiech/Schiller*, NJW-Spezial 2022, 527 (528).

⁵⁴² *Redeke*, AG 2022, 98 (110).

⁵⁴³ *Redeke*, AG 2022, 98 (103).

Literaturverzeichnis

- Ahlswede, Johannes*, Zur Anwesenheit der Mitglieder des Aufsichtsrats in der virtuellen Hauptversammlung, AG 2023, S. 14.
- Beck'sches Notar-Handbuch, 7. Aufl., 2019, München, C.H. Beck (zit.: BeckNotar-HdB/Bearbeiter*in).
- Beck-Online.GROSSKOMMENTAR, Aktiengesetz, 2022, München, C.H.Beck (zit.: BeckOGK AktG/Bearbeiter*in).
- Danwerth, Christopher*, Die zweite Saison der virtuellen Hauptversammlung der Unternehmen der DAX-Indexfamilie, AG 2021, S. 613.
- Danwerth, Christopher*, Papiertiger Online-Aktionärsversammlung, Virtuelle Hauptversammlung, FAZ vom 26.07.2022, S. 16.
- Drinhausen, Florian/Keinath, Astrid*, Referentenentwurf eines Gesetzes zur Einführung virtueller Hauptversammlungen von Aktiengesellschaften, BB 2022, S. 449.
- Dubovitskaya, Elena*, Das Krisengesetz als Ideengrube für die künftige virtuelle Hauptversammlung, NZG 2020, S. 647.
- Franzmann, Georg/Brouwer, Tobias*, Wege zu einer verbesserten Aktionärsbeteiligung - Überlegungen und Vorschläge zur Reform der Hauptversammlung, AG 2020, S. 921.
- Franzmann, Georg/Rothweiler, Stefan*, Das Auskunfts- und Rederecht nach dem Gesetz zur Einführung virtueller Hauptversammlungen von Aktiengesellschaften, Der große Wurf oder an den Bedürfnissen der Praxis vorbei?, AG 2022, S. 809.
- Gehling, Christian*, Recht der Hauptversammlung - Reformbedarf erledigt?, AG 2022, S. 800.
- Gesellschaftsrechtliche Vereinigung*, Vorschläge der VGR zur Reform der Hauptversammlung börsennotierter Gesellschaften vom 26.4.2021, AG 2021, S. 380.
- Grigoleit, Hans Christoph* (Hrsg.): Aktiengesetz, Kommentar, 2. Aufl., 2020, München, C.H.Beck (zit.: Grigoleit AktG/Bearbeiter*in).
- Groß, Wolfgang*, Informations- und Auskunftsrecht des Aktionärs, AG 1997, S. 97.
- Grüner, Michael*, Zeitliche Einschränkung des Rede- und Fragerechts auf Hauptversammlungen – zugleich Besprechung der BVerfG-Entscheidung „Wenger/Daimler-Benz“, NZG 2000 192 – NZG 2000, S. 770.
- Guntermann, Lisa Marleen*, Der Referentenentwurf zur virtuellen Hauptversammlung 2.0, ZIP 2022, S. 781.
- Handelsrechtsausschuss des Deutschen Anwaltvereins*, Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Einführung virtueller Hauptversammlungen von Aktiengesellschaften, NZG 2022, S. 504.
- Handelsrechtsausschuss des Deutschen Anwaltvereins*, Stellungnahme zum Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Einführung virtueller Hauptversammlungen von Aktiengesellschaften und Änderung weiterer Vorschriften, NZG 2022, S. 797.

- Herrler, Sebastian*, Die virtuelle Hauptversammlung nach dem COVID-19-Gesetz, DNotZ 2020, S. 468.
- Herrler, Sebastian/Reymann, Christoph*, Die Neuerungen im Aktienrecht durch das ARUG, Unter besonderer Berücksichtigung der Neuregelungen zur Hauptversammlung und zur Kapitalaufbringung bei der AG, DNotZ 2009, S. 815.
- Hirt, Hans-Christoph*, in: Corporate Governance, Geschichte - Best Practice - Herausforderungen, hrsg. von Willi Schoppen, 2015, 234 ff.
- Hölters, Wolfgang/Weber, Markus* (Hrsg.): Aktiengesetz, Kommentar, 4. Aufl., 2022, München, C.H.Beck u. Verlag Vahlen (zit.: Hölters/Weber AktG/Bearbeiter*in).
- Hüffer, Uwe/Koch, Jens* (Hrsg.): Aktiengesetz, AktG, AktG, Beck'sche Kurz-Kommentare, Band 53, 16. Aufl., 2022, München, C.H. Beck (zit.: Koch AktG/Bearbeiter*in).
- Klein, Martin*, Der Referentenentwurf des Gesetzes für virtuelle Hauptversammlungen, NZG 2022, S. 483.
- Koch, Jens*, Informationsweitergabe und Informationsasymmetrien im Gesellschaftsrecht, ZGR 2020, S. 183.
- Lieder, Jan*, Die Bedeutung des Vertrauensschutzes für die Digitalisierung des Gesellschaftsrechts, NZG 2020, S. 81.
- Lochner, Daniel/Keller, Philippe*, Das Gesetz zur Einführung virtueller Hauptversammlungen, ZIP 2022, S. 1997.
- Martens, Klaus-Peter*, Die Reform der aktienrechtlichen Hauptversammlung, AG 2004, S. 238.
- Mayer, Barbara/Jenne, Moritz/Miller, Matthias*, Die virtuelle Hauptversammlung - 40 Praxisfragen zu Grundlagen, Planung, Einberufung und Durchführung der Hauptversammlungen nach dem COVID-19-GesR-G, BB 2020, S. 1282.
- Mayer, Barbara/Jenne, Moritz/Miller, Matthias*, „Rolle rückwärts“ - der Regierungsentwurf des Gesetzes zur Einführung virtueller Hauptversammlungen, BB 2022, S. 1155.
- Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 4 Aktiengesellschaft, 5. Aufl., 2020, München, C.H. Beck (zit.: MünchHdb GesR IV/Bearbeiter*in).
- Münchener Kommentar zum AktG Band 3 §§ 118-178, 5. Aufl., 2022, München, C.H.Beck (zit.: MüKo AktG/Bearbeiter*in).
- Mutter, Stefan*, Gekommen um zu bleiben - der Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz zur Einführung virtueller Hauptversammlungen von Aktiengesellschaften, AG 2022, S. 57.
- Mutter, Stefan/Werner, Jessica*, Der Funktionsfähigkeitstest nach § 130a AktG - (k)eine Spielwiese nur für Tekkies?, AG 2022, S. 352.
- Mutter, Stefan/Werner, Jessica*, Präsenzhauptversammlung in virtuellem Kleid anstelle virtueller Hauptversammlung, AG 2022, S. 210.
- Noack, Ulrich*, ARUG: das nächste Stück der Aktienrechtsreform in Permanenz, NZG 2008, S. 441.

- Pospiech, Lutz/Schiller, Claus Christopher*, Die virtuelle Hauptversammlung im AktG, NJW-Spezial 2022, S. 527.
- Redeke, Julian*, Virtuelle Hauptversammlungen börsennotierter Aktiengesellschaften, „Virtual Insanity?“, AG 2022, S. 98.
- Reger, Gerald/Gaßner, Timm*, Die neue virtuelle Hauptversammlung - ein Überblick, RD 2022, S. 396.
- Schilha, Ralph/Gaßner, Timm*, Die neue virtuelle Hauptversammlung, Gestaltungsoptionen für die Praxis, ZIP 2022, S. 2357.
- Schirmer, Jan-Erik*, Virtuelle Hauptversammlung: Dreifacher Ausbesserungsbedarf, AG 2023, S. 19.
- Schmidt, Karsten/Lutter, Marcus* (Hrsg.): AktG, Kommentar, 4. Aufl., 2020, Otto Schmidt (zit.: K. Schmidt/Lutter, AktG/Bearbeiter*in).
- Schulteis, Thomas*, Das „Gesetz zur Einführung virtueller Hauptversammlungen von Aktiengesellschaften und Änderung genossenschafts- sowie insolvenz- und restrukturierungsrechtlicher Vorschriften“ mit seinen Auswirkungen auf das Genossenschaftsrecht, GWR 2022, S. 327.
- Seibert, Ulrich/Florstedt, Tim*, Der Regierungsentwurf des ARUG - Inhalt und wesentliche Änderungen gegenüber dem Referentenentwurf, ZIP 2008, S. 2145.
- Seibt, Christoph H./Danwerth, Christopher*, Die Zukunft der virtuellen Hauptversammlung während und nach der COVID-19-Pandemie, Erkenntnisse der Hauptversammlungssaison 2020, Trends und Ausblick, NZG 2020, S. 1241.
- Seibt, Christoph H./Danwerth, Christopher*, Aktionärskommunikation und (Online-)Hauptversammlung: Das Vorfeld ist das Hauptfeld!, AG 2021, S. 369.
- Seibt, Christoph H./Danwerth, Christopher*, Einführung virtueller Hauptversammlungen: RegE mit Nachbesserungsbedarf, DB 2022, S. 1434.
- Seibt, Christoph H./Danwerth, Christopher*, Referentenentwurf des Gesetzes zur Einführung virtueller Hauptversammlungen: Eine kritische Analyse, AG 2022, S. 177.
- Semler, Johannes/Volhard, Rüdiger* (Hrsg.): Arbeitshandbuch für die Hauptversammlung, 5. Aufl., 2021, München, C.H.Beck u. Verlag Vahlen (zit.: Reichert HV-HdB/Bearbeiter*in).
- Simons, Cornelius/Hauser, Johanna*, Die virtuelle Hauptversammlung, Aktuelle Praxisfragen unter dem Regime der „Corona“-Gesetzgebung, NZG 2020, S. 488.
- Sturm, Wolfgang/Imsameh, Jassem*, Zum Gesetz zur Einführung virtueller Hauptversammlungen, NZG 2022, S. 1327.
- Tröger, Tobias*, Virtuelle Hauptversammlung 2020 und Aktionärsinteressen, BB 2020, S. 1091.
- Wicke, Hartmut*, Die virtuelle Hauptversammlung während der Corona-Pandemie - aktienrechtlicher Ausnahmezustand, DStR 2020, S. 885.
- Wicke, Hartmut*, Zulässigkeit virtueller Versammlungen, BGH-Beschl. v. 5.10.2021 – II ZB 7/21 und die große verbandsrechtliche Frage der Stunde, DStR 2022, S. 498.

Praxisleitfaden für den Arbeitgeber zum ge-
setzlichen Sonderkündigungsschutz –
Was muss der Arbeitgeber tun, um durch Ge-
setz besonders geschützten Arbeitnehmern
kündigen zu können?

Bachelorarbeit

an der

FH Aachen
FB Wirtschaftswissenschaften
Wirtschaftsrecht (LL.B.)
Erstprüfer: Prof. Dr. jur. Klaus Olbertz
Eingereicht am: 13.08.2022

Vorgelegt von

Johanna Wiechert
aus Moers

Abstract

Es besteht eine hohe Wahrscheinlichkeit, dass in einem Unternehmen Arbeitnehmer beschäftigt sind, die dem gesetzlichen Sonderkündigungsschutz unterliegen und bei deren Kündigung zahlreiche Besonderheiten beachtet werden müssen. Dies ist mit einigen Herausforderungen für den Arbeitgeber einhergehend. Die entsprechenden Regelungen hierzu lassen sich nicht zusammengefasst aus dem Kündigungsschutzgesetz entnehmen, sondern finden sich in verschiedenen arbeitsrechtlich relevanten Gesetzen wieder.

Ziel dieser Arbeit ist es, dem Arbeitgeber einen bündigen Überblick über die wichtigsten Merkmale des Sonderkündigungsschutzes nach §§ 17 I 1 MuSchG, 18 I BEEG, 5 I PflegeZG, 168 SGB IX und 15 KSchG zu ermöglichen. Methodisch wird hier nah am Gesetzestext und den entsprechenden Gesetzeskommentaren gearbeitet.

Bei den §§ 17 I MuSchG, 18 I BEEG, 5 I Pflege ZG und 168 SGB IX handelt es sich um Kündigungsverbote mit Erlaubnisvorbehalten, was zur Folge hat, dass eine solche Kündigung nur wirksam ist, wenn im Kündigungszeitpunkt eine behördliche Zustimmung vorliegt, wobei im Falle einer Kündigung nach § 168 SGB IX noch die Anhörung der Schwerbehindertenvertretung eine Wirksamkeitsvoraussetzung ist. Zur Erleichterung für die Praxis sind in der Arbeit Musteranträge für diese Zustimmung enthalten. Bei dem Schutz nach § 15 KSchG ist grundsätzlich nur die ordentliche Kündigung unzulässig und es bedarf bei einer außerordentlichen Kündigung der Zustimmung des Betriebsrats nach § 103 BetrVG.

Auf sonstige Beendigungstatbestände eines Arbeitsverhältnisses finden die Regelungen zum gesetzlichen Sonderkündigungsschutz keine Anwendung, weshalb der Arbeitgeber im ersten Schritt prüfen sollte, ob er sich anderweitig von dem Arbeitsverhältnis lösen kann. Sollte dies nicht möglich sein, muss der Arbeitgeber die in der Arbeit beschriebenen Schritte korrekt ausführen, damit es nicht zur Unwirksamkeit der Kündigung kommt. Zunächst ist eine Prüfung erforderlich, ob der zu kündigende Arbeitnehmer die Voraussetzungen des Sonderkündigungsschutzes erfüllt oder ob eine Ausnahme einschlägig ist. Gegebenenfalls ist rechtzeitig ein ordnungsgemäßer Antrag auf Zulassung der Kündigung bei der zuständigen Behörde zu stellen. Zudem sind die Anhörungserfordernisse zu beachten sowie die Formerfordernisse und die Kündigungsfrist einzuhalten.

Inhaltsverzeichnis

A. Einleitung	1
I. Zielsetzung und Vorgehensweise	1
II. Aufbau der Bachelorarbeit	1
B. Beendigungstatbestände eines Arbeitsverhältnisses	1
I. Kündigung	1
1. Ordentliche Kündigung	2
2. Außerordentliche Kündigung	3
3. Verdachtskündigung	4
4. Änderungskündigung	4
II. Sonstige Beendigungstatbestände	5
1. Aufhebungsvertrag	5
2. Auflösungsantrag	6
3. Anfechtung	6
4. Befristung	7
5. Eintritt einer auflösenden Bedingung	8
C. Abgrenzung des allgemeinen vom besonderen Kündigungsschutz	8
I. Begriff des allgemeinen Kündigungsschutzes	8
II. Begriff des besonderen Kündigungsschutzes	10
D. Durch Gesetz besonders kündigungsgeschützte Personengruppen	10
I. Schwangere und Mütter	10
1. Voraussetzungen für den Kündigungsschutz nach § 17 MuSchG	11
a) Persönlicher Anwendungsbereich	11
b) Bestehen einer Schwangerschaft	12
c) Fehlgeburt nach der 12. Schwangerschaftswoche	12
d) Entbindung	13
e) Kenntnis des Arbeitgebers	13
f) Nachträgliche Mitteilung der Schwangerschaft/ Fehlgeburt/ Entbindung innerhalb der Zweiwochenfrist	14
g) Unverzögliche Nachholung der Mitteilung bei unverschuldetem Versäumnis der Zweiwochenfrist	15
2. Rechtsfolgen des Kündigungsschutzes	15
a) Kündigung durch den Arbeitgeber	16

IV

b) Vorbereitungsmaßnahmen des Arbeitgebers	16
c) Anderweitige Beendigung des Arbeitsverhältnisses	17
3. Behördliche Zulassung der Kündigung nach § 17 II 1 MuSchG	17
a) Zuständige Behörde	17
b) Verfahren	18
c) Musterantrag auf behördliche Zustimmung zur Kündigung des Arbeitsverhältnisses nach § 17 II MuSchG	19
d) Entscheidung der Behörde	20
4. Begründung und Form der Kündigung nach § 17 II 2 MuSchG	21
5. Geltendmachung im Kündigungsschutzprozess	21
a) Einhaltung der dreiwöchigen Klagefrist nach § 4 KSchG	21
b) Darlegungs- und Beweislast	22
II. Elternzeit-Berechtigte	22
1. Voraussetzungen für den Kündigungsschutz nach § 18 I BEEG	23
a) Persönlicher Anwendungsbereich	23
b) Elternzeitberechtigung und wirksames Verlangen der Elternzeit	23
c) Dauer des Kündigungsschutzes	25
2. Rechtsfolgen des Kündigungsschutzes	25
3. Behördliche Zulassung der Kündigung nach § 18 I S. 4-6 BEEG	26
a) Zuständige Behörde	26
b) Verfahren	26
c) Musterantrag auf behördliche Zustimmung zur Kündigung des Arbeitsverhältnisses nach § 18 BEEG	27
d) Entscheidung der Behörde	27
4. Geltendmachung im Kündigungsschutzprozess	28
a) Einhaltung der dreiwöchigen Klagefrist nach § 4 KSchG	28
b) Darlegungs- und Beweislast	28
III. Pflegezeit-Berechtigte	29
1. Voraussetzungen des Kündigungsschutzes nach § 5 I PflegeZG	29
a) persönlicher Anwendungsbereich	29
b) Betreuung pflegebedürftiger naher Angehöriger	29
c) Kurzzeitige Arbeitsverhinderung nach § 2 PflegeZG	30
d) Freistellung nach § 3 PflegeZG	31

e) Dauer des Kündigungsschutzes	32
2. Rechtsfolgen des Kündigungsschutzes	32
3. Behördliche Zulassung der Kündigung nach § 5 II PflegeZG	32
a) Zuständige Behörde	33
b) Verfahren	33
c) Musterantrag auf behördliche Zustimmung zur Kündigung des Arbeitsverhältnisses nach § 5 II PflegeZG	34
d) Entscheidung der Behörde	34
4. Geltendmachung im Kündigungsschutzprozess	35
a) Einhaltung der dreiwöchigen Klagefrist des § 4 KSchG	35
b) Darlegungs- und Beweislast	35
IV. Familienpflegezeit-Berechtigte	35
1. Voraussetzungen des Kündigungsschutzes nach § 2 III FPfZG i.V.m. § 5 I PflegeZG	36
a) Persönlicher Anwendungsbereich	36
b) Betreuung pflegebedürftiger naher Angehöriger in häuslicher Umgebung	36
c) Anspruch auf Familienpflegezeit gemäß § 2 FPfZG und ordnungsgemäße Inanspruchnahme gemäß § 2 a FPfZG	36
d) Dauer des Sonderkündigungsschutzes	37
2. Rechtsfolgen des Sonderkündigungsschutzes	37
3. Behördliche Zulassung der Kündigung nach § 2 III FPfZG i.V.m. § 5 II PflegeZG	37
4. Geltendmachung im Kündigungsschutzprozess	37
a) Einhaltung der dreiwöchigen Klagefrist des § 4 KSchG	37
b) Darlegungs- und Beweislast	38
V. Schwerbehinderte und ihnen Gleichgestellte	38
1. Geltungsbereich des Kündigungsschutzes	38
a) Räumlicher Geltungsbereich	38
b) Persönlicher Geltungsbereich	39
aa) Schwerbehinderung	39
bb) Gleichstellung	39
c) Sachlicher Geltungsbereich	40
2. Ausnahmen vom Kündigungsschutz des § 168 SGB IX	40
a) Ausnahmefälle des § 173 SGB IX	40

VI

b) Unkenntnis des Arbeitgebers vom Feststellungsbescheid bzw. Feststellungsverfahren	41
3. Die Zustimmung des Integrationsamts	41
a) Ordentliche Kündigung	42
aa) Musterantrag auf Zustimmung des Integrationsamts zur ordentlichen Kündigung	43
b) Außerordentliche Kündigung	44
bb) Musterantrag auf Zustimmung des Integrationsamts zur fristlosen Kündigung	45
4. Anhörung der Schwerbehindertenvertretung	46
a) Anwendungsbereich	46
b) Anhörung	46
5. Rechtsschutz gegen eine Kündigung	47
VI. Betriebsvertretung und weitere Amtsinhaber	47
1. Geltungsbereich des Schutzes nach § 15 KSchG	47
a) Persönlicher Geltungsbereich	47
aa) Betriebsratsmitglied	48
bb) Personalvertretungsmitglied	48
cc) Wahlvorstand, Wahlbewerber und Einladender	49
b) Sachlicher Geltungsbereich	49
2. Zulässigkeit der außerordentlichen Kündigung	50
a) Wichtiger Grund	50
b) Zustimmung des Betriebsrats	50
3. Zulässigkeit der ordentlichen Kündigung	51
a) Stilllegung des Betriebes	51
b) Stilllegung einer Betriebsabteilung	51
c) Kündigungsfrist	52
d) Anhörung des Betriebsrats	52
E. Fazit	53
Literaturverzeichnis	VIII

Abkürzungsverzeichnis

BAG	Bundesarbeitsgericht
BEEG	Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
bzw.	beziehungsweise
FPfZG	Familienpflegezeitgesetz
Hs.	Halbsatz
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
KSchG	Kündigungsschutzgesetz
KündSchEltZVwV	Allgemeine Verwaltungsvorschrift zum Kündigungsschutz bei Elternzeit
MuSchG	Mutterschutzgesetz
PflegeZG	Pflegezeitgesetz
SGB IX	Sozialgesetzbuch IX
SGB VIII	Sozialgesetzbuch VIII
TzBfG	Teilzeit- und Befristungsgesetz
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz

A. Einleitung

I. Zielsetzung und Vorgehensweise

In der Praxis ist die Wahrscheinlichkeit hoch, dass ein Arbeitgeber Arbeitnehmer beschäftigt, welche gesetzlichen Sonderkündigungsschutz genießen. Eine Kündigung derart geschützter Arbeitnehmer kann den Arbeitgeber vor Herausforderungen stellen, da im Zuge dessen zahlreiche Besonderheiten zu beachten sind und gegebenenfalls Anträge auf Zustimmung der Kündigung bei den jeweils zuständigen Behörden gestellt werden müssen.

Ziel dieser Arbeit ist es, einen kompakten Überblick über die wichtigsten Besonderheiten, welche bei einer arbeitgeberseitigen Kündigung eines gesetzlich besonders vor Kündigungen geschützten Arbeitnehmers zu berücksichtigen sind, zu ermöglichen. Dabei wird in dieser Arbeit nah am Gesetzestext und den dazugehörigen Gesetzeskommentaren gearbeitet.

II. Aufbau der Bachelorarbeit

Einführend in das Thema werden zunächst die verschiedenen Beendigungstatbestände eines Arbeitsverhältnisses kurz dargestellt und anschließend aufgezeigt, dass der Sonderkündigungsschutz nur für bestimmte Beendigungsvarianten von Bedeutung ist. Da der gesetzliche Sonderkündigungsschutz eine Kategorie des besonderen Kündigungsschutzes ist, wird nachfolgend eine Abgrenzung des allgemeinen Kündigungsschutzes vom besonderen Kündigungsschutz vorgenommen.

Im Hauptteil der Arbeit werden dann diejenigen Personengruppen näher beleuchtet, die durch Gesetz besonders vor Kündigungen geschützt sind. Dabei wird explizit darauf eingegangen, was der Arbeitgeber zu tun und zu beachten hat, wenn er einen in dieser Art geschützten Arbeitnehmer kündigen möchte. Zudem finden sich dort Musteranträge für die behördliche Zustimmung der Kündigung, welche dem Arbeitgeber bei einer solchen beabsichtigten Kündigung behilflich sind. Die Arbeit schließt mit einem Fazit.

B. Beendigungstatbestände eines Arbeitsverhältnisses

Das Arbeitsverhältnis stellt ein Dauerschuldverhältnis dar, welches nicht durch den einmaligen Austausch der Leistungen beendet wird.¹ Es gibt zahlreiche besondere Beendigungstatbestände, die nachfolgend überblicksmäßig behandelt werden. Nicht für jeden Beendigungstatbestand spielt der Sonderkündigungsschutz bestimmter Personengruppen eine Rolle.

I. Kündigung

Die Kündigung wird definiert als eine einseitige, rechtsgestaltende und empfangsbedürftige Willenserklärung, welche das Arbeitsverhältnis für die Zukunft beendet.^{2,3}

Disclaimer: Das in dieser Arbeit gewählte generische Maskulinum bezieht sich zugleich auf die männliche, die weibliche und andere Geschlechteridentitäten. Auf eine Mehrfachbezeichnung wird zwecks einer besseren Lesbarkeit verzichtet.

¹ Arbeitsrechts-Handbuch/Linck, § 121 Rn. 1.

² Arbeitsrechts-Handbuch/Linck § 121 Rn. 2.

³ Löwisch/Caspers/Klumpp, Arbeitsrecht, § 17 Rn. 602.

Die nachfolgenden Ausführungen beziehen sich auf arbeitgeberseitige Kündigungen. Bei dieser Beendigungsvariante müssen die Regelungen zum gesetzlichen Sonderkündigungsschutz beachtet werden. Detaillierte Ausführungen dazu finden sich im Gliederungspunkt „D.“.

Zur Wirksamkeit der Kündigung bedarf es einer ordnungsgemäßen Kündigungserklärung. Gemäß § 623 BGB muss die Kündigung der Schriftform des § 126 BGB genügen.⁴ Das bedeutet, dass die Kündigungserklärung nach § 126 I BGB schriftlich zu erfolgen hat und eine eigenhändige Unterschrift aufweisen muss.⁵ Die elektronische Form dieser Erklärung ist durch § 623 2. Hs. BGB ausgeschlossen. Zudem muss die Kündigung von einer Person ausgesprochen werden, welche kündigungsberechtigt ist.⁶ Kündigungsberechtigt ist der Arbeitgeber selbst sowie Personen, die dafür Vertretungsmacht besitzen.⁷ Zum Wirksamwerden muss die Kündigung beim anderen Vertragspartner nach § 130 I 1 BGB zugehen.^{8,9}

Weiterhin ist zu beachten, dass vor jeder Kündigung eine ordnungsgemäße Anhörung der Arbeitnehmervertretung zu erfolgen hat.¹⁰ Gemäß § 102 BetrVG hat der Arbeitgeber den Betriebsrat vor jeder Kündigung über die Kündigungsgründe zu unterrichten.¹¹

Grundsätzlich wird zwischen der ordentlichen und der außerordentlichen Kündigung unterschieden sowie zwischen der Verdachts- und der Änderungskündigung.¹²

1. Ordentliche Kündigung

Die ordentliche oder auch die sogenannte fristgemäße Kündigung hat unter Einhaltung der gesetzlichen, tariflichen, betriebsüblichen oder einzelvertraglich vereinbarten Kündigungsfrist zu erfolgen.¹³ In Abgrenzung zur außerordentlichen Kündigung kommt sie grundsätzlich nur in Betracht, wenn es sich um ein auf unbestimmte Zeit eingegangenes Arbeitsverhältnis handelt.¹⁴

Nach § 622 I BGB beträgt die Grundkündigungsfrist vier Wochen zum 15. oder zum Ende eines Kalendermonats. Allerdings verlängert sich diese Frist bei arbeitgeberseitigen Kündigungen nach § 622 II BGB je nach Beschäftigungsdauer auf bis zu sieben Monate zum Ende eines Kalenderjahres. Es gilt die Gleichheit der Kündigungsfristen nach § 622 VI BGB: Für die arbeitnehmerseitige Kündigung darf einzelvertraglich keine längere Frist vereinbart werden als für die arbeitgeberseitige Kündigung.¹⁵ Sollte der Arbeitgeber die Kündigungsfrist nicht einhalten, ergibt die Auslegung regelmäßig, dass die Beendigung des Arbeitsverhältnisses zum nächstmöglichen Termin gewollt ist.¹⁶

⁴ Löwisch/Caspers/Klumpp, Arbeitsrecht, § 17 Rn. 609.

⁵ Löwisch/Caspers/Klumpp, Arbeitsrecht, § 17 Rn. 609.

⁶ MAH ArbR/Vossen, § 42 Rn. 25.

⁷ Löwisch/Caspers/Klumpp, Arbeitsrecht, § 17 Rn. 605.

⁸ Löwisch/Caspers/Klumpp, Arbeitsrecht, § 17 Rn. 603.

⁹ Richardi/Thüsing, BetrVG, § 102 Rn. 10.

¹⁰ Richardi/Thüsing, BetrVG, § 102 Rn. 11.

¹¹ Arbeitsrechts-Handbuch/Rinck, § 124 Rn. 1.

¹² Arbeitsrechts-Handbuch/Linck, § 123 Rn. 6, 7.

¹³ Arbeitsrechts-Handbuch/Linck, § 123 Rn. 6.

¹⁴ BeckOK ArbR/Bayreuther, TzBfG, § 16 Rn. 5.

¹⁵ Löwisch/Caspers/Klumpp, Arbeitsrecht, § 17 Rn. 623.

¹⁶ Löwisch/Caspers/Klumpp, Arbeitsrecht, § 17 Rn. 626.

Ist der Anwendungsbereich des Kündigungsschutzgesetzes eröffnet, bedarf die Kündigung durch den Arbeitgeber zu ihrer Wirksamkeit der sozialen Rechtfertigung gemäß § 1 I KSchG durch personenbedingte, verhaltensbedingte oder betriebsbedingte Gründe.¹⁷

Das Recht zur ordentlichen Kündigung kann durch gesetzliche oder tarifliche Bestimmungen beschränkt oder ganz ausgeschlossen werden.¹⁸

2. Außerordentliche Kündigung

Die außerordentliche bzw. fristlose Kündigung, welche in § 626 BGB geregelt ist, führt zur sofortigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses.¹⁹ Das Recht zur außerordentlichen Kündigung ist unabdingbar.²⁰

Damit eine solche Kündigung zulässig ist, müssen ein wichtiger Grund sowie Umstände vorliegen, welche die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses im konkreten Fall unzumutbar machen.²¹

Ein wichtiger Grund ist beispielsweise das Begehen einer Straftat zulasten des Arbeitgebers oder eine Vertragsverletzung.²² Ausnahmsweise kann ein wichtiger Grund auch dann vorliegen, wenn der andere Teil keine Vertragsverletzung begangen hat, und zwar dann, wenn die ordentliche Kündigung ausgeschlossen ist.²³ Wenn zusätzlich noch ein Festhalten am Arbeitsverhältnis unzumutbar ist, kommt eine Kündigung nach § 626 I BGB in Betracht.²⁴

Es kommt zu einer umfassenden Interessenabwägung, bei welcher die Frage gestellt wird, ob die außerordentliche Kündigung das mildeste Mittel ist und ob es eine negative Zukunftsprognose gibt.²⁵ Hierbei sind Art und Schwere der Pflichtverletzung sowie der Schadensumfang und die Dauer der Betriebszugehörigkeit des Arbeitnehmers ausschlaggebend.²⁶

Zusätzlich muss die zweiwöchige Kündigungserklärungsfrist des § 626 II BGB eingehalten werden. Diese Frist beginnt mit dem Zeitpunkt zu laufen, in dem der Kündigungsberechtigte Kenntnis von den maßgeblichen Tatsachen erlangt.²⁷ Zu diesen Tatsachen gehört auch die Stellungnahme des zu Kündigenden in Bezug auf den Kündigungssachverhalt, was zur Folge hat, dass die Frist, im Falle einer Kündigung wegen einer Vertragsverletzung erst zu laufen beginnt, wenn der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber angehört wurde.²⁸ Läuft die Zweiwochenfrist ohne Zugang der Kündigung ab, ist die Geltendmachung der betreffenden Kündigungstatsache zukünftig nicht mehr möglich.²⁹

¹⁷ ErfK /Müller-Glöge, BGB, § 620 Rn. 46.

¹⁸ Arbeitsrecht von A-Z/Schaub/Koch, Ordentliche Kündigung.

¹⁹ ErfK/Niemann, BGB, § 626 Rn. 8.

²⁰ Arbeitsrechts-Handbuch/Linck, § 127 Rn. 10.

²¹ MüKo/Henssler, BGB, § 626 Rn. 80.

²² Löwisch/Caspers/Klumpp, Arbeitsrecht, § 17 Rn. 631.

²³ Löwisch/Caspers/Klumpp, Arbeitsrecht, § 17 Rn. 634.

²⁴ Löwisch/Caspers/Klumpp, Arbeitsrecht, § 17 Rn. 634.

²⁵ APS/Vossen, BGB, § 626 Rn. 26, 34.

²⁶ Löwisch/Caspers/Klumpp, Arbeitsrecht, § 17 Rn. 631.

²⁷ Löwisch/Caspers/Klumpp, Arbeitsrecht, § 17 Rn. 640.

²⁸ Löwisch/Caspers/Klumpp, Arbeitsrecht, § 17 Rn. 642.

²⁹ Löwisch/Caspers/Klumpp, Arbeitsrecht, § 17 Rn. 644.

3. Verdachtskündigung

Der Verdacht, dass der Arbeitnehmer gegen den Arbeitgeber eine strafbare Handlung gerichtet hat oder eine schwere Vertragsverletzung begangen hat, kann die außerordentliche Kündigung nach § 626 BGB rechtfertigen, sofern dieser Verdacht das zur Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses notwendige Vertrauen zerstört.³⁰ Ein solcher Verdacht kann einen wichtigen Grund für die fristlose Kündigung bilden.^{31,32}

Eine derartige Kündigung ist nur zulässig, wenn starke Verdachtsmomente auf objektiven Tatsachen gründen und die Verdachtsmomente geeignet sind, dass dem Arbeitgeber die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht zugemutet werden kann.³³

Der Arbeitgeber muss alle zumutbaren Anstrengungen zur Aufklärung des Sachverhalts unternehmen, insbesondere muss er den Arbeitnehmer, welcher verdächtigt wird, innerhalb der Regelfrist von einer Woche anhören und ihm Gelegenheit zur Stellungnahme geben.³⁴

Sollte sich im Nachhinein die Unschuld des Arbeitnehmers herausstellen, könnte er unter Umständen einen Anspruch auf Wiedereinstellung haben.³⁵

4. Änderungskündigung

Die Änderungskündigung kommt dann in Betracht, wenn für einen oder für beide Vertragsparteien das Bedürfnis entsteht, die Vertragsbedingungen abzuändern.³⁶ Der Kündigende verknüpft die Kündigung mit dem Angebot, das Arbeitsverhältnis unter geänderten Bedingungen fortzusetzen.³⁷

Lässt sich der Kündigungsadressat auf die Änderungskündigung ein, wird das Arbeitsverhältnis mit den entsprechenden Änderungen fortgeführt.³⁸ Tut er dies nicht, wird das Arbeitsverhältnis aufgelöst.³⁹

In vielen Fällen wird die Änderungskündigung als ordentliche Kündigung ausgesprochen und auf diese ist das Kündigungsschutzgesetz anzuwenden, falls der Arbeitnehmer Kündigungsschutz genießt.⁴⁰ Sie ist in den §§ 2, 4 S. 2, 7 KSchG geregelt.⁴¹ Die arbeitgeberseitige Änderungskündigung bedarf für die einseitige Abänderung des Vertragsinhalts einen rechtfertigenden Grund.^{42,43}

Bei Arbeitnehmern, deren ordentliche Kündigung gesetzlich, tariflich oder vertraglich ausgeschlossen ist, ist eine Änderungskündigung nur als fristlose Kündigung nach § 626 BGB

³⁰ Löwisch/Caspers/Klumpp, Arbeitsrecht, § 17 Rn. 635.

³¹ ErfK /Niemann, BGB, § 626 Rn. 173.

³² Eylert, NZA-RR 19 (2014) 393 (395).

³³ ErfK/Niemann, BGB, § 626 Rn. 177a-177b.

³⁴ ErfK/Niemann, BGB, § 626 Rn. 178.

³⁵ ErfK /Niemann, BGB, § 626 Rn. 184.

³⁶ Löwisch/Caspers/Klumpp, Arbeitsrecht, § 17 Rn. 652.

³⁷ APS/Künzl, KSchG, § 2 Rn. 5.

³⁸ Löwisch/Caspers/Klumpp, Arbeitsrecht, § 17 Rn. 653.

³⁹ Löwisch/Caspers/Klumpp, Arbeitsrecht, § 17 Rn. 653.

⁴⁰ Löwisch/Caspers/Klumpp, Arbeitsrecht, § 17 Rn. 653.

⁴¹ Löwisch/Caspers/Klumpp, Arbeitsrecht, § 18 Rn. 799.

⁴² Löwisch/Caspers/Klumpp, Arbeitsrecht, § 18 Rn. 799.

⁴³ Küttner Personalbuch 2022/Schmidt Änderungskündigung Rn. 16.

möglich.⁴⁴ Für das Vorliegen eines wichtigen Grundes sind die vom Arbeitgeber angestrebten Änderungen der Arbeitsbedingungen maßgeblich.⁴⁵ Außerdem muss dem Arbeitgeber die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unter den bisherigen Bedingungen, auch unter Berücksichtigung der Interessen des Arbeitnehmers, unzumutbar sein.⁴⁶

II. Sonstige Beendigungstatbestände

Im Folgenden geht es um sonstige Beendigungstatbestände eines Arbeitsverhältnisses, welche nicht als Kündigung zu qualifizieren sind und daher für den Kündigungsschutz keine Rolle spielen.^{47,48,49} Sie können für den Arbeitgeber vorteilhaft sein, weil zudem auch das Anhörungserfordernis des Betriebsrats nach § 102 I BetrVG entfällt.

1. Aufhebungsvertrag

Das Arbeitsverhältnis kann durch vertragliche Vereinbarung durch einen Aufhebungsvertrag jederzeit beendet werden.⁵⁰ Häufig wird im Zuge dessen eine Abfindung für den Arbeitnehmer ausgehandelt.⁵¹

Der Aufhebungsvertrag bedarf der Schriftform nach § 623 BGB.⁵² Beide Parteien sind an den einmal abgeschlossenen Vertrag gebunden und es besteht kein Widerrufsrecht des Arbeitnehmers.⁵³ Obwohl der Arbeitnehmer als Verbraucher im Sinne des § 13 BGB anzusehen ist, finden die Verbraucherschützenden Vorschriften der §§ 312, 312b, 312g BGB auf Aufhebungsverträge, welche am Arbeitsplatz geschlossen werden, keine Anwendung.⁵⁴

Sollte es sich bei dem Aufhebungsvertrag um vom Arbeitgeber für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierte Vertragsbedingungen gemäß § 305 I 1 BGB handeln, ist eine AGB-Kontrolle durchzuführen mit der Besonderheit, dass für die Beendigungsvereinbarung und die Abfindung eine Inhaltskontrolle nach § 307 III 1 BGB ausscheidet.⁵⁵ Sonstige in dem Vertrag enthaltene Regelungen, beispielsweise Ausgleichsklauseln als Nebenabreden zur Aufhebungsvereinbarung, unterliegen jedoch wohl der Inhaltskontrolle.⁵⁶ Nach der Auffassung des BAG stellt ein formularmäßiger Verzicht des Arbeitnehmers auf eine Kündigungsschutzklage ohne kompensierende Gegenleistung seitens des Arbeitgebers eine unangemessene Benachteiligung des Arbeitnehmers dar.⁵⁷ Der Auflösungsvertrag unterliegt der Anfechtungsmöglichkeit gemäß §§ 119, 123 BGB.⁵⁸

⁴⁴ *Löwisch/Caspers/Klumpp*, Arbeitsrecht, § 17 Rn. 654.

⁴⁵ *Löwisch/Caspers/Klumpp*, Arbeitsrecht, § 17 Rn. 654.

⁴⁶ *Löwisch/Caspers/Klumpp*, Arbeitsrecht, § 17 Rn. 654.

⁴⁷ MAH Arb/Betz/Burg, § 45 Rn. 31, 74, 208.

⁴⁸ ErfK/Rolfs, SGB IX, § 168 Rn. 11.

⁴⁹ APS/Rolfs, PflegeZG, § 5 Rn. 31, 32.

⁵⁰ Arbeitsrechts-Handbuch/Linck, § 121 Rn. 3.

⁵¹ *Löwisch/Caspers/Klumpp*, Arbeitsrecht, § 17 Rn. 661.

⁵² ErfK/Müller-Glöge, BGB, § 620 Rn. 9.

⁵³ *Löwisch/Caspers/Klumpp*, Arbeitsrecht, § 17 Rn. 663.

⁵⁴ Arbeitsrechts-Handbuch/Linck, § 122 Rn. 7.

⁵⁵ Arbeitsrechts-Handbuch/Linck, § 122 Rn. 13.

⁵⁶ Arbeitsrechts-Handbuch/Linck, § 122 Rn. 13.

⁵⁷ Arbeitsrechts-Handbuch/Linck, § 122 Rn. 13.

⁵⁸ *Löwisch/Caspers/Klumpp*, Arbeitsrecht, § 17 Rn. 663.

2. Auflösungsantrag

Nach § 9 KSchG können die Vertragsparteien das Arbeitsverhältnis durch ein Urteil auflösen lassen, wenn vom Gericht festgestellt wurde, dass die Kündigung das Arbeitsverhältnis nicht beendet hat und wenn die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses den Interessen einer Partei trotz Sozialwidrigkeit widerspricht.⁵⁹

Ein solcher Auflösungsantrag kann nicht getrennt von einem anhängigen Kündigungsschutzprozess angestrebt werden.⁶⁰ Zudem wird vorausgesetzt, dass die Klage nach § 4 S. 1 KSchG rechtzeitig erhoben wurde und das Kündigungsschutzgesetz auch nach § 23 I KSchG anwendbar ist.⁶¹

Es wird unterschieden zwischen dem Antrag des Arbeitnehmers nach § 9 I 1 KSchG und dem Antrag des Arbeitgebers nach § 9 I 2 KSchG.

Nach § 9 I 1 KSchG ist eine derartige Auflösung nur statthaft, wenn die Kündigung sozialwidrig ist.⁶² Falls die Kündigung ausschließlich aus anderen Gründen unwirksam ist, kann das Gericht das Arbeitsverhältnis nicht auflösen und auch keine Abfindung zuerkennen.⁶³ Nach § 13 I 3 KSchG kann nur der Arbeitnehmer bei einer unbegründeten außerordentlichen Kündigung einen Auflösungsantrag stellen, wenn ihm die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht zugemutet werden kann.⁶⁴ Nach § 9 II KSchG hat das Gericht das Arbeitsverhältnis zu dem Zeitpunkt aufzulösen, an dem es bei einer sozial gerechtfertigten Kündigung geendet hätte.

Der Auflösungsantrag des Arbeitgebers hat andere Voraussetzungen als der des Arbeitnehmers. Erforderlich für den Antrag des Arbeitgebers ist, dass der Klage des Arbeitnehmers ausschließlich wegen der fehlenden sozialen Rechtfertigung und nicht aus anderen Gründen im Sinne des § 13 III KSchG stattgegeben wird.⁶⁵ Sollte die Kündigung beispielsweise nach § 15 KSchG, § 17 I MuSchG, § 18 I BEEG oder §§ 168, 174 SGB IX unwirksam sein, ist der Antrag des Arbeitgebers nicht zulässig und er muss die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses akzeptieren.⁶⁶ Es wird zudem nach § 9 I 2 KSchG vorausgesetzt, dass eine den Betriebszwecken dienliche weitere Zusammenarbeit zwischen dem Arbeitgeber und dem Arbeitnehmer nicht zu erwarten ist. Als Auflösungsgründe für den Arbeitgeber kommen Umstände in Betracht, die das Verhältnis zum Arbeitnehmer, seiner Leistung oder auch seiner Eignung für die ihm gestellten Aufgaben betreffen.⁶⁷

3. Anfechtung

Das Arbeitsverhältnis kann durch Anfechtung beendet werden.⁶⁸ Hier finden die Regelungen über die Anfechtung von Rechtsgeschäften wegen Irrtums nach § 119 BGB und wegen arglistiger Täuschung nach § 123 BGB Anwendung.⁶⁹

⁵⁹ ErfK/Kiel, KSchG, § 9 Rn. 1.

⁶⁰ ErfK/Kiel, KSchG, § 9 Rn. 1.

⁶¹ ErfK/Kiel, KSchG, § 9 Rn. 1.

⁶² ErfK/Kiel, KSchG, § 9 Rn. 2.

⁶³ ErfK/Kiel, KSchG, § 9 Rn. 2.

⁶⁴ ErfK/Kiel, KSchG, § 9 Rn. 2.

⁶⁵ ErfK/Kiel, KSchG, § 9 Rn. 10.

⁶⁶ ErfK/Kiel, KSchG, § 9 Rn. 10.

⁶⁷ ErfK/Kiel, KSchG, § 9 Rn. 13.

⁶⁸ ErfK/Müller-Glöge, BGB, § 620 Rn. 11.

⁶⁹ Löwisch/Caspers/Klumpp, Arbeitsrecht, § 16 Rn. 589.

Bei der Anfechtung wegen Irrtums gibt es keine Besonderheiten was den Erklärungs- und Inhaltsirrtum anbelangt.⁷⁰ Eine arbeitgeberseitige Anfechtung nach § 119 II BGB wegen des Fehlens einer verkehrswesentlichen Eigenschaft ist nur möglich, wenn der Arbeitnehmer eine konkrete Eigenschaft nicht besitzt, welche nach der Verkehrsanschauung für die von ihm geschuldete Leistung von Bedeutung ist.⁷¹ Eine solche Anfechtung nach § 121 I BGB muss unverzüglich erfolgen. Soweit es sich um eine Anfechtung wegen Irrtums über eine verkehrswesentliche Eigenschaft handelt, ist § 626 II BGB entsprechend anzuwenden, das heißt die Anfechtung muss innerhalb von zwei Wochen nach Kenntnis der für die Anfechtung ursächlichen Tatsachen erfolgen.⁷²

Die besonderen Verhältnisse im Arbeitsrecht sind zu beachten, wenn es um die Frage geht, ob der Bewerber bei einem Einstellungsgespräch eine arglistige Täuschung im Sinne von § 123 BGB begangen hat.⁷³ Eine arglistige Täuschung durch Unterlassen kann nur dort in Erwägung gezogen werden, wo es offensichtlich ist, dass es dem Arbeitgeber für die Einstellungsentscheidung auf diesen Umstand ankommt.⁷⁴

Ebenso gelten für die arglistige Täuschung durch positives Tun, beispielsweise wenn der Arbeitnehmer auf Fragen des Arbeitgebers antwortet, Besonderheiten.⁷⁵ Der Arbeitnehmer muss auf derartige Fragen nur wahrheitsgemäß antworten, wenn diese für die Beurteilung seiner Eignung für die auszuübende Tätigkeit bedeutsam sind.⁷⁶ Eine Anfechtung nach § 123 BGB scheitert, wenn der Arbeitnehmer eine unzulässige Frage wahrheitswidrig beantwortet, da es hierbei an der Rechtswidrigkeit der arglistigen Täuschung fehlt.⁷⁷ Nach § 124 I, II BGB muss die Anfechtung wegen arglistiger Täuschung binnen eines Jahres erfolgen, nachdem der Arbeitgeber von der Täuschung Kenntnis erlangt hat.

Der Vertrag ist nach § 142 I BGB von Anfang an nichtig, wenn vor Aufnahme der Tätigkeit die Nichtigkeit festgestellt wurde.⁷⁸ Anders sieht es aus, wenn der Arbeitnehmer bereits begonnen hat, die Tätigkeit auszuführen. Nach Aufnahme der Tätigkeit wirkt die Nichtigkeit erst ab dem Zeitpunkt, an dem der Arbeitgeber sich auf die Nichtigkeit beruft, bis zu diesem Zeitpunkt bleiben die vertraglichen Ansprüche des Arbeitnehmers erhalten.⁷⁹

4. Befristung

Das Arbeitsverhältnis kann durch die Rechtsfolgen einer wirksamen Befristung beendet werden.

Das kalendermäßig befristete Arbeitsverhältnis endet nach § 15 I TzBfG nach Ablauf der Zeit, für die es eingegangen worden ist. Bevor die vereinbarte Zeit abläuft, kann das Arbeitsverhältnis durch Kündigung aus wichtigem Grund nach § 626 BGB gekündigt werden.⁸⁰ Dagegen kommt eine ordentliche Kündigung nur in Betracht, wenn dies gemäß § 15 III TzBfG vertraglich oder tarifvertraglich vereinbart ist. Nach § 14 TzBfG ist der Abschluss

⁷⁰ Löwisch/Caspers/Klumpp, Arbeitsrecht, § 16 Rn. 589.

⁷¹ Löwisch/Caspers/Klumpp, Arbeitsrecht, § 16 Rn. 589.

⁷² Löwisch/Caspers/Klumpp, Arbeitsrecht, § 16 Rn. 590.

⁷³ Löwisch/Caspers/Klumpp, Arbeitsrecht, § 16 Rn. 591.

⁷⁴ Löwisch/Caspers/Klumpp, Arbeitsrecht, § 16 Rn. 591.

⁷⁵ Löwisch/Caspers/Klumpp, Arbeitsrecht, § 16 Rn. 592.

⁷⁶ Löwisch/Caspers/Klumpp, Arbeitsrecht, § 16 Rn. 592.

⁷⁷ Löwisch/Caspers/Klumpp, Arbeitsrecht, § 16 Rn. 592.

⁷⁸ Arbeitsrechts-Handbuch/Linck, § 34 Rn. 48, 49.

⁷⁹ Arbeitsrechts-Handbuch/Linck, § 34 Rn. 49.

⁸⁰ Löwisch/Caspers/Klumpp, Arbeitsrecht, § 17 Rn. 655.

befristeter Arbeitsverträge nur beschränkt zulässig, da dies zur Umgehung des Kündigungsschutzes nach dem Kündigungsschutzgesetz führen kann.⁸¹

Zweckbefristete Arbeitsverhältnisse enden nach § 15 II TzBfG mit der Erfüllung des Zwecks, frühestens aber zwei Wochen nach Zugang der schriftlichen Unterrichtung des Arbeitnehmers durch den Arbeitgeber über den Zeitpunkt der Zweckerreichung. Sollte das Arbeitsverhältnis nach Ablauf der vereinbarten Zeit oder nach Erreichung des Zwecks mit Wissen des Arbeitgebers fortgeführt werden, gilt es nach § 15 V TzBfG auf unbestimmte Zeit verlängert, wenn der Arbeitgeber nicht unverzüglich widerspricht oder dem Arbeitnehmer die Zweckerreichung nicht unverzüglich mitteilt.

5. Eintritt einer auflösenden Bedingung

Zur Beendigung eines Arbeitsverhältnisses kann auch eine auflösende Bedingung führen, da § 158 II BGB es ermöglicht, einen Arbeitsvertrag unter einer auflösenden Bedingung abzuschließen.⁸²

Nach § 21 iVm § 14 I TzBfG benötigen auflösend bedingte Arbeitsverträge einen sachlichen Grund, um wirksam zu sein. Maßgeblich dafür, ob ein sachlicher Grund vorliegt, sind die Bestimmungen für befristete Arbeitsverträge, ansonsten gelten nach § 21 TzBfG die gesetzlichen Regelungen für befristete Arbeitsverträge entsprechend.⁸³

Die auflösende Bedingung grenzt sich von der Befristung dadurch ab, dass sie keinen festen Zeitpunkt oder den als gewiss angesehenen Eintritt eines Ereignisses für das Ende des Arbeitsverhältnisses voraussetzt, denn bei der auflösenden Bedingung bleibt es unklar, ab wann das Arbeitsverhältnis endet.⁸⁴ Der Arbeitnehmer kann beim bedingten Arbeitsverhältnis keinen Einfluss darauf nehmen, ob und wann die Beendigung eintritt, und daher muss die auflösende Bedingung im Zeitpunkt ihres Eintritts eindeutig sein.⁸⁵

C. Abgrenzung des allgemeinen vom besonderen Kündigungsschutz

Der gesetzliche Sonderkündigungsschutz ist eine Form des besonderen Kündigungsschutzes. Deshalb ist es an dieser Stelle von Bedeutung, eine Abgrenzung zum allgemeinen Kündigungsschutz vorzunehmen, bevor es nachfolgend um jene Arbeitnehmer geht, welche durch Gesetz besonders vor Kündigungen geschützt sind.

I. Begriff des allgemeinen Kündigungsschutzes

Der allgemeine Kündigungsschutz ist im Kündigungsschutzgesetz geregelt und verfolgt das Ziel, den Bestand des Arbeitsverhältnisses des Arbeitnehmers zu schützen.⁸⁶ Selbstverständlich gilt dieser Bestandsschutz nicht ausnahmslos, da der Arbeitgeber trotz allem die

⁸¹ Löwisch/Caspers/Klumpp, Arbeitsrecht, § 17 Rn. 655.

⁸² MüKo/Hergenröder, KSchG, § 1 Rn. 55.

⁸³ MüKo/Hergenröder, KSchG, § 1 Rn. 55.

⁸⁴ Aligbe, ArbRAktuell (2015), 542 (542).

⁸⁵ Löwisch/Caspers/Klumpp, Arbeitsrecht, § 17 Rn. 659.

⁸⁶ Löwisch/Caspers/Klumpp, Arbeitsrecht, § 18 Rn. 679.

Möglichkeit haben muss, sich von dem eingegangenen Arbeitsverhältnis lösen zu können, wenn er dafür einen legitimen Grund hat.⁸⁷

Nach dem Kündigungsschutzgesetz ist eine ordentliche arbeitgeberseitige Kündigung nur dann wirksam, wenn sie sozial gerechtfertigt ist.⁸⁸ Das ist nach § 1 KSchG der Fall, wenn die Kündigung auf einem der in § 1 II 1 KSchG genannten Gründen fußt, entsprechend dem Kündigungsgrund eine negative Zukunftsprognose vorliegt, es für den Arbeitgeber kein milderes Mittel als die Kündigung gibt und schließlich eine umfassende Interessenabwägung durchgeführt wurde.⁸⁹

Alle Voraussetzungen für die soziale Rechtfertigung müssen im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung nach § 130 I 1 BGB gegeben sein.⁹⁰ Zudem trägt der Arbeitgeber nach § 1 II 4 KSchG die Beweislast für die Tatsachen, welche die Kündigung bedingen.

Nach § 1 II 1 KSchG existiert eine Trias der Kündigungsgründe.⁹¹ Demnach muss der Kündigungsgrund im Verhalten oder in der Person des Arbeitnehmers liegen oder durch dringende betriebliche Erfordernisse bedingt sein. Die verhaltensbedingte Kündigung kommt dann in Betracht, wenn sich der Arbeitnehmer vertragswidrig verhält.⁹² Die personenbedingte Kündigung ist dann eine Option, wenn der Arbeitnehmer auf Dauer die Arbeitsleistung nicht mehr erbringen kann und dadurch das Arbeitsverhältnis seinen wesentlichen Inhalt verliert.⁹³ Geht es dem Unternehmen wirtschaftlich schlecht oder macht der Arbeitgeber von seiner Unternehmerfreiheit Gebrauch, kann eine betriebsbedingte Kündigung in Erwägung gezogen werden.⁹⁴ Der Arbeitnehmer kann nach §§ 4 ff. KSchG Kündigungsschutzklage erheben, um die Unwirksamkeit einer Kündigung gerichtlich feststellen zu lassen.

Zu beachten ist, dass der allgemeine Kündigungsschutz nicht ausgeschlossen werden kann, da das Kündigungsschutzgesetz zwingendes Recht darstellt.⁹⁵

Damit der allgemeine Kündigungsschutz greifen kann, muss der Anwendungsbereich des Kündigungsschutzgesetzes eröffnet sein.

Der sachliche Geltungsbereich ist dann eröffnet, wenn es sich um arbeitgeberseitige ordentliche Kündigungen handelt.⁹⁶ Damit das Kündigungsschutzgesetz in persönlicher Hinsicht anwendbar ist, muss das Arbeitsverhältnis in demselben Betrieb oder Unternehmen nach § 1 I KSchG ohne Unterbrechung länger als sechs Monate bestanden haben. Der betriebliche Geltungsbereich richtet sich nach § 23 KSchG.⁹⁷ Für Arbeitnehmer in Kleinbetrieben gelten die Regelungen des Ersten Abschnitts des Kündigungsschutzgesetzes nicht.⁹⁸ Arbeitnehmer, deren Arbeitsverhältnis bis zum 31.12.2003 zustande gekommen ist, können sich auf den Kündigungsschutz berufen, wenn im Betrieb in der Regel mehr als

⁸⁷ Löwisch/Caspers/Klumpp, Arbeitsrecht, § 18 Rn. 679.

⁸⁸ Arbeitsrechts-Handbuch/Linck, § 130 Rn. 30.

⁸⁹ Löwisch/Caspers/Klumpp, Arbeitsrecht, § 18 Rn. 680.

⁹⁰ Löwisch/Caspers/Klumpp, Arbeitsrecht, § 18 Rn. 681.

⁹¹ Löwisch/Caspers/Klumpp, Arbeitsrecht, § 18 Rn. 682.

⁹² Löwisch/Caspers/Klumpp, Arbeitsrecht, § 18 Rn. 682.

⁹³ Löwisch/Caspers/Klumpp, Arbeitsrecht, § 18 Rn. 682.

⁹⁴ Löwisch/Caspers/Klumpp, Arbeitsrecht, § 18 Rn. 682.

⁹⁵ Löwisch/Caspers/Klumpp, Arbeitsrecht, § 18 Rn. 687.

⁹⁶ Löwisch/Caspers/Klumpp, Arbeitsrecht, § 18 Rn. 689.

⁹⁷ Löwisch/Caspers/Klumpp, Arbeitsrecht, § 18 Rn. 692.

⁹⁸ ErfK/Kiel, KSchG, § 23 Rn. 2.

5 Arbeitnehmer ausschließlich der Auszubildenden beschäftigt werden.⁹⁹ Für Arbeitsverhältnisse, die nach diesem Zeitpunkt begründet wurden, liegt die Hürde für die Anwendbarkeit der Vorschriften des Ersten Abschnitts bei in der Regel mehr als 10 Arbeitnehmern.¹⁰⁰

II. Begriff des besonderen Kündigungsschutzes

Einen besonderen Kündigungsschutz erhalten Arbeitnehmer, die als besonders schutzwürdig erachtet werden.¹⁰¹ Neben dem gesetzlichen Sonderkündigungsschutz existiert noch der kollektivrechtliche Sonderkündigungsschutz, welcher durch tarifvertragliche Regelungen und durch Betriebsvereinbarungen ausgestaltet ist.¹⁰²

D. Durch Gesetz besonders kündigungsgeschützte Personengruppen

In den folgenden Ausführungen wird der Sonderkündigungsschutz von Arbeitnehmern beleuchtet, die das Gesetz als besonders schutzwürdig ansieht. Der Fokus liegt auf den Besonderheiten, die der Arbeitgeber berücksichtigen muss, falls er einen Arbeitnehmer kündigen möchte, welcher durch Gesetz besonders vor Kündigungen geschützt ist.

Die gesetzlichen Regelungen des besonderen Kündigungsschutzes gelten unabhängig von denen des allgemeinen Kündigungsschutzes, was zur Folge hat, dass bei Unanwendbarkeit des allgemeinen Kündigungsschutzes trotzdem die gesetzlichen Sonderkündigungstatbestände beachtet werden müssen.¹⁰³ Zahlreiche Bundes- und Landesgesetze enthalten besondere Kündigungsbeschränkungen, die schutzwürdige Arbeitnehmer vor arbeitgeberseitigen Kündigungen schützen sollen.¹⁰⁴

I. Schwangere und Mütter

Der Sonderkündigungsschutz von Schwangeren und Müttern ist in § 17 MuSchG geregelt und beinhaltet ein absolutes Kündigungsverbot mit Erlaubnisvorbehalt.¹⁰⁵ Danach kann einer Frau während der Schwangerschaft und bis zum Ablauf von vier Monaten nach der Entbindung oder einer Fehlgeburt nicht gekündigt werden, wenn der Arbeitgeber zur Zeit der Kündigung die Schwangerschaft oder Entbindung kannte oder wenn sie ihm zwei Wochen nach Zugang der Kündigung mitgeteilt werden.¹⁰⁶

Das Kündigungsverbot nach § 17 I 1 MuSchG gilt für ordentliche und außerordentliche Kündigungen.¹⁰⁷ Zudem gilt dieses Kündigungsverbot unabhängig von der Betriebsgröße und es wird keine Erfüllung einer Wartezeit vorausgesetzt.¹⁰⁸

⁹⁹ ErfK/Kiel, KSchG, § 23 Rn. 2.

¹⁰⁰ ErfK/Kiel, KSchG, § 23 Rn. 2.

¹⁰¹ Küttner Personalbuch 2022/Schmidt Kündigungsschutz Rn. 56.

¹⁰² Küttner Personalbuch 2022/Schmidt Kündigungsschutz Rn. 56-67.

¹⁰³ Fuhlrott/Hoppe/Schumann Commichau, ArbRAktuell (2009), 204 (207).

¹⁰⁴ Schaub/Ahrendt/Koch/Linck/Rinck/Treber/Vogelsang, Arbeitsrechts-Handbuch, § 129 Rn. 1.

¹⁰⁵ MAH ArbR/Betz, § 45 Rn. 3.

¹⁰⁶ Löwisch/Caspers/Klumpp, Arbeitsrecht, § 18 Rn. 822.

¹⁰⁷ Löwisch/Caspers/Klumpp, Arbeitsrecht, § 18 Rn. 823.

¹⁰⁸ MAH ArbR/Betz, § 45 Rn. 3.

1. Voraussetzungen für den Kündigungsschutz nach § 17 MuSchG

Die Voraussetzungen für den Kündigungsschutz sind dem § 17 I MuSchG zu entnehmen.

Nach § 17 I 1 Nr. 1 und Nr. 3 MuSchG muss die Frau im Zeitpunkt des Kündigungszugangs entweder schwanger sein oder entbunden haben. Im Fall der Entbindung gilt der Kündigungsschutz bis zum Ende der Schutzfrist im Sinne des § 3 II MuSchG, jedoch mindestens bis zum Ablauf von vier Monaten nach der Entbindung gemäß § 17 I 1 Nr. 3 MuSchG.¹⁰⁹ Nach § 17 I 1 Nr. 2 MuSchG besteht für die Frau im Falle einer Fehlgeburt der Kündigungsschutz bis zum Ablauf von vier Monaten nach der Fehlgeburt, sollte die Fehlgeburt nach der zwölften Schwangerschaftswoche erfolgt sein.

Der Arbeitgeber muss im Kündigungszeitpunkt Kenntnis von den in § 17 I 1 Nr. 1-3 MuSchG genannten Umständen haben oder ihm müssen diese Umstände innerhalb von zwei Wochen nach Kündigungszugang mitgeteilt werden (§ 17 I 1, Hs. 2 Alt. 1 und 2 MuSchG). Bei Nichteinhaltung der genannten Frist gilt der Kündigungsschutz weiter, falls die Frau die Fristüberschreitung nicht zu vertreten hat und die Mitteilung nach § 17 I 2 MuSchG unverzüglich nachgeholt wird.¹¹⁰

Nach § 17 I 3 MuSchG gelten die Regelungen des § 17 I 1 und 2 MuSchG entsprechend für Vorbereitungsmaßnahmen des Arbeitgebers, welche er im Hinblick auf die Kündigung der Frau vornimmt. Das bedeutet konkret, dass auch eine Kündigung, welche außerhalb des geschützten Zeitraums ausgesprochen wird, dem Kündigungsverbot unterliegt, sollte die Maßnahme zu ihrer Vorbereitung vom Arbeitgeber während der nach § 17 I 1 MuSchG geschützten Zeiträume getroffen worden sein.¹¹¹

a) Persönlicher Anwendungsbereich

Der § 1 II 1 MuSchG regelt, dass das Mutterschutzgesetz für alle Beschäftigten im Sinne des § 7 I SGB IV gilt.

Darüber hinaus zählt § 1 II 2 MuSchG in den Nummern 1 bis 8 weitere Personengruppen auf, auf die das Mutterschutzgesetz ggf. mit Einschränkungen Anwendung finden soll, unabhängig davon, ob ein Beschäftigungsverhältnis im Sinne des § 7 I SGB IV gegeben ist. Die Anwendbarkeit des § 17 MuSchG ist für Schülerinnen und Studentinnen nach § 1 II 2 Nr. 8 MuSchG ausgeschlossen.

Nach § 7 I 1 SGB IV gilt das Kündigungsverbot für Arbeitnehmerinnen, wobei Art, Umfang und Dauer des Arbeitsverhältnisses unerheblich sind.¹¹²

Der Sonderkündigungsschutz gilt auch für Frauen in betrieblicher Berufsbildung und Praktikantinnen im Sinne des § 26 BBiG sowie für Frauen, welche in Heimarbeit tätig sind und ihnen Gleichgestellte und für Frauen, die aufgrund ihrer wirtschaftlichen Unselbstständigkeit als arbeitnehmerähnliche Person zu qualifizieren sind.¹¹³

¹⁰⁹ MAH ArbR/Betz, § 45 Rn. 4.

¹¹⁰ MAH ArbR/Betz, § 45 Rn. 4.

¹¹¹ MAH ArbR/Betz, § 45 Rn. 4.

¹¹² MAH ArbR/Betz, § 45 Rn. 5.

¹¹³ MAH ArbR/Betz, § 45 Rn. 5.

b) Bestehen einer Schwangerschaft

Der Zustand der Frau von der Befruchtung bis zur Geburt gilt als Schwangerschaft.¹¹⁴ Diese muss im Zeitpunkt des Kündigungszugangs tatsächlich vorliegen, wobei auch eine Bauchhöhlenschwangerschaft den Kündigungsschutz auslöst.^{115,116} Eine Schwangerschaft, welche erst während des Laufs der Kündigungsfrist eintritt, unterliegt wie eine fälschliche Annahme der Schwangerschaft, nicht dem Kündigungsschutz.¹¹⁷

Bei einer natürlichen Empfängnis ist zur Feststellung des Beginns der Schwangerschaft von dem Zeugnis eines Arztes oder einer Hebamme über den mutmaßlichen Tag der Entbindung auszugehen und von diesem Tag um 280 Tage zurückzurechnen.^{118,119,120} Der voraussichtliche Tag der Entbindung ist nicht mitzuzählen.¹²¹

Diese ärztliche Bescheinigung genießt einen hohen Beweiswert, welchen der Arbeitgeber jedoch erschüttern kann, falls er in der Lage ist, Tatsachen zu beweisen, angesichts derer es der wissenschaftlich gesicherten Erkenntnis widersprechen würde, von einer Schwangerschaft bei Zugang der Kündigung auszugehen.¹²² Die Arbeitnehmerin muss einen Beweis zum Bestehen einer Schwangerschaft im Zeitpunkt des Kündigungszugangs vorlegen können.¹²³

c) Fehlgeburt nach der 12. Schwangerschaftswoche

Damit der Schutzbereich des § 17 I 1 Nr. 2 MuSchG eröffnet ist, muss die Fehlgeburt nach der 12 Schwangerschaftswoche aufgetreten sein. Dann gilt der Kündigungsschutz bis zum Ablauf von vier Monaten nach der Fehlgeburt. Eine Fehlgeburt liegt vor, wenn das Gewicht der Leibesfrucht unter 500 Gramm liegt.¹²⁴

Ausgehend von der Berechnung in Punkt b, endet die zwölfte Schwangerschaftswoche am 197. Tag vor dem Tag der mutmaßlichen Entbindung.¹²⁵ Der Wortlaut der Norm besagt, dass der Kündigungsschutz erst nach der zwölften Schwangerschaftswoche eintritt, was bedeutet, dass man zur Errechnung der Schutzfrist vom 196. Tag vor dem berechneten Entbindungstermin ausgehen muss.¹²⁶

Die Viermonatsfrist des Schutzzeitraumes bestimmt sich nach §§ 187 I, 188 II BGB und beginnt mit dem 195. Tag vor dem voraussichtlichen Termin der Entbindung.¹²⁷ Sie endet mit dem Ablauf des Tages, der unter Hinzurechnung von vier Monaten durch seine Bezeichnung demjenigen Tag entspricht, auf den die Niederkunft fällt.¹²⁸ Es ist unerheblich,

¹¹⁴ MAH ArbR/Betz, § 45 Rn. 6.

¹¹⁵ ErfK/Schlachter, MuSchG, § 17 Rn. 3.

¹¹⁶ MAH ArbR/Betz, § 45 Rn. 6.

¹¹⁷ MAH ArbR/Betz, § 45 Rn. 6.

¹¹⁸ MAH ArbR/Betz, § 45 Rn. 7.

¹¹⁹ ErfK/Schlachter, MuSchG, § 17 Rn. 3.

¹²⁰ Paul, ARP, (2022), 157 (158).

¹²¹ Arbeitsrechts-Handbuch/Linck, § 169 Rn. 3.

¹²² Arbeitsrechts-Handbuch/Linck, § 169 Rn. 3.

¹²³ MAH ArbR/Betz, § 45 Rn. 7.

¹²⁴ Arbeitsrechts-Handbuch/Linck, § 169 Rn. 4.

¹²⁵ Brose/Weth/Volk/Volk, MuSchG, § 17 Rn. 31.

¹²⁶ Brose/Weth/Volk/Volk, MuSchG, § 17 Rn. 31.

¹²⁷ Brose/Weth/Volk/Volk, MuSchG, § 17 Rn. 31.

¹²⁸ MAH ArbR/Betz, § 45 Rn. 11.

ob der letzte Tag der Frist auf einen Sonn-, Feiertag oder auf einen Samstag fällt, da § 193 BGB in diesem Fall keine Anwendung findet.¹²⁹

Sollte eine Fehlgeburt bis zur zwölften Schwangerschaftswoche auftreten, läuft der Sonderkündigungsschutz im Zeitpunkt der Trennung der Leibesfrucht vom Mutterleib ab.¹³⁰

d) Entbindung

Eine Entbindung ist die Trennung der Leibesfrucht vom Mutterleib.¹³¹ Demnach stellt eine Lebendgeburt, auch wenn es sich um eine Frühgeburt (Kind wiegt bei der Geburt weniger als 2.500 Gramm) handelt, eine Entbindung dar.^{132,133} Auch eine Totgeburt (Gewicht der Leibesfrucht beträgt mindestens 500 Gramm) ist eine Entbindung.¹³⁴

Bei einem Schwangerschaftsabbruch stellt eine Totgeburt auch eine Entbindung dar, wenn das Kind bis zu einem lebensfähigen Stadium entwickelt war, wohingegen bei einer Abtreibung keine Entbindung vorliegt.¹³⁵

Der Sonderkündigungsschutz gilt nach § 17 I 1 Nr. 3 MuSchG bis zum Ende ihrer Schutzfrist nach der Entbindung, mindestens aber bis zum Ablauf von vier Monaten nach der Entbindung. Berechnet wird diese Frist nach den §§ 187 I, 188 II, III BGB und fängt mit dem Tag an, der auf die Entbindung folgt und endet mit dem Ablauf des Tages im vierten Monat, welcher durch seine Zahl dem Tag der Entbindung entspricht.¹³⁶ Auch hier findet § 193 BGB keine Anwendung.¹³⁷

Der Sonderkündigungsschutz besteht auch weiter, wenn das Kind innerhalb des Viermonatszeitraums verstirbt oder zur Adoption freigegeben wird.¹³⁸ Er besteht fort, falls die Arbeitnehmerin vor oder bei Ablauf des Zeitraums erneut schwanger wird.¹³⁹

e) Kenntnis des Arbeitgebers

Wenn der Arbeitgeber im Kündigungszeitpunkt positive Kenntnis von der Schwangerschaft, der Entbindung oder der Fehlgeburt nach der zwölften Schwangerschaftswoche hat, gilt das Kündigungsverbot des § 17 I MuSchG.¹⁴⁰ Von einer solchen Kenntnis ist auszugehen, wenn in ärztlichen Bescheinigungen der Arbeitnehmerin schwangerschaftstypische Beschäftigungsverbote enthalten sind.¹⁴¹ Der Arbeitgeber muss sich das Wissen seiner Vertreter und von Personen, welche im Verhältnis zur Arbeitnehmerin mit Arbeitgeberfunktionen ausgestattet sind, zurechnen lassen.¹⁴²

¹²⁹ MAH ArbR/Betz, § 45 Rn. 11.

¹³⁰ MAH ArbR/Betz, § 45 Rn. 11.

¹³¹ Brose/Weth/Volk/Volk, MuSchG, § 17 Rn. 34.

¹³² MAH ArbR/Betz, § 45 Rn. 12.

¹³³ Arbeitsrecht von A-Z/Koch Mutterschutz III.

¹³⁴ Brose/Weth/Volk/Volk, MuSchG, § 17 Rn. 36.

¹³⁵ Brose/Weth/Volk/Volk, MuSchG, § 17 Rn. 36.

¹³⁶ MAH ArbR/Betz, § 45 Rn. 13.

¹³⁷ MAH ArbR/Betz, § 45 Rn. 13.

¹³⁸ Brose/Weth/Volk/Volk, MuSchG, § 17 Rn. 41.

¹³⁹ MAH ArbR/Betz, § 45 Rn. 14.

¹⁴⁰ Brose/Weth/Volk/Volk, MuSchG, § 17 Rn. 42.

¹⁴¹ MAH ArbR/Betz, § 45 Rn. 16.

¹⁴² Brose/Weth/Volk/Volk, MuSchG, § 17 Rn. 53.

Der § 15 MuSchG beinhaltet keine gesetzliche Offenbarungspflicht der Schwangerschaft.¹⁴³

Wurde der Arbeitgeber von der Schwangerschaft unterrichtet, muss er dies unverzüglich der Aufsichtsbehörde nach § 27 I Nr. 1 MuSchG mitteilen. Für die Kosten für das ärztliche Zeugnis oder das Zeugnis der Hebamme muss der Arbeitgeber nach § 9 VI 2 MuSchG aufkommen, soweit dies nicht die gesetzliche Krankenversicherung der Arbeitnehmerin zu tun hat.¹⁴⁴

f) Nachträgliche Mitteilung der Schwangerschaft/ Fehlgeburt/ Entbindung innerhalb der Zweiwochenfrist

Sollte der Arbeitgeber im Kündigungszeitpunkt in Unkenntnis über die Schwangerschaft, über die Entbindung oder über die Fehlgeburt nach der zwölften Schwangerschaftswoche sein, wird die Kündigung nach § 17 I 1 Hs. 2 MuSchG unstatthaft, wenn ihm jene Gegebenheiten innerhalb von zwei Wochen nach Kündigungszugang mitgeteilt werden.

Es muss aus dieser Mitteilung hervorgehen, dass die Schwangerschaft schon bei Kündigungszugang vorhanden war.¹⁴⁵ Die Mitteilung ist formfrei und es ist nicht notwendig, dass sich die Arbeitnehmerin darin explizit auf das Kündigungsverbot beruft.¹⁴⁶ Zudem ist die Arbeitnehmerin nicht verpflichtet, die Schwangerschaft oder die Entbindung binnen der Mitteilungsfrist nachzuweisen.¹⁴⁷ Diese Mitteilung kann gegenüber dem Arbeitgeber oder seinem Vertreter auch durch einen Dritten erfolgen.¹⁴⁸

Es ist notwendig, dass die Mitteilung binnen der Zweiwochenfrist nach Kündigungszugang erfolgt und zur Berechnung dieser Frist werden die §§ 187, 188 BGB und § 193 BGB herangezogen.¹⁴⁹ Für den Fristbeginn ist es unerheblich, ob die Arbeitnehmerin in Kenntnis über ihre Schwangerschaft ist, und die Frist verlängert sich auch nicht, falls sie während dem Lauf der Frist über ihren Zustand Kenntnis erlangt.^{150,151}

Falls die Frist versäumt wurde, ist zu prüfen, ob die Frau nicht unverschuldet an einer rechtzeitigen Mitteilung gehindert war und sich auf § 17 I 2 MuSchG berufen kann.¹⁵²

Der Zugang der Mitteilung beim Arbeitgeber ist der für die Fristwahrung maßgebliche Zeitpunkt.¹⁵³ Es besteht die Möglichkeit, die Mitteilung im Rahmen einer Kündigungsschutzklage zu machen, falls die Zustellung innerhalb der Frist erfolgt.¹⁵⁴

¹⁴³ Arbeitsrechts-Handbuch/Linck, § 166 Rn. 2.

¹⁴⁴ MAH ArbR/Betz, § 45 Rn. 19.

¹⁴⁵ ErfK/Schlachter, MuSchG, § 17 Rn. 8.

¹⁴⁶ ErfK/Schlachter, MuSchG, § 17 Rn. 8.

¹⁴⁷ Brose/Weth/Volk/Volk, MuSchG, § 17 Rn. 61.

¹⁴⁸ Brose/Weth/Volk/Volk, MuSchG, § 17 Rn. 64, 66.

¹⁴⁹ Brose/Weth/Volk/Volk, MuSchG, § 17 Rn. 72.

¹⁵⁰ MAH ArbR/Betz, § 45 Rn. 21.

¹⁵¹ ErfK/Schlachter, MuSchG, § 17 Rn. 9.

¹⁵² Brose/Weth/Volk/Volk, MuSchG, § 17 Rn. 71.

¹⁵³ ErfK/Schlachter, MuSchG, § 17 Rn. 8.

¹⁵⁴ ErfK/Schlachter, MuSchG, § 17 Rn. 8.

g) Unverzögliche Nachholung der Mitteilung bei unverschuldetem Versäumnis der Zweiwochenfrist

Nach § 17 I 2 MuSchG ist das Überschreiten der Mitteilungsfrist unschädlich, wenn die Überschreitung auf einem von der Frau nicht zu vertretenden Grund beruht und die Mitteilung unverzüglich nachgeholt wird. In diesem Fall bleibt der Sonderkündigungsschutz bestehen.¹⁵⁵ Allerdings führt eine verschuldete Überschreitung der Frist zum Verlust des Schutzes.¹⁵⁶ Auch wenn eine unverzügliche Nachholung der zunächst unverschuldet unterlassenen fristgerechten Mitteilung unterbleibt, verliert die Arbeitnehmerin ihren Kündigungsschutz.¹⁵⁷

Die Arbeitnehmerin hat die Überschreitung der Frist zu vertreten, wenn sie „auf einem groben Verstoß gegen das von einem verständigen Menschen im eigenen Interesse zu erwartende Verhalten“ zurückzuführen ist.¹⁵⁸ Demnach liegt eine verschuldete Fristüberschreitung vor, wenn die Frau im Zeitpunkt der Kündigung von ihrer Schwangerschaft weiß und sie die Mitteilung innerhalb der zweiwöchigen Frist nicht vornimmt.¹⁵⁹

Falls die Arbeitnehmerin in Kenntnis über die Schwangerschaft ist, kann sie aber trotzdem durch sonstige Umstände unverschuldet an der rechtzeitigen Mitteilung gehindert sein, beispielsweise wenn sie die Mitteilung auf dem üblichen Postweg versendet und der Brief aus unerklärlichem Grund untergeht.¹⁶⁰

Im Regelfall ist bei Unkenntnis der Arbeitnehmerin von ihrer Schwangerschaft die Überschreitung der Mitteilungsfrist unverschuldet.¹⁶¹ Anders sieht es aus, wenn eine zwingende und unabweisbare Schwangerschaftsvermutung im Raum steht, dann sollte die Frau dem Arbeitgeber eine solche Mitteilung zukommen lassen.¹⁶²

Die unverzügliche Nachholung der Mitteilung bei unverschuldetem Fristversäumnis muss ohne schuldhaftes Zögern gemäß § 121 BGB erfolgen.¹⁶³ Im Regelfall ist dafür ein Zeitraum von einer Woche noch ausreichend.¹⁶⁴

2. Rechtsfolgen des Kündigungsschutzes

Jede arbeitgeberseitige Kündigung ist nach § 17 I 1 MuSchG unzulässig, außer es gibt eine behördliche Zulassung nach § 17 II 1 MuSchG.

Ein Verstoß gegen das Kündigungsverbot des § 17 I 1 MuSchG hat die Nichtigkeit der Kündigung zu Folge, da die betreffende Norm ein gesetzliches Verbot im Sinne des § 134 BGB darstellt.¹⁶⁵

¹⁵⁵ MAH ArbR/Betz, § 45 Rn. 22.

¹⁵⁶ ErfK/Schlachter, MuSchG, § 17 Rn. 9.

¹⁵⁷ MAH ArbR/Betz, § 45 Rn. 22.

¹⁵⁸ Brose/Weth/Volk/Volk, MuSchG, § 17 Rn. 77.

¹⁵⁹ Brose/Weth/Volk/Volk, MuSchG, § 17 Rn. 78.

¹⁶⁰ Brose/Weth/Volk/Volk, MuSchG, § 17 Rn. 79.

¹⁶¹ Brose/Weth/Volk/Volk, MuSchG, § 17 Rn. 80.

¹⁶² Brose/Weth/Volk/Volk, MuSchG, § 17 Rn. 80.

¹⁶³ ErfK/Schlachter, MuSchG, § 17 Rn. 9.

¹⁶⁴ ErfK/Schlachter, MuSchG, § 17 Rn. 9.

¹⁶⁵ ErfK/Schlachter, MuSchG, § 17 Rn. 11.

Da das Kündigungsverbot zwingend ist, besteht keine Möglichkeit, dass die Arbeitnehmerin im Vorfeld wirksam darauf verzichten kann.¹⁶⁶ Allerdings ist dies nach Kündigungsausspruch möglich.¹⁶⁷

a) Kündigung durch den Arbeitgeber

Alle Kündigungstatbestände fallen unter das Kündigungsverbot.¹⁶⁸ Arbeitgeberseitige Kündigungen während der Probezeit sowie Kündigungen im Zuge einer Massenentlassung, wegen Betriebsstillegung oder aufgrund eines Insolvenzverfahrens oder Kündigungen vor Dienstantritt sind unzulässig.¹⁶⁹

Bei einer fristlosen Kündigung nach § 626 II BGB wird die zweiwöchige Kündigungserklärungsfrist durch das Kündigungsverbot gehemmt.¹⁷⁰ Aus diesem Grund kann diese Frist auch nach Ablauf der Schutzfrist noch eingehalten werden, jedoch ist es notwendig, dass der Arbeitgeber die behördliche Zulässigkeitserklärung innerhalb dieser zweiwöchigen Frist beantragt und die Kündigung unverzüglich nach Erteilung der Zulässigkeitserklärung ausspricht.¹⁷¹

Fällt der Zugang der Kündigung in den geschützten Zeitraum, so gilt das Kündigungsverbot.¹⁷² Die Kündigung ist auch dann unwirksam, falls sie während des Schutzzeitraums zugeht, der Beendigungstermin aber außerhalb dieses Zeitraums liegt.¹⁷³ Dagegen ist eine Kündigung, welche vor Eintritt der Schwangerschaft zugeht, nicht unwirksam, wenn der Ablauf der Kündigungsfrist im geschützten Zeitraum liegt.¹⁷⁴

b) Vorbereitungsmaßnahmen des Arbeitgebers

Der § 17 I 3 MuSchG regelt, dass Kündigungen, welche nach Ablauf der Schutzfristen zugehen, unwirksam sind, wenn die Vorbereitungsmaßnahmen im Hinblick auf die Kündigung in den in § 17 I 1 MuSchG genannten Zeiträumen getroffen wurden.¹⁷⁵

Da § 17 MuSchG keine Definition für den Begriff der Vorbereitungsmaßnahmen beinhaltet, muss zur Auslegung des Begriffs die Paquay-Entscheidung des EuGH herangezogen werden.¹⁷⁶ Demnach gelten Maßnahmen zur Suche von Ersatzkräften für die zu kündigende Frau innerhalb der Schutzfristen als Vorbereitungsmaßnahmen.¹⁷⁷ Keine Vorbereitungsmaßnahmen sind in der Regel Beschlüsse von Umstrukturierungsmaßnahmen, welche zum Wegfall des Arbeitsplatzes der Frau führen und der Abschluss eines die Frau betreffenden Interessensausgleichs oder Sozialplans sowie die Abmahnung und der Antrag auf behördliche Zulassung der Kündigung nach § 17 II 1 MuSchG.¹⁷⁸

¹⁶⁶ MAH ArbR/Betz, § 45 Rn. 26.

¹⁶⁷ MAH ArbR/Betz, § 45 Rn. 26.

¹⁶⁸ MAH ArbR/Betz, § 45 Rn. 27.

¹⁶⁹ Brose/Weth/Volk/Volk, MuSchG, § 17 Rn. 94, 95.

¹⁷⁰ ErfK/Schlachter, MuSchG, § 17 Rn. 11.

¹⁷¹ MAH ArbR/Betz, § 45 Rn. 28.

¹⁷² MAH ArbR/Betz, § 45 Rn. 29.

¹⁷³ MAH ArbR/Betz, § 45 Rn. 29.

¹⁷⁴ MAH ArbR/Betz, § 45 Rn. 29.

¹⁷⁵ Brose/Weth/Volk/Volk, MuSchG, § 17 Rn. 138.

¹⁷⁶ BeckOK ArbR/Dahm, MuSchG, § 17 Rn. 43-44.

¹⁷⁷ Brose/Weth/Volk/Volk, MuSchG, § 17 Rn. 141.

¹⁷⁸ BeckOK ArbR/Dahm, MuSchG, § 17 Rn. 45-47.

In der Praxis ist es für den Arbeitgeber empfehlenswert zur Vorsicht einen Antrag auf behördliche Zustimmung nach § 17 II 1 MuSchG zu stellen, wenn er Maßnahmen innerhalb der laufenden Schutzfristen trifft, welche einen Zusammenhang mit der Kündigung der Frau aufweisen.¹⁷⁹

c) Anderweitige Beendigung des Arbeitsverhältnisses

Das Kündigungsverbot des § 17 I MuSchG gilt nur für arbeitgeberseitige Kündigungen und nicht für sonstige Beendigungstatbestände eines Arbeitsverhältnisses.¹⁸⁰ § 17 I MuSchG findet keine Anwendung auf die Eigenkündigung der Arbeitnehmerin.¹⁸¹

Allerdings ist eine gerichtliche Auflösung des Arbeitsverhältnisses nach § 9 KSchG durch Antrag des Arbeitgebers nach § 9 I 2 KSchG nicht zulässig, wenn die Kündigung nach § 17 I MuSchG unwirksam ist.¹⁸²

3. Behördliche Zulassung der Kündigung nach § 17 II 1 MuSchG

Der behördliche Erlaubnisvorbehalt der Kündigung ist in § 17 II 1 MuSchG geregelt. Demnach ist eine arbeitgeberseitige Kündigung ausnahmsweise wirksam, wenn die für den Arbeitsschutz zuständige oberste Landesbehörde oder eine von ihr bestimmte Stelle die Kündigung für zulässig erklärt.¹⁸³ Diese Zulässigkeitserklärung muss im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung vorhanden sein.¹⁸⁴

Von der Zulässigkeitserklärung ist das Negativattest abzugrenzen. Das Negativattest ist der Bescheid, dass für das angestrebte Rechtsgeschäft keine Zulässigkeitserklärung der Behörde notwendig ist, aber dieses Attest ersetzt keinesfalls die Zulässigkeitserklärung.¹⁸⁵

a) Zuständige Behörde

Die oberste Landesbehörde ist das jeweilige Fachministerium des Bundeslandes. Die einzelnen Bundesländer haben von der Delegationsbefugnis in unterschiedlicher Weise Gebrauch gemacht, beispielsweise sind in Nordrhein-Westfalen die Bezirksregierungen zuständig.¹⁸⁶

¹⁷⁹ MAH ArbR/Betz, § 45 Rn. 30.

¹⁸⁰ MAH ArbR/Betz, § 45 Rn. 31.

¹⁸¹ MAH ArbR/Betz, § 45 Rn. 32.

¹⁸² MAH ArbR/Betz, § 45 Rn. 34.

¹⁸³ Brose/Weth/Volk/Volk, MuSchG, § 17 Rn. 187.

¹⁸⁴ Arbeitsrechts-Handbuch/Linck, § 169 Rn. 13.

¹⁸⁵ Brose/Weth/Volk/Volk, MuSchG, § 17 Rn. 195.

¹⁸⁶ BeckOK ArbR/Dahm, MuSchG, § 17 Rn. 58.1.

b) Verfahren

Das Verfahren wird durch Antrag des Arbeitgebers eingeleitet.¹⁸⁷ Nach § 10 S. 1 VwVfG besteht für den Antrag kein Formzwang, es ist jedoch empfehlenswert diesen schriftlich zu stellen.¹⁸⁸

Aus dem Antrag muss hervorgehen, dass die Zustimmung für die Kündigung einer Schwangeren oder einer Frau, welche kürzlich entbunden hat, angestrebt wird.¹⁸⁹ Zudem sollte der Antrag bereits die Tatsachen enthalten, welche die Behörde für die Entscheidung benötigt.¹⁹⁰ Dazu zählen Name, Sozialdaten, Art der Kündigung, Kündigungsfrist, Kündigungsgründe und Tag der wahrscheinlichen oder bereits erfolgten Entbindung beziehungsweise der erfolgten Fehlgeburt.¹⁹¹ Es ist empfehlenswert noch eine Kopie der ärztlichen Bescheinigung über den Tag der Entbindung anzufügen und die sofortige Vollziehbarkeit nach § 80 II Nr. 4 VwGO zu beantragen.¹⁹²

Sollte es sich um eine außerordentliche Kündigung handeln, ist es notwendig, den Antrag binnen der zweiwöchigen Kündigungserklärungsfrist des § 626 II BGB zu stellen, da die Kündigung ansonsten unwirksam ist.¹⁹³

¹⁸⁷ Brose/Weth/Volk/Volk, MuSchG, § 17 Rn. 216.

¹⁸⁸ MAH ArbR/Betz, § 45 Rn. 39.

¹⁸⁹ MAH ArbR/Betz, § 45 Rn. 39.

¹⁹⁰ MAH ArbR/Betz, § 45 Rn. 39.

¹⁹¹ MAH ArbR/Betz, § 45 Rn. 39.

¹⁹² MAH ArbR/Betz, § 45 Rn. 39.

¹⁹³ Arbeitsrechts-Handbuch/Linck, § 169 Rn. 13.

c) Musterantrag auf behördliche Zustimmung zur Kündigung des Arbeitsverhältnisses nach § 17 II MuSchG

An

.....

(zuständige Behörde)

Sehr geehrte(r).....,

die am (Geburtsdatum) geborene (Vor- und Nachname und Anschrift der Arbeitnehmerin) wurde von uns (Einstellungsdatum) als (Berufsbezeichnung) eingestellt (vgl. Arbeitsvertrag, Anlage 1).

Die Arbeitnehmerin ist (Familienstand), schwanger und wird voraussichtlich am (voraussichtliches Datum der Niederkunft) entbinden (vgl. Abschrift der ärztlichen Bescheinigung vom..., Anlage 2). Es wird beantragt, die von uns beabsichtigte (Art der Kündigung) für zulässig zu erklären.

Zur Begründung führen wir folgendes aus:

.....

(genaue Beschreibung der Kündigungsgründe, gegebenenfalls mit Beweismitteln)

Daher kann sie nicht länger als (Berufsbezeichnung) beschäftigt werden. Wir beantragen, die Zustimmung zur (Kündigungsart) gemäß § 17 II MuSchG zu erteilen und deren sofortige Vollziehung anzuordnen.

Mit freundlichen Grüßen

.....

(Arbeitgeber)

d) Entscheidung der Behörde

Die Behörde darf die Kündigung nach § 17 I 1 MuSchG nur dann für zulässig erklären, wenn ein besonderer Fall vorliegt und die Kündigung nicht mit dem Zustand der Frau in der Schwangerschaft, nach einer Fehlgeburt nach der zwölften Schwangerschaftswoche oder nach der Entbindung in Zusammenhang steht.¹⁹⁴

Von einem besonderen Fall wird dann gesprochen, wenn außergewöhnliche Umstände dazu führen, dass die vom Gesetzgeber besonders geschützten Interessen der Schwangeren hinter die Interessen des Arbeitgebers treten.¹⁹⁵ Ein besonderer Fall ist nicht mit einem wichtigen Grund im Sinne des § 626 I BGB gleichzusetzen.¹⁹⁶ Das bedeutet, dass nicht jeder Grund, welcher eine außerordentliche Kündigung rechtfertigen würde, dazu geeignet wäre, die Zulassung der Kündigung zu rechtfertigen.¹⁹⁷ Die Zulassung der Kündigung kann auch dann in Erwägung gezogen werden, wenn lediglich ein Grund für eine ordentliche Kündigung besteht.¹⁹⁸ Es wird eine umfassende Abwägung vorgenommen, bei der geprüft wird, ob der Arbeitnehmerin eine Kündigung während der Schutzfrist zugemutet werden kann und ob eine „wesens- und sinngerechte Fortführung“ des Arbeitsverhältnisses noch möglich ist.¹⁹⁹

Personenbedingte Gründe sind im Regelfall nicht als besonderer Fall zu qualifizieren, wohingegen verhaltensbedingte und betriebsbedingte Gründe einen besonderen Fall darstellen können.²⁰⁰ Zur Orientierungshilfe bei der Prüfung, ob ein besonderer Fall gegeben ist, kann die Verwaltungsvorschrift nach § 18 I 6 BEEG zur Hilfe genommen werden.²⁰¹ Hiermit wird auf die „Allgemeine Verwaltungsvorschrift zum Kündigungsschutz bei Elternzeit“ vom 03.01.2007 verwiesen, welche in ihrer Nr. 2 Beispiele gibt, bei denen ein besonderer Fall im Sinne des § 18 I 4 BEEG anzunehmen ist.²⁰²

Die Behörde entscheidet über den Antrag nach pflichtgemäßem Ermessen im Sinne des § 40 VwVfG und sie darf die beabsichtigte Kündigung nur ausnahmsweise dann zulassen, wenn das Interesse des Arbeitgebers an der Beendigung des Arbeitsverhältnisses innerhalb der Schutzfrist die Interessen der Arbeitnehmerin erheblich überwiegt.^{203,204}

Zudem kann die zuständige Behörde die Zulässigkeitserklärung mit Auflagen und Widerrufsvorbehalten versehen.^{205,206} Falls der Antrag abgelehnt wird, bleibt das Kündigungsverbot bestehen. Wird dem Antrag wiederum stattgegeben, darf der Arbeitgeber die Kündigung aussprechen und muss im Falle einer ordentlichen Kündigung keine bestimmte Frist einhalten.²⁰⁷

¹⁹⁴ Brose/Weth/Volk/Volk, MuSchG, § 17 Rn. 202.

¹⁹⁵ APS/Rolfs, MuSchG, § 17 Rn. 118.

¹⁹⁶ APS/Rolfs, MuSchG, § 17 Rn. 119.

¹⁹⁷ MAH ArbR/Betz, § 45 Rn. 44.

¹⁹⁸ MAH ArbR/Betz, § 45 Rn. 44.

¹⁹⁹ Brose/Weth/Volk/Volk, MuSchG, § 17 Rn. 201.

²⁰⁰ APS/Rolfs, MuSchG, § 17 Rn. 120-122.

²⁰¹ MAH ArbR/Betz, § 45 Rn. 45.

²⁰² MAH ArbR/Betz, § 45 Rn. 45.

²⁰³ MAH ArbR/Betz, § 45 Rn. 47.

²⁰⁴ Arbeitsrechts-Handbuch/Linck, § 169 Rn. 14.

²⁰⁵ MAH ArbR/Betz, § 45 Rn. 48.

²⁰⁶ Brose/Weth/Volk/Volk, MuSchG, § 17 Rn. 224.

²⁰⁷ MAH ArbR/Betz, § 45 Rn. 48.

4. Begründung und Form der Kündigung nach § 17 II 2 MuSchG

Nach § 17 II 2 MuSchG muss die Kündigung der Schriftform genügen und der Kündigungsgrund muss angegeben werden.

Das Schriftformerfordernis des § 126 I BGB muss gewahrt werden, das heißt, dass der Arbeitgeber oder einer seiner Vertreter die Kündigungserklärung eigenhändig unterschreiben muss.²⁰⁸ Des Weiteren muss die Kündigung mit einem zulässigen Kündigungsgrund begründet werden.²⁰⁹ Diese Begründung muss jene Kündigungsgründe enthalten, welche der Zulässigkeitserklärung zugrunde liegen.²¹⁰ Zudem muss die Begründung schriftlich erfolgen und muss zeitgleich mit der Kündigung abgegeben werden.²¹¹

Sowohl der Verstoß gegen das Schriftformerfordernis als auch der Verstoß gegen das Begründungserfordernis führen zur Unwirksamkeit der Kündigung nach § 125 BGB.^{212,213}

5. Geltendmachung im Kündigungsschutzprozess

Ist die Arbeitnehmerin der Ansicht, die Kündigung durch den Arbeitgeber sei unwirksam, hat sie dies im Kündigungsschutzprozess vor dem Arbeitsgericht geltend zu machen.

a) Einhaltung der dreiwöchigen Klagefrist nach § 4 KSchG

Macht die Arbeitnehmerin den Unwirksamkeitsgrund nach § 17 I MuSchG nicht binnen der dreiwöchigen Klagefrist als anderen Grund für eine Rechtsunwirksamkeit nach § 4 S. 1 KSchG geltend, kommt es zur Heilung der unwirksamen Kündigung nach § 7 S. 1 KSchG.^{214,215} Auch bei außerordentlichen Kündigungen muss diese Frist nach § 13 I 2 KSchG gewahrt werden.

Maßgeblich für den Beginn der Klagefrist ist die Kenntnis des Arbeitgebers im Zeitpunkt der Kündigung von der Schwangerschaft, der Fehlgeburt nach der zwölften Schwangerschaftswoche oder der Entbindung.²¹⁶ Wenn er darüber in Kenntnis war, beginnt die Klagefrist nach § 4 S. 4 KSchG zu laufen, wenn die Entscheidung der Behörde über die Zulassung der Kündigung der Arbeitnehmerin mitgeteilt wurde.²¹⁷ Sollte der Arbeitgeber Kenntnis von den Umständen der Arbeitnehmerin haben und beantragt er die behördliche Zulassung nicht, fängt die Klagefrist auch nicht an zu laufen.²¹⁸ Waren dem Arbeitgeber im Kündigungszeitpunkt diese Umstände nicht bekannt, beginnt die Klagefrist nach § 4 S. 1 KSchG mit Kündigungszugang.²¹⁹

Nach § 5 I 2 KSchG ist der verspäteten Klage auf Antrag der Arbeitnehmerin stattzugeben, falls sie die Klagefrist nicht eingehalten hat, weil sie binnen der Frist in Unkenntnis über

²⁰⁸ Brose/Weth/Volk/Volk, MuSchG, § 17 Rn. 245, 246.

²⁰⁹ MAH ArbR/Betz, § 45 Rn. 52.

²¹⁰ MAH ArbR/Betz, § 45 Rn. 52.

²¹¹ MAH ArbR/Betz, § 45 Rn. 52.

²¹² MAH ArbR/Betz, § 45 Rn. 52.

²¹³ Brose/Weth/Volk/Volk, MuSchG, § 17 Rn. 248.

²¹⁴ MAH ArbR/Betz, § 45 Rn. 53.

²¹⁵ Schröder, NJW (2021), 2337 (2337, 2338 Rn. 3).

²¹⁶ MAH ArbR/Betz, § 45 Rn. 54.

²¹⁷ Schröder, NJW (2021), 2337 (2338 Rn. 3).

²¹⁸ MAH ArbR/Betz, § 45 Rn. 54.

²¹⁹ MAH ArbR/Betz, § 45 Rn. 54.

ihre Schwangerschaft war und sie aus einem nicht von ihr zu vertretenen Grund erst nach Ablauf der Frist davon Kenntnis erlangt hat und dies auch nach § 5 II 2 KSchG glaubhaft machen konnte.²²⁰

Sollte die Arbeitnehmerin unverschuldet erst kurz vor dem Fristablauf von ihrer Schwangerschaft erfahren, erhält sie drei Werktage als Überlegungszeit, ob sie eine Kündigungsschutzklage erheben möchte.²²¹ Falls sie durch diese Überlegungszeit die dreiwöchige Klagefrist versäumt, erfolgt im Normalfall eine nachträgliche Zulassung ihrer Klage, wenn sie die Klage sowie den Zulassungsantrag nach Verstreichen von drei Werktagen einreicht.²²²

b) Darlegungs- und Beweislast

Sollten die Voraussetzungen des § 17 I MuSchG erfüllt sein, trifft den Arbeitgeber die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass die behördliche Zulassungserklärung im Kündigungszeitpunkt vorliegt.²²³

Dagegen hat die Arbeitnehmerin zu beweisen, dass sie im Zeitpunkt des Kündigungszugangs schwanger ist, eine Fehlgeburt nach der zwölften Schwangerschaftswoche hatte oder entbunden hat.²²⁴ Außerdem trägt sie die Beweislast dafür, dass der Arbeitgeber im Zeitpunkt des Kündigungszugangs von ihren oben genannten Umständen Kenntnis hat, beziehungsweise dafür, dass der Arbeitgeber die Mitteilung über diese Umstände innerhalb von zwei Wochen nach Kündigung erhalten hat.²²⁵ Liegt ein Versäumnis der Mitteilungsfrist vor, ist die Arbeitnehmerin gehalten zu beweisen, dass sie dieses Versäumnis nicht zu vertreten hat und die Nachholung der Mitteilung unverzüglich erfolgt ist.²²⁶

II. Elternzeit-Berechtigte

Der Sonderkündigungsschutz von Elternzeit-Berechtigten ist in § 18 BEEG geregelt und beinhaltet ein Kündigungsverbot mit Erlaubnisvorbehalt.²²⁷ Danach sind arbeitgeberseitige Kündigungen ab dem Zeitpunkt, von welchem an Elternzeit verlangt wurde, sowie Kündigungen während der Elternzeit, unzulässig. Das Kündigungsverbot des § 18 I BEEG gilt nach § 18 II BEEG sowohl für Eltern, welche während der Elternzeit bei demselben Arbeitgeber Teilzeitarbeit leisten als auch für Eltern, die einen Anspruch auf Elterngeld haben und die mögliche Elternzeit nicht in Anspruch nehmen und Teilzeitarbeit leisten.

Für das Bestehen des Sonderkündigungsschutzes ist die Größe des Betriebs unerheblich und er ist nicht an die Erfüllung einer Wartezeit gebunden.²²⁸

²²⁰ Schröder, NJW (2021), 2337 (2340 Rn. 15, 16).

²²¹ MAH ArbR/Betz, § 45 Rn. 55.

²²² MAH ArbR/Betz, § 45 Rn. 55.

²²³ APS/Rolfs, MuSchG, § 17 Rn. 157.

²²⁴ APS/Rolfs, MuSchG, § 17 Rn. 155.

²²⁵ APS/Rolfs, MuSchG, § 17 Rn. 156.

²²⁶ APS/Rolfs, MuSchG, § 17 Rn. 156.

²²⁷ ErfK/Gallner, BEEG, § 18 Rn. 1a.

²²⁸ MAH ArbR/Betz, § 45 Rn. 59.

1. Voraussetzungen für den Kündigungsschutz nach § 18 I BEEG

a) Persönlicher Anwendungsbereich

Damit der Sonderkündigungsschutz greift, muss ein Arbeitsverhältnis oder ein nach § 20 BEEG gleichgestelltes Rechtsverhältnis vorliegen.²²⁹ Von § 20 BEEG werden Auszubildende und in Heimarbeit Beschäftigte und die ihnen Gleichgestellten erfasst.

Für den Kündigungsschutz ist Art, Umfang und Dauer des Arbeitsverhältnisses unerheblich.^{230,231}

Sollte ein Teilzeitarbeitsverhältnis vorliegen, muss § 18 II BEEG beachtet werden.²³² Dieser regelt, dass der Kündigungsschutz nach § 18 II Nr. 1 BEEG nur dann besteht, wenn die Teilzeitarbeit bei demselben Arbeitgeber geleistet wird, bei welchem auch die Elternzeit beansprucht wird. Auch wenn die Teilzeitarbeit bei einem anderen Arbeitgeber mit der Zustimmung nach § 15 IV 3 BEEG geleistet wird, greift der Kündigungsschutz nicht im Verhältnis zu diesem anderen Arbeitgeber.^{233,234}

Nach § 18 II Nr. 2 i.V.m. § 4 I 1 BEEG gilt der Sonderkündigungsschutz auch dann, wenn im Teilzeitarbeitsverhältnis keine Elternzeit beansprucht wird. Der Schutz besteht in diesem Fall bis zur Vollendung des 14. Lebensmonats des Kindes des Arbeitnehmers.²³⁵

Zu beachten ist, dass der Schutz nach § 18 II Nr. 1 BEEG und nach § 18 II Nr. 2 BEEG nicht besteht, sollte die Teilzeitarbeit den nach § 15 IV 1 BEEG zulässigen Umfang von 32 Wochenstunden im Monatsdurchschnitt überschreiten.²³⁶

Der Schutz besteht auch in dem Fall, wenn das Arbeitsverhältnis erst nach der Geburt des Kindes eingegangen wurde.²³⁷

b) Elternzeitberechtigung und wirksames Verlangen der Elternzeit

Arbeitnehmer, welche einen Anspruch auf Elternzeit haben und diese wirksam verlangt haben, unterliegen dem Sonderkündigungsschutz.²³⁸ Ob die Elternzeit in Anspruch genommen werden kann, ist unabhängig davon, ob der Arbeitgeber diesem Verlangen zustimmt.²³⁹ Damit das Kündigungsverbot des § 18 BEEG greift, müssen alle Anspruchsvoraussetzungen für die Elternzeit im Zeitpunkt des Kündigungszugangs erfüllt sein, was bedeutet, dass die Voraussetzungen der §§ 15, 16 BEEG gegeben sein müssen.^{240,241}

Nach § 15 I 1 BEEG besteht ein Anspruch auf Elternzeit, wenn der Arbeitnehmer mit seinem eigenen Kind, mit einem Kind, für welches Elterngeld nach § 1 III, IV BEEG beansprucht

²²⁹ Arbeitsrechts-Handbuch/Linck, § 172 Rn. 49.

²³⁰ MAH ArbR/Betz, § 45 Rn. 60.

²³¹ Arbeitsrechts-Handbuch/Linck, § 172 Rn. 49.

²³² ErfK/Gallner, BEEG, § 18 Rn. 6.

²³³ MAH ArbR/Betz, § 45 Rn. 61.

²³⁴ ErfK/Gallner, BEEG, § 18 Rn. 6.

²³⁵ MAH ArbR/Betz, § 45 Rn. 61.

²³⁶ ErfK/Gallner, BEEG, § 18 Rn. 6.

²³⁷ MAH ArbR/Betz, § 45 Rn. 62.

²³⁸ ErfK/Gallner, BEEG, § 18 Rn. 5.

²³⁹ Karb, öAT (2019), 111 (112).

²⁴⁰ MAH ArbR/Betz, § 45 Rn. 64.

²⁴¹ APS/Rolfs, BEEG, § 18 Rn. 13.

werden kann, oder mit einem Kind, welches in Vollzeitpflege nach § 33 SGB VIII aufgenommen wurde, in ein und demselben Haushalt lebt und das Kind selbst betreut und erzieht.²⁴²

Auch Großeltern können nach § 15 I a BEEG einen Anspruch auf Elternzeit haben, wenn sie in einem Haushalt mit ihrem Enkelkind leben und dieses Kind selbst erziehen und betreuen und ein Elternteil des Kindes minderjährig ist oder sich ein Elternteil in einer Ausbildung befindet, welche vor Vollendung des 18. Lebensjahres angefangen wurde und die Arbeitskraft des Elternteils voll beansprucht. Allerdings ist dieser Anspruch der Großeltern nach § 15 I a 2 BEEG in den Zeiten ausgeschlossen, in welchen die Eltern des Kindes selbst Elternzeit beanspruchen.

In § 15 II BEEG ist die Dauer des Anspruchs auf Elternzeit geregelt.²⁴³ Nach § 15 II 1 BEEG besteht dieser Anspruch bis zur Vollendung des dritten Lebensjahres des Kindes. Nach § 15 II 2 BEEG besteht die Möglichkeit, einen Anteil von bis zu 24 Monaten zwischen dem dritten Geburtstag und dem vollendeten achten Lebensjahr des Kindes zu beanspruchen.

Weiterhin müssen die Voraussetzungen des § 16 BEEG zur Inanspruchnahme der Elternzeit erfüllt sein. Nach § 16 I 1 Nr. 1 BEEG muss die Elternzeit für den Zeitraum bis zur Vollendung des dritten Lebensjahres des Kindes spätestens sieben Wochen und nach § 16 I 1 Nr. 2 BEEG für den Zeitraum zwischen dem dritten Geburtstag und dem vollendeten achten Lebensjahr des Kindes spätestens 13 Wochen vor Antritt der Elternzeit schriftlich vom Arbeitnehmer verlangt werden.

Im Falle des § 16 I 1 Nr. 1 BEEG hat der Arbeitnehmer nach § 16 I 2 BEEG gleichzeitig zu erklären, für welchen Zeitraum innerhalb von zwei Jahren Elternzeit genommen werden soll, wobei aus dringenden Gründen nach § 16 I 3 BEEG eine kürzere Frist möglich ist.

Bei Unterschreitung der Ankündigungsfrist verschiebt sich der Zeitpunkt des Beginns der Elternzeit entsprechend nach hinten, falls der Ausnahmetatbestand des § 16 II BEEG nicht greift.²⁴⁴

Das Einhalten des Schriftformerfordernisses des § 16 I BEEG ist Wirksamkeitsvoraussetzung für das Elternzeitverlangen.²⁴⁵ Das bedeutet, dass das Schriftformerfordernis des § 126 I BGB gewahrt werden muss und das Elternzeitverlangen muss vom Arbeitnehmer eigenhändig unterschrieben werden, ansonsten kommt es zur Nichtigkeit nach § 125 S. 1 BGB.²⁴⁶

Sollte die Inanspruchnahme der Elternzeit nicht wirksam erfolgt sein, besteht grundsätzlich kein Schutz nach § 18 I BEEG.²⁴⁷

²⁴² MAH ArbR/Betz, § 45 Rn. 65.

²⁴³ MAH ArbR/Betz, § 45 Rn. 65.

²⁴⁴ MAH ArbR/Betz, § 45 Rn. 66.

²⁴⁵ Brose/Weth/Volk/Schneider, BEEG, § 16 Rn. 5.

²⁴⁶ Brose/Weth/Volk/Schneider, BEEG, § 16 Rn. 5.

²⁴⁷ Brose/Weth/Volk/Schneider, BEEG, § 18 Rn. 12.

c) Dauer des Kündigungsschutzes

Ab dem Zeitpunkt, von dem an die Elternzeit nach § 16 I 1 BEEG wirksam verlangt worden ist und während der Elternzeit, gilt der Kündigungsschutz des § 18 I 1 BEEG.^{248,249}

Nach § 18 I 2 Nr. 1 BEEG beginnt der Sonderkündigungsschutz frühestens acht Wochen vor Beginn einer Elternzeit bis zum vollendeten dritten Lebensjahr des Kindes und nach § 18 I 2 Nr. 2 BEEG frühestens 14 Wochen vor Beginn einer Elternzeit zwischen dem dritten Geburtstag und dem vollendeten achten Lebensjahr des Kindes. Im Fall des § 18 I 2 Nr. 1 BEEG beginnt der Kündigungsschutz frühestens acht Wochen vor dem Tag der ärztlich prognostizierten Geburt.²⁵⁰ Der Kündigungsschutz greift nicht schon mit dem Verlangen der Elternzeit, sondern er beginnt erst ab dem Acht-Wochen- bzw. 14-Wochen-Zeitpunkt vor dem Elternzeitbeginn.²⁵¹

Der Zugang der Kündigung ist maßgeblich für den Sonderkündigungsschutz, denn dieser besteht nur dann, wenn der Kündigungszugang innerhalb des in § 18 I 2 Nr. 1 oder 2 BEEG geregelten Schutzzeitraum liegt.²⁵²

Die acht- bzw. vierzehnwöchige Frist wird rückwärts vom beantragten Beginn einer Elternzeit berechnet und dies erfolgt auch so, falls die Elternzeit zu einem noch nicht feststehenden Termin beansprucht wird.²⁵³ Wird die Elternzeit ab der Geburt des Kindes beansprucht, beginnt die Frist acht Wochen vor dem Tag der prognostizierten Geburt.²⁵⁴

Mit dem letzten Tag der Elternzeit endet der Sonderkündigungsschutz.²⁵⁵ Dies gilt auch bei einer vorzeitigen Beendigung der Elternzeit nach § 16 III 1-3 BEEG.²⁵⁶ Es kommt zu einer entsprechenden Verlängerung des Sonderkündigungsschutzes, falls die Elternzeit nach § 16 III 1 BEEG im Rahmen des § 15 II TzBfG mit Zustimmung des Arbeitgebers verlängert wird.²⁵⁷

2. Rechtsfolgen des Kündigungsschutzes

Da es sich bei § 18 I BEEG um ein gesetzliches Verbot im Sinne des § 134 BGB handelt, sind Kündigungen, welche dagegen verstoßen, nichtig.²⁵⁸ Diesem Kündigungsverbot unterliegen alle arbeitgeberseitigen ordentlichen oder außerordentlichen Beendigungs- oder Änderungskündigungen.²⁵⁹ Keine Anwendung findet das Kündigungsverbot auf sonstige Beendigungstatbestände eines Arbeitsverhältnisses sowie auf die Eigenkündigung des Arbeitnehmers.²⁶⁰

²⁴⁸ MAH ArbR/Betz, § 45 Rn. 69.

²⁴⁹ Brose/Weth/Volk/Schneider, BEEG, § 18 Rn. 9.

²⁵⁰ MAH ArbR/Betz, § 45 Rn. 70.

²⁵¹ APS/Rolfs, BEEG, § 18 Rn. 15.

²⁵² APS/Rolfs, BEEG, § 18 Rn. 15.

²⁵³ APS/Rolfs, BEEG, § 18 Rn. 15a.

²⁵⁴ APS/Rolfs, BEEG, § 18 Rn. 15a.

²⁵⁵ Brose/Weth/Volk/Schneider, BEEG, § 18 Rn. 17.

²⁵⁶ MAH ArbR/Betz, § 45 Rn. 73.

²⁵⁷ MAH ArbR/Betz, § 45 Rn. 73.

²⁵⁸ APS/Rolfs, BEEG, § 18 Rn. 23.

²⁵⁹ Karb, öAT (2019), 111 (114).

²⁶⁰ MAH ArbR/Betz, § 45 Rn. 74.

Der Arbeitnehmer kann vor Ausspruch der Kündigung nicht wirksam auf seinen Sonderkündigungsschutz verzichten.²⁶¹

3. Behördliche Zulassung der Kündigung nach § 18 I S. 4-6 BEEG

Der § 18 I 4 und 5 BEEG regelt, dass die für den Arbeitsschutz zuständige oberste Landesbehörde oder eine von ihr bestimmte Stelle die Kündigung in besonderen Fällen ausnahmsweise für zulässig erklären darf. Die Bundesregierung kann mit Zustimmung des Bundesrates nach § 18 I 6 BEEG zur Durchführung allgemeine Verwaltungsvorschriften erlassen. Dies hat die Bundesregierung mit der „Allgemeinen Verwaltungsvorschrift zum Kündigungsschutz bei Elternzeit“ vom 03.01.2007 getan.²⁶²

Damit die arbeitgeberseitige Kündigung wirksam ist, muss die behördliche Zulassung im Zeitpunkt des Kündigungszugangs vorliegen.²⁶³

a) Zuständige Behörde

Die zuständige Behörde ist nach § 18 I 5 BEEG die für den Arbeitsschutz zuständige oberste Landesbehörde oder eine von ihr bestimmte Stelle. In Nordrhein-Westfalen ist die jeweilige Bezirksregierung die zuständige Behörde.²⁶⁴

b) Verfahren

Das Verfahren für die behördliche Zulassung der Kündigung ist in den Nr. 4 ff. KündSchElt-ZVwV festgelegt.²⁶⁵ Demnach muss der Arbeitgeber einen schriftlich erklärten Antrag bei der zuständigen Behörde einreichen.²⁶⁶ Dieser Antrag muss den Arbeitsort sowie die vollständige Anschrift des zu kündigenden Arbeitnehmers beinhalten.²⁶⁷ Es muss eine Begründung der Kündigung unter Angabe von Beweismitteln in diesem Antrag enthalten sein.²⁶⁸

Nachdem der zu kündigende Arbeitnehmer und gegebenenfalls der Betriebsrat angehört wurde, entscheidet die Behörde, ob sie die Kündigung zulässt.²⁶⁹

²⁶¹ MAH ArbR/Betz, § 45 Rn. 74.

²⁶² APS/Rolfs, BEEG, § 18 Rn. 27.

²⁶³ MAH ArbR/Betz, § 45 Rn. 75.

²⁶⁴ APS/Rolfs, BEEG, § 18 Rn. 31.

²⁶⁵ MAH ArbR/Betz, § 45 Rn. 77.

²⁶⁶ MAH ArbR/Betz, § 45 Rn. 77.

²⁶⁷ MAH ArbR/Betz, § 45 Rn. 77.

²⁶⁸ MAH ArbR/Betz, § 45 Rn. 77.

²⁶⁹ MAH ArbR/Betz, § 45 Rn. 77.

c) Musterantrag auf behördliche Zustimmung zur Kündigung des Arbeitsverhältnisses nach § 18 BEEG

In diesem Musterantrag wird exemplarisch auf die ordentliche betriebsbedingte Kündigung eingegangen.

An

.....

(zuständige Behörde)

Sehr geehrte(r).....,

wir beabsichtigen, Herr/Frau (Vor- und Nachname, Geburtsdatum, vollständige Anschrift) ordentlich zu kündigen. Daher bitten wir Sie um Ihre Zustimmung nach § 18 I 4 und 5 BEEG.

Herr/Frau..... ist bei uns auf Grundlage des als Anlage 1 beiliegenden Arbeitsvertrags vom..... als (Berufsbezeichnung) beschäftigt und ist seit dem..... und noch bis zum in Elternzeit. Wir sehen uns gezwungen, das Arbeitsverhältnis mit Herrn/Frau..... vor Ablauf der Elternzeit fristgemäß zu beenden.

Aus folgenden Gründen ist die Kündigung beabsichtigt: Unsere Gesellschaft hat nur einen Betrieb in und dieser Betrieb wird zum..... stillgelegt. Daher haben wir mit dem Betriebsrat den als Anlagen 2 und 3 beigefügten Interessenausgleich und Sozialplan geschlossen. Allen übrigen Arbeitnehmern wurde gekündigt und eine Weiterbeschäftigungsmöglichkeit besteht nicht.

Aufgrund der obigen Ausführungen sehen wir keine Möglichkeit, das Arbeitsverhältnis mit Herrn/Frau..... weiterzuführen und beabsichtigen, das Arbeitsverhältnis unter Einhaltung der gültigen Kündigungsfrist von..... ordentlich zu kündigen. Daher beantragen wir, die beabsichtigte ordentliche Kündigung für zulässig zu erklären. Aus dem beigefügten Interessenausgleich geht hervor, dass der Betriebsrat diese Maßnahme unterstützt. Wir beantragen gleichlaufend, die sofortige Vollziehung der Zustimmung anzuordnen.

Mit freundlichen Grüßen

.....

(Arbeitgeber)

d) Entscheidung der Behörde

Liegt ein besonderer Fall vor, kann die zuständige Behörde die Kündigung nach § 18 I 4 BEEG ausnahmsweise für zulässig erklären.

Ein besonderer Fall ist dann gegeben, wenn außergewöhnliche Gründe dazu führen, dass die Interessen des schutzwürdigen Arbeitnehmers, welcher die Elternzeit in Anspruch nimmt, hinter die Interessen des Arbeitgebers an der Auflösung des Arbeitsverhältnisses treten.²⁷⁰ Die Allgemeine Verwaltungsvorschrift zum Kündigungsschutz bei Elternzeit listet

²⁷⁰ ErfK/Gallner, BEEG, § 18 Rn. 11.

in ihrer Nr. 2 besondere Fälle auf, welche für die Verwaltungsbehörden eine bindende Wirkung entfalten.^{271,272} Die Behörde entscheidet nach pflichtgemäßem Ermessen im Sinne des § 40 VwVfG, ob das Kündigungsinteresse des Arbeitgebers überwiegt.^{273,274}

Ein besonderer Fall ist beispielsweise dann gegeben, wenn es nach Nr. 2.1.1 KündSchEltZVwV zu einer Betriebsstilllegung kommt und es für den Arbeitnehmer keine Weiterbeschäftigungsmöglichkeit in einem anderen Betrieb des Unternehmens gibt.

Nr. 7 KündSchEltZVwV normiert, dass die Behörde ihre Entscheidung schriftlich und unter Angabe von Gründen mitzuteilen hat und dass sie ihre Entscheidung sowohl dem Arbeitgeber als auch dem Arbeitnehmer zuzustellen hat. Nach Nr. 6 KündSchEltZVwV ist es auch möglich, dass die Kündigung unter Bedingungen für zulässig erklärt werden kann.

Wird die Kündigung zugelassen, gibt es für die ordentliche Kündigung keine Frist, in der sie nach Zugang des Zulassungsbescheides erklärt werden muss.²⁷⁵

4. Geltendmachung im Kündigungsschutzprozess

Ist der Arbeitnehmer der Meinung, die arbeitgeberseitige Kündigung sei unwirksam, hat er dies im Kündigungsschutzprozess vor dem Arbeitsgericht geltend zu machen.

a) Einhaltung der dreiwöchigen Klagefrist nach § 4 KSchG

Macht der Arbeitnehmer den Unwirksamkeitsgrund nach § 18 I BEEG nicht binnen der dreiwöchigen Klagefrist als anderen Grund für eine Rechtsunwirksamkeit nach § 4 S. 1 KSchG geltend, kommt es zur Heilung der unwirksamen Kündigung nach § 7 S. 1 KSchG.^{276,277} Auch bei außerordentlichen Kündigungen muss diese Frist nach § 13 I 2 KSchG gewahrt werden.

Nach § 4 S. 4 KSchG beginnt die Frist erst mit Bekanntgabe der Entscheidung der Behörde an den Arbeitnehmer zu laufen.²⁷⁸ Sollte der Arbeitgeber in Unkenntnis über den Sonderkündigungsschutz des Arbeitnehmers sein, beispielsweise im Fall des § 18 II Nr. 2 BEEG, dann ist § 4 S. 4 KSchG nicht anwendbar und die Kündigungsschutzklage muss nach § 4 S. 1 KSchG innerhalb von drei Wochen nach Zugang der Kündigung durch den Arbeitnehmer erhoben werden.²⁷⁹

b) Darlegungs- und Beweislast

Den Arbeitgeber trifft die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass die behördliche Zulassungserklärung im Zeitpunkt der Kündigung vorgelegen hat.²⁸⁰

²⁷¹ MAH ArbR/Betz, § 45 Rn. 80.

²⁷² ErfK/Gallner, BEEG, § 18 Rn.11.

²⁷³ MAH ArbR/Betz, § 45 Rn. 80.

²⁷⁴ Arbeitsrechts-Handbuch/Linck, § 172 Rn. 56.

²⁷⁵ Brose/Weth/Volk/Schneider, BEEG, § 18 Rn. 37.

²⁷⁶ MAH ArbR/Betz, § 45 Rn. 85.

²⁷⁷ Schröder, NJW (2021), 2337 (2338 Rn. 2).

²⁷⁸ Schröder, NJW (2021), 2337 (2338 Rn. 2).

²⁷⁹ MAH ArbR/Betz, § 45 Rn. 85.

²⁸⁰ ErfK/Gallner, BEEG, § 18 Rn.16.

Dagegen hat der Arbeitnehmer den Beweis zu erbringen, dass die Voraussetzungen für das Kündigungsverbot nach § 18 I BEEG erfüllt sind.²⁸¹ Der Arbeitnehmer hat im Fall des § 18 I BEEG darzulegen, dass die Elternzeitberechtigung im Sinne des § 15 I BEEG und ihre wirksame Geltendmachung im Sinne des § 16 I BEEG vorliegt.²⁸² Sollte § 18 II Nr. 1 BEEG einschlägig sein, muss der Arbeitnehmer beweisen, dass der zulässige Umfang der Teilzeitarbeit von 32 Stunden in der Woche im Sinne des § 15 IV 1 BEEG nicht überschritten wurde.²⁸³ Im Fall des § 18 II Nr. 2 BEEG trägt der Arbeitnehmer die Beweislast dafür, dass er Anspruch auf Elterngeld nach § 1 BEEG innerhalb des Zeitraums nach § 4 I 1 und 3 hat.²⁸⁴

III. Pflegezeit-Berechtigte

Der Sonderkündigungsschutz von Pflegezeit-Berechtigten ist in § 5 PflegeZG geregelt und es handelt sich dabei um ein Kündigungsverbot mit Erlaubnisvorbehalt.²⁸⁵

Das Pflegezeitgesetz gewährt das Recht auf Kurzzeitpflege nach § 2 I PflegeZG, das Recht auf Langzeitpflege nach § 3 I PflegeZG sowie das Recht auf Minderjährigenbetreuung nach § 3 V PflegeZG und das Recht auf Sterbebegleitung nach § 3 VI PflegeZG.²⁸⁶

Der § 5 I PflegeZG regelt, dass der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis von der Ankündigung der Pflegezeit, höchstens aber zwölf Wochen vor dem angekündigten Beginn, bis zur Beendigung der kurzzeitigen Arbeitsverhinderung nach § 2 PflegeZG oder der Pflegezeit nach § 3 PflegeZG nicht kündigen darf. Das Kündigungsverbot setzt keine Mindestbeschäftigungsdauer voraus.²⁸⁷

1. Voraussetzungen des Kündigungsschutzes nach § 5 I PflegeZG

a) persönlicher Anwendungsbereich

Der persönliche Anwendungsbereich des Pflegezeitgesetzes ist für Beschäftigte im Sinne des § 7 I PflegeZG eröffnet.²⁸⁸ Demnach fallen darunter Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, die zu ihrer Berufsbildung Beschäftigten sowie arbeitnehmerähnliche Personen, zu denen auch die in Heimarbeit Beschäftigten und die ihnen Gleichgestellten gehören.

b) Betreuung pflegebedürftiger naher Angehöriger

Aus §§ 2 I und 3 I 1 PflegeZG geht hervor, dass nur die Betreuung von pflegebedürftigen nahen Angehörigen vom Sonderkündigungsschutz erfasst ist.²⁸⁹ Der § 7 III Nr. 1-3 PflegeZG normiert, wer als naher Angehöriger anzusehen ist.

²⁸¹ ErfK/Gallner, BEEG, § 18 Rn. 16.

²⁸² ErfK/Gallner, BEEG, § 18 Rn. 16.

²⁸³ MAH ArbR/Betz, § 45 Rn. 86.

²⁸⁴ MAH ArbR/Betz, § 45 Rn. 86.

²⁸⁵ ErfK/Gallner, PflegeZG, § 5 Rn. 4.

²⁸⁶ MAH ArbR/Betz, § 45 Rn. 90.

²⁸⁷ Preis/Nehring, NZA (2008), 729 (735).

²⁸⁸ Preis/Nehring, NZA (2008), 729 (730).

²⁸⁹ MAH ArbR/Betz, § 45 Rn. 92.

Wer im Sinne des Pflegezeitgesetzes als pflegebedürftig anzusehen ist, steht im § 7 IV PflegeZG geschrieben.²⁹⁰ Demnach gelten diejenigen Personen als pflegebedürftig, welche die Voraussetzungen nach den §§ 14 und 15 SGB XI erfüllen. Nach § 14 SGB XI sind Personen pflegebedürftig, die gesundheitlich bedingte Beeinträchtigungen der Selbständigkeit oder der Fähigkeiten aufweisen und aus diesem Grund der Hilfe durch andere bedürfen und es muss sich um Personen handeln, die körperliche, kognitive oder psychische Beeinträchtigungen oder gesundheitlich bedingte Belastungen oder Anforderungen nicht selbstständig kompensieren oder bewältigen können. Des Weiteren muss die Pflegebedürftigkeit nach § 14 I 3 SGB XI auf Dauer bestehen, voraussichtlich für mindestens 6 Monate und mindestens in der in § 15 SGB XI festgelegten Schwere bestehen. Das bedeutet, dass diese Voraussetzungen von allen Personen erfüllt werden, die mindestens Pflegegrad 1 haben.²⁹¹

§ 7 IV 2 PflegeZG regelt, dass es für die kurzzeitige Arbeitsverhinderung nach § 2 I PflegeZG ausreichend ist, wenn die Voraussetzungen der Pflegebedürftigkeit nach den §§ 14 und 15 SGB XI voraussichtlich erfüllt werden. Dies ist gegeben, wenn der Eintritt der Pflegebedürftigkeit überwiegend wahrscheinlich ist.²⁹²

c) Kurzzeitige Arbeitsverhinderung nach § 2 PflegeZG

Nach § 2 I PflegeZG steht Beschäftigten das Recht zu, bis zu zehn Arbeitstagen der Arbeit fernzubleiben, wenn dies notwendig ist, um für einen pflegebedürftigen nahen Angehörigen in einer akut aufgetretenen Pflegesituation eine bedarfsgerechte Pflege zu organisieren oder eine pflegerische Versorgung in dieser Zeit sicherzustellen.

In diesem Fall ist nur das vollständige Fernbleiben von der Arbeit möglich und es handelt sich dabei um ein Leistungsverweigerungsrecht des Arbeitnehmers, welches nicht der Zustimmung des Arbeitgebers bedarf.²⁹³ Eine solche akut auftretende Pflegesituation ist beispielsweise dann gegeben, wenn die bisherige Pflegekraft bei häuslicher Pflege unvorhergesehen ausfällt.²⁹⁴

Für dieses Leistungsverweigerungsrecht statuiert § 2 II PflegeZG eine Anzeige- und gegebenenfalls eine Nachweispflicht.²⁹⁵ Der Arbeitnehmer muss gegenüber dem Arbeitgeber unverzüglich eine Anzeige machen, die nicht an eine Form gebunden ist, welche beinhaltet, dass der Arbeitnehmer verhindert ist, seine Arbeitsleistung zu erbringen und für welche voraussichtliche Dauer dies der Fall ist.²⁹⁶ Es muss daraus auch hervorgehen, dass eine Pflegesituation bei einem nahen Angehörigen akut aufgetreten ist und dieser Angehörige muss darin namentlich benannt werden.²⁹⁷ Eine Verletzung dieser Pflichten hat keine Auswirkungen auf den Sonderkündigungsschutz, der jedoch erst mit der Ankündigung der Arbeitsverhinderung greifen kann.²⁹⁸

²⁹⁰ MAH ArbR/Betz, § 45 Rn. 92.

²⁹¹ MAH ArbR/Betz, § 45 Rn. 92.

²⁹² BeckOK ArbR/Joussen, PflegeZG, § 7 Rn. 17.

²⁹³ MAH ArbR/Betz, § 45 Rn. 96.

²⁹⁴ ErfK/Gallner, PflegeZG, § 2 Rn. 2.

²⁹⁵ ErfK/Gallner, PflegeZG, § 2 Rn. 3.

²⁹⁶ ErfK/Gallner, PflegeZG, § 2 Rn. 3.

²⁹⁷ ErfK/Gallner, PflegeZG, § 2 Rn. 3.

²⁹⁸ MAH ArbR/Betz, § 45 Rn. 96.

d) Freistellung nach § 3 PflegeZG

§ 3 PflegeZG regelt die Pflegezeit und die sonstigen Freistellungsmöglichkeiten.

Nach § 3 I PflegeZG können sich Beschäftigte vollständig oder teilweise von der Arbeit freistellen lassen, wenn sie einen pflegebedürftigen nahen Angehörigen in häuslicher Umgebung pflegen und der Arbeitgeber in der Regel mehr als 15 Arbeitnehmer beschäftigt. Mit Pflege in häuslicher Umgebung ist eine Pflege im Sinne des § 36 I SGB XI gemeint.²⁹⁹ § 3 II PflegeZG legt fest, dass die Beschäftigten die Pflegebedürftigkeit des nahen Angehörigen durch Vorlage einer Bescheinigung der Pflegekasse oder des Medizinischen Dienstes der Krankenversicherung nachweisen müssen. Für den Freistellungsanspruch ist dies aber keine Wirksamkeitsvoraussetzung.³⁰⁰ Die Rechtsfolgen des § 3 I PflegeZG treten mit der Erklärung des Beschäftigten, dass er Pflegezeit beanspruchen möchte, ein und er muss dem Arbeitgeber nach § 3 III PflegeZG die Inanspruchnahme der Pflegezeit spätestens 10 Arbeitstage vor Beginn schriftlich ankündigen sowie gleichzeitig erklären, für welchen Zeitraum und in welchem Umfang diese Freistellung in Anspruch genommen werden soll.³⁰¹ Diese Erklärung muss der Schriftform des § 126 I BGB genügen, ansonsten kann die Freistellung nicht wirksam in Anspruch genommen werden und der Sonderkündigungsschutz greift nicht.³⁰²

Sollte nur teilweise Freistellung beansprucht werden, muss der Arbeitnehmer nach § 3 III 2 PflegeZG die gewünschte Verteilung der Arbeitszeit angeben und er muss nach § 3 IV PflegeZG mit dem Arbeitgeber eine schriftliche Vereinbarung über die Verringerung und Verteilung der Arbeitszeit treffen. Dabei hat der Arbeitgeber nach § 3 IV 2 PflegeZG den Wünschen des Arbeitnehmers zu entsprechen, außer es liegen entgegenstehende betriebliche Gründe vor. Für diesen unbestimmten Rechtsbegriff kann auf die zu § 15 VII 1 Nr. 4 BEEG entwickelten Grundsätze zurückgegriffen werden, jedoch trifft den Arbeitgeber die Darlegungs- und Beweislast für diesen Ausnahmetatbestand.³⁰³

Die Höchstdauer für die Pflegezeit beträgt nach § 4 I 1 PflegeZG längstens sechs Monate und sie kann, falls sie für einen kürzeren Zeitraum in Anspruch genommen wurde, nach § 4 I 2 PflegeZG bis zur Höchstdauer verlängert werden, wenn der Arbeitgeber zustimmt. Weiterhin regelt § 4 I 4 PflegeZG, dass Pflegezeit und Familienpflegezeit nach § 2 FPfZG gemeinsam die Gesamtdauer von 24 Monaten je pflegebedürftigen nahen Angehörigen nicht überschreiten dürfen. Zu beachten ist, dass das Pflegezeitgesetz dem Arbeitnehmer ein einmaliges Gestaltungsrecht gewährt, das heißt, dass es nicht möglich ist, Pflegezeit mehrfach für denselben nahen Angehörigen in Anspruch zu nehmen.³⁰⁴ Falls die Pflegebedürftigkeit des nahen Angehörigen entfällt oder die häusliche Pflege unmöglich wird, endet nach § 4 II PflegeZG die Pflegezeit vier Wochen nach Eintritt der veränderten Umstände und der Arbeitgeber ist über die veränderten Umstände unverzüglich zu unterrichten.

Nach § 3 V PflegeZG können sich Arbeitnehmer von der Arbeit freistellen lassen, wenn sie einen minderjährigen pflegebedürftigen Angehörigen in häuslicher oder außerhäuslicher Pflege betreuen und es ist möglich, diese Freistellung jederzeit im Wechsel mit der Frei-

²⁹⁹ ErfK/Gallner, PflegeZG, § 3 Rn. 1.

³⁰⁰ MAH ArbR/Betz, § 45 Rn. 97.

³⁰¹ MAH ArbR/Betz, § 45 Rn. 97.

³⁰² ErfK/Gallner, PflegeZG, § 3 Rn. 2.

³⁰³ ErfK/Gallner, PflegeZG, § 3 Rn. 4.

³⁰⁴ MAH ArbR/Betz, § 45 Rn. 100.

stellung nach § 3 I PflegeZG in Anspruch zu nehmen, solange die 24-monatige Gesamtdauer nicht überschritten wird. Auf diese Freistellungsmöglichkeit findet nach § 4 V 3 PflegeZG der § 4 I 2, II, III, IV PflegeZG entsprechend Anwendung.

Außerdem bietet § 3 VI PflegeZG eine weitere Freistellungsoption, welche eine vollständige oder teilweise Freistellung für Arbeitnehmer ermöglicht, die einen nahen Angehörigen begleiten, welcher an einer Erkrankung leidet, die progredient verläuft, bereits weit fortgeschritten ist, unheilbar ist und eine palliativmedizinische Behandlung notwendig macht und der Erkrankte voraussichtlich nur noch eine begrenzte Lebenserwartung von Wochen oder wenigen Monaten hat. Die Regelungen des § 3 I 2, III 1-2, IV PflegeZG finden nach § 3 VI 3 PflegeZG entsprechend Anwendung und nach § 4 III 2 PflegeZG beträgt die Höchstdauer drei Monate je nahen Angehörigen.

e) Dauer des Kündigungsschutzes

Der Sonderkündigungsschutz beginnt nach § 5 I PflegeZG mit dem Zugang der Ankündigung der kurzzeitigen Arbeitsverhinderung, der Pflegezeit oder Freistellung beim Arbeitgeber, er beginnt jedoch frühestens zwölf Wochen vor dem angekündigten Beginn.³⁰⁵ § 5 I PflegeZG regelt, dass der Kündigungsschutz mit der Beendigung der kurzzeitigen Arbeitsverhinderung nach § 2 PflegeZG oder der Freistellung nach § 3 PflegeZG erlischt.³⁰⁶

2. Rechtsfolgen des Kündigungsschutzes

§ 5 I PflegeZG stellt ein gesetzliches Verbot im Sinne des § 134 BGB dar, wodurch ein Verstoß gegen das Kündigungsverbot zur Nichtigkeit der Kündigung führt.³⁰⁷

Zudem gilt dieses Kündigungsverbot für alle Kündigungsarten, jedoch nicht für andere Beendigungstatbestände.³⁰⁸

3. Behördliche Zulassung der Kündigung nach § 5 II PflegeZG

Ausnahmsweise kann die Kündigung nach § 5 II PflegeZG in besonderen Fällen von der für Arbeitsschutz zuständigen obersten Landesbehörde oder einer von ihr bestimmten Stelle für zulässig erklärt werden.

Die behördliche Zulassungserklärung muss im Zeitpunkt des Kündigungszugangs vorhanden sein, ansonsten kann der Arbeitgeber nicht wirksam kündigen.³⁰⁹

³⁰⁵ APS/Rolfs, PflegeZG, § 5 Rn. 26.

³⁰⁶ APS/Rolfs, PflegeZG, § 5 Rn. 28.

³⁰⁷ APS/Rolfs, PflegeZG, § 5 Rn. 33.

³⁰⁸ APS/Rolfs, PflegeZG, § 5 Rn. 31,32.

³⁰⁹ MAH ArbR/Betz, § 45 Rn. 104.

a) Zuständige Behörde

Die zuständige Behörde ist nach § 5 II 1 PflegeZG die für den Arbeitsschutz zuständige oberste Landesbehörde oder die von ihr bestimmte Stelle. Somit sind die zuständigen Behörden die gleichen wie im Fall des § 18 I 2 BEEG.³¹⁰ Demnach sind in Nordrhein-Westfalen die jeweiligen Bezirksregierungen zuständig.³¹¹

b) Verfahren

Für das verwaltungsrechtliche Verfahren sowie für das verwaltungsgerichtliche Verfahren gelten die gleichen Grundsätze wie im Verfahren nach § 17 II 1 MuSchG.³¹² Nähere Informationen dazu finden sich im Gliederungspunkt C. I. 3. b) dieser Arbeit.

³¹⁰ MAH ArbR/Betz, § 45 Rn. 104.

³¹¹ MAH ArbR/Betz, § 45 Rn. 76.

³¹² MAH ArbR/Betz, § 45 Rn. 104.

c) Musterantrag auf behördliche Zustimmung zur Kündigung des Arbeitsverhältnisses nach § 5 II PflegeZG

In diesem Musterantrag wird exemplarisch auf die ordentliche betriebsbedingte Kündigung eingegangen.

An

.....

(zuständige Behörde)

Sehr geehrte(r).....

Wir beabsichtigen, Herr/Frau (Vor- und Nachname, Geburtsdatum, vollständige Anschrift) ordentlich zu kündigen. Deshalb bitten wir Sie um Ihre Zustimmung nach § 5 II PflegeZG.

Herr/Frau..... ist bei uns auf Grundlage des als Anlage 1 beiliegenden Arbeitsvertrags vom als (Berufsbezeichnung) tätig und hat am..... eine kurzfristige Arbeitsverhinderung nach § 2 I PflegeZG/ eine Pflegezeit nach § 3 I PflegeZG/ eine Freistellung nach § 3 V PflegeZG/ eine Freistellung nach § 3 VI PflegeZG von..... bis angekündigt (Falls Teilzeitarbeit in den Fällen nach §§ 3 I, 3 V oder 3 VI PflegeZG ausgeübt wird, sollte noch die wöchentliche Arbeitszeit in Stunden angegeben werden).

Aus folgenden Gründen ist die Kündigung beabsichtigt: Der einzige Betrieb unserer Gesellschaft in wird zum stillgelegt. Deshalb haben wir mit dem Betriebsrat den als Anlagen 2 und 3 beigefügten Interessenausgleich und Sozialplan geschlossen. Alle anderen Mitarbeiter wurden bereits gekündigt. Eine Weiterbeschäftigungsmöglichkeit für Herrn/Frau gibt es nicht.

Aufgrund der oben geschilderten Problematik sehen wir keine Möglichkeit das Arbeitsverhältnis mit Herrn/Frau weiterzuführen und beabsichtigen das Arbeitsverhältnis unter Einhaltung der gültigen Kündigungsfrist von ordentlich zu kündigen. Wir beantragen, die Zustimmung zur ordentlichen Kündigung gemäß § 5 II PflegeZG zu erteilen und deren sofortige Vollziehung anzuordnen.

Mit freundlichen Grüßen

.....

(Arbeitgeber)

d) Entscheidung der Behörde

Liegt ein besonderer Fall vor, kann die zuständige Behörde die Kündigung nach § 5 II 1 PflegeZG für zulässig erklären.

Bisher gibt es noch keine Verwaltungsvorschrift, welche nach § 5 II 2 PflegeZG von der Bundesregierung mit Zustimmung des Bundesrates erlassen werden könnte.³¹³ Als An-

³¹³ ErfK/Gallner, PflegeZG, § 5 Rn. 4.

haltspunkt dafür, ob ein besonderer Fall gegeben ist, kann die KündigungZVwV herangezogen werden.³¹⁴ Ein besonderer Fall liegt beispielsweise bei einer beabsichtigten Betriebsstilllegung vor.³¹⁵

4. Geltendmachung im Kündigungsschutzprozess

Falls der Arbeitnehmer der Ansicht ist, die Kündigung des Arbeitgebers sei unwirksam, kann er Kündigungsschutzklage vor dem Arbeitsgericht erheben.

a) Einhaltung der dreiwöchigen Klagefrist des § 4 KSchG

Macht der Arbeitnehmer den Unwirksamkeitsgrund nach § 5 I PflegeZG nicht binnen der dreiwöchigen Klagefrist als anderen Grund für eine Rechtsunwirksamkeit nach § 4 S. 1 KSchG geltend, kommt es zur Heilung der unwirksamen Kündigung nach § 7 S. 1 KSchG.³¹⁶ Nach § 4 S. 4 KSchG beginnt die Frist erst mit der Bekanntgabe der Entscheidung der Behörde an den Arbeitnehmer zu laufen.³¹⁷

b) Darlegungs- und Beweislast

Den Arbeitnehmer trifft die Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen der Voraussetzungen des Kündigungsverbots nach § 5 I PflegeZG.³¹⁸ Allerdings muss er die Größe des Unternehmens nach § 3 I 2 PflegeZG nicht nachweisen.³¹⁹

Dagegen trägt der Arbeitgeber die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass die behördliche Zulässigkeitserklärung im Kündigungszeitpunkt vorliegt.³²⁰

IV. Familienpflegezeit-Berechtigte

Das Familienpflegezeitgesetz gewährt Beschäftigten die Option, über maximal 24 Monate die Arbeitszeit auf minimal 15 Wochenstunden zu verringern, um die Pflege eines nahen Angehörigen in häuslicher Umgebung zu ermöglichen.³²¹ Nach § 2 I FPfZG haben Beschäftigte einen Anspruch auf teilweise Freistellung, es sei denn der Arbeitgeber beschäftigt in der Regel 25 oder weniger Arbeitnehmer ausschließlich der zu ihrer Berufsbildung Beschäftigten.

§ 2 III FPfZG verweist auf das Pflegezeitgesetz und die §§ 5 bis 8 PflegeZG finden entsprechend Anwendung. Somit gilt auch das Kündigungsverbot des § 5 I PflegeZG entsprechend und demnach genießen auch die Familienpflegezeit-Berechtigten einen Sonderkündigungsschutz.³²²

³¹⁴ MAH ArbR/Betz, § 45 Rn. 104.

³¹⁵ ErfK/Gallner, PflegeZG, § 5 Rn. 4.

³¹⁶ MAH ArbR/Betz, § 45 Rn. 105.

³¹⁷ MAH ArbR/Betz, § 45 Rn. 105, 85.

³¹⁸ APS/Rolfs, PflegeZG, § 5 Rn. 37.

³¹⁹ APS/Rolfs, PflegeZG, § 5 Rn. 37.

³²⁰ APS/Rolfs, PflegeZG, § 5 Rn. 38.

³²¹ MAH ArbR/Betz, § 45 Rn. 107.

³²² Karb, öAT (2016), 248 (251).

1. Voraussetzungen des Kündigungsschutzes nach § 2 III FPfZG i.V.m. § 5 I PflegeZG

a) Persönlicher Anwendungsbereich

Durch die Verweisung des § 2 III FPfZG gilt das Familienpflegezeitgesetz für Beschäftigte im Sinne des § 7 I PflegeZG.³²³ Genauer erläutert wurde dies bereits im Gliederungspunkt C. III. 1. a) dieser Arbeit.

b) Betreuung pflegebedürftiger naher Angehöriger in häuslicher Umgebung

Nach § 2 III FPfZG finden die Begriffsbestimmungen des § 7 III, IV PflegeZG entsprechend Anwendung.³²⁴ Diese Begriffsbestimmungen wurden im Gliederungspunkt C. III. 1.b) dieser Arbeit bereits aufgegriffen.

c) Anspruch auf Familienpflegezeit gemäß § 2 FPfZG und ordnungs-gemäße Inanspruchnahme gemäß § 2 a FPfZG

Damit der Sonderkündigungsschutz nach § 2 III FPfZG iVm § 5 PflegeZG greift, müssen alle Voraussetzungen der Familienpflegezeit im Zeitpunkt des Kündigungszugangs erfüllt sein.³²⁵ Das bedeutet, dass der Beschäftigte einen Anspruch im Sinne des § 2 FPfZG haben muss und die Familienpflegezeit dann auch nach § 2 a FPfZG wirksam in Anspruch genommen haben muss.³²⁶

Der § 2 FPfZG schafft einen befristeten Teilzeitanpruch, für dessen Inanspruchnahme vorausgesetzt wird, dass ein pflegebedürftiger naher Angehöriger in häuslicher Umgebung gepflegt wird und die verringerte Arbeitszeit muss dabei wöchentlich noch mindestens 15 Stunden betragen, jedoch darf die Familienpflegezeit die Höchstdauer von 24 Monaten nicht überschreiten.³²⁷ Nach § 2 I 4 FPfZG gilt dieser Anspruch nicht gegenüber Arbeitgebern, welche durchschnittlich 25 oder weniger Arbeitnehmer beschäftigen ausschließlich der zu ihrer Berufsausbildung Beschäftigten.

Nach § 2 a I FPfZG muss die Inanspruchnahme der Pflegezeit dem Arbeitgeber spätestens acht Wochen vor Beginn unter Einhaltung der Schriftform des § 126 I BGB angekündigt werden und zudem ist dem Arbeitgeber mitzuteilen, für welchen Zeitraum und in welchem Umfang die Freistellung beansprucht wird.³²⁸

Soll die Familienpflegezeit unmittelbar anschließend an eine Pflegezeit nach § 3 I PflegeZG oder eine sonstige Freistellung nach § 3 V PflegeZG beansprucht werden, gilt nach § 2 a I 5 FPfZG eine längere Ankündigungsfrist von drei Monaten.^{329,330} Nach § 2 a 1 und 2 FPfZG haben Arbeitgeber und Beschäftigte über die Verringerung und Verteilung der Arbeitszeit

³²³ *Karb*, öAT (2016), 248 (248).

³²⁴ *Karb*, öAT (2016), 248 (248).

³²⁵ MAH ArbR/Betz, § 45 Rn. 110.

³²⁶ MAH ArbR/Betz, § 45 Rn. 110.

³²⁷ BeckOK ArbR/Joussen, FPfZG, § 2 Rn. 1, 3.

³²⁸ BeckOK ArbR/Joussen, FPfZG, § 2 a Rn. 1.

³²⁹ MAH ArbR/Betz, § 45 Rn. 113.

³³⁰ *Karb*, öAT (2016), 248 (250).

eine schriftliche Vereinbarung zu treffen, bei welcher der Arbeitgeber den Wünschen der Beschäftigten zu entsprechen hat, es sei denn, dass dringende betriebliche Gründe entgegenstehen. Ob entgegenstehende dringende betriebliche Gründe vorliegen, kann anhand der zu § 15 VII 1 Nr. 4 BEEG entwickelten Grundsätze beurteilt werden.³³¹

d) Dauer des Sonderkündigungsschutzes

§ 2 III FPfZG iVm § 5 I PflegeZG regelt, dass der Sonderkündigungsschutz mit dem Zugang der Ankündigung der Familienpflegezeit beim Arbeitgeber, allerdings frühestens 12 Wochen vor dem angekündigten Beginn greift und der Kündigungsschutz erlischt mit dem Ende der Freistellung nach § 2 FPfZG.³³²

2. Rechtsfolgen des Sonderkündigungsschutzes

Da § 5 I PflegeZG durch die Verweisung des § 2 III FPfZG entsprechend Anwendung findet, handelt es sich um ein gesetzliches Verbot im Sinne des § 134 BGB und daher führt ein Verstoß gegen das Kündigungsverbot zur Nichtigkeit der Kündigung.³³³ Dieses Kündigungsverbot gilt für alle arbeitgeberseitigen Kündigungen, jedoch gilt es nicht für andere Beendigungstatbestände eines Arbeitsverhältnisses.³³⁴

3. Behördliche Zulassung der Kündigung nach § 2 III FPfZG i.V.m. § 5 II PflegeZG

Nach § 2 III FPfZG iVm § 5 II 1 PflegeZG kann die arbeitgeberseitige Kündigung in besonderen Fällen von der für den Arbeitsschutz zuständigen obersten Landesbehörde oder der von ihr bestimmten Stelle ausnahmsweise für zulässig erklärt werden. Näheres dazu findet sich im Gliederungspunkt C. III. 3. dieser Arbeit.

4. Geltendmachung im Kündigungsschutzprozess

Ist der Arbeitnehmer der Meinung, die arbeitgeberseitige Kündigung sei unwirksam, da sie gegen das Kündigungsverbot des § 2 III FPfZG iVm § 5 I PflegeZG verstößt, kann er Kündigungsschutzklage vor dem Arbeitsgericht erheben.

a) Einhaltung der dreiwöchigen Klagfrist des § 4 KSchG

Macht der Arbeitnehmer den Unwirksamkeitsgrund nach § 2 III FPfZG iVm § 5 I PflegeZG iVm § 134 BGB nicht binnen der dreiwöchigen Klagfrist als anderen Grund für eine Rechts-

³³¹ BeckOK ArbR/Joussen, FPfZG, § 2a Rn. 4.

³³² Karb, öAT (2016), 248 (251).

³³³ APS/Rolfs, PflegeZG, § 5 Rn. 33.

³³⁴ APS/Rolfs, PflegeZG, § 5 Rn. 31, 32.

unwirksamkeit nach § 4 S. 1 KSchG geltend, kommt es zur Heilung der unwirksamen Kündigung nach § 7 S. 1 KSchG.^{335,336} Nach § 4 S. 4 KSchG beginnt die Frist erst mit der Bekanntgabe der Entscheidung der Behörde an den Arbeitnehmer zu laufen.³³⁷

b) Darlegungs- und Beweislast

Der Arbeitgeber hat zu beweisen, dass die behördliche Zulässigkeitserklärung im Kündigungszeitpunkt vorhanden ist, wohingegen der Arbeitnehmer die Voraussetzungen des Kündigungsverbots nach § 2 III FPfZG iVm § 5 I PflegeZG darzulegen hat, mit Ausnahme der Unternehmensgröße nach § 2 I 4 FPfZG.³³⁸

V. Schwerbehinderte und ihnen Gleichgestellte

Der Sonderkündigungsschutz von schwerbehinderten Menschen ist in § 168 SGB IX geregelt und es handelt sich dabei um ein Kündigungsverbot mit Erlaubnisvorbehalt.³³⁹ Klauseln im Arbeitsvertrag, die den Arbeitnehmer dazu anhalten auf seinen Kündigungsschutz nach dem SGB IX zu verzichten, sind unwirksam.³⁴⁰ Für ordentliche Kündigungen regelt § 169 SGB IX, dass die Kündigungsfrist mindestens vier Wochen betragen muss.³⁴¹ Die Anhörung der Schwerbehindertenvertretung ist Wirksamkeitsvoraussetzung für die Kündigung, da diese ohne entsprechende vorherige Anhörung nach § 178 II 3 SGB IX unwirksam ist.³⁴²

1. Geltungsbereich des Kündigungsschutzes

Der Sonderkündigungsschutz des § 168 SGB IX greift nur dann, wenn der räumliche, persönliche und sachliche Geltungsbereich des § 168 SGB IX eröffnet sind.³⁴³

a) Räumlicher Geltungsbereich

Der räumliche Anwendungsbereich des § 168 SGB IX ist dann eröffnet, wenn der Arbeitnehmer nach § 2 II SGB IX seinen Wohnsitz, seinen gewöhnlichen Aufenthalt oder seinen Arbeitsplatz im Inland hat und das Arbeitsverhältnis dem deutschen Vertragsstatut unterliegt.³⁴⁴

³³⁵ MAH ArbR/Betz, § 45 Rn. 121.

³³⁶ Schröder, NJW (2021), 2337 (2337 Rn. 1).

³³⁷ MAH ArbR/Betz, § 45 Rn. 121.

³³⁸ APS/Rolfs, PflegeZG, § 5 Rn. 37, 38.

³³⁹ BeckOK SozR/Gutzeit, SGB IX, § 168 Rn. 0.

³⁴⁰ MAH ArbR/Betz, § 45 Rn. 123.

³⁴¹ ErfK/Rolfs, SGB IX, § 169 Rn. 1.

³⁴² Löser, öAT (2021), 155 (156-157).

³⁴³ ErfK/Rolfs, SGB IX, § 168 Rn. 2, 3, 11.

³⁴⁴ BeckOK SozR/Gutzeit, SGB IX, § 168 Rn. 21.

b) Persönlicher Geltungsbereich

Der Sonderkündigungsschutz gilt nicht für schwerbehinderte Menschen für die eine Ausnahme nach § 173 SGB IX einschlägig ist.³⁴⁵ Ansonsten gilt er auch für Auszubildende, in Heimarbeit Beschäftigte und diesen gleichgestellten schwerbehinderten Menschen, unabhängig von der Betriebsgröße und dem zeitlichen Umfang der Beschäftigung.³⁴⁶

aa) Schwerbehinderung

Die förmliche Anerkennung und die Feststellung des Grads der Behinderung im Sinne des § 152 SGB IX haben nur eine deklaratorische Bedeutung und daher reicht es grundsätzlich für die Anwendbarkeit der Vorschriften des dritten Teils des SGB IX aus, wenn der Arbeitnehmer objektiv beziehungsweise tatsächlich schwerbehindert ist.^{347,348} Allerdings gibt es für diesen Grundsatz Ausnahmen.³⁴⁹

Nach § 2 II SGB IX gelten Menschen, bei welchen ein Grad der Behinderung von wenigstens 50 vorliegt, als schwerbehindert. Der Sonderkündigungsschutz greift auch dann, wenn die Schwerbehinderung erst während des laufenden Arbeitsverhältnisses eingetreten ist oder der Arbeitgeber den Arbeitnehmer trotz fehlender Beschäftigungspflicht einstellt.³⁵⁰

bb) Gleichstellung

Dem Kündigungsschutz der §§ 168 ff. SGB IX unterliegen auch diejenigen Arbeitnehmer, die den Schwerbehinderten gleichgestellt sind.³⁵¹ Nach § 151 II SGB IX erfolgt diese Gleichstellung auf Grund einer Feststellung nach § 152 SGB IX auf Antrag des behinderten Menschen durch die Bundesagentur für Arbeit. § 2 III SGB IX regelt, dass Menschen, bei welchen ein Grad der Behinderung von weniger als 50, aber wenigstens 30 vorliegt, bei denen die übrigen Voraussetzungen des § 2 II SGB IX erfüllt sind und sie infolge ihrer Behinderung ohne die Gleichstellung keinen Arbeitsplatz im Sinne des § 156 SGB IX erlangen oder behalten können, den schwerbehinderten Menschen gleichgestellt sind.

Diese Gleichstellung wird mit dem Tag des Eingangs des Antrags bei der Bundesagentur für Arbeit rückwirkend wirksam.³⁵² Allerdings ist eine Gleichstellung unerheblich, die erst nach Kündigungszugang beantragt wurde.³⁵³ Die Zustimmung des Integrationsamts zur Kündigung eines Gleichgestellten ist nur notwendig, wenn der Arbeitnehmer den Antrag auf Gleichstellung mindestens drei Wochen vor Kündigungszugang gestellt hat.³⁵⁴ Das ergibt sich aus § 173 III Alt. 2 SGB IX.^{355,356}

³⁴⁵ ErfK/Rolfs, SGB IX, § 168 Rn. 3.

³⁴⁶ ErfK/Rolfs, SGB IX, § 168 Rn. 3.

³⁴⁷ ErfK/Rolfs, SGB IX, § 168 Rn. 4.

³⁴⁸ BeckOK SozR/Gutzeit, SGB IX, § 168 Rn. 13.

³⁴⁹ ErfK/Rolfs, SGB IX, § 168 Rn. 4.

³⁵⁰ MAH ArbR/Burg, § 45 Rn. 126.

³⁵¹ ErfK/Rolfs, SGB IX, § 168 Rn. 5.

³⁵² BeckOK SozR/Gutzeit, SGB IX, § 168 Rn. 16.

³⁵³ MAH ArbR/Burg, § 45 Rn. 128.

³⁵⁴ MAH ArbR/Burg, § 45 Rn. 128.

³⁵⁵ MAH ArbR/Burg, § 45 Rn. 128.

³⁵⁶ BeckOK SozR/Gutzeit, SGB IX, § 168 Rn. 16.

c) Sachlicher Geltungsbereich

Die Zustimmung des Integrationsamts muss bei allen arbeitgeberseitigen ordentlichen und aufgrund der Verweisung des § 174 I SGB IX auch bei allen außerordentlichen Kündigungen vorliegen.³⁵⁷ Davon erfasst sind alle Arten von Kündigungen.³⁵⁸ Das Zustimmungserfordernis gilt allerdings nicht für die in § 173 SGB IX genannten Ausnahmen.³⁵⁹ § 172 III SGB IX regelt, dass es der Zustimmung zur Kündigung auch bedarf, wenn das Insolvenzverfahren über das Vermögen des Arbeitgebers eröffnet wurde.

Der Zustimmung des Integrationsamts bedarf es bei den sonstigen Beendigungstatbeständen eines Arbeitsverhältnisses und bei der Eigenkündigung des Arbeitnehmers nicht.³⁶⁰

2. Ausnahmen vom Kündigungsschutz des § 168 SGB IX

Ausnahmen vom Zustimmungserfordernis der Kündigung ergeben sich aus § 173 SGB IX und aus der Rechtsprechung.³⁶¹

a) Ausnahmefälle des § 173 SGB IX

§ 173 SGB IX regelt einige Ausnahmen, nach denen die Vorschriften des 4. Kapitels, welches den Kündigungsschutz regelt, nicht anwendbar sind.

Nach § 173 I 1 Nr. 1 SGB IX gilt der Kündigungsschutz nicht für schwerbehinderte Menschen, deren Arbeitsverhältnis zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigungserklärung ohne Unterbrechung noch nicht länger als sechs Monate besteht. Allerdings hat der Arbeitgeber nach § 173 IV SGB IX die Beendigung von Arbeitsverhältnissen von schwerbehinderten Menschen in den Fällen des § 173 I 1 Nr. 1 SGB IX dem Integrationsamt innerhalb von vier Tagen anzuzeigen.

Der Kündigungsschutz findet nach § 173 I 1 Nr. 2 SGB IX keine Anwendung auf schwerbehinderte Menschen, die auf Stellen im Sinne des § 156 II Nr. 2 bis Nr. 5 SGB IX beschäftigt werden.

Die Zustimmung des Integrationsamts ist nach § 173 I 1 Nr. 3 SGB IX nicht notwendig, wenn es sich um einen schwerbehinderten Menschen handelt, dessen Altersversorgung gesichert ist und er der Kündigung nicht widerspricht.³⁶²

§ 173 II SGB IX regelt, dass die §§ 168 ff. SGB IX nicht bei Entlassungen anzuwenden sind, welche aus Witterungsgründen vorgenommen werden, sofern die Wiedereinstellung des schwerbehinderten Menschen bei Wiederaufnahme der Arbeit gewährleistet ist. Hierbei spielt es keine Rolle, ob sich der Wiedereinstellungsanspruch aus einem Tarifvertrag, einer Betriebsvereinbarung oder einem Einzelvertrag ergibt.³⁶³

³⁵⁷ ErfK/Rolfs, SGB IX, § 168 Rn. 11.

³⁵⁸ ErfK/Rolfs, SGB IX, § 168 Rn. 11.

³⁵⁹ ErfK/Rolfs, SGB IX, § 168 Rn. 11.

³⁶⁰ ErfK/Rolfs, SGB IX, § 168 Rn. 12.

³⁶¹ MAH ArbR/Burg, § 45 Rn. 131.

³⁶² ErfK/Rolfs, SGB IX, § 173 Rn. 3.

³⁶³ ErfK/Rolfs, SGB IX, § 173 Rn. 4.

Des Weiteren bestimmt § 173 III SGB IX, dass die Regelungen zum Kündigungsschutz nicht anwendbar sind, wenn zum Zeitpunkt der Kündigung die Eigenschaft als schwerbehinderter Mensch nicht nachgewiesen ist oder das Versorgungsamt nach Ablauf der Frist des § 152 I 3 SGB IX eine Feststellung wegen fehlender Mitwirkung nicht treffen konnte. Die Rechtsprechung leitet aus § 173 III Alt. 2 SGB IX zwei Ausnahmen ab, in denen die Kündigung ohne Zustimmung des Integrationsamts zulässig ist.^{364,365} Das ist dann der Fall, wenn der Arbeitnehmer den Antrag weniger als drei Wochen vor dem Zugang der Kündigung gestellt hat und seine Schwerbehinderung nicht offenkundig war.³⁶⁶ Sollte die Schwerbehinderung des Arbeitnehmers jedoch offenkundig sein, weil er beispielsweise blind oder gehörlos ist, dann muss der Arbeitgeber die Zustimmung des Integrationsamts beantragen.³⁶⁷ Die Kündigung ist auch dann wirksam, falls das Versorgungsamt nach Fristablauf eine Feststellung aufgrund fehlender Mitwirkung nicht treffen konnte.³⁶⁸ Für das Gleichstellungsverfahren gelten die beiden Ausnahmen ebenso.³⁶⁹

b) Unkenntnis des Arbeitgebers vom Feststellungsbescheid bzw. Feststellungsverfahren

Hat der Arbeitgeber von der Schwerbehinderteneigenschaft des Arbeitnehmers keine Kenntnis, steht dem Arbeitnehmer grundsätzlich trotzdem der Sonderkündigungsschutz zu, wenn er im Kündigungszeitpunkt einen Bescheid im Sinne des § 152 I 1 SGB IX über seine Schwerbehinderung vorliegen hat oder wenn er einen Antrag beim Versorgungsamt gestellt hat.^{370,371} In einem solchen Fall der Unkenntnis des Arbeitgebers muss der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber innerhalb von drei Wochen nach Kündigungszugang seine bereits festgestellte oder zur Feststellung beantragte Schwerbehinderteneigenschaft anzeigen, denn ansonsten kann er sich nicht wirksam auf seinen Kündigungsschutz berufen.³⁷² Für diese Mitteilung gibt es kein Formerfordernis.³⁷³ Nach § 174 I SGB IX gelten die obigen Ausführungen auch bei außerordentlichen Kündigungen.³⁷⁴

3. Die Zustimmung des Integrationsamts

Bei allen arbeitgeberseitigen ordentlichen sowie außerordentlichen Kündigungen, die an einen schwerbehinderten oder gleichgestellten Arbeitnehmer gerichtet sind, muss zu ihrer Wirksamkeit die Zustimmung des Integrationsamts vorliegen.^{375,376}

³⁶⁴ MAH ArbR/Burg, § 45 Rn. 137.

³⁶⁵ APS/Vossen, SGB IX, § 173 Rn. 10.

³⁶⁶ MAH ArbR/Burg, § 45 Rn. 138.

³⁶⁷ MAH ArbR/Burg, § 45 Rn. 138.

³⁶⁸ MAH ArbR/Burg, § 45 Rn. 139.

³⁶⁹ APS/Vossen, SGB IX, § 173 Rn. 10e.

³⁷⁰ MAH ArbR/Burg, § 45 Rn. 141.

³⁷¹ ErfK/Rolfs, SGB IX, § 168 Rn. 6.

³⁷² ErfK/Rolfs, SGB IX, § 168 Rn. 6, 9.

³⁷³ ErfK/Rolfs, SGB IX, § 168 Rn. 7.

³⁷⁴ MAH ArbR/Burg, § 45 Rn. 141.

³⁷⁵ ErfK/Rolfs, SGB IX, § 168 Rn. 11.

³⁷⁶ APS/Vossen, SGB IX, § 168 Rn. 19.

a) Ordentliche Kündigung

Nach § 170 I SGB IX muss der Arbeitgeber die Zustimmung zur Kündigung bei dem für den Sitz des Betriebes oder der Dienststelle zuständigen Integrationsamt schriftlich oder elektronisch stellen. Wird der Antrag schriftlich gestellt, muss die Schriftform des § 126 BGB eingehalten werden, wohingegen bei einer elektronischen Antragsstellung der § 36 a SGB I beachtet werden muss.³⁷⁷ Der Antrag sollte den Namen des schwerbehinderten Arbeitnehmers enthalten sowie die Kündigungsart und zu welchem Zeitpunkt gekündigt werden soll.³⁷⁸ Zudem sollte in dem Antrag eine Begründung enthalten sein, da dies das Verfahren beschleunigt.³⁷⁹

Das Integrationsamt trifft eine Ermessensentscheidung, es sei denn die besonderen Voraussetzungen des § 172 SGB IX sind erfüllt.³⁸⁰ Dabei werden das wirtschaftliche Interesse des Arbeitgebers und das Interesse des schwerbehinderten Arbeitnehmers, welcher seinen Arbeitsplatz möglichst behalten möchte, gegenübergestellt.³⁸¹ Nach § 171 I SGB IX hat das Integrationsamt die Entscheidung innerhalb eines Monats vom Tag des Eingangs des Antrages an zu treffen. Auch ist das Integrationsamt nach § 171 V SGB IX in den Fällen des § 172 I 1, III SGB IX dazu verpflichtet, die Entscheidung innerhalb eines Monats vom Tag des Eingangs des Antrags an zu treffen. Wenn innerhalb dieser Frist keine Entscheidung getroffen wurde, gilt die Zustimmung als erteilt.

Erst nach Zustellung des Zustimmungsbescheids des Integrationsamts an den Arbeitgeber, kann dieser die Kündigung wirksam erklären.³⁸² § 171 III SGB IX regelt, dass der Arbeitgeber die Kündigung nur innerhalb eines Monats nach Zustellung der Zustimmung des Integrationsamts aussprechen kann. Der Arbeitgeber muss die Mindestkündigungsfrist, welche vier Wochen beträgt und in § 169 SGB IX geregelt ist, beachten sowie den § 622 BGB, da dieser unberührt bleibt.³⁸³ Zudem muss die Schwerbehindertenvertretung vor Kündigungsausspruch angehört werden.³⁸⁴

³⁷⁷ ErfK/Rolfs, SGB IX, § 170 Rn. 2.

³⁷⁸ ErfK/Rolfs, SGB IX, § 170 Rn. 3.

³⁷⁹ ErfK/Rolfs, SGB IX, § 170 Rn. 3.

³⁸⁰ APS/Vossen, SGB IX, § 172 Rn. 1.

³⁸¹ MAH ArbR/Burg, § 45 Rn. 150.

³⁸² MAH ArbR/Burg, § 45 Rn. 158.

³⁸³ ErfK/Rolfs, SGB IX, § 169 Rn. 1.

³⁸⁴ Löser, öAT (2021), 155 (156-157).

aa) Musterantrag auf Zustimmung des Integrationsamts zur ordentlichen Kündigung

An das Integrationsamt

Sehr geehrte Damen und Herren,

hiermit beantragen wir die Zustimmung des Integrationsamts zur ordentlichen Kündigung des schwerbehinderten Menschen/Gleichgestellten Frau/Herrn..... geboren am..... wohnhaft in.....

Frau/Herr ist ledig/verheiratet/verwitwet/geschieden und für..... Kinder unterhaltspflichtig. Frau/Herr.....hat einen Grad der Behinderung von..... und die Behinderung ist nachgewiesen durch.....

Frau/Herr ist seit..... als..... in unserem Unternehmen beschäftigt.

Die Kündigung ist notwendig, weil.....(ausführliche Beschreibung des Kündigungsgrundes, ggf. unter Anführung von Beweisen). Daher ist es erforderlich, Frau/Herrn..... zum..... zu entlassen.

Für weitere Auskünfte steht der Sachbearbeiter..... zur Verfügung und Beauftragter des Antragstellers für Angelegenheiten schwerbehinderter Menschen ist..... Vertrauensmann der schwerbehinderten Menschen ist..... und der Name des Betriebsratsvorsitzenden lautet.....

Beigefügt befinden sich die Stellungnahme des Betriebsrats und der Schwerbehindertenvertretung.

Mit freundlichen Grüßen

.....

(Arbeitgeber)

b) Außerordentliche Kündigung

Bei außerordentlichen Kündigungen gibt es einige Besonderheiten zu beachten, welche nachfolgend näher dargestellt werden.

Nach § 174 II SGB IX kann die Zustimmung zur Kündigung nur binnen zwei Wochen beantragt werden und dabei ist der Eingang des Antrages beim Integrationsamt maßgebend. Die Frist beginnt mit dem Zeitpunkt, in dem der Arbeitgeber von den für die Kündigung maßgebenden Tatsachen Kenntnis erlangt. Falls die Zustimmung zur fristlosen Kündigung bereits vor Ablauf der zweiwöchigen Frist des § 626 II BGB vorliegt, kann der Arbeitgeber diese Kündigungserklärungsfrist voll ausschöpfen.³⁸⁵ § 174 V regelt, dass die Kündigung auch nach Ablauf der Frist des § 626 II 1 BGB erfolgen kann, wenn sie unverzüglich nach Erteilung der Zustimmung erklärt wird. Ist der Arbeitgeber bei Ausspruch einer außerordentlichen Kündigung in Unkenntnis über die Schwerbehinderteneigenschaft des Arbeitnehmers und informiert der Arbeitnehmer ihn binnen drei Wochen nach Kündigungszugang darüber, so ist es dem Arbeitgeber noch möglich, binnen zwei Wochen nach Kenntniserlangung die Zustimmung zur außerordentlichen Kündigung zu beantragen.³⁸⁶ Beim Vorliegen eines Dauertatbestandes kann der Antrag auf Zustimmung zur außerordentlichen Kündigung auch noch nach dem Verstreichen der zweiwöchigen Frist gestellt werden.³⁸⁷

Nach § 174 IV SGB IX soll das Integrationsamt die Zustimmung zur Kündigung erteilen, wenn die Kündigung aus einem Grund erfolgt, welcher in keinem Zusammenhang mit der Behinderung steht. Demgemäß hat das Integrationsamt regelmäßig die Zustimmung zu erteilen, es sei denn, es liegt ein atypischer Fall vor, bei welchem die außerordentliche Kündigung den Arbeitnehmer besonders hart trifft und ihm ein Sonderopfer abverlangt.³⁸⁸ § 174 III SGB IX regelt, dass das Integrationsamt die Entscheidung binnen zwei Wochen vom Tag des Eingangs des Antrages an trifft. Erfolgt innerhalb dieser Frist keine Entscheidung, so gilt die Zustimmung als erteilt. Ausreichend ist dabei, dass die Entscheidung innerhalb dieser Frist den Machtbereich der Behörde verlassen hat, sie muss dem Arbeitgeber nicht innerhalb dieser Frist zugestellt werden.³⁸⁹ Daher sollte der Arbeitgeber gegebenenfalls beim Integrationsamt rückfragen, ob eine Entscheidung schon getroffen wurde.³⁹⁰ Auch vor einer außerordentlichen Kündigung muss eine Anhörung der Schwerbehindertenvertretung erfolgen.³⁹¹

Im Gegensatz zur ordentlichen Kündigung muss der Arbeitgeber hier nicht die Zustellung der Zustimmung des Integrationsamts vor der Kündigung abwarten, eine mündliche Erteilung der Zustimmung zur Kündigung durch das Integrationsamt im Verhandlungstermin reicht schon aus.³⁹² Der Arbeitgeber kann auch dann kündigen, wenn ihm das Integrationsamt fernmündlich über die Zustimmung informiert.³⁹³

³⁸⁵ Arbeitsrecht von A-Z/Koch Schwerbehinderte Menschen, Außerordentliche Kündigung.

³⁸⁶ MAH ArbR/Burg, § 45 Rn. 168.

³⁸⁷ MAH ArbR/Burg, § 45 Rn. 168.

³⁸⁸ MAH ArbR/Burg, § 45 Rn. 170.

³⁸⁹ ErfK/Rolfs, SGB IX, § 174 Rn. 5.

³⁹⁰ ErfK/Rolfs, SGB IX, § 174 Rn. 5.

³⁹¹ Löser, öAT (2021), 155 (156-157).

³⁹² MAH ArbR/Burg, § 45 Rn. 172.

³⁹³ MAH ArbR/Burg, § 45 Rn. 172.

bb) Musterantrag auf Zustimmung des Integrationsamts zur fristlosen Kündigung

An das Integrationsamt

Sehr geehrte Damen und Herren,

hiermit beantragen wir die Zustimmung des Integrationsamts zur außerordentlichen Kündigung des schwerbehinderten Menschen/Gleichgestellten Frau/Herrn..... geboren am..... wohnhaft in.....

Frau/Herr..... Ist ledig/verheiratet/verwitwet/geschieden und für..... Kinder unterhaltspflichtig. Frau/Herr..... hat einen Grad der Behinderung von..... und die Behinderung ist nachgewiesen durch..... Zudem ist Frau/Herr seit..... als..... in unserem Unternehmen tätig.

Die außerordentliche Kündigung ist erforderlich, weil..... (ausführliche Beschreibung des Kündigungsgrundes, ggf. unter Anführung von Beweisen). Es kann nicht davon ausgegangen werden, dass sich die oben ausgeführte Problematik innerhalb einer Kündigungsfrist ändern wird. Aus diesem Grund bitten wir um Zustimmung zur fristlosen Kündigung. Zudem hat der Betriebsrat in seiner Sitzung vom..... beschlossen, den Antrag auf Zustimmung zur außerordentlichen Kündigung zu unterstützen und auch die Vertrauensperson der schwerbehinderten Menschen ist der Meinung, eine solche Kündigung wäre aufgrund der oben geschilderten Sachlage angemessen.

Für weitere Auskünfte steht der Sachbearbeiter..... zur Verfügung und Beauftragter des Antragstellers für Angelegenheiten schwerbehinderter Menschen ist..... Vertrauensmann der schwerbehinderten Menschen ist..... und der Name des Betriebsratsvorsitzenden lautet.....

Beigefügt befinden sich die Stellungnahme des Betriebsrats und der Schwerbehindertenvertretung.

Mit freundlichen Grüßen

.....

(Arbeitgeber)

4. Anhörung der Schwerbehindertenvertretung

Nach § 178 II 3 SGB IX ist eine Kündigung eines schwerbehinderten Menschen, welche der Arbeitgeber ohne eine Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung ausspricht, unwirksam.

a) Anwendungsbereich

Der Anwendungsbereich des § 178 II 3 SGB IX differiert zum Anwendungsbereich des § 168 SGB IX, denn es werden beim § 178 II 3 SGB IX auch Kündigungen in der Wartezeit erfasst.³⁹⁴ In persönlicher Hinsicht ist § 178 II 3 SGB IX für schwerbehinderte und ihnen gleichgestellte Menschen anwendbar.³⁹⁵ Hierbei ist der Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung maßgebend.³⁹⁶ Das Anhörungserfordernis besteht nicht bei einem laufenden Feststellungs- oder Gleichstellungsverfahren.³⁹⁷ Nach herrschender Auffassung der Literatur ist eine Anhörung der Schwerbehindertenvertretung notwendig, wenn die Schwerbehinderung des Arbeitnehmers offensichtlich ist oder er seine Schwerbehinderung bzw. Gleichstellung binnen drei Wochen nach Kündigungszugang dem Arbeitgeber mitteilt.³⁹⁸

b) Anhörung

Die Schwerbehindertenvertretung muss unterrichtet, angehört und ihr muss die getroffene Entscheidung unverzüglich mitgeteilt werden.³⁹⁹ Es ist ausreichend, wenn der Arbeitgeber sie nach den gleichen Grundsätzen wie den Betriebsrat in § 102 I 1, 2 BetrVG anhört.⁴⁰⁰ Demnach hat der Arbeitgeber ihr die Kündigungsgründe i.S.v. § 102 I 2 BetrVG mitzuteilen.⁴⁰¹ Zudem muss der Arbeitgeber den Grad der Behinderung sowie die weiteren Sozialdaten des Arbeitnehmers angeben.⁴⁰² Hinsichtlich einer Frist zur Stellungnahme der Schwerbehindertenvertretung wird § 102 II BetrVG analog angewendet.^{403,404} Das hat zur Folge, dass bei einer ordentlichen Kündigung eine Frist von einer Woche gilt und bei einer außerordentlichen Kündigung gilt eine Frist von drei Tagen.^{405,406} Diese Anhörung kann bis zum Ausspruch der Kündigung erfolgen.⁴⁰⁷

³⁹⁴ ErfK/Rolfs, SGB IX, § 178 Rn. 8.

³⁹⁵ ErfK/Rolfs, SGB IX, § 178 Rn. 8.

³⁹⁶ MAH ArbR/Burg, § 45 Rn. 180.

³⁹⁷ MAH ArbR/Burg, § 45 Rn. 180.

³⁹⁸ MAH ArbR/Burg, § 45 Rn. 180.

³⁹⁹ Löser, öAT (2021), 155 (156-157).

⁴⁰⁰ Arbeitsrechts-Handbuch/Koch, § 180 Rn. 14.

⁴⁰¹ MAH ArbR/Burg, § 45 Rn. 181.

⁴⁰² MAH ArbR/Burg, § 45 Rn. 181.

⁴⁰³ MAH ArbR/Burg, § 45 Rn. 181.

⁴⁰⁴ Arbeitsrechts-Handbuch/Koch, § 180 Rn. 14.

⁴⁰⁵ MAH ArbR/Burg, § 45 Rn. 181.

⁴⁰⁶ ErfK/Rolfs, SGB IX, § 178 Rn. 10.

⁴⁰⁷ Arbeitsrechts-Handbuch/Koch, § 180 Rn. 14.

5. Rechtsschutz gegen eine Kündigung

Der Arbeitnehmer hat die Möglichkeit gegen die Zustimmung des Integrationsamts vorzugehen, in dem er dessen Zustimmung durch Widerspruch oder Anfechtungsklage überprüfen lässt.^{408,409} Diese haben jedoch nach § 171 IV SGB IX keine aufschiebende Wirkung.

Andererseits kann der Arbeitnehmer gegen die Kündigungserklärung vorgehen, in dem er parallel oder ausschließlich Kündigungsschutzklage vor dem Arbeitsgericht erhebt.⁴¹⁰ Dabei ist zu beachten, dass die dreiwöchige Klagefrist nach § 4 S. 1 KSchG erst mit der Bekanntgabe der Entscheidung des Integrationsamts zu laufen beginnt.^{411,412}

VI. Betriebsvertretung und weitere Amtsinhaber

Die Organe der Betriebsverfassung, der Personalvertretung, die Mitglieder des Wahlvorstandes, die Wahlbewerber und Arbeitnehmer, die eine Wahl veranstalten, sind durch die Regelung des § 15 KSchG besonders vor Kündigungen geschützt.⁴¹³ Dieser Sonderkündigungsschutz soll die Unabhängigkeit bei der Ausübung des Amtes sowie die Stetigkeit der Arbeit der Arbeitnehmervertretung sicherstellen.⁴¹⁴ Daher ist die ordentliche Kündigung gegenüber diesem Personenkreis grundsätzlich unzulässig und eine außerordentliche Kündigung ist nur mit Zustimmung des Betriebs- bzw. Personalrats zulässig.^{415,416} Hierbei ist der Sonderkündigungsschutz nach Phasen und Funktionen unterschiedlich ausgestaltet.⁴¹⁷

1. Geltungsbereich des Schutzes nach § 15 KSchG

a) Persönlicher Geltungsbereich

Nach § 15 I 1 KSchG sind vor arbeitgeberseitigen Kündigungen Mitglieder eines Betriebsrats, einer Jugend- und Auszubildendenvertretung, einer Bordvertretung und eines Seebetriebs besonders geschützt. § 15 II 1 KSchG schützt die Mitglieder einer Personalvertretung, einer Jugend- und Auszubildendenvertretung oder einer Jugendvertretung. Nach § 15 III 1 KSchG genießen Mitglieder eines Wahlvorstands und Wahlbewerber ebenfalls einen besonderen Schutz.

Zu beachten ist, dass eine Kündigung nach § 134 BGB nichtig ist, welche der Arbeitgeber mit der Intention ausspricht, einen Arbeitnehmer an der Vorbereitung einer Betriebsratswahl zu hindern, da nach § 20 I 1 BetrVG niemand die Wahl des Betriebsrats behindern darf.⁴¹⁸

Der Beginn und das Ende des Sonderkündigungsschutzes richten sich nach dem Amt der Person.⁴¹⁹ Wenn ein Amtsträger unter den Schutz des § 15 KSchG fällt, ist eine ordentliche

⁴⁰⁸ MAH ArbR/Burg, § 45 Rn. 184.

⁴⁰⁹ ErfK/Rolfs, SGB IX, § 168 Rn. 14.

⁴¹⁰ ErfK/Rolfs, SGB IX, § 168 Rn. 14.

⁴¹¹ MAH ArbR/Burg, § 45 Rn. 187.

⁴¹² Schröder, NJW (2021), 2337 (2338).

⁴¹³ ErfK/Kiel, KSchG, § 15 Rn. 1.

⁴¹⁴ ErfK/Kiel, KSchG, § 15 Rn. 1.

⁴¹⁵ MAH ArbR/Burg, § 45 Rn. 191.

⁴¹⁶ Richter, ArbRAktuell (2016), 591 (591).

⁴¹⁷ ErfK/Kiel, KSchG, § 15 Rn. 2.

⁴¹⁸ Richardi/Thüsing, BetrVG, § 20 Rn. 30.

⁴¹⁹ ErfK/Kiel, KSchG, § 15 Rn. 2.

arbeitgeberseitige Kündigung grundsätzlich nicht zulässig.⁴²⁰ Eine ordentliche Kündigung, welche vor Eintritt des Kündigungsschutzes ausgesprochen wird, ist zulässig, auch falls die Kündigungsfrist innerhalb des geschützten Zeitraumes ausläuft.⁴²¹ Sollte die Kündigung erst nach Beginn des Kündigungsschutzes zugehen, ist diese unzulässig, auch wenn das Ende der Kündigungsfrist erst nach dem geschützten Zeitraum eintritt.⁴²²

aa) Betriebsratsmitglied

Nach § 15 I 1 KSchG ist die Kündigung eines Betriebsratsmitglieds unzulässig, es sei denn, dass Tatsachen vorliegen, die den Arbeitgeber zur Kündigung aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist berechtigen, und dass die nach § 103 BetrVG erforderliche Zustimmung vorliegt oder durch gerichtliche Entscheidung ersetzt ist. Der Schutz nach § 15 I 1 KSchG beginnt mit der Bekanntgabe des Wahlergebnisses oder mit Ablauf der Amtszeit des vorherigen Betriebsrats.⁴²³ Unerheblich für den Sonderkündigungsschutz ist es, ob die Wahl nach § 19 BetrVG anfechtbar ist.⁴²⁴ Im Falle einer nichtigen Betriebsratswahl steht dem Arbeitnehmer unter Umständen der besondere Schutz als Wahlbewerber zu.⁴²⁵

Bis zur Beendigung der Amtszeit hält der Schutz des § 15 I 1 KSchG an.⁴²⁶ Danach, im sogenannten Nachwirkungszeitraum, ist die Kündigung eines Betriebsratsmitglieds innerhalb eines Jahres unzulässig, es sei denn, dass Tatsachen vorliegen, die den Arbeitgeber zur Kündigung aus wichtigem Grund berechtigen, außer wenn die Beendigung der Mitgliedschaft auf einer gerichtlichen Entscheidung beruht.⁴²⁷ Dabei ist die Zustimmung des Betriebsrats nicht mehr erforderlich.⁴²⁸ Mitglieder des Betriebsrats, welche ihr Amt niedergelegt haben oder die ihr Amt wegen des Widerspruchs gegen einen Betriebsübergang verlieren, genießen den nachwirkenden Schutz nach § 15 I 2 KSchG.^{429,430}

bb) Personalvertretungsmitglied

Der Schutz von Personalvertretungsmitgliedern entspricht im Grundsatz dem der Mitglieder des Betriebsrats.⁴³¹

Der Kündigungsschutz der Mitglieder von Wahlvorständen und der Wahlbewerber des öffentlichen Dienstes richtet sich nach den Regelungen des § 15 III KSchG.⁴³² Die Vorschriften des § 15 IV, V KSchG sind entsprechend anzuwenden.⁴³³

⁴²⁰ Richter, ArbRAktuell (2016), 591 (591).

⁴²¹ MAH ArbR/Burg, § 45 Rn. 194.

⁴²² MAH ArbR/Burg, § 45 Rn. 194.

⁴²³ ErfK/Kiel, KSchG, § 15 Rn. 17.

⁴²⁴ MAH ArbR/Burg, § 45 Rn. 198.

⁴²⁵ MAH ArbR/Burg, § 45 Rn. 198.

⁴²⁶ APS/Linck, KSchG, § 15 Rn. 75.

⁴²⁷ ErfK/Kiel, KSchG, § 15 Rn. 31.

⁴²⁸ ErfK/Kiel, KSchG § 15 Rn. 31.

⁴²⁹ MAH ArbR/Burg, § 45 Rn. 199.

⁴³⁰ APS/Linck, KSchG, § 15 Rn. 123.

⁴³¹ MAH ArbR/Burg, § 45 Rn. 207.

⁴³² MAH ArbR/Burg, § 45 Rn. 207.

⁴³³ MAH ArbR/Burg, § 45 Rn. 207.

cc) Wahlvorstand, Wahlbewerber und Einladender

Der Sonderkündigungsschutz des Wahlvorstands, des Wahlbewerbers und des Einladenden ist in § 15 III KSchG geregelt.

Demnach beginnt der Schutz der Mitglieder des Wahlvorstands mit dem Zeitpunkt seiner Bestellung und hält bis zur Bekanntgabe des Wahlergebnisses an.⁴³⁴ Nachfolgend genießen jene Mitglieder noch sechs Monate nachwirkenden Kündigungsschutz.⁴³⁵ Wahlvorstandsmitglieder, welche vor Durchführung der Wahl des Betriebsrats ihr Amt niederlegen, erhalten ab dem Zeitpunkt der Amtsniederlegung diesen nachwirkenden Kündigungsschutz, es sei denn, der Wahlvorstand wurde durch gerichtliche Entscheidung durch einen anderen Wahlvorstand ersetzt.⁴³⁶ Wahlvorstandsmitglieder, die in einer wichtigen Wahl gewählt wurden, unterliegen nicht diesem Kündigungsschutz.⁴³⁷

Der Sonderkündigungsschutz der Wahlbewerber beginnt im Zeitpunkt der Aufstellung des Wahlvorschlags und endet mit der Bekanntgabe des Wahlergebnisses.⁴³⁸ Danach erhalten auch sie einen nachwirkenden Kündigungsschutz von sechs Monaten.⁴³⁹ Es ist erforderlich, dass ein Wahlvorstand bestellt ist und dass für den Wahlbewerber ein Wahlvorschlag vorhanden ist, welcher die nach dem BetrVG erforderliche Mindestzahl von Stützunterschriften aufweist.⁴⁴⁰ Für das Einsetzen des Kündigungsschutzes darf die Frist zur Einreichung von Wahlvorschlägen bei Erhalt der letzten erforderlichen Stützunterschrift noch nicht abgelaufen sein und die Wählbarkeit des Wahlbewerbers muss nach §§ 8, 24 I Nr. 6 BetrVG gegeben sein.⁴⁴¹

Nach § 15 III a KSchG ist die Kündigung eines Arbeitnehmers, welcher zu einer Betriebs-, Wahl- oder Bordsversammlung einlädt oder die Bestellung eines Wahlvorstands beantragt, vom Zeitpunkt der Einladung oder Antragsstellung an bis zur Bekanntgabe des Wahlergebnisses unzulässig, es sei denn, dass Tatsachen vorliegen, die den Arbeitgeber zur Kündigung aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist berechtigen. Dieser Kündigungsschutz gilt für die ersten sechs in der Einladung oder die ersten drei in der Antragsstellung aufgeführten Arbeitnehmer. Sollte ein Betriebsrat nicht gewählt werden, besteht der Kündigungsschutz nach § 15 III a 2 KSchG vom Zeitpunkt der Einladung oder Antragsstellung an drei Monate.

b) Sachlicher Geltungsbereich

Wenn das Arbeitsverhältnis durch sonstige Beendigungsmöglichkeiten oder durch eine Eigenkündigung des Arbeitnehmers beendet wird, ist § 15 KSchG nicht anwendbar.⁴⁴²

⁴³⁴ ErfK/Kiel, KSchG, § 15 Rn. 17, 19.

⁴³⁵ ErfK/Kiel, KSchG, § 15 Rn. 33.

⁴³⁶ MAH ArbR/Burg, § 45 Rn. 195.

⁴³⁷ MAH ArbR/Burg, § 45 Rn. 195.

⁴³⁸ ErfK/Kiel, KSchG, § 15 Rn. 17, 19.

⁴³⁹ ErfK/Kiel, KSchG, § 15 Rn. 33.

⁴⁴⁰ MAH ArbR/Burg, § 45 Rn. 196.

⁴⁴¹ MAH ArbR/Burg, § 45 Rn. 196.

⁴⁴² MüKo/Hergenröder, KSchG, § 15 Rn. 78.

2. Zulässigkeit der außerordentlichen Kündigung

a) Wichtiger Grund

Den Personengruppen, welche durch § 15 I bis III a KSchG geschützt sind, kann außerordentlich gekündigt werden, wenn ein wichtiger Grund im Sinne von § 626 I BGB vorliegt und die Frist des § 626 II BGB gewahrt wird.^{443,444} Es gelten im Grundsatz dieselben Regeln wie für außerordentliche Kündigungen gegenüber jedem anderen Arbeitnehmer, weil Amtsträger durch ihre besondere Stellung nicht benachteiligt oder bevorzugt werden dürfen.⁴⁴⁵ Auf die Ausführungen zur außerordentlichen Kündigung im Gliederungspunkt B.I.2. sei verwiesen.

Hierbei ist zu beachten, dass die außerordentliche Kündigung unwirksam ist, wenn eine Weiterbeschäftigung bis zum Ablauf der fiktiven Frist zur ordentlichen Kündigung zumutbar ist.⁴⁴⁶ Dazu muss zunächst geprüft werden, ob der Sachverhalt „an sich“, ohne Berücksichtigung seiner besonderen Umstände, als wichtiger Grund geeignet ist.⁴⁴⁷ Danach ist zu untersuchen, ob dem Arbeitgeber zugemutet werden kann, das Arbeitsverhältnis unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls unter Abwägung der beidseitigen Interessen bis zum Ablauf der fiktiven Kündigungsfrist weiterzuführen.⁴⁴⁸ Eine solche außerordentliche Kündigung kommt vor allem dann in Betracht, wenn schwere arbeitsvertragliche Pflichtverletzungen vorliegen.⁴⁴⁹ Es ist zu differenzieren, ob diese Verfehlungen aus dem Arbeitsverhältnis oder aus der Amtsausübung als Betriebsratsmitglied rühren, da bei der abschließlichen Verletzung von Amtspflichten nur ein Ausschlussverfahren nach § 23 I BetrVG möglich ist.⁴⁵⁰

b) Zustimmung des Betriebsrats

Soll einem amtierenden Betriebsratsmitglied außerordentlich gekündigt werden, bedarf es zur Wirksamkeit dieser Kündigung der Zustimmung des Betriebsrats nach § 103 I BetrVG, welche innerhalb der Frist des § 626 II BGB beantragt werden muss und zudem müssen die Kündigungsgründe mitgeteilt werden.^{451,452} Jene Zustimmung muss zwingend vor Kündigungsausspruch vorliegen.⁴⁵³

Sollte der Betriebsrat seine Zustimmung nicht erteilen, kann der Arbeitgeber nach § 103 II BetrVG beim Arbeitsgericht beantragen, die Zustimmung zu ersetzen.

Dementsprechend sollte der Arbeitgeber in der Praxis spätestens zehn Tage nach Kenntniserlangung der kündigungsmaßgebenden Tatsachen beim Betriebsrat die Zustimmung zur Kündigung beantragen, denn dann hat er nach Ablauf von drei weiteren Tagen noch

⁴⁴³ ErfK/Kiel, KSchG, § 15 Rn. 22.

⁴⁴⁴ Richter, ArbRAktuell (2016), 591 (593).

⁴⁴⁵ ErfK/Kiel, KSchG, § 15 Rn. 22.

⁴⁴⁶ Richter, ArbRAktuell (2016), 591 (593).

⁴⁴⁷ ErfK/Kiel, KSchG, § 15 Rn. 22.

⁴⁴⁸ ErfK/Kiel, KSchG, § 15 Rn. 22.

⁴⁴⁹ ErfK/Kiel, KSchG, § 15 Rn. 23.

⁴⁵⁰ Richter, ArbRAktuell (2016), 591 (592-593).

⁴⁵¹ ErfK/Kiel, KSchG, § 15 Rn. 26.

⁴⁵² MAH ArbR/Burg, § 45 Rn. 217.

⁴⁵³ ErfK/Kiel, KSchG, § 15 Rn. 26.

die Option, beim Arbeitsgericht einen Zustimmungsersetzungsantrag zu stellen und somit die Frist des § 626 II BGB zu wahren.⁴⁵⁴

3. Zulässigkeit der ordentlichen Kündigung

Nach § 15 IV und V KSchG kann den in § 15 I bis III a KSchG genannten Personen ordentlich gekündigt werden, wenn der Betrieb oder die Betriebsabteilung stillgelegt wird.⁴⁵⁵ Eine ordentliche Kündigung ist nichtig, wenn ein wichtiger Grund vorliegt, jedoch der Arbeitgeber keine außerordentliche Kündigung ausgesprochen hat, sondern nur ordentlich gekündigt hat.⁴⁵⁶ In der Insolvenz ist es nur möglich, Betriebsratsmitglieder im Rahmen des § 15 I KSchG oder des § 15 IV, V KSchG zu kündigen.⁴⁵⁷

a) Stilllegung des Betriebes

Nach § 15 IV KSchG ist die Kündigung bei einer Betriebsstilllegung der in § 15 I bis III a genannten Personen frühestens zum Zeitpunkt der Stilllegung zulässig, es sei denn, dass ihre Kündigung zu einem früheren Zeitpunkt durch zwingende betriebliche Erfordernisse bedingt ist.

Bei einer endgültigen Betriebsstilllegung darf den geschützten Personen grundsätzlich nur ordentlich gekündigt werden.⁴⁵⁸ Hierbei gilt der von der Rechtsprechung entwickelte Betriebsbegriff. Demnach ist der Betrieb die organisatorische Einheit von Arbeitsmitteln, mit deren Hilfe der Arbeitgeber allein oder in Gemeinschaft mit seinen Arbeitnehmern unter Einsatz von technischen und immateriellen Mitteln einen bestimmten arbeitstechnischen Zweck fortgesetzt verfolgt, der nicht nur in der Befriedigung von Eigenbedarf liegt.⁴⁵⁹ Der gemeinsame Betrieb mehrerer Unternehmen gilt auch als Betrieb im Sinne von § 15 IV KSchG.⁴⁶⁰ Als stillgelegt gilt der Betrieb, wenn nach Einstellung der Produktion und Aufkündigung der Arbeitsverhältnisse die Betriebs- und Produktionsgemeinschaft dauerhaft aufgelöst ist.⁴⁶¹ Ausreichend ist, wenn der Arbeitgeber endgültig zur Stilllegung des Betriebs entschlossen ist und die betrieblichen Umstände greifbare Formen angenommen haben.⁴⁶²

b) Stilllegung einer Betriebsabteilung

Nach § 15 V KSchG ist eine in § 15 I bis III a KSchG genannte Person in eine andere Betriebsabteilung zu übernehmen, wenn diese in einer Betriebsabteilung beschäftigt ist, die stillgelegt wird und wenn dies aus betrieblichen Gründen nicht möglich ist, findet auf ihre Kündigung § 15 IV KSchG sinngemäß Anwendung.

⁴⁵⁴ MAH ArbR/Burg, § 45 Rn. 226.

⁴⁵⁵ ErfK/Kiel, KSchG, § 15 Rn. 35, 40.

⁴⁵⁶ MAH ArbR/Burg, § 45 Rn. 241.

⁴⁵⁷ MAH ArbR/Burg, § 45 Rn. 241.

⁴⁵⁸ ErfK/Kiel, KSchG, § 15 Rn. 35.

⁴⁵⁹ APS/Linck, KSchG, § 15 Rn. 135.

⁴⁶⁰ ErfK/Kiel, KSchG, § 15 Rn. 35.

⁴⁶¹ MAH ArbR/Burg, § 45 Rn. 243.

⁴⁶² ErfK/Kiel, KSchG, § 15 Rn. 35a.

Unter einer Betriebsabteilung ist ein räumlich und organisatorisch abgegrenzter Teil des Betriebs zu verstehen, der eine personelle Einheit erfordert, dem eigene technische Betriebsmittel zur Verfügung stehen und der einen eigenen Betriebszweck verfolgt, auch wenn dieser in einem bloßen Hilfszweck für den arbeitstechnischen Zweck des Gesamtbetriebs besteht.⁴⁶³ Sollte eine Übernahme in eine andere Betriebsabteilung aus betrieblichen Gründen nicht möglich sein, ist grundsätzlich nur die ordentliche Kündigung zulässig.⁴⁶⁴ Die ordentliche Kündigung ist nur das letzte Mittel, vorher muss der Arbeitgeber alle Möglichkeiten ausschöpfen, bevor er eine Kündigung aussprechen darf.⁴⁶⁵ Der Arbeitgeber hat bei einer Übernahme für eine gleichwertige Beschäftigung in einer anderen Betriebsabteilung zu sorgen.⁴⁶⁶ Falls nur eine begrenzte Weiterbeschäftigungsmöglichkeit besteht, haben die aktiven Mandatsträger bei der Besetzung Vorrang vor den Ersatzmitgliedern, welche den Schutz im Nachwirkungszeitraum genießen.^{467,468}

c) Kündigungsfrist

Da es sich um eine ordentliche Kündigung handelt, muss die im konkreten Fall an sich geltende Kündigungsfrist eingehalten werden.⁴⁶⁹ Im Fall der Betriebsstilllegung ist die Kündigung einer geschützten Person frühestens zum Zeitpunkt der Stilllegung zulässig, wenn nicht zwingende betriebliche Erfordernisse vorliegen, die ihre Kündigung zu einem früheren Zeitpunkt rechtfertigen.⁴⁷⁰

d) Anhörung des Betriebsrats

Vor einer Kündigung nach § 15 IV oder V KSchG muss der Betriebsrat nach § 102 BetrVG angehört werden.⁴⁷¹ Weil es sich um eine ordentliche Kündigung handelt, findet § 103 BetrVG keine Anwendung.⁴⁷²

⁴⁶³ Richter, ArbRAktuell (2016), 591 (592).

⁴⁶⁴ ErfK/Kiel, KSchG, § 15 Rn. 40.

⁴⁶⁵ MAH ArbR/Burg, § 45 Rn. 247, 248.

⁴⁶⁶ ErfK/Kiel, KSchG, § 15 Rn. 41.

⁴⁶⁷ MAH ArbR/Burg, § 45 Rn. 248.

⁴⁶⁸ ErfK/Kiel, KSchG, § 15 Rn. 45.

⁴⁶⁹ MAH ArbR/Burg, § 45 Rn. 250.

⁴⁷⁰ APS/Linck, KSchG, § 15 Rn. 149, 151.

⁴⁷¹ Richter, ArbRAktuell (2016), 591 (592).

⁴⁷² Richter, ArbRAktuell (2016), 591 (592).

E. Fazit

Diese Arbeit soll dem Arbeitgeber aufzeigen, welche Besonderheiten er zu beachten hat, wenn er einen durch Gesetz besonders geschützten Arbeitnehmer kündigen möchte. Allerdings wird hier nur auf die wichtigsten Aspekte der jeweiligen Personengruppen eingegangen. Durch die enthaltenen Musteranträge soll es ihm erleichtert werden, einen inhaltlich korrekten Antrag auf behördliche Zustimmung der Kündigung für die Personengruppen der Schwangeren und Mütter, der Elternzeit-Berechtigten, der Pflegezeit-Berechtigten, der Familienpflegezeit-Berechtigten und den Schwerbehinderten und ihnen Gleichgestellten zu stellen und somit das Verfahren bis zur Kündigung zu beschleunigen.

Es sind einige Gemeinsamkeiten sowie markante Unterschiede zwischen dem Sonderkündigungsschutz der hier behandelten Personengruppen zu erkennen.

Bei den §§ 17 I 1 MuSchG, 18 I BEEG, 5 I PflegeZG, 168 SGB IX handelt es sich um ein Kündigungsverbot mit Erlaubnisvorbehalt.^{473,474,475,476} Bei der Betriebsvertretung und den weiteren Amtsinhabern ist nach § 15 KSchG grundsätzlich nur die ordentliche Kündigung unzulässig.⁴⁷⁷ Der Schutz nach § 17 I 1 MuSchG und der des § 18 I BEEG gelten unabhängig von der Betriebsgröße und eine Erfüllung einer Wartezeit wird nicht vorausgesetzt.⁴⁷⁸ Bei dem Schutz nach § 5 PflegeZG wird ebenfalls keine Mindestbeschäftigungsdauer vorausgesetzt und bei einer kurzzeitigen Arbeitsverhinderung nach § 2 PflegeZG ist die Betriebsgröße auch unerheblich.⁴⁷⁹ Dagegen kann eine Freistellung nach § 3 PflegeZG nur wirksam in Anspruch genommen werden, wenn der Arbeitgeber mindestens 16 Arbeitnehmer beschäftigt. Bei der Familienpflegezeit nach § 2 FPfZG liegt diese Hürde bei mindestens 26 Beschäftigten. Ein Schwerbehinderter oder Gleichgestellter kann sich nur auf den Sonderkündigungsschutz des § 168 SGB IX berufen, wenn das Arbeitsverhältnis nach § 173 I 1 Nr. 1 SGB IX zum Zeitpunkt des Kündigungszugangs ohne Unterbrechung länger als sechs Monate besteht.

Die Elternzeit sowie die Freistellungen nach § 3 PflegeZG und die Familienpflegezeit nach § 2 FPfZG müssen dem Arbeitgeber unter Einhaltung der Schriftform des § 126 I BGB vorher angekündigt werden, ansonsten ist das Verlangen des Arbeitnehmers nach § 125 S. 1 BGB nichtig.^{480,481,482} Liegt beispielsweise bei der Ankündigung einer Freistellung nach § 3 PflegeZG ein Formfehler vor, kann diese Freistellung nicht wirksam in Anspruch genommen werden und der Sonderkündigungsschutz greift nicht.⁴⁸³ Daher sollte der Arbeitgeber genau prüfen, ob in solchen Fällen die ordnungsgemäße Form eingehalten wurde. Ist dies nicht der Fall, wird ihm die Kündigung erheblich erleichtert, da er dann die Besonderheiten des gesetzlichen Sonderkündigungsschutzes nicht berücksichtigen muss und es einer behördlichen Zulässigkeitsklärung nicht bedarf.

Weiterhin muss der Arbeitgeber vor jeder Kündigung den Betriebsrat nach § 102 I BetrVG anhören. Spricht er die Kündigung ohne eine solche Anhörung aus, ist diese nach § 102 I

⁴⁷³ MAH ArbR/Betz, § 45 Rn. 3.

⁴⁷⁴ ErfK/Gallner, BEEG, § 18 Rn. 1a.

⁴⁷⁵ ErfK/Gallner, PflegeZG, § 5 Rn. 4.

⁴⁷⁶ BeckOK SozR/Gutzeit, SGB IX § 168 Rn. 0.

⁴⁷⁷ MAH ArbR/Burg, § 45 Rn. 191.

⁴⁷⁸ MAH ArbR/Betz, § 45 Rn. 3, 59.

⁴⁷⁹ Preis/Nehring, NZA (2008), 729 (735).

⁴⁸⁰ ErfK/Gallner, BEEG, § 16 Rn. 2, 5.

⁴⁸¹ ErfK/Gallner, PflegeZG, § 3 Rn. 2.

⁴⁸² BeckOK ArbR/Joussen, FPfZG, § 2a Rn. 1.

⁴⁸³ ErfK/Gallner, PflegeZG, § 3 Rn. 2.

3 BetrVG unwirksam. Beim Kündigungsschutz von Schwerbehinderten und ihnen Gleichgestellten sowie bei Betriebsratsmitgliedern gelten weitere Anhörungserfordernisse. Die Kündigung eines Schwerbehinderten oder eines Gleichgestellten erfordert eine Anhörung der Schwerbehindertenvertretung vor Kündigungsausspruch, denn in diesem Fall ist ein Ausspruch der Kündigung ohne Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung nach § 178 II 3 SGB IX unwirksam.⁴⁸⁴ Zu beachten ist, dass von diesem Anhörungserfordernis auch Kündigungen in der Wartezeit erfasst sind.⁴⁸⁵ Das bedeutet konkret, dass die Schwerbehindertenvertretung auch angehört werden muss, wenn der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis eines Schwerbehinderten oder eines Gleichgestellten, welches noch nicht länger als 6 Monate besteht und somit nach § 173 I 1 Nr. 1 SGB IX noch nicht dem gesetzlichen Sonderkündigungsschutz unterliegt, wirksam kündigen möchte. Bei der außerordentlichen Kündigung eines Betriebsratsmitglieds muss nach § 15 I KSchG die Zustimmung des Betriebsrats nach § 103 BetrVG vorliegen. Sollte dieser die Zustimmung verweigern, kann das Arbeitsgericht nach § 103 II BetrVG die Zustimmung ersetzen. In der Praxis sollte der Arbeitgeber spätestens zehn Tage nach Kenntniserlangung der kündigungsmaßgebenden Tatsachen beim Betriebsrat die Zustimmung zur Kündigung beantragen, denn dann hat er nach Ablauf von drei weiteren Tagen noch die Möglichkeit, beim Arbeitsgericht einen Antrag auf Zustimmungsersetzung zu stellen und dann noch die Frist des § 626 II BGB einzuhalten.⁴⁸⁶ Bei ordentlichen Kündigungen nach § 15 IV oder V KSchG entfällt das Zustimmungserfordernis des Betriebsrats nach § 103 BetrVG.⁴⁸⁷

Die Rechtsfolgen des jeweiligen Sonderkündigungsschutzes sind im Wesentlichen ähnlich. Alle geschützten Personengruppen können im Vorfeld nicht wirksam auf ihren jeweiligen Kündigungsschutz verzichten.^{488,489} Nach Kündigungszugang ist dies jedoch möglich. Bei §§ 17 I 1 MuSchG, 18 I BEEG und § 5 I PflegeZG ist jede arbeitgeberseitige Kündigung unzulässig, es sei denn es liegt eine behördliche Zustimmung im Zeitpunkt des Kündigungszugangs vor.^{490,491} Daher ist es wichtig, dass der Arbeitgeber den Antrag, falls er außerordentlich kündigen möchte, rechtzeitig bei der zuständigen Behörde stellt. Bei außerordentlichen Kündigungen muss der Antrag binnen zwei Wochen gestellt werden, ansonsten ist die Kündigung unwirksam.^{492,493} Die Kündigung eines Schwerbehinderten oder eines Gleichgestellten bedarf nach § 168 SGB IX zu ihrer Wirksamkeit der Zustimmung des Integrationsamts. Handelt es sich um eine außerordentliche Kündigung, kann die Zustimmung des Integrationsamts nach § 174 II SGB IX auch nur innerhalb von zwei Wochen beantragt werden. Allerdings gibt es hier die Besonderheit, dass der Arbeitgeber in diesem Fall nicht die Zustellung der Zustimmung des Integrationsamts vor Ausspruch der Kündigung abwarten muss, denn er kann bereits wirksam fristlos kündigen, wenn ihm das Integrationsamt fernmündlich über die Zustimmung informiert.⁴⁹⁴

Hat der Arbeitgeber im Fall des § 17 I 1 MuSchG im Zeitpunkt der Kündigung keine Kenntnis von der Schwangerschaft, von der Entbindung oder der Fehlgeburt nach der zwölften Schwangerschaftswoche, dann muss er beachten, dass diese Kündigung nach § 17 I 1 Hs.

⁴⁸⁴ ErfK/Rolfs, SGB IX, § 178 Rn. 8.

⁴⁸⁵ ErfK/Rolfs, SGB IX, § 178 Rn. 8.

⁴⁸⁶ MAH ArbR/Burg, § 45 Rn. 226.

⁴⁸⁷ Richter, ArbRAktuell (2016), 591 (592).

⁴⁸⁸ MAH ArbR/Betz, § 45 Rn. 26, 74.

⁴⁸⁹ ErfK/Rolfs, SGB IX, § 168 Rn. 11.

⁴⁹⁰ Arbeitsrechts-Handbuch/Linck, § 169 Rn. 13.

⁴⁹¹ MAH ArbR/Betz, § 45 Rn. 75, 104.

⁴⁹² Arbeitsrechts-Handbuch/Linck, § 169 Rn. 13.

⁴⁹³ MAH ArbR/Betz, § 45 Rn. 104.

⁴⁹⁴ MAH ArbR/Burg, § 45 Rn. 172.

2 MuSchG unzulässig wird, wenn ihm diese Umstände innerhalb von zwei Wochen nach Kündigungszugang mitgeteilt werden. Ist der Arbeitgeber bei einem Schwerbehinderten im Zeitpunkt der Kündigung über die Schwerbehinderung in Unkenntnis, steht dem Arbeitnehmer grundsätzlich trotzdem der Sonderkündigungsschutz zu, wenn er im Kündigungszeitpunkt einen Bescheid über seine Schwerbehinderung vorliegen hat oder einen Antrag beim Versorgungsamt gestellt hat und dem Arbeitgeber darüber innerhalb von drei Wochen nach Kündigungszugang unterrichtet.^{495,496} Unterlässt der Arbeitnehmer diese Mitteilung, kann er sich nicht auf seinen Sonderkündigungsschutz berufen und der Arbeitgeber kann regulär kündigen.⁴⁹⁷

Liegt die Zulassung zur Kündigung vor, ist es notwendig, dass der Arbeitgeber die Kündigung innerhalb der jeweils maßgeblichen Frist und in der richtigen Form ausspricht, da die Kündigung trotz Zulassung ansonsten unwirksam ist. Alle Kündigungen müssen zu ihrer Wirksamkeit der Schriftform des § 126 I BGB genügen.⁴⁹⁸ Eine Kündigung nach § 17 II 2 MuSchG muss zudem schriftlich begründet werden und diese Begründung muss zeitgleich mit der Kündigung erfolgen.⁴⁹⁹ Nachdem die ordentliche Kündigung für zulässig erklärt wurde, gibt es keine Frist in welcher der Arbeitgeber die Kündigung aussprechen muss.⁵⁰⁰ Im Falle der Zulassung einer Kündigung nach § 18 I 4 BEEG gibt es eine solche Frist ebenfalls nicht.⁵⁰¹ Bei der ordentlichen Kündigung eines Schwerbehinderten oder eines Gleichgestellten kann der Arbeitgeber die Kündigung nach § 171 III SGB IX nur innerhalb eines Monats nach Zustellung der Zustimmung des Integrationsamts erklären. Außerordentliche Kündigungen können nach § 626 II BGB nur innerhalb von zwei Wochen nach Kenntniserlangung der kündigungsmaßgebenden Tatsachen erklärt werden.

Zudem hat der Arbeitgeber noch Besonderheiten zu berücksichtigen, nach denen eine Kündigung, welche außerhalb der geschützten Zeiträume zugeht, trotzdem dem jeweiligen Sonderkündigungsschutz unterliegt. § 17 I 3 MuSchG regelt, dass Kündigungen, welche nach Ablauf der Schutzfristen zugehen, unwirksam sind, wenn die Vorbereitungsmaßnahmen im Hinblick auf die Kündigung in den in § 17 I 1 MuSchG genannten Zeiträumen getroffen werden.⁵⁰² Mitglieder des Betriebsrats genießen nach dem Ende ihrer Amtszeit einen nachwirkenden Kündigungsschutz von einem Jahr nach § 15 I 2 KSchG.

§ 7 KSchG eröffnet die Möglichkeit, dass eine unwirksame Kündigung geheilt werden kann und somit als von Anfang an rechtswirksam anzusehen ist. Das ist dann der Fall, wenn der Arbeitnehmer den Unwirksamkeitsgrund nach der jeweiligen Norm zum gesetzlichen Sonderkündigungsschutz nicht innerhalb der dreiwöchigen Klagefrist als anderen Grund für eine Rechtsunwirksamkeit nach § 4 S. 1 KSchG geltend macht.⁵⁰³

Wichtig festzuhalten ist, dass der Arbeitgeber bei den sonstigen Beendigungstatbeständen eines Arbeitsverhältnisses, zu denen der Aufhebungsvertrag, der Auflösungsantrag, die Anfechtung, die Befristung sowie der Eintritt einer auflösenden Bedingung gehören, die

⁴⁹⁵ MAH ArbR/Burg, § 45 Rn. 141.

⁴⁹⁶ ErfK/Rolfs, SGB IX, § 168 Rn.6, 9.

⁴⁹⁷ ErfK/Rolfs, SGB IX, § 168 Rn. 6, 9.

⁴⁹⁸ Löwisch/Caspers/Klumpp, Arbeitsrecht, § 17 Rn. 609.

⁴⁹⁹ MAH ArbR/Betz, § 45 Rn. 52.

⁵⁰⁰ MAH ArbR/Betz, § 45 Rn. 48.

⁵⁰¹ Brose/Weth/Volk/Schneider, BEEG, § 18 Rn. 37.

⁵⁰² Brose/Weth/Volk/Volk, MuSchG, § 17 Rn. 138.

⁵⁰³ MAH ArbR/Betz/Burg, § 45 Rn. 53, 85, 105, 187.

Regelungen zum gesetzlichen Sonderkündigungsschutz nicht beachten muss.^{504,505,506} Diese muss er jedoch berücksichtigen, falls er das Arbeitsverhältnis mittels einer Kündigung beenden möchte. Daher ist es in der Praxis für den Arbeitgeber empfehlenswert, zuerst zu prüfen, ob er sich anderweitig als durch eine Kündigung vom Arbeitsverhältnis lösen kann, beispielsweise durch einen Aufhebungsvertrag. Sollte dies scheitern, muss der Arbeitgeber die in dieser Arbeit beschriebenen Schritte ordnungsgemäß ausführen, damit er wirksam kündigen kann. Das bedeutet zusammengefasst, dass er zunächst prüfen muss, ob der zu kündigende Arbeitnehmer dem gesetzlichen Sonderkündigungsschutz unterliegt, in dem er die Voraussetzungen des jeweiligen Schutzes prüft. Gegebenenfalls muss dann rechtzeitig ein Antrag bei der zuständigen Behörde auf Zulassung der Kündigung gestellt werden. Dabei sind die formalen und inhaltlichen Erfordernisse zu beachten. Zudem ist es wichtig, dass der Arbeitgeber die Anhörungserfordernisse berücksichtigt. Er darf die Kündigung erst aussprechen, wenn die behördliche Zulassung zur Kündigung vorliegt, falls diese erforderlich ist. Die Frist und die Form der Kündigung sind ebenfalls einzuhalten.

⁵⁰⁴ MAH ArbR/Betz/Burg, § 45 Rn. 31, 74, 208.

⁵⁰⁵ ErfK/Rolfs, SGB IX, § 168 Rn. 11.

⁵⁰⁶ APS/Rolfs, PflegeZG, § 5 Rn. 31, 32.

Literaturverzeichnis

- Aligbe, Patrick*, Die Einstellungsuntersuchung als auflösende Bedingung im Arbeitsvertrag, *ArbRAktuell* 2015, S. 542.
- Ascheid Kündigungsrecht, Großkommentar zum gesamten Recht der Beendigung von Arbeitsverhältnissen*: 6. Auflage 2021, C. H. Beck, München (zit.: APS/Vossen, BGB).
- Ascheid Kündigungsrecht, Großkommentar zum gesamten Recht der Beendigung von Arbeitsverhältnissen*: 6. Auflage 2021, C. H. Beck, München (zit.: APS/Künzl/Linck, KSchG).
- Ascheid Kündigungsrecht, Großkommentar zum gesamten Recht der Beendigung von Arbeitsverhältnissen*: 6. Auflage 2021, C. H. Beck, München (zit.: APS/Rolfs, PflegeZG).
- Ascheid Kündigungsrecht, Großkommentar zum gesamten Recht der Beendigung von Arbeitsverhältnissen*: 6. Auflage 2021, C. H. Beck, München (zit.: APS/Rolfs, MuSchG).
- Ascheid Kündigungsrecht, Großkommentar zum gesamten Recht der Beendigung von Arbeitsverhältnissen*: 6. Auflage 2021, C. H. Beck, München (zit.: APS/Rolfs, BEEG).
- Ascheid Kündigungsrecht, Großkommentar zum gesamten Recht der Beendigung von Arbeitsverhältnissen*: 6. Auflage 2021, C. H. Beck, München (zit.: APS/Vossen, SGB IX).
- Beck'scher Online-Kommentar zum Arbeitsrecht*: 64. Edition 2022, C.H. Beck, München (zit.: BeckOK ArbR/Bayreuther, TzBfG).
- Beck'scher Online-Kommentar zum Arbeitsrecht*: 64. Edition 2022, C.H. Beck, München (zit.: BeckOK ArbR/Dahm, MuSchG).
- Beck'scher Online-Kommentar zum Arbeitsrecht*: 64. Edition 2022, C.H. Beck, München (zit.: BeckOK ArbR/Joussen, PflegeZG).
- Beck'scher Online-Kommentar zum Arbeitsrecht*: 64. Edition 2022, C.H. Beck, München (zit.: BeckOK ArbR/Joussen, FPFZG).
- Beck'scher Online-Kommentar zum Sozialrecht*: 65. Edition 2022, C.H. Beck, München (zit.: BeckOK SozR/Gutzeit, SGB IX).
- Brose/Weth/Volk, Mutterschutzgesetz und Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz, Kommentar*: Teil A MuSchG, 9. Auflage 2020, C. H. Beck, München (zit.: Brose/Weth/Volk/Volk, MuSchG).
- Brose/Weth/Volk, Mutterschutzgesetz und Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz, Kommentar*: Teil B BEEG, 9. Auflage 2020, C. H. Beck, München (zit.: Brose/Weth/Volk/Schneider, BEEG).
- Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*: Band 51, 22. Auflage, C.H. Beck, München (zit.: ErfK/Müller-Glöge/Niemann, BGB).
- Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*: Band 51, 22. Auflage, C.H. Beck, München (zit.: ErfK/Rolfs, SGB IX).
- Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*: Band 51, 22. Auflage, C.H. Beck, München (zit.: ErfK/Kiel, KSchG).

- Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*: Band 51, 22. Auflage, C.H. Beck, München (zit.: ErfK/Schlachter, MuSchG).
- Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*: Band 51, 22. Auflage, C.H. Beck, München (zit.: ErfK/Gallner, BEEG).
- Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*: Band 51, 22. Auflage, C.H. Beck, München (zit.: ErfK/Gallner, PflegeZG).
- Eylert, Mario*, Die Verdachtskündigung, NZA-RR 19 (2014), S. 393.
- Fuhlrott, Michael/Hoppe, Christian A./Schümann Commichau, Esche*, Der "kleine" und sondergesetzliche Kündigungsschutz, ArbRAktuell 2009, S. 204.
- Karb, Svenja*, Das Elternzeitrecht im Überblick, öAT 2019, S. 111.
- Karb, Svenja*, Das zum 1.1.2015 reformierte Pflegezeit- und Familienpflegezeitgesetz, öAT 2016, S. 248.
- Küttner Personalbuch 2022, Arbeitsrecht, Lohnsteuerrecht, Sozialversicherungsrecht*: 29. Auflage 2022, C.H. Beck, München (zit.: Küttner Personalbuch 2022/Schmidt).
- Löser, Adrian*, Rechte der Schwerbehindertenvertretung, öAT 2021, S. 155.
- Löwisch, Manfred/Caspers, Georg/Klumpp, Steffen*: Arbeitsrecht, Ein Studienbuch, 12. Aufl., Franz Vahlen; Helbing Lichtenhahn, München, Basel 2019.
- Münchener Anwaltshandbuch Arbeitsrecht*: Moll (Hrsg.), 5. Auflage 2021, C.H. Beck, München (zit.: MAH ArbR/Betz/Burg).
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*: Band 5, Schuldrecht Besonderer Teil II, 8. Auflage 2020, C.H. Beck, München (zit.: MüKo/Henssler, BGB).
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*: Band 5, Schuldrecht Besonderer Teil II, 8. Auflage 2020, C.H. Beck, München (zit.: MüKo/Hergenröder, KSchG).
- Paul, Susanne*, Beginn des Sonderkündigungsschutzes für Schwangere, Arbeitsschutz in Recht und Praxis 2022, S.157.
- Preis, Ulrich/Nehring, Linda*, Das Pflegezeitgesetz, NZA 2008, S. 729.
- Richardi, Betriebsverfassungsgesetz mit Wahlordnung, Kommentar*: 17. Auflage 2022, C.H. Beck, München (zit.: Richardi/Thüsing, BetrVG).
- Richter, Tim*, Kündigung von Betriebsratsmitgliedern, ArbRAktuell 2016, S. 591.
- Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, Systematische Darstellung und Nachschlagewerk für die Praxis*: 19. Aufl. 2021, C.H. Beck, München (zit.: Arbeitsrechts-Handbuch/Linck/Rinck).
- Schaub/Koch, Arbeitsrecht von A-Z, Verständlich, übersichtlich, klar*: 26. Auflage 2022, dtv Beck, München (zit.: Arbeitsrecht von A-Z/Koch).
- Schröder, Andreas*, Haftungsrisiken bei Klageerhebung - Sonderkündigungsschutz, NJW 2021, S. 2337.

Die Steuervergünstigung bei Umstrukturierungen im Konzern nach § 6a GrEStG im Lichte der aktuellen Rechtsprechung

Bachelorarbeit

an der

FH Aachen

Fachbereich Wirtschaftswissenschaften

Betriebswirtschaft / Business Studies mit Mobilitätssemester (B.Sc.)

Erstprüfer: Herr Prof. Dr. rer. pol. Mark Knüppel

Eingereicht am: 06.02.2023

vorgelegt von

Marius Thelen

aus Aachen

Abstract

Die Anwendbarkeit der Nichterhebungsvorschrift § 6a GrEStG, die unter bestimmten Voraussetzungen Umstrukturierungsvorgänge innerhalb des Konzerns von der Grunderwerbsteuer befreit, wurde in der Vergangenheit von der restriktiven Auslegung der Tatbestandsmerkmale durch die Finanzverwaltung beschränkt. Im Jahr 2019 trat der BFH in sieben Entscheidungen dieser Auffassung entgegen und entschied größtenteils zugunsten des Steuerpflichtigen. Besonders von Bedeutung war dabei die Zurückweisung des Verbundbegriffs der Finanzverwaltung, der zuvor als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal eine Reihe von Umwandlungsvarianten aus dem Anwendungsbereich der Vergünstigungsnorm ausschloss. Die jüngere Rechtsprechung lässt jedoch wesentliche Problemstellungen bezüglich der Voraussetzungen des § 6a GrEStG unbeantwortet.

Diese Arbeit macht es sich daher zur Aufgabe, eine umfassende systematische Untersuchung des Anwendungsbereiches des § 6a GrEStG vorzunehmen, bestehende Streitpunkte aufzudecken und diese sachgerecht aufzulösen. Im Zuge dessen werden die Auslegungen der Rechtsprechung, Finanzverwaltung und Literatur bezüglich des Gesetzestextes analysiert und kritisch beurteilt. Auf Basis dieser Untersuchung gilt es anschließend die Frage zu beantworten, ob sich aus dem gewandelten Verständnis der Konzernklausel etwaige Gestaltungsmöglichkeiten zur Reduzierung der Grunderwerbsteuerbelastung bei konzerninternen Umstrukturierungen eröffnen.

Im Ergebnis vertritt die jüngere Rechtsprechung ein weites Verständnis des Anwendungsbereiches und ist daher anhand der Zielsetzung des § 6a GrEStG, Umstrukturierungen grunderwerbsteuerlich zu vereinfachen, grundsätzlich positiv zu bewerten. Jedoch blieben zahlreiche Zweifelsfragen unbeantwortet, die m. E. – im Gegensatz zur Auffassung der Finanzverwaltung – ausgerichtet am Zweck der Vorschrift ebenfalls extensiv zu beantworten sind. Dadurch, dass § 6a GrEStG entsprechend der neuen Auslegung des Anwendungsbereiches einerseits mehr Umwandlungsarten begünstigt und andererseits die Voraussetzungen für die am Rechtsvorgang beteiligten Rechtsträger erleichtert, ist eine Vielzahl neuer Gestaltungen möglich.

Inhaltsverzeichnis

1	Einordnung der Problemstellung	1
2	Besteuerungsgegenstand und Wesen der Grunderwerbsteuer	3
3	Historie und Grundaussagen des § 6a GrEStG.....	4
3.1	Grundlegender Aufbau der Konzernklausel.....	4
3.2	Intention der Vorschrift	5
3.3	Wandel des Gesetzestextes.....	5
3.4	Beihilferechtliche Einordnung	6
3.5	Umwälzung durch Rechtsprechung und Reaktion der Finanzverwaltung	7
4	Anwendungsbereich und Zweifelsfragen des § 6a GrEStG.....	8
4.1	Begünstigter Rechtsvorgang	8
4.1.1	Begünstigter Umstrukturierungsvorgang.....	9
4.1.1.1	Umwandlung im Sinne von § 1 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 UmwG.....	9
4.1.1.2	Einbringung	10
4.1.1.3	Weitere Erwerbsvorgänge auf gesellschaftsvertraglicher Grundlage	11
4.1.1.4	Formwechsel	12
4.1.2	Begünstigter Steuertatbestand	12
4.1.2.1	Eigentumsübergang kraft Gesetzes (§ 1 Abs. 1 Nr. 3)	13
4.1.2.2	Erwerb einer eigentümerähnlichen Position (§ 1 Abs. 2)	13
4.1.2.3	Wechsel im Gesellschafterbestand (§ 1 Abs. 2a, 2b).....	13
4.1.2.4	Anteilsvereinigung (§ 1 Abs. 3).....	17
4.1.2.5	Wirtschaftliche Anteilsvereinigung (§ 1 Abs. 3a)	21
4.2	Beteiligte Rechtsträger	22
4.2.1	Erforderliche Grundstruktur.....	22
4.2.2	Beteiligung am Rechtsvorgang	22
4.2.3	Herrschendes Unternehmen	24
4.2.3.1	Rechtsform	24
4.2.3.2	Wirtschaftliche Tätigkeit als neues Tatbestandsmerkmal	25
4.2.3.3	Bestimmung der Beteiligungsquote	26
4.2.3.4	Identifizierung des herrschenden Unternehmens in Beteiligungsketten	27
4.2.4	Abhängige Gesellschaft.....	31
4.3	Fristen	31
4.3.1	Gepräge des Fristenerfordernisses	32
4.3.2	Kettenumwandlung	32

4.3.3	Widerspruch des Fristenerfordernisses.....	33
4.3.4	Verbundbegriff der Finanzverwaltung	34
4.3.5	Teleologische Reduktion der Fristen	35
4.3.5.1	Umwandlungsbedingte Fristverletzung.....	35
4.3.5.1.1	Umwandlungsbedingte Verletzung der Vorbehaltensfrist	36
4.3.5.1.2	Sonderfall: Ausgliederung Einzelunternehmen zur Neugründung	37
4.3.5.1.3	Umwandlungsbedingte Verletzung der Nachbehaltensfrist	38
4.3.5.2	Ausgliederung auf eine neugegründete Gesellschaft	39
4.3.5.2.1	Ausgliederung zur Neugründung vs. Ausgliederung zur Aufnahme	39
4.3.5.2.2	FG-Rechtsprechung im Angesicht des Gesetzeszwecks.....	41
4.3.5.2.3	Konzernintern gegründete Gesellschaft	42
4.4	Bewertung der Rechtsprechung und der Auffassung der Finanzverwaltung	46
5	Konsequenzen für die Gestaltungspraxis	48
5.1	Gestaltungen zur Steuervermeidung bei Grundstücksübertragungen	48
5.1.1	Erfüllen der Sacheinlageverpflichtung	49
5.1.2	Grundstücksübertragung auf eine nicht abhängige Gesellschaft	50
5.1.3	Grundstücksübertragung von einer nicht abhängigen Gesellschaft.....	52
5.2	Umhängen von Beteiligungen an grundbesitzenden Gesellschaften	54
6	Fazit.....	55
	Literaturverzeichnis	58

Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AktG	Aktiengesetz
Alt.	Alternative
AmtshilfeRLUmsG	Amtshilferichtlinie-Umsetzungsgesetz
Art.	Artikel
Az.	Aktenzeichen
BB	Der Betriebs-Berater (Zeitschrift)
BewG	Bewertungsgesetz
BFH	Bundesfinanzhof
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
Brexit-StBG	Brexit-Steuerbegleitgesetz
BStBl.	Bundessteuerblatt
BT-Drs.	Bundestags-Drucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
DB	Der Betrieb (Zeitschrift)
DStR	Deutsches Steuerrecht (Zeitschrift)
EFG	Entscheidungen der Finanzgerichte (Zeitschrift)
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
GG	Grundgesetz
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GmbHR	GmbH-Rundschau (Zeitschrift)
GmbHStB	GmbH-Steuerberater (Zeitschrift)
GrEStG	Grunderwerbsteuergesetz
i. d. R.	in der Regel
i. S. v.	im Sinne von
i. V. m.	in Verbindung mit
IStR	Internationales Steuerrecht (Zeitschrift)

VI

KG	Kommanditgesellschaft
KStG	Körperschaftsteuergesetz
m. E.	meines Erachtens
Nr.	Nummer
NWB	Neue Wirtschafts-Briefe (Zeitschrift)
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht (Zeitschrift)
OFD	Oberfinanzdirektion
OLG	Oberlandesgericht
Rn.	Randnummer
S.	Satz
SächsGrEStSatzG	Sächsisches Grunderwerbsteuersatzgesetz
SächsGVBl	Sächsisches Gesetz- und Verordnungsblatt
StBW	Steuerberater Woche (Zeitschrift)
Tz.	Textziffer
Ubg	Die Unternehmensbesteuerung (Zeitschrift)
UmwG	Umwandlungsgesetz
UmwStG	Umwandlungssteuergesetz
UStG	Umsatzsteuergesetz
vs.	versus

Abbildungsverzeichnis

Abbildung 1: Umfang der Steuerbefreiung bei § 1 Abs. 2a GrEStG	16
Abbildung 2: Umfang der Steuerbefreiung bei § 1 Abs. 3 GrEStG	20
Abbildung 3: Identifizierung des herrschenden Unternehmens.....	30
Abbildung 4: Kettenumwandlung	44
Abbildung 5: Konzernintern gegründete Gesellschaft.....	45
Abbildung 6: Gestaltung – Sacheinlageverpflichtung	49
Abbildung 7: Gestaltung – Nicht abhängige Schwestergesellschaft.....	51
Abbildung 8: Gestaltung – Anwachsung.....	53
Abbildung 9: Gestaltung – Umhängen einer Beteiligung.....	55

1 Einordnung der Problemstellung

Umgestaltungen innerhalb eines Konzerns sind besonders unter dem Gesichtspunkt der Anpassungsfähigkeit auf sich verändernde Rahmenbedingungen eine hohe Bedeutung für die Sicherung des Fortbestandes des Konzerns beizumessen. Die konkreten Gründe für eine Anpassung der Konzernstruktur sind mannigfaltig und können beispielsweise von einer Änderung der Organisation innerhalb des Konzerns bis zur Vorbereitung einer steueroptimierten Veräußerung eines Geschäftsbereiches reichen.¹

Umstrukturierungen umfassen grundsätzlich neben den gesetzlich vorgesehenen Umwandlungsvorgängen des UmwG² auch jegliche weitere Veränderungen der Unternehmensstruktur, beispielsweise in Form der Anwachsung.³ Da Umstrukturierungsvorgänge trotz regelmäßig ausbleibenden Liquiditätszuflüssen zu einer hohen steuerlichen Belastung führen können, rückt zwangsläufig auch die steueroptimale Gestaltung der Überführung der Ausgangsstruktur in die gewünschte Zielstruktur in den Vordergrund.⁴ Neben ertragsteuerlichen Tatbeständen⁵ können ebenfalls Verkehrsteuern wie die Grunderwerbsteuer durch umstrukturierende Vorgänge ausgelöst werden und einen Großteil der Steuerbelastung ausmachen.⁶ Da die Grunderwerbsteuer mithin ein bedeutendes Hindernis bei Umstrukturierungen im Konzern darstellen kann,⁷ dessen Tragweite für die Praxis zudem durch die Ausweitung der Tatbestände der Steuerbarkeit⁸ und die Anhebung des Steuersatzes auf bis zu 6,5 %⁹ vergrößert wurde, nimmt diese Arbeit die grunderwerbsteuerlichen Konsequenzen von Umwandlungen in den Blick.

Die sogenannte „Konzernklausel“¹⁰ dient als Nichterhebungsvorschrift der grunderwerbsteuerlichen Erleichterung von Umgestaltungen im Konzern.¹¹ Sie enumeriert konkrete steuerbare Erwerbsvorgänge des § 1 GrEStG, für die, falls sie auf einem begünstigten Umstrukturierungsvorgang beruhen,¹² keine Grunderwerbsteuer zu erheben ist. Die Anwendbarkeit der Norm wird zudem durch weitere Voraussetzungen flankiert. So sind nur Rechtsvorgänge begünstigt, an denen entweder lediglich ein herrschendes Unternehmen und eine von diesem Unternehmen abhängige Gesellschaft oder ausschließlich abhängige Gesellschaften beteiligt sind.¹³ Zur Bestimmung des herrschenden Unternehmens wird unter anderem gemäß § 6a S. 4 GrEStG auf eine Beteiligungsquote von mindestens 95 % an der

¹ Vgl. *Stangl* in Kessler/Kröner/Köhler, Konzernsteuerrecht, 3. Auflage 2018, § 4 Konzernstruktur und Umstrukturierung, Rn. 203.

² Im Sinne des § 1 Abs. 1 UmwG zählen zu diesen abschließend die Verschmelzung, die Spaltung, die Vermögensübertragung und der Formwechsel.

³ Vgl. *Schmidt/Solbach* in Jesgarzewski/Schmittmann, Steuerrecht, 3. Auflage 2020, Umwandlungssteuerrecht, S. 140.

⁴ Vgl. *Arnold*, Umstrukturierung inländischer Konzerne unter Beachtung des § 6a GrEStG, 2015, S. 2.

⁵ Eine ertragsteuerliche Belastung entsteht vor allem, falls es zu einer steuerwirksamen Aufdeckung der stillen Reserven im übertragenden Vermögen kommt, vgl. *Stangl* in Kessler/Kröner/Köhler, Konzernsteuerrecht, 3. Auflage 2018, § 4 Konzernstruktur und Umstrukturierung, Rn. 207.

⁶ Vgl. *Herzig*, DB 2000, 2237.

⁷ Vgl. *Neumayer* in Centrale für GmbH, GmbH-Handbuch, 180. Lieferung, Grunderwerbsteuer bei Umstrukturierungen im GmbH-Konzern, Rn. 5599.1.

⁸ Mit § 1 Abs. 2b GrEStG wurde am 12.5.2021 ein neuer Ergänzungstatbestand in das GrEStG eingefügt, vgl. *Meßbacher-Hönsch* in Viskorf, GrEStG, 20. Auflage 2022, § 1, Rn. 946.

⁹ Vgl. *Viskorf* in Viskorf, GrEStG, 20. Auflage 2022, § 11, Rn. 19.

¹⁰ Vgl. *Mensching/Tyarks*, BB 2010, 87.

¹¹ Vgl. BT-Drs. 17/15, S. 21.

¹² Begünstigungsfähig sind Umwandlungsvorgänge im Sinne des UmwG, Einbringungen oder andere Erwerbsvorgänge auf gesellschaftsvertraglicher Grundlage, vgl. § 6a S. 1 GrEStG.

¹³ Vgl. § 6a S. 3 GrEStG.

abhängigen Gesellschaft abgestellt, die zudem während einer Vorbehaltens- und einer Nachbehaltensfrist eingehalten werden muss.

Die Vergünstigungsvorschrift fand jedoch in der Praxis über einen langen Zeitraum kaum Anwendung, da eine hohe Unsicherheit bezüglich der Auslegung der Voraussetzungen der Norm bestand¹⁴ und der Anwendungsbereich des § 6a GrEStG von der Finanzverwaltung stark eingeschränkt wurde.¹⁵ Darüber hinaus war die Anwendbarkeit der Vorschrift zwischenzeitlich zweifelhaft, da die Konzernklausel hinsichtlich eines möglichen unionsrechtswidrigen Beihilfecharakters dem EuGH vorgelegt wurde.¹⁶ Nachdem der EuGH die Norm als gerechtfertigt herausstellte,¹⁷ veröffentlichte der BFH am 21. und 22. August 2019 die von der Praxis lange erwarteten Urteile¹⁸ zu insgesamt sieben ausgesetzten Revisionsverfahren, deren zentraler Streitgegenstand die Auslegung des § 6a GrEStG war. Mit den Entscheidungen torpedierte der BFH die sehr restriktive Auslegung des Anwendungsbereiches durch die Finanzverwaltung.¹⁹

Teilweise sind die vorgenannten Entscheidungen des BFH jedoch auch kritisch zu sehen²⁰ und wesentliche Problemstellungen bezüglich der Voraussetzungen der Konzernklausel, z. B. die Bestimmung der Beteiligungshöhe bei mittelbaren Beteiligungen, wurden nicht final beurteilt.²¹

Die Finanzverwaltung setzte in ihrer Stellungnahme zur Anwendung des § 6a GrEStG durch die gleich lautenden Erlasse vom 22.09.2020²² viele Aspekte der BFH-Entscheidungen um. Die Stellungnahme ist jedoch ebenfalls in Teilen kritisch zu beurteilen, da sie offene Fragen der BFH-Urteile restriktiv beantwortet und damit die Anwendung der Vorschrift für die Praxis erschwert.²³ Vereinzelt widerspricht sie der BFH-Rechtsprechung sogar.²⁴

Anlässlich des diffizilen Anwendungsbereiches der Konzernklausel, der grundsätzlich eine hohe Bedeutung beizumessen ist,²⁵ gilt es die Voraussetzungen der Anwendbarkeit als einen zentralen Inhalt dieser Arbeit anhand einer Synthese des Gesetzestextes, der Rechtsprechung und der Literaturlauffassung systematisch zu analysieren. Im Zuge dessen werden bestehende Diskrepanzen und Zweifelsfragen – bezüglich derer sich die Gerichte bislang nicht eindeutig positioniert haben – aufgedeckt und fundiert beurteilt, um eine sichere Steuerplanung hinsichtlich der Grunderwerbsteuer zu ermöglichen. Die Rechtsprechung und auch die Auslegung durch die Finanzverwaltung wird dabei kritisch evaluiert.

¹⁴ Vgl. *Loose*, DB 2020, 921; *Kugelmüller-Pugh* in *Viskorf*, GrEStG, 20. Auflage 2022, § 6a, Rn. 102.

¹⁵ Vgl. *Kittl/Lorenz*, DStR 2019, 897.

¹⁶ Vgl. BFH v. 30.05.2017 - II R 62/14, BStBl. II 2017, 916.

¹⁷ Vgl. EuGH v. 19.12.2018 - C-374/17, IStR 2019, 70.

¹⁸ BFH v. 21.08.2019 - II R 15/19, BStBl. II 2020, 329; v. 21.08.2019 - II R 16/19, BStBl. II 2020, 333; v. 22.08.2019 - II R 17/19, BStBl. II 2020, 348; v. 22.08.2019 - II R 18/19, BStBl. II 2020, 352; v. 22.08.2019 - II R 19/19, BStBl. II 2020, 337; v. 21.08.2019 - II R 20/19, BStBl. II 2020, 341; v. 22.08.2019 - II R 21/19, BStBl. II 2020, 344.;

¹⁹ Vgl. *Viskorf*, DB 2020, 421 f.

²⁰ Vgl. *Behrens/Seemaier*, DStR 2020, 1415.

²¹ Vgl. *Broemel/Mörwald*, DB 2020, 1033 f.

²² Oberste Finanzbehörden der Länder v. 22.09.2020, BStBl. I 2020, 960.

²³ So vertritt sie beispielsweise bei der Identifizierung des herrschenden Unternehmens eine restriktive Position, vgl. Oberste Finanzbehörden der Länder v. 22.09.2020, BStBl. I 2020, 960, Tz. 3.1.

²⁴ Vgl. *Broemel/Mörwald*, DStR 2021, 141 f.

²⁵ § 6a GrEStG ist die einzige umfassende Nichterhebungsvorschrift des GrEStG für Rechtsvorgänge zwischen Kapitalgesellschaften, sodass sie ein hohes Potenzial zur Steuerersparnis birgt.

Aufbauend auf dieser Analyse wird die Frage beantwortet, inwiefern sich für die Praxis etwaige Gestaltungsmöglichkeiten bei Umstrukturierungen innerhalb des Konzerns zur Reduzierung von Grunderwerbsteuer aus der jüngeren Auslegung des § 6a GrEStG durch die Rechtsprechung ableiten lassen. In diesem Zusammenhang werden für bevorstehende Grundstücksübertragungen innerhalb des Konzerns und geplante Umstrukturierungen der Konzernstruktur konkrete Maßnahmen erarbeitet, die eine Übereignung des Grundbesitzes bzw. eine Überführung in die geplante Zielstruktur mit einer minimalen Grunderwerbsteuerlichen Belastung ermöglichen.

2 Besteuerungsgegenstand und Wesen der Grunderwerbsteuer

Die Grunderwerbsteuer zählt zu den Verkehrsteuern, welche sich durch das Anknüpfen der Besteuerung an einen Vorgang des Rechtsverkehrs kennzeichnen.²⁶ Sie lässt sich als direkte Steuer qualifizieren, da der Schuldner der Grunderwerbsteuer ebenfalls der wirtschaftlich Belastete ist.²⁷ Rechtsgrundlage der Steuer ist das GrEStG welches am 1.1.1983 in Kraft trat²⁸ und historisch aus den Stempelabgaben hervorging.²⁹

Das GrEStG stellt als Besteuerungsgegenstand grundsätzlich auf das Erwerben eines inländischen Grundstücks oder eines grundstücksgleichen Rechts ab.³⁰ Dies findet in den Steuertatbeständen des § 1 GrEStG Ausdruck. Der Grundtatbestand in Gestalt des § 1 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG, der am häufigsten Anwendung findet,³¹ erfasst den Erwerb eines Anspruchs auf Übereignung eines Grundstücks bzw. eines Grundstücksanteils kraft eines Kaufvertrags oder eines anderen Rechtsgeschäfts. Das Eintreten der Besteuerung erfolgt in diesem Fall bereits vor dem wirksamen Übergang des Eigentums, da das GrEStG als Besteuerungszeitpunkt vorrangig an das kausale Verpflichtungsgeschäft anknüpft.³² Überdies enumeriert § 1 Abs. 1 Nr. 2 bis 7 GrEStG die Nebentatbestände, welche bei anderweitigen Rechtsvorgängen in Zusammenhang mit einem direkten Grunderwerb Anwendung finden,³³ beispielsweise bei einem Übergang des Grundstückseigentums ohne vorausgegangenem Verpflichtungsgeschäft gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 3 S. 1 GrEStG. Auch Rechtsvorgänge ohne unmittelbaren Erwerb von Grundbesitz werden besteuert, wenn diese im Sinne der Ergänzungstatbestände § 1 Abs. 2, 2a, 2b, 3 und 3a GrEStG wirtschaftlich einem Rechtsgeschäft, das auf den Grunderwerb gerichtet ist, gleichkommen.³⁴ Die Systematik des GrEStG sieht dabei vor, dass es sich bei jedem Rechtsträgerwechsel eines Grundstücks um einen eigenen Grunderwerbsteuerfall handelt, der einzeln zu besteuern ist.³⁵

Die Belastung mit Grunderwerbsteuer wird teilweise durch die Leistungsfähigkeit, die sich durch den Erwerb von Grundbesitz äußert, begründet.³⁶ Für bestimmte Rechtsvorgänge

²⁶ Vgl. *Krich*, Grunderwerbsteuer im Konzern, 2018, S. 21.

²⁷ Vgl. *Fischer* in Jesgarzewski/Schmittmann, Steuerrecht, 3. Auflage 2020, Grunderwerbsteuerrecht, S. 358.

²⁸ Vgl. *Pahlke* in Pahlke, GrEStG, 6. Auflage 2018, Einleitung, Rn. 1.

²⁹ Die Stempelsteuer war eine Urkundensteuer, die auf Grundstückskaufverträge erhoben wurde und sich dadurch kennzeichnete, dass der Steuervollzug mittels einer Abstempelung dokumentiert wurde, vgl. *Fischer* in Jesgarzewski/Schmittmann, Steuerrecht, 3. Auflage 2020, Grunderwerbsteuerrecht, S. 358.

³⁰ Vgl. BVerfG v. 08.01.1999 - 1 BvL 14-98, BStBl. II 1999, 152, Rn. 27.

³¹ Vgl. *Christ*, Grunderwerbsteuer: Gestaltungsmöglichkeiten und Tücken, 2. Auflage 2020, S. 9.

³² Vgl. *Meßbacher-Hönsch* in Viskorf, GrEStG, 20. Auflage 2022, § 1, Rn. 191.

³³ Vgl. *Krich*, Grunderwerbsteuer im Konzern, 2018, S. 21.

³⁴ Vgl. *Pahlke* in Pahlke, GrEStG, 6. Auflage 2018, § 1, Rn. 4.

³⁵ Vgl. *Drees et al.* in Behrens/Wachter, GrEStG, 2. Auflage 2022, § 1 Erwerbsvorgänge, Rn. 1.

³⁶ Vgl. BVerfG v. 24.03.2015 - 1 BvR 2880/11, BStBl. II 2015, 622, Rn. 50 f.

sieht das GrEStG jedoch in Form der §§ 3 bis 7 GrEStG sachliche Steuerbefreiungen vor, die unter anderem bei Grundstücksübergängen im Zusammenhang mit Gesamthandsgemeinschaften³⁷ und Umstrukturierungen im Konzern³⁸ Anwendung finden.

Ist ein Steuertatbestand erfüllt und keine Steuerbefreiung einschlägig, bestimmt sich die vom Steuerschuldner³⁹ zu tragende Grunderwerbsteuerbelastung aus der Multiplikation des Steuersatzes mit der Bemessungsgrundlage.⁴⁰ Die Bemessungsgrundlage entspricht nach § 8 GrEStG grundsätzlich dem Wert der Gegenleistung.⁴¹ Falls der Steuertatbestand jedoch durch einen Umwandlungsvorgang⁴² ausgelöst wurde, eine Gegenleistung nicht erfolgte oder die Steuerbarkeit durch einen Ergänzungstatbestand erfüllt wurde, sind die Grundbesitzwerte nach dem BewG zu bestimmen und für die Bemessungsgrundlage maßgeblich.⁴³ Der in § 11 Abs. 1 GrEStG gesetzlich definierte Steuersatz beträgt 3,5 %, ist aber von geringer Bedeutung, da die Länder diesen, aufgrund der ihnen durch Art. 105 Abs. 2a Satz 2 GG verliehenen Befugnis den Steuersatz selbst zu bestimmen, auf bis zu 6,5 % anhaben.⁴⁴

3 Historie und Grundaussagen des § 6a GrEStG

In der Literatur wurde bereits früh kritisiert, dass auch Umstrukturierungsvorgänge innerhalb eines Konzerns eine Grunderwerbsteuerliche Belastung auslösen können, da so betriebswirtschaftlich sinnreiche Umwandlungsmaßnahmen gehemmt werden würden.⁴⁵ Mit Wirkung zum 1.1.2010 gab der Gesetzgeber den aufgekommenen Forderungen nach und erweiterte das GrEStG mit § 6a GrEStG um eine Nichterhebungsvorschrift⁴⁶ für konzerninterne Umstrukturierungen.⁴⁷

3.1 Grundlegender Aufbau der Konzernklausel

Die Nichterhebungsnorm sieht vor, dass nach § 1 Abs. 1 Nr. 3 S. 1, Abs. 2 bis 3 und Abs. 3a GrEStG steuerbare Erwerbsvorgänge begünstigt sein sollen, wenn sie auf einer Umwandlung im Sinne des § 1 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 UmwG, einer Einbringung oder eines anderen Erwerbsvorgangs auf gesellschaftsvertraglicher Grundlage beruhen.⁴⁸ Die Steuerbefreiung greift jedoch gemäß § 6a S. 3 GrEStG nur, wenn am Rechtsvorgang entweder lediglich ein herrschendes Unternehmen und eine von diesem Unternehmen abhängige

³⁷ Vgl. §§ 5 und 6 GrEStG.

³⁸ Vgl. § 6a GrEStG.

³⁹ Der Steuerschuldner ist gemäß § 13 GrEStG zu identifizieren.

⁴⁰ Vgl. *Drees* in *Behrens/Wachter*, GrEStG, 2. Auflage 2022, § 11, Rn. 5.

⁴¹ Die Gegenleistung ist in § 9 GrEStG genauer definiert und umfasst z. B. bei einem Grundstückserwerb durch einen Kaufvertrag gemäß § 9 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG den Kaufpreis, alle vom Käufer übernommenen sonstigen Leistungen und die dem Verkäufer vorbehaltenen Nutzungen.

⁴² Neben einem Umwandlungsvorgang werden auch Einbringungen, sowie andere Erwerbsvorgänge auf gesellschaftsvertraglicher Grundlage von § 8 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 GrEStG erfasst.

⁴³ Vgl. § 8 Abs. 2 GrEStG.

⁴⁴ Lediglich das Bundesland Bayern wendet weiterhin den gesetzlichen Steuersatz an, da Sachsen zum 01.01.2023 ebenfalls den Steuersatz auf 5,5 % erhöhte, vgl. § 1 Sächsisches Grunderwerbsteuergesetz v. 20.12.2022, SächsGVBl. S. 705, 715; *Drees* in *Behrens/Wachter*, GrEStG, 2. Auflage 2022, § 11, Rn. 4–9.

⁴⁵ Vgl. *Kroschewski*, BB, 1121.

⁴⁶ Neben § 6a GrEStG bestehen in §§ 5, 6 GrEStG zwei weitere Nichterhebungsvorschriften des GrEStG, vgl. *Stahlschmidt*, StBW 2010, 845.

⁴⁷ Vgl. *Mensching/Tyarks*, BB 2010, 87.

⁴⁸ Insoweit muss ein Kausalzusammenhang zwischen dem steuerbaren Erwerbsvorgang und der Umwandlung bestehen, vgl. *Mensching/Tyarks*, BB 2010, 90.

Gesellschaft oder ausschließlich vom herrschenden Unternehmen abhängige Gesellschaften beteiligt sind. Bezüglich der Klassifizierung als herrschendes bzw. abhängiges Unternehmen ist es erforderlich, dass zwischen den Rechtsträgern eine Beteiligung von mindestens 95 % besteht und hinsichtlich dieses Beteiligungsverhältnisses das Fristenerfordernis gemäß § 6a S. 4 GrEStG erfüllt wird.⁴⁹

3.2 Intention der Vorschrift

Mit der Einführung des § 6a GrEStG verfolgte der Gesetzgeber das Ziel, Bedingungen für Umstrukturierungen von Unternehmen durch die Beseitigung von Wachstumshemmnissen, die aufgrund der grunderwerbsteuerlichen Belastung bei Umwandlungsvorgängen entstanden und so das flexible Reagieren auf sich verändernde Marktverhältnisse verhinderten, „krisenfest, planungssicher und mittelstandsfreundlich“⁵⁰ zu gestalten.⁵¹ Die Steuervergünstigung sollte dabei nicht von Willkürlichkeiten abhängen, sondern vielmehr grundsätzlich alle Arten von Umwandlungsvorgängen erfassen, um so eine gleichmäßige Begünstigungswirkung zu erreichen.⁵² Der Gesetzgeber verfolgte demnach mit der Einführung des § 6a GrEStG außerfiskalische Förderungs- und Lenkungsziele.⁵³ Auch der BFH sieht die Erleichterung von konzerninternen Umstrukturierungen als Begünstigungszweck der Norm an.⁵⁴

3.3 Wandel des Gesetzestextes

Seit der Einführung des § 6a GrEStG durch das Wachstumsbeschleunigungsgesetz⁵⁵ hat der Gesetzestext viele Anpassungen erfahren. So erweiterte der Gesetzgeber durch das AmtshilfeRLUMsG⁵⁶ den Anwendungsbereich des § 6a GrEStG, welcher ursprünglich lediglich Umwandlungen im Sinne des § 1 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 UmwG berücksichtigte, um Einbringungen sowie andere Erwerbsvorgänge auf gesellschaftsvertraglicher Grundlage. Weiterhin wurden die begünstigten Steuertatbestände des § 6a S. 1 GrEStG um den neu eingeführten § 1 Abs. 3a GrEStG ergänzt, mit dessen Einführung das Ziel verfolgt wurde, Gestaltungen zur Vermeidung von Grunderwerbsteuer zu verhindern.⁵⁷ Mit dem Brexit-StBG⁵⁸ wurde der § 6a S. 5 GrEStG zur Vermeidung einer Fristverletzung, die lediglich dem Austritt des Vereinigten Königreiches aus der Europäischen Union geschuldet ist, eingeführt.⁵⁹ Abschließend kam es durch das Gesetz zur Änderung des GrEStG⁶⁰ zu einer weiteren Anpassung, indem der neu eingeführte Steuertatbestand des § 1 Abs. 2b GrEStG, der ebenfalls das Ziel der Missbrauchsvermeidung verfolgt,⁶¹ in § 6a S. 1 GrEStG aufgenommen wurde.

⁴⁹ Die Voraussetzung ist grundsätzlich nur erfüllt, wenn die Beteiligung in qualifizierter Höhe bereits fünf Jahre vor dem Rechtsvorgang bestanden hat und weitere fünf Jahre nach dem Rechtsvorgang fortbesteht, vgl. Oberste Finanzbehörden der Länder v. 19.06.2012, BStBl. I 2012, 662.Tz. 4, 5.

⁵⁰ BT-Drs. 17/147, S. 10.

⁵¹ Vgl. BT-Drs. 17/15, S. 21.

⁵² Vgl. BT-Drs. 17/147, S. 10.

⁵³ Vgl. *Lieber* in Behrens/Wachter, GrEStG, 2. Auflage 2022, § 6a, Rn. 2.

⁵⁴ Vgl. BFH v. 30.05.2017 - II R 62/14, BStBl. II 2017, 916, Rn. 28.

⁵⁵ Gesetz zur Beschleunigung des Wirtschaftswachstums v. 22.12.2009, BGBl. 2009 I, 3950.

⁵⁶ Gesetz zur Umsetzung der Amtshilferichtlinien sowie zur Änderung steuerlicher Vorschriften v. 26.06.2013, BGBl. 2013 I, 1809.

⁵⁷ Vgl. BT-Drs. 17/13033, S. 110.

⁵⁸ Gesetz über steuerliche und weitere Begleitregelungen zum Austritt des Vereinigten Königreiches Großbritannien und Nordirland aus der Europäischen Union v. 28.03.2019, BGBl. I 2019, 357.

⁵⁹ Vgl. BT-Drs. 19/7959, S. 36.

⁶⁰ Gesetz zur Änderung des Grunderwerbsteuergesetzes v. 12.05.2021, BGBl. I 2021, 986.

⁶¹ Vgl. BT-Drs. 19/13437, S. 12.

3.4 Beihilferechtliche Einordnung

Auf Grund des selektiven Anwendungsbereiches des § 6a GrEStG, der durch die Voraussetzungen, dass ausschließlich herrschende und abhängige Gesellschaften am Umstrukturierungsvorgang beteiligt sein dürfen und die Behaltensfristen einzuhalten sind, geschaffen wurde, legte der BFH⁶² dem EuGH im Jahr 2017 die Frage vor, ob die Vorschrift eine verbotene Beihilfe im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV darstelle.⁶³ Die Annahme einer unionsrechtswidrigen Beihilfe hätte weitreichende Konsequenzen gehabt, da die Konzernklausel in diesem Fall ab der Einführung nicht hätte angewendet werden dürfen und die Finanzverwaltung womöglich die nach der Vorschrift gewährten Begünstigungen rückwirkend aufgelöst hätte.⁶⁴

Zielsetzung des Art. 107 Abs. 1 AEUV ist es, zu verhindern, dass einzelne EU-Mitgliedsstaaten anhand nationaler Maßnahmen den Wettbewerb des Binnenmarktes durch das Begünstigen bestimmter Unternehmen verfälschen.⁶⁵ Beihilfen im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV sind mit dem Binnenmarkt unvereinbar, wenn sie aus staatlichen Mitteln gewährt werden,⁶⁶ den Wettbewerb zu verfälschen drohen, den Handel zwischen Mitgliedsstaaten beeinträchtigen und den Begünstigten einen selektiven Vorteil gewähren.⁶⁷

Die Prüfung des EuGH fokussierte sich wie auch die Vorlage des BFH hauptsächlich auf das Tatbestandsmerkmal der selektiven Begünstigung, dessen Prüfung grundsätzlich im Rahmen einer Dreischrittanalyse erfolgt.⁶⁸ Zunächst ist ein Bezugsrahmen im Sinne der „normalen“ Steuerregelung festzulegen, um anschließend zu prüfen, ob sich aus der steuerlichen Vorschrift eine vom Bezugssystem abweichende Behandlung ergibt, indem es zu einer Andersbehandlung zwischen Rechtsträgern kommt, obwohl sich diese hinsichtlich des Ziels des Bezugssystems in einer gleichartigen tatsächlichen und rechtlichen Situation befinden.⁶⁹ Als Normallfall und Ziel des GrEStG ist die Besteuerung aller Rechtsträgerwechsel an Grundbesitz im Sinne des § 1 GrEStG anzusehen.⁷⁰ Durch § 6a GrEStG werden jedoch Umwandlungen zwischen Gesellschaften eines Konzerns von der Grunderwerbsteuer befreit, während indessen Rechtsträger, die nicht Teil eines Konzerns im Sinne der Befreiungsvorschrift sind, nicht begünstigt werden, obgleich in beiden Fällen ein steuerbarer Rechtsträgerwechsel erfolgt.⁷¹ Die Vorschrift wurde insofern als *prima facie* selektiv herausgestellt.⁷²

⁶² BFH v. 30.05.2017 - II R 62/14, BStBl. II 2017, 916.

⁶³ Bei einer beabsichtigten Einführung von Beihilfen in der EU besteht gemäß Art. 108 Abs. 3 AEUV eine Meldepflicht an die Europäische Kommission. Da dies bei der Einführung des § 6a GrEStG unterblieb, wäre bei einer Bewertung der Vorschrift als staatliche Beihilfe im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV ein Verstoß gegen die Mitteilungspflicht festzustellen und ein Durchführungsverbot der Norm würde bestehen, vgl. *Kugelmüller-Pugh* in Viskorf, GrEStG, 20. Auflage 2022, § 6a, Rn. 141 f.

⁶⁴ Vgl. *Greiser/Rotter*, NWB 2016, 861.

⁶⁵ Vgl. *Fetzer/Böser*, DStR 2019, 1177.

⁶⁶ Die Erforderlichkeit, dass die eingesetzten Mittel aus staatlicher Kontrolle stammen, ist bei jeglichen steuerlichen Vergünstigungen gegeben, da der Staat auf Steuereinnahmen verzichtet, vgl. *Bartosch*, EU-Beihilfenrecht, 3. Auflage 2020, Art. 107 AEUV, Rn. 197.

⁶⁷ Vgl. BFH v. 30.05.2017 - II R 62/14, BStBl. II 2017, 916, Rn. 39.

⁶⁸ Vgl. *Bartosch*, EU-Beihilfenrecht, 3. Auflage 2020, Art. 107 AEUV, Rn. 136.

⁶⁹ Vgl. EuGH v. 19.12.2018 - C-374/17, IStR 2019, 70, Rn. 36.

⁷⁰ Vgl. EuGH v. 19.12.2018 - C-374/17, IStR 2019, 70, Rn. 37; *Grondorf*, DB 2019, 1634.

⁷¹ Vgl. EuGH v. 19.12.2018 - C-374/17, IStR 2019, 70, Rn. 42 f.

⁷² Vgl. *Fetzer/Böser*, DStR 2019, 1182 f.

Als dritter Schritt ist eine Rechtfertigungsprüfung bezüglich der festgestellten Ungleichbehandlung durchzuführen.⁷³ Der EuGH sah in diesem Zusammenhang die Beschränkung der Anwendbarkeit des § 6a GrEStG auf Konzernunternehmen als gerechtfertigt an, da die Vorschrift das Ziel der Vermeidung von übermäßiger Steuerbelastung verfolgt. So soll eine Doppelbesteuerung bei Konzernumstrukturierungen abgefangen werden, die zum einen durch die Besteuerung des Eintritts einer grundbesitzenden Gesellschaft in den Konzern gemäß § 1 Abs. 2a GrEStG bzw. § 1 Abs. 3 GrEStG⁷⁴ und zum anderen durch das Besteuern der später durchgeführten konzerninternen Umwandlung entsteht.⁷⁵ Daneben rechtfertigte der EuGH die einzuhaltende Vor- und Nachbehaltensfrist durch das Prinzip der Missbrauchsvermeidung, da so verhindert werden kann, dass Beteiligungsverhältnisse, um eine grunderwerbsteuerfreie Grundstücksübertragung zu ermöglichen, kurzfristig errichtet und anschließend wieder beendet werden.⁷⁶ Insofern ist die Vorschrift trotz ihrer Selektivität nach der Auffassung des EuGH beihilferechtlich nicht zu beanstanden, was dem Urteil eine hohe Bedeutung zuweist, da es die erste Entscheidung darstellt, in dem eine selektive Steuervergünstigung im Rahmen der Rechtfertigungsprüfung anerkannt wurde.⁷⁷

3.5 Umwälzung durch Rechtsprechung und Reaktion der Finanzverwaltung

Anlässlich der Entscheidung des EuGH, § 6a GrEStG verstoße nicht gegen Unionsrecht, veröffentlichte der BFH am 21. und 22. August 2019 die Entscheidungen⁷⁸ zu sieben anhängigen Revisionsverfahren, die sich größtenteils im Wortlaut gleichen und in der Literatur grundsätzlich hochwillkommen geheißen wurden.⁷⁹ Mit den Urteilen sprach sich der BFH, wie schon in der EuGH-Vorlage angekündigt,⁸⁰ für eine weite Auslegung des Anwendungsbereiches der Konzernklausel zugunsten des Steuerpflichtigen aus. Dabei opponierte der zweite Senat in vielen Streitpunkten gegen die Auffassung der Finanzverwaltung und erteilte so beispielsweise dem Verbundbegriff⁸¹ eine Absage, der zuvor die Anwendung der Konzernklausel einschränkte.⁸²

Als Reaktion auf die Urteile des BFH erfuhr die Auslegung des § 6a GrEStG der Finanzverwaltung mit den gleich lautenden Erlassen vom 22.09.2020⁸³ einen Wandel. Eine Majorität der Erläuterungen des BFH bezüglich des Anwendungsbereiches der Konzernklausel wie die Versagung des Verbunderfordernisses übernahmen die obersten Finanzbehörden der Länder in ihre Stellungnahme.⁸⁴ Die neue Auffassung der Finanzverwaltung wird jedoch in Teilen kritisch von der Literatur beurteilt,⁸⁵ da sie offene Fragen der BFH-Urteile, z. B. die Identifizierung des herrschenden Unternehmens, sehr restriktiv beantwortet und damit die Anwendung der Vorschrift für die Praxis erschwert.⁸⁶ Vereinzelt widerspricht sie der BFH-

⁷³ Vgl. *Bartosch*, EU-Beihilfenrecht, 3. Auflage 2020, Art. 107 AEUV, Rn. 155.

⁷⁴ Siehe Kapitel 4.1.2.3 und 4.1.2.4.

⁷⁵ Vgl. EuGH v. 19.12.2018 - C-374/17, IStR 2019, 70, Rn. 46.

⁷⁶ Vgl. EuGH v. 19.12.2018 - C-374/17, IStR 2019, 70, Rn. 51.

⁷⁷ Vgl. *Fetzer/Böser*, DStR 2019, 1178.

⁷⁸ Z. B. BFH v. 21.08.2019 - II R 15/19, BStBl. II 2020, 329.

⁷⁹ Vgl. *Binder/Lorenz*, DER KONZERN 2020, 103; *Loose*, DB 2020, 921; *Viskorf*, DB 2020, 423.

⁸⁰ Vgl. BFH v. 30.05.2017 - II R 62/14, BStBl. II 2017, 916, Rn. 28.

⁸¹ Bezüglich des Verbundbegriffs siehe Kapitel 4.3.4.

⁸² Vgl. z. B. BFH v. 22.08.2019 - II R 17/19, BStBl. II 2020, 348, Rn. 30.

⁸³ Oberste Finanzbehörden der Länder v. 22.09.2020, BStBl. I 2020, 960.

⁸⁴ Oberste Finanzbehörden der Länder v. 22.09.2020, BStBl. I 2020, 960, Tz. 1.

⁸⁵ Vgl. *Broemel/Mörwald*, DStR 2021, 145; *Brühl*, GmbHR 2021, 134; *Behrens/Seemaier*, Ubg 2020, 639 f.;

⁸⁶ Vgl. Oberste Finanzbehörden der Länder v. 22.09.2020, BStBl. I 2020, 960, Tz. 3.1.

Rechtsprechung sogar wie bei der ausbleibenden Begünstigung einer Ausgliederung eines Einzelunternehmens auf eine Kapitalgesellschaft.⁸⁷

4 Anwendungsbereich und Zweifelsfragen des § 6a GrEStG

Hinsichtlich der Erfassung eines Rechtsvorgangs durch die Konzernklausel ist es erforderlich, dass die Voraussetzungen der Norm kumulativ erfüllt werden. Diese umfassen das Vorliegen eines im Gesetzestext der Norm enumerierten begünstigten Steuertatbestands, die Verwirklichung durch einen Umstrukturierungsvorgang, eine ausschließliche Beteiligung eines herrschenden und eines oder mehrerer abhängiger Rechtsträger, sowie das Einhalten einer Vorbehaltensfrist und das Erfüllen der Nachbehaltensfrist bezüglich der Beteiligung des herrschenden Unternehmens an den abhängigen Gesellschaften.⁸⁸

Anlässlich dieser komplexen Voraussetzungen, die teilweise durch die Rechtsprechung und die Finanzverwaltung unterschiedlich ausgelegt wurden, gilt es im folgenden Teil dieser Arbeit den Anwendungsbereich des § 6a GrEStG anhand der divergenten Auslegungen zu analysieren, unbeantwortete Zweifelsfragen zu identifizieren, zu systematisieren und – soweit möglich – sinnstiftende Lösungsansätze auszuarbeiten.

4.1 Begünstigter Rechtsvorgang

Damit ein steuerbefreiter Sachverhalt in Betracht kommt, ist es zunächst nach § 6a S. 1 GrEStG erforderlich, dass ein Umstrukturierungsvorgang im Sinne einer Umwandlung gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 UmwG, einer Einbringung oder einem anderen Erwerbsvorgang auf gesellschaftsvertraglicher Grundlage zu einer Steuerbarkeit gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 bis 3 oder Abs. 3a GrEStG führt. Dem Wortlaut des Gesetzestextes nach muss der steuerbare Rechtsvorgang „auf Grund“⁸⁹ eines Umstrukturierungsvorgangs erfolgen. Daraus lässt sich ableiten, dass ein Kausalzusammenhang zwischen der Umstrukturierung und dem ausgelösten Steuertatbestand erforderlich ist.⁹⁰ Dieser ist beispielsweise dann gegeben, wenn ein im Spaltungsvertrag festgehaltenes Grundstück durch Abspaltung gemäß § 123 Abs. 2 Nr. 1 UmwG auf eine Schwestergesellschaft übergeht und somit der Steuertatbestand § 1 Abs. 1 Nr. 3 GrEStG erfüllt wird.⁹¹

Indessen sind Rechtsvorgänge, die nur als Vorbereitung der Umwandlung erfolgen oder lediglich in einem zeitlichen oder sachlichen Zusammenhang zur Umwandlung stehen, nicht befreit.⁹² So wäre z. B. ein Grundstücksübertragung vor der Spaltung, um eine Ertragsteuerneutralität des Umwandlungsvorgangs zu erreichen,⁹³ nicht von § 6a GrEStG erfasst.

⁸⁷ Vgl. Oberste Finanzbehörden der Länder v. 22.09.2020, BStBl. I 2020, 960, Tz. 2.1.

⁸⁸ Vgl. *Lieber* in Behrens/Wachter, GrEStG, 2. Auflage 2022, § 6a, Rn. 3.

⁸⁹ § 6a S. 1 GrEStG.

⁹⁰ Vgl. *Mensching/Tyarks*, BB 2010, 90.

⁹¹ Vgl. *Arnold*, Umstrukturierung inländischer Konzerne unter Beachtung des § 6a GrEStG, 2015, S. 218.

⁹² Vgl. BFH v. 19.04.1972 - II B 36/71, BStBl. II 1972, 290, Rn. 7 zur Rechtslage eines Vorgängers des GrEStG.

⁹³ Hinsichtlich der ertragsteuerlichen Neutralität von Spaltungen ist es gemäß § 15 Abs. 1 S. 2 GrEStG erforderlich das Teilbetriebserfordernis einzuhalten. Um dies zu erfüllen, kann es sinnvoll sein, Grundstücke, die nicht Teil eines Teilbetriebs sind, bereits im Vorfeld zu übertragen, vgl. *Arnold*, Umstrukturierung inländischer Konzerne unter Beachtung des § 6a GrEStG, 2015, S. 219. Die ertragsteuerliche Behandlung von Umwandlungen soll jedoch nicht Teil dieser Arbeit sein.

4.1.1 Begünstigter Umstrukturierungsvorgang

Als begünstigungsfähige Umstrukturierungen im Sinne der Konzernklausel kommen Umwandlungen nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 UmwG in Form der Verschmelzung, der Spaltung und der Vermögensübertragung in Betracht.⁹⁴ Überdies sind seit dem 06.06.2013 auch Einbringungen und andere Erwerbsvorgänge auf gesellschaftsvertraglicher Grundlage Teil des Anwendungsbereiches des § 6a GrESTG.⁹⁵ Gemäß § 6a S. 2 GrESTG können ebenso „entsprechende“ Umwandlungsvorgänge nach dem Recht eines EU-Mitgliedsstaates oder eines Staates des Europäischen Wirtschaftsraumes begünstigt sein.⁹⁶ Nachfolgend gilt es daher aufgrund der Schnittstellen zum Gesellschafts- und Umwandlungsrecht einen prägnanten Überblick über die begünstigungsfähigen Umstrukturierungsvorgänge zu geben.

4.1.1.1 Umwandlung im Sinne von § 1 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 UmwG

Die Verschmelzung im Sinne des § 1 Abs. 1 Nr. 1 UmwG zählt zu den begünstigungsfähigen Umwandlungsarten der Konzernklausel und umfasst die „Vereinigung der Vermögen mehrerer Rechtsträger durch Gesamtrechtsnachfolge“⁹⁷. Die Gesamtrechtsnachfolge bestimmt, dass das Vermögen als Gesamtheit einschließlich der Verbindlichkeiten auf den übernehmenden Rechtsträger übergeht, ohne das Erfordernis besonderer Übertragungsakte wie das Umschreiben im Grundbuch bei Grundbesitzübergang.⁹⁸ Infolgedessen erlischt die übertragende Gesellschaft mit der Eintragung der Verschmelzung in das Register⁹⁹ und die Anteilsinhaber des übertragenden Rechtsträgers erhalten i. d. R. gleichwertige Anteile am übernehmenden Rechtsträger.¹⁰⁰ Gemäß § 2 UmwG ist eine Verschmelzung durch Aufnahme oder im Wege der Neugründung möglich.¹⁰¹

Innerhalb eines Konzerns kann eine Verschmelzung im Wege der Aufnahme grundsätzlich in alle „Richtungen“ erfolgen. So kann ein Rechtsträger auf seine Muttergesellschaft (Aufwärtsverschmelzung), seine Schwestergesellschaft (Seitwärtsverschmelzung) oder seine Tochtergesellschaft (Abwärtsverschmelzung) verschmolzen werden.¹⁰² Diese Vorgänge können grundsätzlich alle von der Konzernklausel begünstigt werden, da § 6a S. 1 GrESTG nicht nach der Richtung der Verschmelzung differenziert.¹⁰³

Eine begünstigungsfähige Umwandlung im Sinne des § 6a S. 1 GrESTG ist zudem in Form der Spaltung gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 2 UmwG möglich. Die Spaltung bewirkt spiegelbildlich zur Vermögensvereinigung bei einer Verschmelzung eine Aufteilung des Vermögens.¹⁰⁴ Die

⁹⁴ Vgl. § 6a S. 1 GrESTG.

⁹⁵ Vgl. *Kugelmüller-Pugh* in Viskorf, GrESTG, 20. Auflage 2022, § 6a, Rn. 26.

⁹⁶ Diese werden im Rahmen dieser Arbeit jedoch nicht genauer beleuchtet.

⁹⁷ *Winter* in Schmitt/Hörtnagel, UmwG/UmwStG, 9. Auflage 2020, § 2 UmwG, Rn. 3.

⁹⁸ Vgl. *Winter* in Schmitt/Hörtnagel, UmwG/UmwStG, 9. Auflage 2020, § 20 UmwG, Rn. 23.

⁹⁹ Vgl. § 20 Abs. 1 Nr. 2 UmwG.

¹⁰⁰ Vgl. § 20 Abs. 1 Nr. 3 UmwG.

¹⁰¹ Die Verschmelzung im Wege der Aufnahme erfolgt durch das Übertragen des Vermögens auf einen bereits existierenden Rechtsträger, vgl. § 2 Nr. 1 UmwG. Hingegen wird bei der Verschmelzung durch Neugründung das Vermögen mehrerer Rechtsträger auf einen im Zuge des Verschmelzungsvorgangs neu gegründeten Rechtsträger übertragen, vgl. § 2 Nr. 2 UmwG.

¹⁰² Bei der Verschmelzung einer Tochtergesellschaft auf ihre zu 100 % beteiligte Muttergesellschaft ist eine Gewährung von neuen Anteilen nicht erforderlich, da die Muttergesellschaft sich ansonsten selbst Anteile gewähren müsste, vgl. *Winter* in Schmitt/Hörtnagel, UmwG/UmwStG, 9. Auflage 2020, § 2 UmwG, Rn. 18–23.

¹⁰³ Vgl. Oberste Finanzbehörden der Länder v. 22.09.2020, BStBl. I 2020, 960, Tz. 2.1.;

¹⁰⁴ Vgl. *Hörtnagel* in Schmitt/Hörtnagel, UmwG/UmwStG, 9. Auflage 2020, § 123 UmwG, Rn. 3.

Vermögensübertragung erfolgt im Rahmen der partiellen Gesamtrechtsnachfolge,¹⁰⁵ so dass das im Spaltungsvertrag festgehaltene Vermögen ohne eine gesonderte dingliche Übertragung der einzelnen Gegenstände als Ganzes auf den oder die übernehmenden Rechtsträger übergeht.¹⁰⁶

Das UmwG sieht gemäß § 123 UmwG drei Arten von Spaltungen vor, die wiederum jeweils durch Neugründung oder im Wege der Aufnahme durch einen bestehenden Rechtsträger erfolgen können. Zum einen kann das gesamte Vermögen des übertragenden Rechtsträgers, verbunden mit dem Erlöschen dieses, durch die Aufspaltung auf mindestens zwei andere Rechtsträger übertragen werden.¹⁰⁷ Zum anderen ist auch eine Abspaltung möglich, bei der ein Teil des Vermögens auf einen oder mehrere andere Rechtsträger übergeht, ohne dass der übertragende Rechtsträger erlischt.¹⁰⁸ Die dritte Möglichkeit der Ausgliederung kommt der Abspaltung dahingehend nach, dass ein Teil des Vermögens im übertragenden Rechtsträger zurückbleibt, unterscheidet sich jedoch dadurch, dass der übertragende Rechtsträger durch den Spaltungsvorgang selbst Anteile am übernehmenden Rechtsträger erhält.¹⁰⁹

Auch die Vermögensübertragung gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 3 i. V. m. §§ 174 ff. UmwG findet sich in den aufgeführten Umwandlungen des § 6a S. 1 GrEStG wieder. Sie unterscheidet sich von der Verschmelzung und Spaltung dahingehend, dass die Gegenleistung an die Gesellschafter des übertragenden Rechtsträgers nicht in der Form von Gesellschaftsanteilen erfolgt.¹¹⁰ Sie hat in der Praxis jedoch aufgrund ihres eingeschränkten Beteiligtenkreises,¹¹¹ für den ohnehin attraktivere Übertragungsmöglichkeiten bestehen, kaum Bedeutung.¹¹²

4.1.1.2 Einbringung

Durch das AmtshilfeRLUmsG¹¹³ wurden die im Sinne des § 6a S.1 GrEStG begünstigten Umstrukturierungsvorgänge durch die Einbringungen ergänzt und somit der Anwendungsbereich erstmals auf bestimmte Vorgänge der Einzelrechtsnachfolge erweitert.¹¹⁴ Unter Einbringungen werden in diesem Zusammenhang durch Rückgriff auf die Auslegung der Begrifflichkeiten des § 8 Abs. 2 Nr. 2 GrEStG grundsätzlich Rechtsvorgänge zur Erfüllung

¹⁰⁵ Die partielle Gesamtrechtsnachfolge kann auch als Sonderrechtsnachfolge bezeichnet werden, vgl. *Hörtnagel* in Schmitt/Hörtnagel, UmwG/UmwStG, 9. Auflage 2020, § 123 UmwG, Rn. 5.

¹⁰⁶ Vgl. § 131 Abs. 1 Nr. 1 UmwG.

¹⁰⁷ Vgl. § 123 Abs. 1 UmwG.

¹⁰⁸ Vgl. § 123 Abs. 2 UmwG. Die Aufspaltung und Abspaltung gleichen sich in der Hinsicht, dass die Anteilseigner des übertragenden Rechtsträgers als Ausgleich in beiden Fällen Anteile an den aufnehmenden Rechtsträgern erhalten, vgl. *Hörtnagel* in Schmitt/Hörtnagel, UmwG/UmwStG, 9. Auflage 2020, § 123 UmwG, Rn. 6–9.

¹⁰⁹ Vgl. § 123 Abs. 3 UmwG.

¹¹⁰ Vgl. *Winter* in Schmitt/Hörtnagel, UmwG/UmwStG, 9. Auflage 2020, § 174 UmwG, Rn. 2.

¹¹¹ Begünstigt sind gemäß § 175 UmwG nur Vorgänge mit der Beteiligung einer Gebietskörperschaft oder einem Versicherungsunternehmen.

¹¹² Vgl. *Sagasser* in *Sagasser/Bula/Brünger*, Umwandlungen, 5. Auflage 2017, § 21 Begriff und Rechtsentwicklung, Rn. 5.

¹¹³ Gesetz zur Umsetzung der Amtshilferichtlinien sowie zur Änderung steuerlicher Vorschriften v. 26.06.2013, BGBl. 2013 I, 1809.

¹¹⁴ Vgl. *Arnold*, Umstrukturierung inländischer Konzerne unter Beachtung des § 6a GrEStG, 2015, S. 213.

der Sacheinlageverpflichtung nach § 27 AktG bzw. § 5 Abs. 4 GmbHG¹¹⁵ oder der Beitragspflicht gemäß § 706 BGB¹¹⁶ verstanden.¹¹⁷ Die Finanzverwaltung stellte diesbezüglich klar, dass eine direkte Einbringung eines Grundstücks im Wege der Einzelrechtsnachfolge nicht begünstigt sei, da in diesem Fall ein vorausgegangenes Rechtsgeschäft den Übereignungsanspruch begründet und somit der Steuertatbestand § 1 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG erfüllt ist, der nicht Teil der begünstigten Steuertatbestände des § 6a GrEStG ist.¹¹⁸ Diesem Verständnis folgt auch der BFH¹¹⁹ und ist *de lege lata* zuzustimmen.¹²⁰

Im Gegensatz dazu kann der mittelbare Grundstücksübergang durch die Sacheinlage einer Beteiligung an einer grundbesitzenden Gesellschaft von § 6a GrEStG erfasst sein, da durch den Gesellschafterwechsel einer der begünstigten Steuertatbestände § 1 Abs. 2a, 2b, 3 oder 3a GrEStG ausgelöst wird.¹²¹

4.1.1.3 Weitere Erwerbsvorgänge auf gesellschaftsvertraglicher Grundlage

Neben der Einbringung, die eine Vermögensübertragung des Gesellschafters an die Gesellschaft darstellt, wurden durch das AmtshilfeRLUmsG¹²² parallel auch „andere Erwerbsvorgänge auf gesellschaftsvertraglicher Grundlage“ in den Tatbestand der Konzernklausel aufgenommen. Diese umfassen gegenläufig zur Einbringung Rechtsgeschäfte, die zu einer Übertragung von Vermögen der Gesellschaft auf den Gesellschafter führen¹²³ und gleichzeitig die Stellung des Gesellschafters in rechtlicher Hinsicht ändern, beispielsweise durch eine Anpassung der Beteiligungsquote.¹²⁴ Die Finanzverwaltung erwähnt in diesem Zusammenhang explizit die Sachkapitalherabsetzung, die Verminderung der Beteiligungsquote, die Liquidation, sowie die Anwachsung auf gesellschaftsvertraglicher Grundlage.¹²⁵

Gleichlaufend zur Einbringung ist die Majorität dieser Erwerbsvorgänge nur dann i. S. v. § 6a GrEStG begünstigungsfähig, wenn statt einem Grundstück eine Beteiligung an einer grundbesitzenden Gesellschaft überführt wird, da andernfalls die Übertragung nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG steuerbar wäre.¹²⁶ Anders verhält es sich bei der Anwachsung. Eine Anwachsung tritt automatisch ein, wenn der vorletzte Gesellschafter einer Personen-

¹¹⁵ Die Sacheinlage stellt die Alternative zur Bareinlage bei der Erbringung der Nennbeträge im Rahmen der Neugründung oder Kapitalerhöhung einer Kapitalgesellschaft dar, vgl. *Schwandtner* in *Fleischer/Goette Wulf*, Münchener Kommentar GmbHG, 4. Auflage 2022, § 5 GmbHG, Rn. 64 f.

¹¹⁶ Beiträge gemäß § 706 BGB umfassen die Leistungspflichten der Gesellschafter einer Personengesellschaft, die aus dem Gesellschaftsvertrag hervorgehen, vgl. *Schäfer* in *Säcker et al.*, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 8. Auflage 2020, § 706 BGB, Rn. 2 f.

¹¹⁷ Vgl. Oberste Finanzbehörden der Länder v. 22.09.2020, BStBl. I 2020, 960, Tz. 2.3; *Kugelmüller-Pugh* in *Viskorf*, GrEStG, 20. Auflage 2022, § 6a, Rn. 39; *Krich*, Grunderwerbsteuer im Konzern, 2018, S. 177 f.

¹¹⁸ Vgl. Oberste Finanzbehörden der Länder v. 22.09.2020, BStBl. I 2020, 960, Tz. 2.3. Bezüglich der begünstigten Steuertatbestände siehe Kapitel 4.1.2.

¹¹⁹ Vgl. BFH v. 22.11.2018 - II B 8/18, BStBl. II 2020, 153, Rn. 23 f., in dem der BFH die Anwendung des § 6a GrEStG bei der Einbringung eines grundbesitzenden Einzelunternehmens im Wege der Einzelrechtsnachfolge negierte.

¹²⁰ So auch *Brühl*, GmbHR 2021, 129; *Schwedhelm/Zapf*, DStR 2016, 1907 f.; *Broemel/Mörwald*, DStR 2021, 141.

¹²¹ Vgl. BFH v. 22.02.2017 - II R 52/14, BStBl. II 2017, 653, Rn. 10 f.; *Broemel/Mörwald*, DStR 2021, 141.

¹²² Gesetz zur Umsetzung der Amtshilferichtlinien sowie zur Änderung steuerlicher Vorschriften v. 26.06.2013, BGBl. 2013 I, 1809.

¹²³ Vgl. *Kugelmüller-Pugh* in *Viskorf*, GrEStG, 20. Auflage 2022, § 6a, Rn. 39 f.

¹²⁴ Vgl. BFH v. 26.02.2003 - II B 54/02, BStBl. II 2003, 483, Rn. 15.

¹²⁵ Vgl. Oberste Finanzbehörden der Länder v. 22.09.2020, BStBl. I 2020, 960, Tz. 2.3.

¹²⁶ Vgl. *Kugelmüller-Pugh* in *Viskorf*, GrEStG, 20. Auflage 2022, § 6a, Rn. 40.

gesellschaft ausscheidet und umfasst den Übergang des gesamten Vermögens der Gesellschaft auf den verbleibenden Anteilseigner.¹²⁷ Neben dem Anwachsen von Anteilen an einer grundbesitzenden Gesellschaft kann auch der direkte Übergang von Grundbesitz im Rahmen der Anwachsung grundsätzlich durch § 6a GrEStG steuerbefreit sein.¹²⁸ Dies liegt darin begründet, dass bei einer Grundstücksübertragung im Rahmen der Anwachsung – im Gegensatz zu den anderen vorgenannten Erwerbsvorgängen – eine Steuerbarkeit gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 3 S. 1 GrEStG¹²⁹ eintreten würde, da der Eigentumsübergang kraft Gesetzes erfolgt.

4.1.1.4 Formwechsel

Der Formwechsel beschreibt gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 4 i. V. m. §§ 190 ff. UmwG den identitätswahrenden Wandel der Rechtsform einer Gesellschaft. Da die Identität des Rechtsträgers erhalten bleibt, scheidet eine Grunderwerbsteuerbarkeit bei einem verhältnismäßig Formwechsel einer grundbesitzenden Gesellschaft mangels eines Rechtsträgerwechsels grundsätzlich aus. Dies gilt sowohl für homogene als auch heterogene¹³⁰ Formwechsel.¹³¹

Eine Steuerbarkeit kommt lediglich in Betracht, wenn ein quotenverschiebender Formwechsel dazu führt, dass die Anteilsverhältnisse so verschoben werden, dass ein Gesellschafter erstmals gemäß § 1 Abs. 3 Nr. 2 GrEStG¹³² mindestens 90 % der Anteile an der umgewandelten grundbesitzenden Kapitalgesellschaft innehat.¹³³ Umstritten ist, ob ein solcher Vorgang gemäß § 6a GrEStG grundsätzlich begünstigungsfähig ist, da die Konzernklausel nur Umwandlungen im Sinne des § 1 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 UmwG umfasst und der Formwechsel somit einen „anderen Erwerbsvorgang auf gesellschaftsvertraglicher Grundlage“¹³⁴ darstellen müsste. So sieht die Finanzverwaltung eine formwechselnde Umwandlung nicht als nach § 6a GrEStG begünstigt an.¹³⁵ In der Literatur wird demgegenüber teilweise eine gegenteilige Auffassung vertreten.¹³⁶

4.1.2 Begünstigter Steuertatbestand

Ein von der Konzernklausel erfasster Rechtsvorgang kommt nur in Betracht, wenn einer der zuvor beschriebenen Umstrukturierungsvorgänge eine Steuerbarkeit i. S. d. § 1 Abs. 1 Nr. 3 S. 1, Abs. 2 bis 3 oder Abs. 3a GrEStG auslöst. Nachfolgend werden daher diese

¹²⁷ Vgl. *Krich*, Grunderwerbsteuer im Konzern, 2018, S. 31 f.

¹²⁸ Vgl. *Fleischer* in Kessler/Kröner/Köhler, Konzernsteuerrecht, 3. Auflage 2018, § 5 Grunderwerbsteuer und Umsatzsteuer im Konzern, Rn. 31.

¹²⁹ Bezüglich § 1 Abs. 1 Nr. 3 GrEStG siehe Kapitel 4.1.2.1.

¹³⁰ Der heterogene Formwechsel umfasst eine Umwandlung einer Kapitalgesellschaft in eine Personengesellschaft und den Formwechsel einer Personengesellschaft in eine Kapitalgesellschaft, während der homogene Formwechsel eine Umwandlung der Rechtsform innerhalb derselben Normstruktur beschreibt, vgl. *Dyckmans* in Lieder/Wilk/Ghassemi-Tabar, Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts Band 8: Umwandlungsrecht, 5. Auflage 2018, § 52 Grunderwerbsteuerliche Aspekte, Rn. 57.

¹³¹ Vgl. zu diesem Absatz BFH v. 04.12.1996 - II B 116/96, BStBl. II 1997, 661, Rn. 10.

¹³² Siehe Kapitel 4.1.2.4.

¹³³ Vgl. *Brühl*, GmbHR 2021, 128.

¹³⁴ § 6a S. 1 Alt. 3 GrEStG.

¹³⁵ Vgl. Oberste Finanzbehörden der Länder v. 22.09.2020, BStBl. I 2020, 960, Tz. 2.1.

¹³⁶ Vgl. *Dyckmans* in Lieder/Wilk/Ghassemi-Tabar, Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts Band 8: Umwandlungsrecht, 5. Auflage 2018, § 52 Grunderwerbsteuerliche Aspekte, Rn. 74; *Gottwald et al.*, Grunderwerbsteuer, 6. Auflage 2021, S. 333. Diese Streitfrage wird im Rahmen dieser Arbeit nicht näher untersucht, da sie allein einen selten auftretenden Spezialfall betrifft.

begünstigungsfähigen Steuertatbestände analysiert und in diesem Zusammenhang hinsichtlich des in bestimmten Konstellationen strittigen Umfangs der zu gewährenden Steuerbefreiung untersucht.

4.1.2.1 Eigentumsübergang kraft Gesetzes (§ 1 Abs. 1 Nr. 3)

Der Steuertatbestand § 1 Abs. 1 Nr. 3 S.1 GrEStG bezieht sich auf den unmittelbaren Übergang des zivilrechtlichen Eigentums an einem inländischen Grundstück¹³⁷ und erfasst den Erwerb des Übereignungsanspruchs ohne vorausgegangenes schuldrechtliches Grundgeschäft. Davon abzugrenzen ist besonders der Eigentumsübergang an einem Grundstück aufgrund eines Anspruchs, der durch einen Kaufvertrag oder ein anderes Rechtsgeschäft im Sinne des § 1 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG begründet wurde.

Der Tatbestand besitzt für die Konzernklausel eine hohe Bedeutung, da er durch Grundstücksübergänge im Wege der Gesamtrechtsnachfolge wie bei der Verschmelzung, Spaltung oder Anwachsung erfüllt wird.¹³⁸ Liegen die übrigen Voraussetzungen der Konzernklausel vor, ist der gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 3 S. 1 GrEStG steuerbare Rechtsvorgang stets in vollem Umfang von der Grunderwerbsteuer zu befreien.

4.1.2.2 Erwerb einer eigentümerähnlichen Position (§ 1 Abs. 2)

Das Erwerben einer Verwertungsbefugnis an einem inländischen Grundstück ist gemäß § 1 Abs. 2 GrEStG ebenfalls steuerbar und in Kombination mit einem Umstrukturierungsvorgang bei Erfüllung der Voraussetzungen aus § 6a S. 3 und S. 4 GrEStG steuerbefreit.¹³⁹ Die Verwertungsbefugnis kann entweder aus dem Recht, das Grundstück auf eigene Rechnung veräußern zu dürfen oder aus einem Nutzungsrecht erwachsen.¹⁴⁰ Dies ist beispielsweise bei Treuhandeigentum oder bestimmten Leasingverträgen gegeben.¹⁴¹

4.1.2.3 Wechsel im Gesellschafterbestand (§ 1 Abs. 2a, 2b)

Mit den sogenannten „Anteilsbewegungs-Tatbeständen“¹⁴² § 1 Abs. 2a und 2b GrEStG fingiert der Gesetzgeber einen steuerpflichtigen Grundstückserwerb, wenn innerhalb von zehn Jahren mindestens 90 % der Anteile an einer grundbesitzenden Personengesellschaft und seit der Änderung vom 12.05.2021¹⁴³ auch an einer Kapitalgesellschaft unmittelbar oder mittelbar auf neue Gesellschafter übergehen. Beide Vorschriften bewirken, dass die Kapital- oder Personengesellschaft aufgrund des Wechsels im Gesellschafterbestand grunderwerbsteuerlich nicht mehr als derselbe Rechtsträger angesehen wird und somit fiktiv eine Übertragung von Grundbesitz auf eine neue Gesellschaft erfolgt.¹⁴⁴ Da die Regelung des § 1 Abs. 2b GrEStG weitestgehend dem Wortlaut des § 1 Abs. 2a GrEStG entspricht, sind die Tatbestände bis auf Differenzen, die sich aus der Rechtsform ergeben, gleich auszulegen.¹⁴⁵

¹³⁷ Vgl. *Nienhaus* in Behrens/Wachter, GrEStG, 2. Auflage 2022, § 1, Rn. 84.

¹³⁸ Vgl. *Fischer* in Jesgarzewski/Schmittmann, Steuerrecht, 3. Auflage 2020, Grunderwerbsteuerrecht, S. 367 f.

¹³⁹ Vgl. *Kugelmüller-Pugh* in Viskorf, GrEStG, 20. Auflage 2022, § 6a, Rn. 50.

¹⁴⁰ Vgl. BFH v. 10.03.1999 - II R 35/97, BStBl. II 1999, 491, Rn. 12.

¹⁴¹ Vgl. *Greiser/Rotter*, NWB 2016, 850.

¹⁴² *Behrens/Klinger*, DStR 2021, 2870.

¹⁴³ Gesetz zur Änderung des Grunderwerbsteuergesetzes v. 12.05.2021, BGBl I 2021, 986.

¹⁴⁴ Vgl. BT-Drs. 19/13437, S. 12.

¹⁴⁵ Vgl. *Meßbacher-Hönsch* in Viskorf, GrEStG, 20. Auflage 2022, § 1, Rn. 948.

Die Steuertatbestände setzen dem Wortlaut nach den Übergang von Anteilen auf „neue Gesellschafter“¹⁴⁶ voraus. Folglich ist eine Übertragung von Anteilen zwischen Altgesellschaftern unbeachtlich.¹⁴⁷ Altgesellschafter in diesem Sinne sind nach einvernehmlicher Auffassung der Finanzverwaltung und Literatur Gesellschafter, die bereits seit der Gründung des Rechtsträgers, im Zeitpunkt des Grundstückserwerbs oder vor dem Beginn der Zehnjahresfrist an der Gesellschaft entweder unmittelbar oder mittelbar beteiligt waren.¹⁴⁸ Auch die Anteilnahme an einer früheren Verwirklichung der Tatbestände § 1 Abs. 2a, 2b GrEStG qualifizieren ihn als Altgesellschafter.¹⁴⁹

Ferner wird vorausgesetzt, dass der Wechsel von mindestens 90 % der Anteile innerhalb von zehn Jahren erfolgt. Neben der Übertragung der Anteile in Höhe des erforderlichen Quantum in einem Rechtsakt kommt es somit auch zu einer Steuerbarkeit, wenn der Gesellschafterwechsel sukzessiv innerhalb des Zehnjahreszeitraums in Teilakten erfolgt.¹⁵⁰

Der Wechsel der Anteilsinhaber kann bezogen auf die grundbesitzende Gesellschaft sowohl unmittelbar als auch mittelbar erfolgen.¹⁵¹ Hinsichtlich der mittelbaren Änderungen im Gesellschafterbestand regeln § 1 Abs. 2a S. 2 bis 5 und Abs. 2b S. 2 bis 5 GrEStG die Berechnung der anteilig zu berücksichtigenden Quote bei der grundbesitzenden Gesellschaft. Ist eine Personen- oder Kapitalgesellschaft mittelbar über eine oder mehrere Personengesellschaften am grundbesitzenden Rechtsträger beteiligt, erfolgt die Berechnung der Beteiligungsquote anhand der Durchrechnungsmethode.¹⁵² Diese umfasst die Multiplikation der Beteiligungshöhe auf jeder Konzernstufe entlang der Beteiligungskette bis zur grundbesitzenden Gesellschaft.¹⁵³ Eine an der grundbesitzenden Gesellschaft beteiligte Kapitalgesellschaft kann hingegen nicht anteilig, sondern nur in vollem Umfang als Neugesellschafter gewertet werden.¹⁵⁴ Dies ist dann gegeben, wenn wiederum 90 % der Anteile an dieser Kapitalgesellschaft auf neue Gesellschafter übergehen.¹⁵⁵ Bei mehrstufigen Beteiligungen mit Kapitalgesellschaften gilt dies entsprechend auf jeder Beteiligungsstufe.¹⁵⁶

Wird einer der Steuertatbestände des § 1 Abs. 2a, 2b GrEStG aufgrund eines begünstigungsfähigen Umstrukturierungsvorgangs erfüllt, kann dieser Rechtsvorgang von der Konzernklausel erfasst sein. Gehen 100 % der Anteile, beispielsweise durch eine Verschmelzung, auf einen neuen Gesellschafter über und liegen die übrigen Voraussetzungen des

¹⁴⁶ § 1 Abs. 2a S. 1, Abs. 2b S. 1 GrEStG.

¹⁴⁷ Vgl. *Meßbacher-Hönsch* in Viskorf, GrEStG, 20. Auflage 2022, § 1, Rn. 760.

¹⁴⁸ Vgl. Oberste Finanzbehörden der Länder v. 10.05.2022, BStBl. I 2022, 801, Tz. 5.2.1; Oberste Finanzbehörden der Länder v. 10.05.2022, BStBl. I 2022, 821, Tz. 5.2.1.1 f.; *Jahndorf/Kister*, Grunderwerbsteuer in der Beratungspraxis, 2. Auflage 2022, Rn. 207–209.

¹⁴⁹ Dies ist beispielsweise gegeben, wenn der Tatbestand aufgrund des Eintretens des Gesellschafters in das Unternehmen ausgelöst wurde. Eine Besonderheit des § 1 Abs. 2b GrEStG ist zudem, dass alle Rechtsträger, die vor dem 1.7.2021 an der Gesellschaft beteiligt waren, als Altgesellschafter anzusehen sind, vgl. *Jahndorf/Kister*, Grunderwerbsteuer in der Beratungspraxis, 2. Auflage 2022, Rn. 207 f.

¹⁵⁰ Vgl. Oberste Finanzbehörden der Länder v. 10.05.2022, BStBl. I 2022, 821, Tz. 6; *Meßbacher-Hönsch* in Viskorf, GrEStG, 20. Auflage 2022, § 1, Rn. 899.

¹⁵¹ Vgl. § 1 Abs. 2a S. 1, Abs. 2b S. 1 GrEStG.

¹⁵² Vgl. *Meßbacher-Hönsch* in Viskorf, GrEStG, 20. Auflage 2022, § 1, Rn. 863.

¹⁵³ Verkauft A beispielsweise seine Beteiligung an der C KG in Höhe von 97 %, die wiederum zu 95 % an der grundbesitzenden D KG beteiligt ist. Findet bei der D KG ein mittelbarer Anteilswechsel im Sinne des § 1 Abs. 2a GrEStG in Höhe von ca. 92 % (97 % x 95 %) statt, vgl. *Meßbacher-Hönsch* in Viskorf, GrEStG, 20. Auflage 2022, § 1, Rn. 863 f.

¹⁵⁴ Vgl. *Jahndorf/Kister*, Grunderwerbsteuer in der Beratungspraxis, 2. Auflage 2022, Rn. 215.

¹⁵⁵ Vgl. § 1 Abs. 2a S. 4, Abs. 2b S. 4 GrEStG; *Meßbacher-Hönsch* in Viskorf, GrEStG, 20. Auflage 2022, § 1, Rn. 871.

¹⁵⁶ Vgl. § 1 Abs. 2a S. 5, Abs. 3b S. 5 GrEStG.

§ 6a GrEStG vor, greift die Steuerbefreiung in voller Höhe.¹⁵⁷ Umstritten ist jedoch das Ausmaß der Steuerbefreiung des § 6a GrEStG, wenn der Steuerbarkeitstatbestand durch mehrere Teilakte erfüllt wird, die nur teilweise im Rahmen von begünstigten Umstrukturierungsvorgängen erfolgen.¹⁵⁸

Die Finanzverwaltung vertritt bereits seit 2012 die Auffassung, dass in diesem Fall die durch den Steuertatbestand ausgelöste Steuer nur anteilig nicht zu erheben ist.¹⁵⁹ Das Ausmaß der Steuerbefreiung richte sich nach dem Umfang, in welchem die begünstigungsfähigen Umstrukturierungen zur Erfüllung des § 1 Abs. 2a GrEStG innerhalb der Zehnjahresfrist beigetragen haben.¹⁶⁰ Nach dieser Auffassung sollte daher auch das Erreichen der 90%igen Anteilsschwelle aus § 1 Abs. 2a GrEStG durch einen Teilakt, der keine Umwandlung darstellt, beispielsweise ein Erwerb aufgrund eines Kaufvertrags, teilweise von der Steuer befreit sein, wenn zuvor im Zehnjahreszeitraum begünstigungsfähige Umwandlungen als Zählerwerbe zum Gesellschafterwechsel beigetragen haben.¹⁶¹ Der Auffassung der Finanzverwaltung wird von Teilen der Literatur zugestimmt.¹⁶² Es ist zudem davon auszugehen, dass diese Grundsätze auch auf § 1 Abs. 2b GrEStG anzuwenden sind, da beide Steuertatbestände beinahe wortgleich sind und sich für § 6a GrEStG keine Konsequenzen aus den unterschiedlichen Rechtsformen ergeben.

Andere Literaturstimmen fordern, dass umwandlungsbedingte Teilakte im Sinne des § 6a GrEStG bei der Berechnung der 90 %-Quote des § 1 Abs. 2a GrEStG zu eliminieren seien und somit keine Auswirkungen auf die Anteilsschwelle hätten.¹⁶³ Gegen diese Auslegung spricht jedoch, dass die Konzernklausel zwar die Erfüllung eines Steuertatbestandes voraussetzt, jedoch als Steuerbefreiungsvorschrift nicht in die Systematik dieses eingreifen kann, was bei einer Eliminierung bestimmter Anteilseignerwechsel aus der Zählung des § 1 Abs. 2a GrEStG gegeben wäre.¹⁶⁴

Arnold zufolge kann es durch Umwandlungen zwar zu einer Steuerbarkeit gemäß § 1 Abs. 2a GrEStG kommen, jedoch sei dem Gesetzeswortlaut zu entnehmen, dass stets eine vollständige Steuerbefreiung eintrete, wenn ein begünstigungsfähiger Umwandlungsvorgang den Rechtsvorgang darstellt, welcher das Erreichen der Anteilsschwelle bewirkt.¹⁶⁵ Im Umkehrschluss bedeutet dies, dass das Erreichen der 90 %-Grenze durch einen nicht begünstigten Teilakt die Steuerbefreiung im Ganzen ausschließen würde, da die vorherigen Teilakte nicht zu berücksichtigen wären.

Dieses Verständnis ist jedoch m. E. nicht überzeugend. Zum einen sprach sich der BFH in vergleichbaren Fällen, in denen die Anwendung der Steuerbefreiungsvorschrift § 3 Nr. 2 GrEStG¹⁶⁶ bei Erfüllung des § 1 Abs. 3 Nr. 1 GrEStG¹⁶⁷ zur Disposition stand, explizit für

¹⁵⁷ Vgl. *Pahlke* in *Pahlke*, GrEStG, 6. Auflage 2018, § 6a, Rn. 22.

¹⁵⁸ Vgl. *Broemel/Mörwald*, DB 2020, 1034; *Pahlke* in *Pahlke*, GrEStG, 6. Auflage 2018, § 6a, Rn. 23.

¹⁵⁹ Vgl. Oberste Finanzbehörden der Länder v. 19.06.2012, BStBl. I 2012, 662, Tz. 3.

¹⁶⁰ Vgl. Oberste Finanzbehörden der Länder v. 22.09.2020, BStBl. I 2020, 960, Tz. 2.4.

¹⁶¹ Vgl. *Kugelmüller-Pugh* in *Viskorf*, GrEStG, 20. Auflage 2022, § 6a, Rn. 53–56, Beispiel 4.

¹⁶² Vgl. *Kugelmüller-Pugh* in *Viskorf*, GrEStG, 20. Auflage 2022, § 6a, Rn. 55; *Pahlke* in *Pahlke*, GrEStG, 6. Auflage 2018, § 6a, Rn. 23; *Brühl*, GmbHR 2021, 129.

¹⁶³ Vgl. *Lieber* in *Behrens/Wachter*, GrEStG, 2. Auflage 2022, § 6a, Rn. 23.

¹⁶⁴ So auch *Pahlke* in *Pahlke*, GrEStG, 6. Auflage 2018, § 6a, Rn. 23.

¹⁶⁵ Vgl. *Arnold*, Umstrukturierung inländischer Konzerne unter Beachtung des § 6a GrEStG, 2015, S. 309 f.

¹⁶⁶ § 3 Nr. 2 GrEStG befreit Grundbesitzschenkungen von der Grunderwerbsteuer.

¹⁶⁷ Der Steuertatbestand § 1 Abs. 3 Nr. 1 GrEStG besteuert ebenso wie § 1 Abs. 2a GrEStG einen einheitlichen Rechtsvorgang in Gestalt eines fiktiven Grundstücksübergangs, siehe Kapitel 4.1.2.4.

eine anteilige Steuervergünstigung aus.¹⁶⁸ Begründet wurde dies unter anderem anhand des Umstands, dass auch die früher erworbenen Anteile weiterhin mit der Steuerbefreiung behaftet seien.¹⁶⁹ Demnach müsste gleichlaufend bei der Begünstigung durch die Konzernklausel verfahren werden. Die auf einer Umwandlung basierenden Teilakte, die zu einer Steuerbarkeit nach § 1 Abs. 2a GrEStG beigetragen haben und die Voraussetzungen des § 6a S. 3 und S. 4 GrEStG erfüllen, sind als mit der Steuerbefreiung gemäß § 6a GrEStG behaftet anzusehen. Zum anderen würde das Ziel der Konzernklausel, konzerninterne Umwandlungen zu vereinfachen, teilweise verfehlt werden, da z. B. trotz eines anteiligen Gesellschafterswechsel in Höhe von 89 % im Zuge einer begünstigungsfähigen Umwandlung ein anschließender 1%iger Wechsel der Anteilseigner kraft eines Kaufvertrags zu einer Steuerbelastung in voller Höhe führen würde.

Meiner Auffassung nach ist dem Verständnis der Finanzverwaltung zuzustimmen, da dieses mit einer anteiligen Steuervergünstigung den zuvor dargestellten, vom BFH in vergleichbaren Sachverhalten entwickelten Rechtsgrundsätzen folgt. Ebenso lässt sich die Auslegung mit der Intention der Konzernklausel vereinbaren, weil die Steuerbefreiung bei einem steuerbaren Anteilseignerwechsel nicht willkürlich eingreift, sondern nur den Anteil von der Steuer befreit, der auf eine konzerninterne Umstrukturierung zurückzuführen ist. Dies soll das folgende Fallbeispiel verdeutlichen:

Die wirtschaftlich tätige M-GmbH (M) ist Alleingesellschafterin der T1-GmbH (T1), der T2-GmbH (T2) und der T3-GmbH (T3). Die T2 ist wiederum zu 80 % an der grundbesitzenden E-KG beteiligt. Die übrigen 20 % der Anteile werden vom konzernfremden X gehalten. Die Beteiligungsverhältnisse bestehen seit zehn Jahren. Im Jahr 01 wird die T2 auf die T1 verschmolzen. Im Jahr 08 veräußert X seine Beteiligung an der E-KG an die T3.

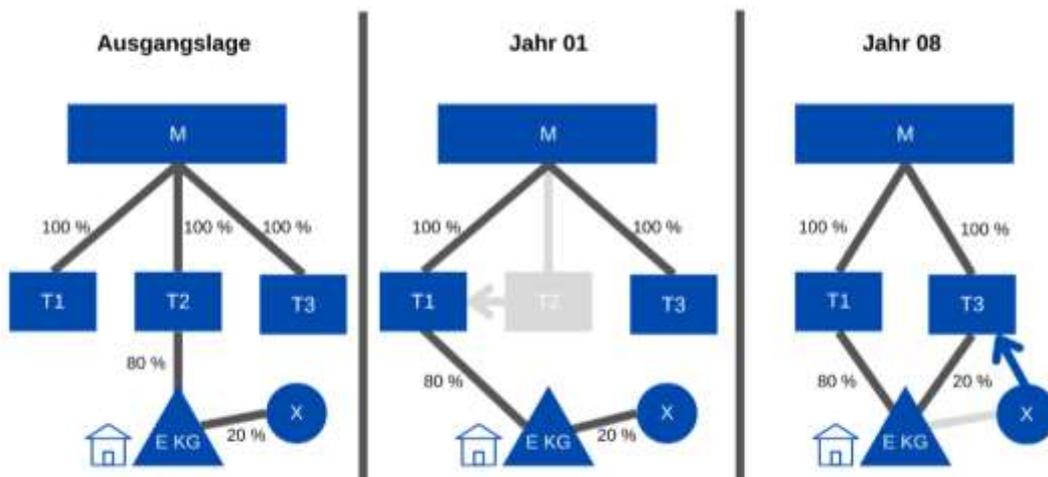


Abbildung 1: Umfang der Steuerbefreiung bei § 1 Abs. 2a GrEStG

Durch die Verschmelzung der T2 gehen Anteile in Höhe von 80 % an der E-KG auf die T1 über. Dieser Rechtsvorgang hat noch keine grunderwerbsteuerlichen Konsequenzen. Mit dem Erwerb der übrigen 20 % der Anteile durch die T3 wird der Steuertatbestand § 1 Abs. 2a GrEStG ausgelöst, da innerhalb von zehn Jahren insgesamt mindestens 90 % (100 %) der Anteile auf neue Gesellschafter übergegangen sind. Nach der Auffassung von *Arnold* wäre der Rechtsvorgang voll steuerpflichtig, da der Steuertatbestand wegen der

¹⁶⁸ Vgl. BFH v. 23.05.2012 - II R 21/10, BStBl. II 2012, 793, Rn. 19; v. 15.10.2014 - II R 14/14, BStBl. II 2015, 405, Rn. 37.

¹⁶⁹ Vgl. BFH v. 23.05.2012 - II R 21/10, BStBl. II 2012, 793, Rn. 19; *Kugelmüller-Pugh* in Viskorf, GrEStG, 20. Auflage 2022, § 6a, Rn. 55.

Veräußerung durch einen nicht begünstigten Vorgang im Sinne des § 6a S. 1 GrEStG ausgelöst wurde. Folgt man hingegen der m. E. zutreffenden Auffassung der Finanzverwaltung, wäre § 6a GrEStG anteilig anzuwenden, da die Verschmelzung im Jahr 01 zur Erfüllung des § 1 Abs. 2a GrEStG beigetragen hat.¹⁷⁰ Insofern ist der Rechtsvorgang in diesem Umfang, also zu 80 %, steuerfrei.

4.1.2.4 Anteilsvereinigung (§ 1 Abs. 3)

Der Steuertatbestand § 1 Abs. 3 GrEStG kommt nur zur Anwendung, wenn der Rechtsvorgang nicht schon bereits gemäß der vorrangigen § 1 Abs. 2a und 2b GrEStG steuerbar ist.¹⁷¹ Die Vorschrift bewirkt die Steuerbarkeit einerseits bei der Anteilsvereinigung einer grundbesitzenden Gesellschaft¹⁷² und andererseits bei der Übertragung bereits vereinigter Anteile.¹⁷³ Dabei wird nicht zwischen Alt- und Neugesellschaftern im Sinne von § 1 Abs. 2a, 2b GrEStG unterschieden.¹⁷⁴

Eine Anteilsvereinigung im Sinne des § 1 Abs. 3 Nr. 1 und 2 GrEStG liegt vor, wenn einem Rechtsträger erstmals unmittelbar mindestens 90 % der Anteile einer Gesellschaft gehören oder mittelbar zuzurechnen sind. Durch die Vereinigung der Anteile in einer Hand fingiert die Vorschrift eine fiktive Grundstücksübertragung der grundbesitzenden Gesellschaft an den Gesellschafter.¹⁷⁵ Im Gegensatz zu den zuvor analysierten zeitraumbezogenen „Anteilsbewegungs-Tatbeständen“¹⁷⁶ erfolgt bei den sogenannten „Anteilsvereinigungs-Tatbeständen“¹⁷⁷ jedoch keine zeitraumbezogene Betrachtung. Eine Anteilsvereinigung gemäß § 1 Abs. 3 Nr. 1 und 2 GrEStG gilt vielmehr als im Zeitpunkt realisiert, in dem ein Gesellschafter durch den Hinzuerwerb von Anteilen die Beteiligungsschwelle von 90 % an einer grundbesitzenden Gesellschaft erstmals überschreitet, ohne dass die übrigen Anteilserwerbe zuvor zwingend innerhalb von zehn Jahren stattgefunden haben müssen.¹⁷⁸ Die Anteilsübertragung kann in diesem Zusammenhang durch ein Rechtsgeschäft begründet worden sein¹⁷⁹ oder kraft Gesetzes, z. B. in Folge einer Umwandlung, entstehen.¹⁸⁰

Eine steuerbare Anteilsvereinigung im Sinne des § 1 Abs. 3 Nr. 1, 2 GrEStG kann neben der unmittelbaren zivilrechtlichen Vereinigung von mindestens 90 % der Anteile einer grundbesitzenden Gesellschaft in der Hand des Erwerbers auch mittelbar über Zwischengesellschaften eintreten.¹⁸¹ Eine mittelbare Anteilsvereinigung liegt unabhängig von der Rechtsform der Gesellschaften vor,¹⁸² wenn die Beteiligungsquote in Höhe von 90 % auf jeder Beteiligungsstufe erreicht wird.¹⁸³ Sie folgt daher einer Stufenbetrachtung. Die Durchrechnungsmethode des mittelbaren Gesellschafterwechsels gemäß § 1 Abs. 2a, 2b GrEStG kommt somit nicht zur Anwendung. Die Vereinigung von Anteilen im Sinne des § 1 Abs. 3 Nr. 1, 2 GrEStG kann weiterhin auch daraus resultieren, dass einem Gesellschafter

¹⁷⁰ Die übrigen Voraussetzungen des § 6a GrEStG lagen ebenfalls vor.

¹⁷¹ Vgl. *Meßbacher-Hönsch* in Viskorf, GrEStG, 20. Auflage 2022, § 1, Rn. 1024.

¹⁷² Vgl. § 1 Abs. 3 Nr. 1, 2 GrEStG

¹⁷³ Vgl. § 1 Abs. 3 Nr. 3, 4 GrEStG.

¹⁷⁴ Vgl. *Jahndorf/Kister*, Grunderwerbsteuer in der Beratungspraxis, 2. Auflage 2022, Rn. 303.

¹⁷⁵ Vgl. BFH v. 20.01.2015 - II R 8/13, BStBl. II 2015, 553, Rn. 19.

¹⁷⁶ Siehe Kapitel 4.1.2.3.

¹⁷⁷ *Behrens/Klinger*, DStR 2021, 2870.

¹⁷⁸ Vgl. *Jahndorf/Kister*, Grunderwerbsteuer in der Beratungspraxis, 2. Auflage 2022, Rn. 304.

¹⁷⁹ Vgl. § 1 Abs. 3 Nr. 1 GrEStG.

¹⁸⁰ Vgl. § 1 Abs. 3 Nr. 2 GrEStG.

¹⁸¹ Vgl. *Pahlke* in Pahlke, GrEStG, 6. Auflage 2018, § 1, Rn. 332 f.

¹⁸² Vgl. BFH v. 27.05.2020 - II R 45/17, BStBl. II 2021, 315, Rn. 18–20.

¹⁸³ Vgl. BFH v. 25.11.2015 - II R 35/14, BStBl. II 2016, 234, Rn. 15.

teils unmittelbar Anteile an der grundbesitzenden Gesellschaft gehören und ihm zudem teils mittelbar Anteile an dieser über Zwischengesellschaften zuzurechnen sind.¹⁸⁴

Wenn mindestens 90 % der Anteile in einem Rechtsakt auf einen neuen Rechtsträger übertragen werden, fingiert daneben § 1 Abs. 3 Nr. 3 und 4 GrEStG eine steuerbare Grundstücksübertragung vom Veräußerer auf den Erwerber der Anteile.¹⁸⁵

Wird einer der Steuertatbestände des § 1 Abs. 3 GrEStG durch einen Umwandlungsvorgang oder einen anderen Umstrukturierungsvorgang i. S. d. § 6a S. 1 GrEStG ausgelöst, findet die Konzernklausel Anwendung, wenn die übrigen Voraussetzungen des § 6a S. 3, 4 GrEStG vorliegen. Falls die Nichterhebungsvorschrift § 6a GrEStG bei einem Anteilsübergang gemäß § 1 Abs. 3 Nr. 3, 4 GrEStG greift, wird einhellig vertreten, dass der Rechtsvorgang vollständig von der Steuer zu befreien ist.¹⁸⁶ Demgegenüber ist der Umfang der Steuerbefreiung bei einer in mehreren Teilakten verwirklichten Anteilsvereinigung gemäß § 1 Abs. 3 Nr. 1, 2 GrEStG umstritten.

Die Finanzverwaltung vertritt, anders als bei der sukzessiven Realisierung des § 1 Abs. 2a GrEStG, die Auffassung, dass die bei einer Überschreitung der Beteiligungsgrenze des § 1 Abs. 3 Nr. 2 GrEStG durch einen begünstigten Umstrukturierungsvorgang ausgelöste Steuer stets in voller Höhe nicht zu erheben sei.¹⁸⁷ Da es nicht von Bedeutung sei, ob die übrigen Anteile ebenfalls durch begünstigte Umwandlungen erworben wurden, komme eine anteilige Steuerbefreiung nicht in Betracht. Begründet wird dies anhand der Tatsache, dass sich § 1 Abs. 3 GrEStG im Gegensatz zu § 1 Abs. 2a GrEStG nur auf den Zeitpunkt der Anteilsvereinigung beziehe und nicht zeitraumbezogen sei.¹⁸⁸ Auch Teile der Literatur stimmen dieser Argumentation zu.¹⁸⁹ Folglich würde nach dieser Auslegung die Begünstigung eines gemäß § 1 Abs. 3 Nr. 1 und 3 GrEStG steuerbaren Rechtsvorgangs durch die Konzernklausel gänzlich ausscheiden, da diese Tatbestände nur aufgrund eines Rechtsgeschäfts erfüllt werden können.¹⁹⁰

Andere Literaturstimmen sprechen sich indessen bei der sukzessiven Anteilsvereinigung, gleichläufig zur Auslegung des Steuertatbestands § 1 Abs. 2a GrEStG, für eine anteilige Steuerbefreiung aus. Die Steuer sei demnach gemäß § 6a GrEStG entsprechend dem Verhältnis zu kürzen, in welchem begünstigte Umwandlungen zur Erfüllung der Anteilsvereinigung in mehreren Teilakten beigetragen haben.¹⁹¹ Eine anteilige Steuerbefreiung würde demzufolge, anders als nach der Auffassung der Finanzverwaltung,¹⁹² auch in Betracht

¹⁸⁴ Dies ist beispielsweise der Fall, wenn ein Gesellschafter zu 50 % unmittelbar an einer grundbesitzenden Gesellschaft beteiligt ist und er eine 95 % Beteiligung an einer Zwischengesellschaft erwirbt, die die übrigen 50 % der Anteile an der grundbesitzenden Gesellschaft hält, vgl. BFH v. 18.09.2013 - II R 21/12, BStBl. II 2014, 326, Rn. 17 f.; v. 27.05.2020 - II R 45/17, BStBl. II 2021, 315, Rn. 13.

¹⁸⁵ Vgl. *Pahlke* in Pahlke, GrEStG, 6. Auflage 2018, § 1, Rn. 390.

¹⁸⁶ Vgl. *Kugelmüller-Pugh* in Viskorf, GrEStG, 20. Auflage 2022, § 6a, Rn. 58; *Lieber* in Behrens/Wachter, GrEStG, 2. Auflage 2022, § 6a, Rn. 25; Oberste Finanzbehörden der Länder v. 22.09.2020, BStBl. I 2020, 960, Tz. 2.5.

¹⁸⁷ Vgl. Oberste Finanzbehörden der Länder v. 22.09.2020, BStBl. I 2020, 960, Tz. 2.5.

¹⁸⁸ Vgl. Oberste Finanzbehörden der Länder v. 22.09.2020, BStBl. I 2020, 960, Tz. 2.5.

¹⁸⁹ Vgl. *Lieber* in Behrens/Wachter, GrEStG, 2. Auflage 2022, § 6a, Rn. 25; *Arnold*, Umstrukturierung inländischer Konzerne unter Beachtung des § 6a GrEStG, 2015, S. 310.

¹⁹⁰ Vgl. *Krich*, Grunderwerbsteuer im Konzern, 2018, S. 167 f.

¹⁹¹ Vgl. *Kugelmüller-Pugh* in Viskorf, GrEStG, 20. Auflage 2022, § 6a, Rn. 59; *Pahlke* in Pahlke, GrEStG, 6. Auflage 2018, § 6a, Rn. 24.

¹⁹² Vgl. OFD Nordrhein-Westfalen v. 25.03.2021, GrESt-Kartei NRW § 6a GrEStG Karte 2, Tz. 2.3., Beispiel 7.

kommen, wenn die Anteilsschwelle der Anteilsvereinigung durch einen nicht begünstigten Teilakt überschritten wird, andere Anteile in der Hand des Erwerbers jedoch durch frühere begünstigte Umwandlungen übertragen wurden.¹⁹³

M. E. ist bezüglich des Umfangs der Steuerbefreiung bei einer sukzessiven Anteilsvereinigung der anteiligen Nichterhebung nach dem Verhältnis, in welchem die Anteile in der Hand des Erwerbers insgesamt durch begünstigte Umstrukturierungen erworben wurden, zuzustimmen. Dem Argument, dass der Tatbestand § 1 Abs. 3 GrEStG sich nicht auf einen Zeitraum, sondern auf den Zeitpunkt beziehe, in welchem die Beteiligungsschwelle durch eine Anteilsübertragung überschritten wird und daraus folge, dass nur dieser Teilakt bei der Anwendbarkeit der Konzernklausel zu berücksichtigen sei, ist nicht zu folgen. Der beschriebene letzte Teilakt löst zwar die Steuerbarkeit aus, der Besteuerungsgegenstand des § 1 Abs. 3 GrEStG ist jedoch der fiktive Grundstückserwerb, der anhand der Zuordnung von insgesamt mindestens 90 % der Anteile in einer Hand fingiert wird. Folglich umfasst der Besteuerungsgegenstand eben nicht nur den letzten Teilakt.¹⁹⁴ Der BFH sprach sich überdies explizit für eine anteilige Steuerbefreiung in einem Fall des § 1 Abs. 3 GrEStG aus, der zwar die Steuervergünstigungsvorschrift § 3 Nr. 2 GrEStG betraf, jedoch verdeutlicht, dass bezüglich des Steuertatbestands § 1 Abs. 3 GrEStG grundsätzlich die Möglichkeit der Berücksichtigung früherer Teilakte bestehe.¹⁹⁵ Die anteilige Steuerbefreiung lässt sich auch durch den Gesetzeszweck¹⁹⁶ rechtfertigen, da so konzerninterne Umwandlungen im Gegensatz zur Auffassung der Finanzverwaltung¹⁹⁷ gezielt von der Grunderwerbsteuer befreit werden, auch wenn die mit der konzerninternen Umstrukturierung verbundene Grunderwerbsteuerbarkeit erst mit dem späteren Überschreiten der Beteiligungsgrenze entsteht.¹⁹⁸

Obwohl § 6a GrEStG gerade bei längerfristigen Beteiligungsverhältnissen gewährt werden soll, da in diesen Fällen Mitnahmeeffekte verhindert werden,¹⁹⁹ würde die Auslegung der Finanzverwaltung zudem zu einer Benachteiligung von Konzernen führen, die Umstrukturierungen in großen Zeitabständen durchführen. Dies soll das folgende Beispiel zeigen:

¹⁹³ Vgl. *Kugelmüller-Pugh* in Viskorf, GrEStG, 20. Auflage 2022, § 6a, Rn. 59.

¹⁹⁴ Vgl. BFH v. 23.05.2012 - II R 21/10, BStBl. II 2012, 793, Rn. 12.

¹⁹⁵ Vgl. BFH v. 23.05.2012 - II R 21/10, BStBl. II 2012, 793, Rn. 19; v. 15.10.2014 - II R 14/14, BStBl. II 2015, 405, Rn. 37.

¹⁹⁶ Vgl. BT-Drs. 17/147, S. 10.

¹⁹⁷ Wäre eine Steuerbefreiung der Anteilsvereinigung nur im Ganzen möglich, würde die Begünstigung des § 6a GrEStG willkürlich eintreten. So wäre eine Anteilsvereinigung, die durch einen Erwerb von 0,1 % der Anteile einer grundbesitzenden Gesellschaft kraft eines Kaufvertrags ausgelöst wird, voll steuerpflichtig, auch wenn die übrigen 89,9 % der Anteile in der Vergangenheit durch eine begünstigungsfähige Umwandlung erworben wurden.

¹⁹⁸ Vgl. BFH v. 23.05.2012 - II R 21/10, BStBl. II 2012, 793, Rn. 19.

¹⁹⁹ Vgl. BT-Drs. 17/147, S. 10 zu dem Ziel der Behaltensfristen, das verdeutlicht, dass der Gesetzgeber eine Korrelation zwischen der Dauer des Bestehens des Beteiligungsverhältnisses und dem Missbrauchspotenzial annimmt.

Die M-GmbH (M) ist wirtschaftlich tätig und Alleingesellschafterin der T1-GmbH (T1) und der T2-GmbH (T2). Die T2 ist wiederum zu 89 % an der grundbesitzenden E-GmbH (E) beteiligt. Die übrigen Anteile an der E werden durch den konzernfremden X gehalten. Die Beteiligungsverhältnisse bestehen seit dem Jahr 00. Im Jahr 11 wird die T2 auf die T1 verschmolzen. Im Jahr 12 veräußert der X seine Beteiligung an der E an die T1.

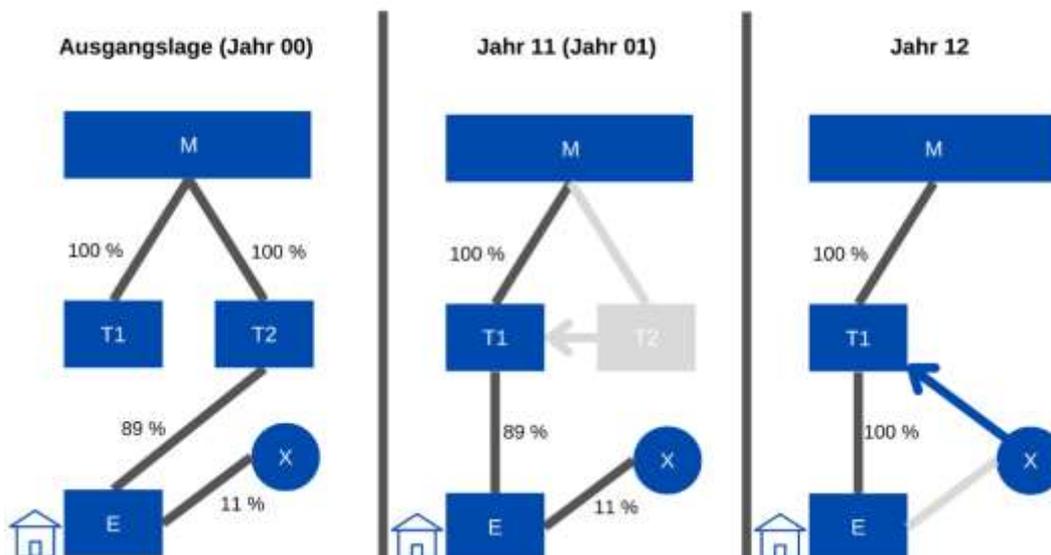


Abbildung 2: Umfang der Steuerbefreiung bei § 1 Abs. 3 GrEStG

Durch die Verschmelzung der T2 gehen Anteile in Höhe von 89 % an der E auf die T1 über. Dieser Rechtsvorgang hat zunächst keine Grunderwerbsteuerlichen Konsequenzen. Im Zeitpunkt, in dem die T1 die übrigen 11 % der Anteile an der E GmbH erwirbt, liegt eine Steuerbarkeit nach § 1 Abs. 2b GrEStG vor, da mindestens 90 % der Anteile an der E innerhalb der letzten zehn Jahre auf neue Gesellschafter übergegangen sind (89 % + 11 %). Der Steuertatbestand wurde durch einen nicht begünstigten Rechtsvorgang in Gestalt des Verkaufs durch X ausgelöst. Nach Auffassung der Finanzverwaltung²⁰⁰ ist der Vorgang dennoch gemäß § 6a GrEStG zu 89 % von der Grunderwerbsteuer zu befreien, da mit der Verschmelzung im Jahr 11 ein begünstigungsfähiger Rechtsvorgang zum Gesellschafterwechsel in Höhe von 89 % beigetragen hat.

Abwandlung: Die Verschmelzung der T2 auf die T1 findet im Jahr 01 statt.

In diesem Fall würde durch den Verkauf im Jahr 12 der Steuertatbestand § 1 Abs. 2b GrEStG nicht erfüllt werden, da innerhalb von zehn Jahren lediglich 11 % der Anteile auf neue Gesellschafter übergegangen sind. Stattdessen wäre der Rechtsvorgang nach § 1 Abs. 3 GrEStG steuerbar, da es bei der T1 aufgrund des erstmaligen Überschreitens der 90 % Beteiligungsschwelle zu einer Anteilsvereinigung kommt. Würde man nun der Auffassung der Finanzverwaltung folgen, wäre dieser Vorgang in voller Höhe steuerpflichtig, da die Anteilsschwelle durch ein nicht begünstigtes Rechtsgeschäft überschritten wurde und die vergangenen Anteilserwerbe unbeachtlich sind.

Somit würde der Rechtsvorgang aus der Abwandlung gegenüber dem Ursprungsfall benachteiligt werden, obwohl die Konzernstruktur in der Abwandlung länger bestand und daher ein geringeres Missbrauchspotenzial birgt.

²⁰⁰ Bezüglich der Auslegung von § 1 Abs. 2b GrEStG durch die Finanzverwaltung siehe Kapitel 4.1.2.3.

4.1.2.5 Wirtschaftliche Anteilsvereinigung (§ 1 Abs. 3a)

Mit dem AmtshilferLUmsG²⁰¹ vom 26.06.2013 wurde der Steuertatbestand § 1 Abs. 3a GrEStG in das GrEStG eingefügt, um Gestaltungsmöglichkeiten wie die so genannten „RETT-Blocker“²⁰², die eine Umgehung des § 1 Abs. 3 GrEStG ermöglichten, zu verhindern.²⁰³ § 1 Abs. 3a GrEStG stellt einen eigenständigen Tatbestand dar, der eine Anteilsvereinigung nach § 1 Abs. 3 GrEStG fingiert, wenn ein Rechtsträger erstmals eine wirtschaftliche Beteiligung in Höhe von 90 % innehat.²⁰⁴ Er findet nur Anwendung, wenn nicht bereits eine Steuerbarkeit gemäß § 1 Abs. 2a, 2b oder 3 GrEStG vorliegt.²⁰⁵

Im Gegensatz zur Berechnung der mittelbaren Beteiligung im Sinne von § 1 Abs. 3 GrEStG anhand der Stufenbetrachtung bestimmt sich die Höhe der mittelbaren wirtschaftlichen Beteiligung gemäß § 1 Abs. 3a S. 2, 3 GrEStG nach der Durchrechnungsmethode. Dabei sind die Beteiligungsquoten entlang der Beteiligungskette zu multiplizieren, unabhängig davon, ob auf der jeweiligen Stufe eine Mindestbeteiligung von 90 % vorliegt.²⁰⁶ Falls ein Rechtsträger unmittelbare und mittelbare Beteiligungen an der grundbesitzenden Gesellschaft hält, sind diese zu summieren.²⁰⁷

Da der Tatbestand § 1 Abs. 3a GrEStG ebenso wie § 1 Abs. 3 GrEStG im Zeitpunkt ausgelöst wird, in dem ein Rechtsträger einen Anspruch auf Anteilsübergang erwirbt, der dazu führt, dass dieser erstmals mindestens 90 % der Anteile an einer grundbesitzenden Gesellschaft wirtschaftlich vereinigt, ist die Anwendbarkeit der Konzernklausel und der Umfang der Steuerbefreiung nach denselben Grundsätzen wie zuvor § 1 Abs. 3 GrEStG²⁰⁸ ausulegen.²⁰⁹ Dementsprechend ist bei einer sukzessiven Erfüllung der Anteilsvereinigung im Sinne des § 1 Abs. 3a GrEStG meiner Auffassung nach die Steuerbefreiung des § 6a GrEStG in dem Verhältnis zu gewähren, in welchem die Anteile in der Hand des Erwerbers insgesamt durch begünstigte Umstrukturierungen erworben wurden.

²⁰¹ Gesetz zur Umsetzung der Amtshilferichtlinien sowie zur Änderung steuerlicher Vorschriften v. 26.06.2013, BGBl. 2013 I, 1809.

²⁰² Durch eine RETT-Blocker-Struktur konnte eine wirtschaftliche Beteiligung an einer grundbesitzenden Gesellschaft in Höhe von 99,74 % grunderwerbsteuerfrei erworben werden, indem ein Hauptinvestor 94,9 % der Anteile der grundbesitzenden Kapitalgesellschaft erwarb und die übrigen 5,1 % an ein Unternehmen veräußert wurden, an dem der Hauptinvestor wiederum 94,9 % der Anteile hielt. Dies war möglich, da der Steuertatbestand § 1 Abs. 2b GrEStG zu diesem Zeitpunkt noch nicht Teil des GrEStG war und die Quote, die für die Zurechnung einer mittelbaren Beteiligung nach Berechnungsmethode des § 1 Abs. 3 benötigt wurde und damals noch bei 95 % lag, nicht überschritten wurde, vgl. zu diesem Absatz *Naumann*, Ubg 2022, 293.

²⁰³ Vgl. BT-Drs. 17/13033, S. 110.

²⁰⁴ Vgl. *Pahlke* in *Pahlke*, GrEStG, 6. Auflage 2018, § 1, Rn. 404.

²⁰⁵ Vgl. § 1 Abs. 3a S. 1 GrEStG.

²⁰⁶ Hält die X GmbH beispielsweise 85 % der Anteile an der Y GmbH, die wiederum 98 % der Anteile an der grundbesitzenden Z GmbH hält, hat die X GmbH eine wirtschaftliche Beteiligung in Höhe von 83,3 % (85 % x 98 %) an der Z GmbH inne, vgl. *Meßbacher-Hönsch* in *Viskorf*, GrEStG, 20. Auflage 2022, § 1, Rn. 1319. Der Stufenberechnungsmethode aus § 1 Abs. 3 GrEStG zufolge würde die X-GmbH hingegen keine mittelbare Beteiligung an der Z GmbH halten, da sie lediglich 85 % der Anteile an der Y GmbH hält und somit nicht das erforderliche Beteiligungsquorum in Höhe von 90 % auf jeder Beteiligungsstufe erreicht.

²⁰⁷ Vgl. zu diesem Absatz *Meßbacher-Hönsch* in *Viskorf*, GrEStG, 20. Auflage 2022, § 1, Rn. 1317–1319.

²⁰⁸ Zur Auslegung des § 1 Abs. 3 GrEStG siehe Kapitel 4.1.2.4.

²⁰⁹ Vgl. *Pahlke* in *Pahlke*, GrEStG, 6. Auflage 2018, § 6a, Rn. 25; *Lieber* in *Behrens/Wachter*, GrEStG, 2. Auflage 2022, § 6a, Rn. 25.

4.2 Beteiligte Rechtsträger

Die Nichterhebungsvorschrift findet überdies nur Anwendung, wenn der zuvor analysierte begünstigte Rechtsvorgang innerhalb eines Konzerns im Sinne des § 6a GrEStG stattfindet.²¹⁰ Die Beschränkung auf Konzernsachverhalte erfolgt durch die Voraussetzung, dass ausschließlich ein herrschendes und ein oder mehrere von diesem herrschenden Unternehmen abhängige Gesellschaften am Rechtsvorgang beteiligt sein dürfen.²¹¹ Bezüglich dieser Anwendungsvoraussetzungen bestanden bereits in der Vergangenheit zahlreiche Streitfragen,²¹² die auch Bestandteil aktueller BFH-Urteile sind und im Folgenden untersucht werden.

4.2.1 Erforderliche Grundstruktur

Der Gesetzestext unterscheidet diesbezüglich zwischen zwei Alternativen. Eine Begünstigung ist demnach möglich, wenn entweder gemäß § 6a S. 3 Alt. 1 GrEStG ausschließlich ein herrschendes und ein oder mehrere von diesem herrschenden Unternehmen abhängige Gesellschaften oder gemäß § 6a S. 3 Alt. 2 GrEStG ausschließlich mehrere von einem herrschenden Unternehmen abhängige Gesellschaften am Rechtsvorgang beteiligt sind. Folgerichtig sind im Sinne des § 6a GrEStG sowohl Umstrukturierungsvorgänge entlang vertikaler Beteiligungsketten als auch auf horizontaler Ebene möglich.²¹³

4.2.2 Beteiligung am Rechtsvorgang

Bevor Streitfragen hinsichtlich der Qualifizierung als herrschendes bzw. abhängiges Unternehmen behandelt werden können, ist es notwendig, die an einem Umstrukturierungsvorgang beteiligten Rechtsträger entsprechend dem Verständnis des § 6a GrEStG zu identifizieren.

Der Gesetzeswortlaut und auch die Rechtsprechung des BFH geben diesbezüglich keine eindeutige Auskunft.²¹⁴ In der Literatur wird jedoch einvernehmlich die Auffassung vertreten, dass nur die Rechtsträger als beteiligt anzusehen sind, die Vermögen übertragen oder aufnehmen.²¹⁵ Bei Umwandlungen im Sinne des UmwG sind dies ausschließlich die im Umwandlungsvertrag festgehaltenen übertragenden und übernehmenden Vertragspartner.²¹⁶ Anteilseigner, die mittelbar durch den Umstrukturierungsvorgang betroffen sind, figurieren nicht als beteiligte Rechtsträger im Sinne des § 6a S. 3 GrEStG.²¹⁷ Ebenso stellt ein Rechtsträger, der Gegenstand des begünstigten Rechtsvorgangs ist, wie beispielsweise die Gesellschaft, deren Anteile im Zuge einer Einbringung übertragen werden,²¹⁸ keinen Beteiligten im Sinne der Konzernklausel dar.²¹⁹ Diese Auffassung wurde auch durch die Finanzverwaltung bestätigt.²²⁰

²¹⁰ Vgl. BT-Drs. 17/147, S. 10.

²¹¹ § 6a S. 3 GrEStG.

²¹² Vgl. *Krich*, Grunderwerbsteuer im Konzern, 2018, S. 188.

²¹³ Vgl. *Mensching/Tyarks*, BB 2010, 90.

²¹⁴ Vgl. *Stenert*, Ubg 2022, 32.

²¹⁵ Vgl. *Stenert*, Ubg 2022, 32; *Lieber* in Behrens/Wachter, GrEStG, 2. Auflage 2022, § 6a, Rn. 29; *Kugelmüller-Pugh* in Viskorf, GrEStG, 20. Auflage 2022, § 6a, Rn. 72.

²¹⁶ Vgl. *Arnold*, Umstrukturierung inländischer Konzerne unter Beachtung des § 6a GrEStG, 2015, S. 234.

²¹⁷ Vgl. *Kugelmüller-Pugh* in Viskorf, GrEStG, 20. Auflage 2022, § 6a, Rn. 72.

²¹⁸ Vgl. *Wischoff/Keller/Graessner*, NWB 2013, 3464.

²¹⁹ Vgl. *Stenert*, Ubg 2022, 32.

²²⁰ Vgl. Oberste Finanzbehörden der Länder v. 22.09.2020, BStBl. I 2020, 960, Tz. 3.2.2.2.

Strittig sind hingegen die beteiligten Rechtsträger einer Anwachsung. Die Finanzverwaltung negierte in den gleich lautenden Erlassen vom 22.09.2020 eine Anwendung des § 6a GrEStG bei einer Anwachsung, die als Folge einer Verschmelzung der Gesellschafter einer grundbesitzenden Personengesellschaft eintrat, da die erforderliche Vorbehaltensfrist an der anwachsenden Gesellschaft nicht erfüllt wurde.²²¹ Aufgrund der Tatsache, dass die Vorbehaltensfrist nur für die am Rechtsvorgang beteiligten Rechtsträger einzuhalten ist,²²² lässt sich zwingend ableiten, dass die anwachsende Gesellschaft von der Finanzverwaltung als beteiligter Rechtsträger angesehen wurde. Auch in der Literatur wird vereinzelt die Auffassung vertreten, dass bei einer durch eine Umwandlung ausgelösten Anwachsung einerseits die anwachsende Personengesellschaft und andererseits der Gesellschafter, auf den das Vermögen anwächst, als die Beteiligten anzusehen sind.²²³

Diesem Verständnis zufolge wäre die Anwachsung einer grundbesitzenden Personengesellschaft in Folge der Verschmelzung des vorletzten Gesellschafters auf den letzten Gesellschafter auch dann grundsätzlich begünstigungsfähig, wenn der übertragende Rechtsträger der Verschmelzung konzernfremd wäre. Dieser übertragende Rechtsträger wäre nämlich kein Beteiligter i. S. d. § 6a GrEStG und daher unbeachtlich. Eine solche Auffassung würde m. E. der Zielsetzung des § 6a GrEStG, lediglich Umstrukturierungen innerhalb des Konzerns zu begünstigen,²²⁴ widersprechen, da die Ursache des steuerbaren Erwerbsvorgangs nach § 1 Abs. 1 Nr. 3 GrEStG in diesem Fall eine Verschmelzung mit Beteiligung einer konzernexternen Gesellschaft wäre und es sich somit nicht um einen rein konzerninternen Rechtsvorgang handeln würde. Die Beteiligung einer konzernfremden Gesellschaft an einem Umwandlungsvorgang ist als befreiungsschädlich anzusehen.²²⁵

Überwiegend spricht sich auch die Literatur gegen eine solche Auslegung aus und vertritt die Auffassung, dass als beteiligte Rechtsträger einer Anwachsung lediglich die übertragende und die übernehmende Gesellschaft des zugrunde liegenden Umwandlungsvorgangs anzusehen wären, während die anwachsende Personengesellschaft vielmehr nur das umstrukturierte Vermögen darstelle.²²⁶ Dafür spreche außerdem, dass die Personengesellschaft weder eine Vertragspartei des Umwandlungsvorgangs noch einer anderen gesellschaftsrechtlichen Vereinbarung sei.²²⁷ Im zuvor beschriebenen Fall der Finanzverwaltung²²⁸ wären die beteiligten Gesellschaften des Rechtsvorgangs dieser Auslegung zufolge lediglich die im Verschmelzungsvertrag eingetragenen Gesellschafter.²²⁹

Dieser Auffassung ist meiner Ansicht nach zu folgen. Die anwachsende Personengesellschaft verkörpert lediglich den ursprünglichen Eigentümer des Grundbesitzes bei dem nach § 1 Abs. 1 Nr. 3 GrEStG²³⁰ ausgelösten Rechtsträgerwechsel. Dies ist jedoch ohne Bedeutung, da sie nicht unmittelbar am zugrunde liegenden Umstrukturierungsvorgang beteiligt

²²¹ Vgl. Oberste Finanzbehörden der Länder v. 22.09.2020, BStBl. I 2020, 960, Tz. 6.

²²² Vgl. Oberste Finanzbehörden der Länder v. 22.09.2020, BStBl. I 2020, 960, Tz. 3.2.2.1.

²²³ Vgl. *Gottwald et al.*, Grunderwerbsteuer, 6. Auflage 2021, S. 335.

²²⁴ Vgl. BT-Drs. 17/147, S. 10.

²²⁵ Vgl. *Kugelmüller-Pugh* in Viskorf, GrEStG, 20. Auflage 2022, § 6a, Rn. 74.

²²⁶ Vgl. *Wischoff/Keller/Graessner*, NWB 2013, 3467; Vgl. *Arnold*, Umstrukturierung inländischer Konzerne unter Beachtung des § 6a GrEStG, 2015, S. 236 f.; Vgl. *Lieber* in Behrens/Wachter, GrEStG, 2. Auflage 2022, § 6a, Rn. 20.

²²⁷ Vgl. *Lieber* in Behrens/Wachter, GrEStG, 2. Auflage 2022, § 6a, Rn. 29.

²²⁸ Oberste Finanzbehörden der Länder v. 22.09.2020, BStBl. I 2020, 960, Tz. 6.

²²⁹ Vgl. *Wischoff/Graessner*, NWB 2021, 29.

²³⁰ Eine steuerbare Anteilsvereinigung im Sinne von § 1 Abs. 3 GrEStG ist bei einer Anwachsung wie im zuvor beschriebenen Fall nicht gegeben, da die Anteile als Konsequenz der Anwachsung untergehen, vgl. BFH v. 13.09.1995 - II R 80/92, BStBl. II 1995, 903, Rn. 19.

ist. Die Anwachsung tritt vielmehr als automatische Konsequenz der kausalen Umwandlung ein und kann daher nicht von dieser getrennt werden.²³¹

Parallel dazu wird auch eine grundbesitzende Kapitalgesellschaft, deren Anteile im Zuge einer Verschmelzung übertragen werden und den Steuertatbestand § 1 Abs. 3 GrEStG auslösen, als umstrukturiertes Vermögen angesehen und stellt keinen der am Umwandlungsvorgang beteiligten Rechtsträger dar. Auch die Finanzverwaltung würde eine solche Gesellschaft nur als Gegenstand des Umwandlungsvorgangs ansehen,²³² obwohl der Gesetzgeber mit § 1 Abs. 3 GrEStG eine steuerpflichtige Grundstücksübertragung der Kapitalgesellschaft auf den Gesellschafter fingiert. Dieser Umstrukturierungsvorgang und die Anwachsung sind zivilrechtlich verschieden, jedoch bewirken sie im Sinne des GrEStG beide einen (fiktiven) Grundstücksübergang aus einer Gesellschaft, deren Anteile durch einen Umstrukturierungsvorgang übertragen wurden, auf den Gesellschafter. Ähnlich verhält es sich bei § 1 Abs. 2a GrEStG.²³³ Somit erscheint eine Betrachtung der anwachsenden Gesellschaft als umstrukturiertes Vermögen des Umwandlungsvorgangs zutreffend.

4.2.3 Herrschendes Unternehmen

Voraussetzung für die Qualifizierung eines Rechtsträgers als herrschendes Unternehmen ist zum einen seine wirtschaftliche Tätigkeit²³⁴ und zum anderen das Innehaben einer unmittelbaren oder mittelbaren Beteiligung von mindestens 95 % an einer abhängigen Gesellschaft während des gesamten Zeitraums der Vor- und Nachbehaltensfrist.²³⁵ Die Eigenschaften und die Identifizierung des herrschenden Unternehmens waren Teil der sieben BFH-Entscheidungen vom 21. und 22. August 2019²³⁶ und werden im Folgenden hinsichtlich der neuen Auslegung und offener Streitfragen analysiert.

4.2.3.1 Rechtsform

Die Finanzverwaltung vertrat lange die Auffassung, dass nur Rechtsträger, die Unternehmer im umsatzsteuerrechtlichen Sinn²³⁷ sind und ihre Beteiligung an der abhängigen Gesellschaft im Betriebsvermögen halten, als herrschendes Unternehmen in Betracht kommen.²³⁸ Diese Anforderungen wurden als ein zentraler Bestandteil der sieben Urteile vom 21. und 22. August 2019 durch den BFH abgelehnt, da weder aus dem Wortlaut des § 6a GrEStG noch aus der Auslegung anderer grunderwerbsteuerlicher Vorschriften ersichtlich werde, dass nur bestimmte Unternehmen zu begünstigen seien.²³⁹ Ebenso lasse sich auch aus der Zielsetzung der Konzernklausel nicht ableiten, dass eine solche Unterscheidung vorzunehmen wäre.²⁴⁰ Demzufolge stehe die Qualifizierung als herrschendes Unternehmen

²³¹ Die Umwandlung steht in einem Kausalzusammenhang zum steuerbaren Rechtsträgerwechsel, denn ohne die Verschmelzung wäre es zu keiner Anwachsung und damit zu keinem Wechsel des Eigentümers des Grundstücks gekommen, vgl. *Kugelmüller-Pugh* in Viskorf, GrEStG, 20. Auflage 2022, § 6a, Rn. 49.

²³² Oberste Finanzbehörden der Länder v. 22.09.2020, BStBl. I 2020, 960, Tz. 3.2.2.2.

²³³ Vgl. Oberste Finanzbehörden der Länder v. 22.09.2020, BStBl. I 2020, 960, Tz. 2.4, Beispiel 1 in dem die Finanzverwaltung lediglich den übertragenden und den aufnehmenden Rechtsträger des Umwandlungsvorgangs als beteiligt bezeichnet.

²³⁴ Vgl. BFH v. 22.08.2019 - II R 19/19, BStBl. II 2020, 337, Rn. 16.

²³⁵ Vgl. § 6a S. 4 GrEStG.

²³⁶ Z. B. BFH v. 21.08.2019 - II R 15/19, BStBl. II 2020, 329.

²³⁷ Unternehmer im Sinne des UStG sind nur solche Rechtsträger, die eine gewerbliche oder berufliche Tätigkeit ausüben und somit eine nachhaltige Einnahmenerzielungsabsicht besitzen, vgl. § 2 Abs. 1 UStG.

²³⁸ Vgl. Oberste Finanzbehörden der Länder v. 19.06.2012, BStBl. I 2012, 662, Tz. 2.2.

²³⁹ Vgl. BFH v. 22.08.2019 - II R 19/19, BStBl. II 2020, 337, Rn. 16–20.

²⁴⁰ Vgl. BFH v. 22.08.2019 - II R 19/19, BStBl. II 2020, 337, Rn. 21.

allen Rechtsformen offen und auch das Halten der Anteile am abhängigen Unternehmen im Privatvermögen sei aufgrund des Wesens der Grunderwerbsteuer als Verkehrsteuer²⁴¹ unbeachtlich.²⁴² So könne neben Personen- und Kapitalgesellschaften beispielsweise auch eine gemeinnützige Stiftung²⁴³ oder eine natürliche Person²⁴⁴ ein herrschendes Unternehmen verkörpern. Diese Grundsätze wurden im Anschluss auch durch die Finanzverwaltung umgesetzt.²⁴⁵

4.2.3.2 Wirtschaftliche Tätigkeit als neues Tatbestandsmerkmal

Die Rechtsprechung erwähnt jedoch in diesem Zusammenhang, dass das herrschende Unternehmen wirtschaftlich tätig sein müsse.²⁴⁶ Anhand dieser Eigenschaft wurde von der Finanzverwaltung das neue ungeschriebene Tatbestandsmerkmal der „wirtschaftlichen Tätigkeit“²⁴⁷ geschaffen.²⁴⁸ Da der BFH zu diesem Merkmal kaum Stellung genommen hat, ist die Auslegung strittig.²⁴⁹

Mit der EuGH-Vorlage vom 30.05.2017²⁵⁰ legte der zweite Senat des BFH bereits als Maßstab fest, dass an den wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb keine hohen Anforderungen zu stellen seien und dass dieser bereits vorläge, wenn „das herrschende Unternehmen über die Beteiligung am abhängigen Unternehmen am Markt teilnimmt“²⁵¹. Dem könnte entnommen werden, dass die wirtschaftliche Tätigkeit einer abhängigen Gesellschaft auf das herrschende Unternehmen abgeleitet werden kann. Fraglich ist jedoch die konkrete Ausgestaltung dieser Ableitbarkeit.

Die Finanzverwaltung vertritt die Auffassung, dass die wirtschaftliche Tätigkeit nur von einer abhängigen Gesellschaft abgeleitet werden könne, die selbst Teil des Umwandlungsvorgangs ist.²⁵² Diese restriktive Auslegung erschwert jedoch die Anwendbarkeit der Konzernklausel in der Praxis und stößt in der Literatur auf Kritik.²⁵³ Demnach solle sich der wirtschaftliche Geschäftsbetrieb gleichermaßen aus einer abhängigen Gesellschaft des herrschenden Unternehmens ableiten lassen, die nicht am jeweiligen Umwandlungsvorgang beteiligt ist, da es sich bei der wirtschaftlichen Tätigkeit um eine Eigenschaft des

²⁴¹ Die Grunderwerbsteuer gehört zu den Verkehrsteuern und orientiert sich demnach nicht an bilanz- oder ertragssteuerrechtlichen Begriffen, zu denen auch das Betriebsvermögen zählt, vgl. BFH v. 21.08.2019 - II R 15/19, BStBl. II 2020, 329, Rn. 20.

²⁴² Vgl. BFH v. 22.08.2019 - II R 19/19, BStBl. II 2020, 337, Rn. 22 f.

²⁴³ Vgl. BFH v. 22.08.2019 - II R 19/19, BStBl. II 2020, 337, Rn. 24.

²⁴⁴ Vgl. BFH v. 21.08.2019 - II R 15/19, BStBl. II 2020, 329, Rn. 40; v. 22.08.2019 - II R 19/19, BStBl. II 2020, 337, Rn. 24.

²⁴⁵ Vgl. Oberste Finanzbehörden der Länder v. 22.09.2020, BStBl. I 2020, 960, Tz. 3.1.

²⁴⁶ Vgl. BFH v. 21.08.2019 - II R 15/19, BStBl. II 2020, 329, Rn. 18–19; v. 22.08.2019 - II R 19/19, BStBl. II 2020, 337, Rn. 16.

²⁴⁷ Vgl. Oberste Finanzbehörden der Länder v. 22.09.2020, BStBl. I 2020, 960, Tz. 3.1.

²⁴⁸ Vgl. *Broemel/Mörwald*, DStR 2021, 143.

²⁴⁹ Vgl. *Broemel/Mörwald*, DB 2020, 1032.

²⁵⁰ BFH v. 30.05.2017 - II R 62/14, BStBl. II 2017, 916.

²⁵¹ BFH v. 30.05.2017 - II R 62/14, BStBl. II 2017, 916, Rn. 29.

²⁵² Vgl. Oberste Finanzbehörden der Länder v. 22.09.2020, BStBl. I 2020, 960, Tz. 3.1.

²⁵³ Vgl. *Wischott/Graessner*, NWB 2021, 24.

herrschenden Unternehmens handele, die unabhängig von einem konkreten Rechtsvorgang entweder vorläge oder nicht.²⁵⁴ Der BFH konnte sich diesbezüglich noch nicht eindeutig positionieren, da in den Sachverhalten der Urteile²⁵⁵ jeweils die wirtschaftlich tätige abhängige Gesellschaft ein beteiligter Rechtsträger der Umwandlung war.

M. E. ist das Verständnis der Literatur sachgerecht, da andernfalls demselben herrschenden Unternehmen, welches zuvor bei einem Umstrukturierungsvorgang als wirtschaftlich tätig angesehen wurde, bei einem weiteren Rechtsvorgang dieses Merkmal abgesprochen werden könnte, nur weil an den Vorgängen unterschiedliche abhängige Gesellschaften beteiligt waren. Auch bei Beteiligungsketten²⁵⁶ ist davon auszugehen, dass eine Gesellschaft mit einer wirtschaftlichen Tätigkeit auf der untersten Stufe diese Eigenschaft auf alle darüberliegenden Gesellschaften im Sinne des § 6a GrEStG überträgt, da kein Grund ersichtlich ist, weshalb die Ableitung des wirtschaftlichen Geschäftsbetriebs nicht auch über mehrere Stufen erfolgen sollte.²⁵⁷

4.2.3.3 Bestimmung der Beteiligungsquote

Im Gesetzestext wird das herrschende Unternehmen lediglich über die Wechselbeziehung zur abhängigen Gesellschaft in Form einer qualifizierten Beteiligung definiert, die während der Vor- und Nachbehaltensfrist einzuhalten ist.²⁵⁸ Eine qualifizierte Beteiligung liegt vor, wenn das herrschende Unternehmen unmittelbar, mittelbar oder teils mittelbar und teils unmittelbar an der abhängigen Gesellschaft kapital- oder vermögensmäßig zu mindestens 95 % beteiligt ist.²⁵⁹ Die unmittelbare Beteiligung ist unumstritten dann gegeben, wenn eine entsprechende zivilrechtliche Beteiligung vorliegt.²⁶⁰ Hinsichtlich der Bestimmung einer mittelbaren Beteiligungsquote bestehen dagegen unterschiedliche Auffassungen. Dennoch blieb eine Problematisierung in der Rechtsprechung diesbezüglich bisher aus.

Die Finanzverwaltung vertritt die Anschauung, dass eine qualifizierte mittelbare Beteiligung nur dann gegeben sei, wenn auf jeder Stufe der Beteiligungskette – ohne Unterscheidung zwischen Kapital- und Personengesellschaften – die erforderliche Anteilsquote von mindestens 95 % vorliegt.²⁶¹ Sie folgt demnach der Berechnungsmethode entsprechend der Stufenbetrachtung aus § 1 Abs. 3 GrEStG.²⁶² Auch Teile der Literatur stimmen dieser Auslegung zu.²⁶³

Da die Konzernklausel jedoch auch den Steuertatbestand § 1 Abs. 3a GrEStG umfasst und dieser bei der Berechnung der wirtschaftlichen Beteiligung der Durchrechnungsmethode folgt,²⁶⁴ ist die Stufenbetrachtung bei der Bestimmung des herrschenden Unternehmens

²⁵⁴ Vgl. *Broemel/Mörwald*, DStR 2021, 144.

²⁵⁵ BFH v. 21.08.2019 - II R 15/19, BStBl. II 2020, 329; v. 22.08.2019 - II R 19/19, BStBl. II 2020, 337.

²⁵⁶ Dabei sollte auf jeder Ebene eine Beteiligung in Höhe von mindestens 95 % bestehen.

²⁵⁷ So auch *Lieber* in Behrens/Wachter, GrEStG, 2. Auflage 2022, § 6a, Rn. 30.1; *Behrens/Seemaier*, Ubg 2020, 637 f.; *Käshammer/Schuhmann*, DB 2021, 750.

²⁵⁸ Vgl. *Kugelmüller-Pugh* in Viskorf, GrEStG, 20. Auflage 2022, § 6a, Rn. 81.

²⁵⁹ Vgl. § 6a S. 4 GrEStG.

²⁶⁰ Vgl. *Pahlke* in Pahlke, GrEStG, 6. Auflage 2018, § 6a, Rn. 52.

²⁶¹ Vgl. Oberste Finanzbehörden der Länder v. 22.09.2020, BStBl. I 2020, 960, Tz. 3.2.1.

²⁶² Zur Berechnung der mittelbaren Beteiligung im Sinne von § 1 Abs. 3 GrEStG siehe Kapitel 4.1.2.4.

²⁶³ Vgl. *Lieber* in Behrens/Wachter, GrEStG, 2. Auflage 2022, § 6a, Rn. 29.1; *Kugelmüller-Pugh* in Viskorf, GrEStG, 20. Auflage 2022, § 6a, Rn. 97.

²⁶⁴ Bei Anwendung der Durchrechnungsmethode werden die Beteiligungsquoten entlang der Beteiligungskette multipliziert und anschließend zusammengerechnet, siehe Kapitel 4.1.2.5.

zu kritisieren.²⁶⁵ Einige Literaturstimmen fordern demnach, bei der Bestimmung der mittelbaren Beteiligungshöhe im Sinne des § 6a S. 4 GrEStG die Durchrechnungsmethode anzuwenden.²⁶⁶

Beide Berechnungsvarianten können sich für den Steuerpflichtigen je nach Sachverhalt als vorteilhaft erweisen.²⁶⁷ Da der Gesetzestext des § 6a GrEStG bezüglich der Bestimmung der mittelbaren Beteiligung keine Ausführungen enthält, wird von einem Großteil der Literatur die Auffassung vertreten, dass in diesem Zusammenhang beide Berechnungsmethoden im Rahmen einer so genannten „Meistbegünstigungsregel“²⁶⁸ zulässig seien.²⁶⁹ Demzufolge wäre die Stufen- und die Durchrechnungsmethode parallel anzuwenden und eine qualifizierte Beteiligung wäre gegeben, wenn eine der beiden Berechnungsvarianten eine mittelbare Beteiligung von mindestens 95 % ergeben würde.²⁷⁰

Der Anwendung der Meistbegünstigungsregel ist meiner Ansicht nach zuzustimmen. Von den zuvor aufgeführten Berechnungsvarianten folgt das Prinzip der Meistbegünstigung am zutreffendsten dem Zweck des § 6a GrEStG, Umstrukturierungen innerhalb des Konzerns zu erleichtern,²⁷¹ da so der größtmögliche Anwendungsbereich für die Konzernklausel eröffnet wird. Die Meistbegünstigungsregel ist zudem folgerichtig, da aus der EuGH-Entscheidung bezüglich der Beihilfekonformität hervorging, dass die erforderliche Beteiligungsquote des herrschenden Unternehmens aus § 6a GrEStG mit der Beteiligungsschwelle der Anteilsvereinigung aus § 1 Abs. 2a und 3 GrEStG²⁷² korrespondiert.²⁷³ Insofern besteht eine Symmetrie zwischen den Beteiligungsgrenzen des Abhängigkeitsverhältnisses aus § 6a S. 4 GrEStG und denen der Steuertatbestände.²⁷⁴ Diese Kongruenz würde durch das Untersagen der Anwendbarkeit einer der beiden Berechnungsmethoden der Steuertatbestände bei der Bestimmung des herrschenden Unternehmens verletzt werden.

4.2.3.4 Identifizierung des herrschenden Unternehmens in Beteiligungsketten

Die Qualifizierung als herrschendes Unternehmen ist wegen der Negierung des Erfordernisses der umsatzsteuerrechtlichen Unternehmereigenschaft durch den BFH²⁷⁵ und die niedrigen Anforderungen an die wirtschaftliche Tätigkeit wesentlich nur vom Beteiligungsquorum abhängig. Da diese Eigenschaft in Beteiligungsketten aufgrund von mittelbar bestehenden Beteiligungen häufig von mehreren Unternehmen erfüllt wird, stellt sich zwangsläufig die Frage, welche der Gesellschaften in solchen Fällen als herrschendes Unternehmen anzusehen ist. Dies ist von Relevanz, da so bestimmt wird, hinsichtlich welcher Beteiligungen eine Verletzung der Nachbehaltensfrist für die Steuerbefreiung schädlich ist.

²⁶⁵ Vgl. *Broemel/Mörwald*, DStR 2021, 144; *Gottwald et al.*, Grunderwerbsteuer, 6. Auflage 2021, S. 355.

²⁶⁶ Vgl. *Stenert*, Ubg 2022, 36; *Pahlke* in *Pahlke*, GrEStG, 6. Auflage 2018, § 6a, Rn. 53.

²⁶⁷ Vgl. *Broemel/Mörwald*, DB 2020, 1033 f.

²⁶⁸ *Broemel/Mörwald*, DB 2020, 1034.

²⁶⁹ Vgl. *Brühl*, GmbHR 2021, 131; *Behrens/Seemaier*, DStR 2020, 1417; *Broemel/Mörwald*, DStR 2021, 144.

²⁷⁰ Vgl. *Broemel/Mörwald*, DB 2020, 1034; *Brühl*, GmbHR 2021, 131.

²⁷¹ Vgl. BT-Drs. 17/147, S. 10.

²⁷² Da das Urteil sich auf einen Sachverhalt aus dem Jahre 2012 bezog und zu diesem Zeitpunkt § 1 Abs. 3a GrEStG noch nicht eingeführt war, wurde dieser Steuertatbestand nicht explizit vom EuGH erwähnt. Ebenso lag zu diesem Zeitpunkt die Anteilsschwelle bei 95 %.

²⁷³ Vgl. EuGH v. 19.12.2018 - C-374/17, IStR 2019, 70, Rn. 46.

²⁷⁴ So auch *Broemel/Mörwald*, DB 2020, 1034.

²⁷⁵ Z. B. BFH v. 22.08.2019 - II R 19/19, BStBl. II 2020, 337.

Die Finanzverwaltung und vereinzelte Literaturstimmen vertreten dabei die Auffassung, dass das herrschende Unternehmen stets der oberste Rechtsträger einer Beteiligungskette ist, der wirtschaftlich tätig ist, eine qualifizierte Beteiligung unmittelbar oder mittelbar an den am Umwandlungsvorgang beteiligten Gesellschaften hält und die fünfjährige Vorbehaltensfrist hinsichtlich dieser Beteiligung erfüllt.²⁷⁶ Diese Auslegung wurde durch den BFH mit Urteil vom 28.09.2022²⁷⁷ torpediert. Zunächst legte dieser fest, dass sich die Bestimmung des herrschenden Unternehmens nach dem konkreten Umwandlungsvorgang richte und jeweils gesondert erfolge.²⁷⁸ Demnach könne es bei verschiedenen Umwandlungsvorgängen innerhalb eines Konzerns auch unterschiedliche herrschende Unternehmen geben.²⁷⁹ Falls einer der unmittelbar am Umstrukturierungsvorgang beteiligten Rechtsträger bereits die Eigenschaften eines herrschenden Unternehmens erfülle,²⁸⁰ es sich demnach also um einen Rechtsvorgang entlang der vertikalen Beteiligungskette im Sinne des § 6a S. 3 Alt. 1 GrEStG handelt, stelle dieser Rechtsträger zwingend das herrschende Unternehmen dar.²⁸¹ Dabei weist der BFH darauf hin, dass es nicht von Belang sei, ob dieses herrschende Unternehmen gleichzeitig die abhängige Gesellschaft eines anderen, nicht am Rechtsvorgang beteiligten, Rechtsträgers darstelle,²⁸² da bereits die erste Alternative des § 6a S. 3 GrEStG vorliege und daher ein Rückgriff auf die zweite Alternative nicht zulässig sei.²⁸³

M. E. ist dem Urteil des BFH²⁸⁴ bezüglich der Sachverhalte des § 6a S. 3 Alt. 1 GrEStG zuzustimmen, da der Gesetzeszweck²⁸⁵ der Konzernklausel die Ansicht der Finanzverwaltung ausschließt. So würde die feststehende Qualifizierung des die Voraussetzungen erfüllenden obersten Rechtsträgers als herrschendes Unternehmen bewirken, dass die beteiligungsvermittelnden Gesellschaften in der Nachbehaltensfrist keinen Umstrukturierungen unterliegen könnten, die schädliche Auswirkungen auf die Beteiligungsquote des herrschenden Unternehmens an den abhängigen Gesellschaften hätten. Dies würde das flexible Reagieren auf sich verändernde Marktverhältnisse hemmen, da eine Reihe von Gesellschaften infolgedessen über einen Zeitraum von fünf Jahren nur eingeschränkt umstrukturiert werden könnten.²⁸⁶

Das Urteil enthält jedoch keine eindeutige Aussage hinsichtlich der Identifizierung des herrschenden Unternehmens in Beteiligungsketten, falls keiner der am Rechtsvorgang beteiligten Rechtsträger die Eigenschaften eines herrschenden Unternehmens erfüllt und es sich daher um einen Umwandlungsvorgang zwischen zwei abhängigen Gesellschaften im Sinne

²⁷⁶ Vgl. Oberste Finanzbehörden der Länder v. 22.09.2020, BStBl. I 2020, 960, Tz. 3.1; *Kugelmüller-Pugh* in Viskorf, GrEStG, 20. Auflage 2022, § 6a, Rn. 88.

²⁷⁷ BFH v. 28.09.2022 - II R 13/20, DStRE 2022, 1530.

²⁷⁸ Vgl. BFH v. 28.09.2022 - II R 13/20, DStRE 2022, 1530, Rn. 20.

²⁷⁹ Dafür spricht auch, dass der Gesetzestext des § 6a S. 3 GrEStG verlangt, dass nicht „das“, sondern „ein“ herrschendes Unternehmen am Umwandlungsvorgang beteiligt ist, vgl. *Stenert*, Ubg 2022, 35.

²⁸⁰ Vertiefend zu den beteiligten Gesellschaften eines Umstrukturierungsvorgangs siehe Kapitel 4.2.2.

²⁸¹ Vgl. BFH v. 28.09.2022 - II R 13/20, DStRE 2022, 1530, Rn. 20 f.

²⁸² Andernfalls würde sich um einen Sachverhalt im Sinne des § 6a S. 3 Alt. 2 GrEStG handeln, da beide am Umwandlungsvorgang beteiligten Rechtsträger abhängige Gesellschaften des, sich noch eine weitere Beteiligungsstufe höher befindenden, herrschenden Unternehmens darstellen.

²⁸³ Vgl. BFH v. 28.09.2022 - II R 13/20, DStRE 2022, 1530, Rn. 21.

²⁸⁴ BFH v. 28.09.2022 - II R 13/20, DStRE 2022, 1530.

²⁸⁵ Siehe Kapitel 3.2.

²⁸⁶ So wäre z. B. die Veräußerung der Anteile einer beteiligungsvermittelnden Gesellschaft im Hinblick auf die Nachbehaltensfrist des herrschenden Unternehmens schädlich.

des § 6a S. 3 Alt. 2 GrEStG handelt. Demnach bedarf es einer Analyse der Literaturlauffassungen bezüglich der Identifizierung des herrschenden Unternehmens.

In der Literatur wird zum einen die Auffassung vertreten, dass stets das unterste Unternehmen der Beteiligungskette, welches die Beteiligungsquote und Vorbehaltensfrist bezogen auf eine abhängige Gesellschaft erfüllt, als herrschendes Unternehmen anzusehen ist.²⁸⁷ Begründet wird dies anhand dessen, dass kein Grund ersichtlich sei, der darauf schließen lasse, dass bei Erfüllung der oben genannten Voraussetzungen durch eine Gesellschaft wiederum auf die Gesellschafter dieses Rechtsträgers abzustellen ist.²⁸⁸ Auch die Vorinstanz des BFH-Urteils²⁸⁹, das Finanzgericht Düsseldorf, spricht sich dafür aus, dass die Beteiligungskette zwischen abhängigem und herrschendem Unternehmen möglichst kurz zu halten ist, da dies die Flexibilität fördert und so dem Gesetzeszweck folgt.²⁹⁰

Zum anderen wird wie bei der Bestimmung der Beteiligungshöhe eine Anwendung des Meistbegünstigungsprinzips gefordert, weil die Identifizierung des herrschenden Unternehmens nicht im Gesetzestext bestimmt sei und daher eine extensive Auslegung geboten ist.²⁹¹ Demnach sei das herrschende Unternehmen im Zeitpunkt der Umwandlung nicht auf einen Rechtsträger zu begrenzen, sondern richte sich *ex post* danach, welches der etwaigen herrschenden Unternehmen die Nachbehaltensfrist erfülle.²⁹² Ein Fristverstoß läge demnach nur vor, wenn alle Rechtsträger, die als potenziell herrschenden Unternehmen in Frage kommen, die Nachbehaltensfrist verletzen.

M. E. ist bezüglich der Identifizierung des herrschenden Unternehmens im Sinne von § 6a S. 3 Alt. 2 GrEStG die Auffassung der Finanzverwaltung abzulehnen, da sie wie zuvor beschrieben dem Gesetzeszweck der Konzernklausel widerspricht und sich auch der zweite Senat dafür aussprach, dass von der Konzernspitze abhängige Gesellschaften selbst herrschende Unternehmen darstellen können. Für eine Auslegung, bei der die Gesellschaft, welche die Voraussetzungen des § 6a S. 4 GrEStG erfüllt und die wenigsten Beteiligungsstufen von den am Rechtsvorgang beteiligten abhängigen Gesellschaften entfernt liegt, als herrschendes Unternehmen anzusehen ist,²⁹³ spricht, dass das so geschaffene Abhängigkeitsverhältnis möglichst übersichtlich ist und in den meisten Fällen den Umfang der Umwandlungssperre²⁹⁴ minimiert. Dennoch sind auch Konstellationen denkbar, bei denen hinsichtlich bestimmter Umwandlungen eine höhere Flexibilität erreicht wird, wenn eine andere Gesellschaft als herrschendes Unternehmen angesehen wird.²⁹⁵ Das BFH-Urteil vom 28.09.2022²⁹⁶ deutet auf den ersten Blick ebenfalls auf das Festlegen einer möglichst kurze

²⁸⁷ Vgl. *Krich*, Grunderwerbsteuer im Konzern, 2018, S. 258; *Viskorf* in Boruttau, GrEStG, 19. Auflage 2019, § 6a, Rn. 90.

²⁸⁸ Vgl. *Viskorf* in Boruttau, GrEStG, 19. Auflage 2019, § 6a, Rn. 90.

²⁸⁹ BFH v. 28.09.2022 - II R 13/20, DStRE 2022, 1530.

²⁹⁰ Vgl. FG Düsseldorf v. 20.05.2020 - 7 K 820/17 GE, EFG 2020, 1332, Rn. 23.

²⁹¹ Vgl. *Broemel/Mörwald*, DB 2020, 1033; *Behrens/Seemaier*, Ubg 2020, 633.

²⁹² Vgl. *Behrens/Seemaier*, DStR 2020, 1416; *Gottwald et al.*, Grunderwerbsteuer, 6. Auflage 2021, S. 340.

²⁹³ Insofern würde eine Prüfung von „unten nach oben“ erfolgen.

²⁹⁴ Die Umwandlungssperre des § 6a GrEStG entsteht für beteiligungsvermittelnde Gesellschaften zwischen der herrschenden und den abhängigen Gesellschaften. Da das herrschende Unternehmen in der Nachbehaltensfrist ununterbrochen eine qualifizierte Beteiligung an den am Rechtsvorgang beteiligten abhängigen Gesellschaften halten muss, dürfen die beteiligungsvermittelnden Gesellschaft keinen Umwandlungen unterliegen, die dazu führen, dass das herrschende Unternehmen nicht mehr zu 95 % mittelbar an den abhängigen Gesellschaften beteiligt ist, vgl. § 6a S. 4 GrEStG.

²⁹⁵ Vgl. *Broemel/Mörwald*, DB 2020, 1033.

²⁹⁶ BFH v. 28.09.2022 - II R 13/20, DStRE 2022, 1530.

Beteiligungskette hin, da im vorliegenden Sachverhalt die Tochtergesellschaft als herrschendes Unternehmen der Enkelgesellschaft angesehen wurde und nicht die sich eine Konzernstufe höher befindliche Muttergesellschaft. Dies beruht jedoch ausschließlich darauf, dass es sich bei der Tochter- und Enkelgesellschaft um die Beteiligten der Verschmelzung handelte und der BFH alleinig auf das Verhältnis zwischen den am Rechtsvorgang beteiligten Gesellschaften abstellt.²⁹⁷ Ferner lässt sich die Rechtsprechung ohnehin nicht auf Sachverhalte des § 6a S. 3 Alt. 2 GrEStG anwenden, da bereits aus dem Gesetzestext folgt, dass keiner der am Umwandelungsvorgang beteiligten Rechtsträger ein herrschendes Unternehmen darstellt. Daher kann für diese Zwecke dem BFH-Urteil lediglich entnommen werden, dass eine Orientierung am Ziel der Konzernklausel vorzunehmen ist.

Der Normzweck und die Tatsache, dass der Wortlaut der Konzernklausel für diese Alternative keine eindeutige Aussage zulässt, sprechen meiner Ansicht für die Anwendung des Meistbegünstigungsprinzips, da durch diese Methode den Konzernen hinsichtlich möglicher Umstrukturierungen das größtmögliche Maß an Flexibilität gewährt wird. Auch die Funktion der Behaltensfristen, Missbräuche zu verhindern,²⁹⁸ wird dabei nicht verletzt, da kurzfristige Gestaltungen durch das weiterhin erforderliche Aufrechterhalten eines der Beteiligungsverhältnisse in der Nachbehaltensfrist verhindert werden.

Die zusätzlich gewonnene Flexibilität aus der Meistbegünstigungsregel gegenüber der Auffassung, dass stets das unterste Unternehmen, welches die Voraussetzung erfüllt, als herrschendes Unternehmen anzusehen ist, soll durch das folgende Beispiel verdeutlicht werden:

Die M-GmbH (M) ist Alleingesellschafterin der T1-GmbH (T1) und der T2-GmbH (T2). Die T1 ist wiederum zu 100 % an der wirtschaftlich tätigen E1-GmbH (E1) und der grundbesitzenden E2-GmbH (E2) beteiligt. Diese Beteiligungsverhältnisse bestehen seit über fünf Jahren. Im Jahr 01 wird die E2 auf die E1 verschmolzen. Im Jahr 02 spaltet die T1 ihre Beteiligung an der E1 auf die T2 ab.

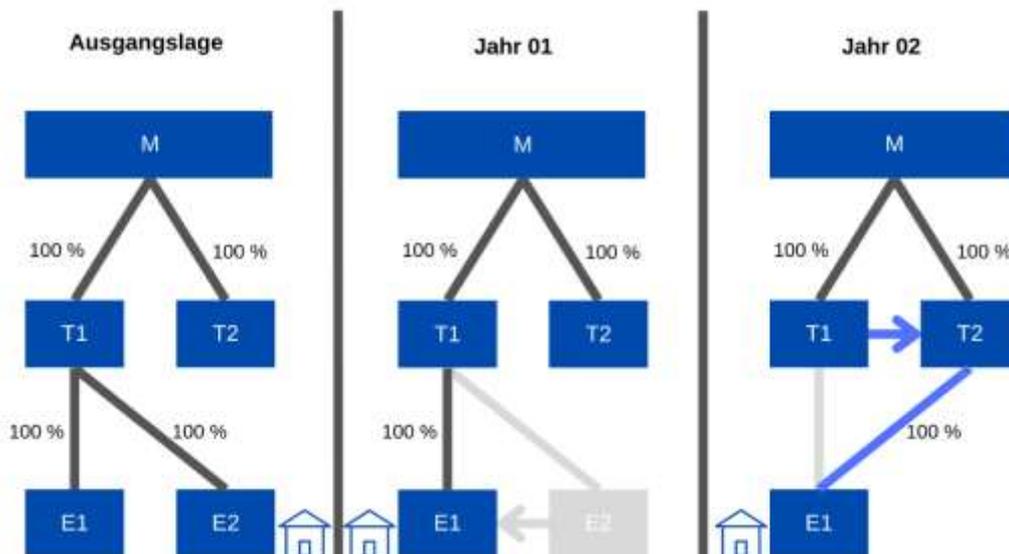


Abbildung 3: Identifizierung des herrschenden Unternehmens

Durch die Verschmelzung der E2 geht das Eigentum am Grundbesitz auf die E1 über. Dieser Rechtsvorgang ist gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 3 GrEStG steuerbar, wird jedoch von § 6a GrEStG

²⁹⁷ Vgl. BFH v. 28.09.2022 - II R 13/20, DStRE 2022, 1530, Rn. 25.

²⁹⁸ Vgl. BT-Drs. 17/147, S. 10.

von der Grunderwerbsteuer befreit, da der privilegierte Steuertatbestand durch einen Umwandlungsvorgang ausgelöst wird. Da es sich um eine horizontale Verschmelzung handelt, dürfen am Rechtsvorgang gemäß § 6a S. 3 Alt. 2 GrEStG ausschließlich von einem herrschenden Unternehmen abhängige Gesellschaften beteiligt sein (E1 und E2). Als potenziell herrschendes Unternehmen würde gemäß dem Meistbegünstigungsprinzip zu diesem Zeitpunkt die T1 und die M in Betracht kommen, da die T1 (unmittelbar) und die M (mittelbar über die T1) zu 100 % an den abhängigen Gesellschaften beteiligt ist und eine wirtschaftliche Tätigkeit jeweils über die (mittelbare) Beteiligung an der E1 vorliegt. Das Einhalten der fünfjährigen Nachbehaltensfrist wäre hinsichtlich beider Beteiligungsverhältnisse möglich. Falls man jedoch der Auslegung folgt, dass der unterste Rechtsträger, der die Voraussetzungen des § 6a S. 4 GrEStG erfüllt, stets als herrschendes Unternehmen zu identifizieren ist, wäre die T1 das herrschende Unternehmen und müsste die Nachbehaltensfrist an der E1 erfüllen.

Durch die Abspaltung der Anteile in 02 läge für den Fall, dass die T1 zwingend als das herrschende Unternehmen anzusehen ist, eine Fristverletzung vor, da die Nachbehaltensfrist an der E1 nicht eingehalten wurde. Bei Anwendung des Meistbegünstigungsprinzips hingegen läge keine Fristverletzung vor, da *ex post* die M als herrschendes Unternehmen anzusehen ist, welche weiterhin mittelbar 100 % der Anteile (nun über die T2) an der E1 hält.

Abwandlung: Statt der Abspaltung der T1, erfolgt im Jahr 02 eine Veräußerung der Anteile an der T1 durch die M an einen Konzernfremden:

In diesem Fall würde das Prinzip der Meistbegünstigung dazu führen, dass die T1 bei der Verschmelzung im Jahr 01 nachträglich als herrschendes Unternehmen der abhängigen Gesellschaften E1 und E2 anzusehen ist.²⁹⁹ Damit würde die Veräußerung nicht zu einer Verletzung der Nachbehaltensfrist führen, da die Nachbehaltensfrist der M unbeachtlich ist.

4.2.4 Abhängige Gesellschaft

Am privilegierten Umstrukturierungsvorgang sind entweder eine oder mehrere abhängige Gesellschaften beteiligt.³⁰⁰ Diese können Kapital- oder Personengesellschaften sein³⁰¹ und gelten als von einem herrschenden Unternehmen abhängig, wenn dieses innerhalb der Vor- und Nachbehaltensfrist unmittelbar oder mittelbar zu mindestens 95 % an der Gesellschaft beteiligt ist.³⁰² Abhängige Gesellschaften müssen zudem nicht wirtschaftlich tätig sein.³⁰³

4.3 Fristen

Hinsichtlich des zuvor analysierten Beteiligungsverhältnisses zwischen den abhängigen Gesellschaften und dem herrschenden Unternehmen ist es erforderlich, dass dieses während

²⁹⁹ In dieser Konstellation würden beide Verfahren somit zu demselben Ergebnis führen.

³⁰⁰ Vgl. § 6a S. 3 GrEStG.

³⁰¹ Vgl. Oberste Finanzbehörden der Länder v. 22.09.2020, BStBl. I 2020, 960, Tz. 3.2; *Kugelmüller-Pugh* in Viskorf, GrEStG, 20. Auflage 2022, § 6a, Rn. 91.

³⁰² Vgl. Oberste Finanzbehörden der Länder v. 22.09.2020, BStBl. I 2020, 960, Tz. 3.2.

³⁰³ Vgl. *Stenert*, Ubg 2022, 35.

der Vor- und Nachbehaltensfrist ununterbrochen eingehalten wird.³⁰⁴ Das Fristenerfordernis dient dabei der Vermeidung von Mitnahmeeffekten,³⁰⁵ die andernfalls durch das kurzfristige Erschaffen der erforderlichen Beteiligungsstruktur vor dem Umwandlungsvorgang und das anschließende zeitnahe Auflösen dieser entstehen könnten.

4.3.1 Gepräge des Fristenerfordernisses

Im Sinne der Vorbehaltensfrist ist es erforderlich, dass das herrschende Unternehmen bereits fünf Jahre vor dem Rechtsvorgang ununterbrochen an der oder den abhängigen Gesellschaften eine Mindestbeteiligung in Höhe von 95 % innehatte.³⁰⁶ Die Nachbehaltensfrist bestimmt demgegenüber, dass die qualifizierte Beteiligung weitere fünf Jahre nach dem Umwandlungsvorgang fortbestehen muss,³⁰⁷ andernfalls entfällt die vollständige Begünstigung rückwirkend.³⁰⁸ Dabei handelt es sich um eine beteiligungsbezogene Betrachtung. Der BFH verdeutlichte dies in einem seiner Urteile vom 22.08.2019, in dem er ausführte, dass es nicht von Relevanz sei, ob der übertragene Grundbesitz während der Fristen im Vermögen des aufnehmenden Rechtsträgers verbleibe, sondern vielmehr nur auf die Beteiligungsverhältnisse abzustellen ist.³⁰⁹

Veränderungen der Abhängigkeitsverhältnisse sind nach übereinstimmender Auffassung der Finanzverwaltung und Literatur unschädlich, wenn das herrschende Unternehmen weiterhin mittelbar oder unmittelbar mindestens 95 % der Anteile an den am Umwandlungsvorgang beteiligten abhängigen Gesellschaften hält.³¹⁰ Eine Verlängerung oder Kürzung der Beteiligungskette innerhalb der Vor- und Nachbehaltensfrist ist unbeachtlich.³¹¹ Die Vor- und Nachbehaltensfrist bezieht sich somit lediglich auf das Beteiligungsverhältnis zwischen dem herrschenden und der am Rechtsvorgang beteiligten abhängigen Gesellschaften, nicht jedoch auf die beteiligungsvermittelnden Rechtsträger.³¹² Dabei ist es auch unschädlich, wenn die Beteiligung des herrschenden Unternehmens an der abhängigen Gesellschaft von einer unmittelbaren auf eine mittelbare Beteiligung abgeschwächt wird.³¹³

4.3.2 Kettenumwandlung

Nach Auffassung der Finanzverwaltung liege ebenso im Fall einer begünstigten Kettenumwandlung keine schädliche Fristverletzung vor.³¹⁴ Eine solche Kettenumwandlung sei dann gegeben, wenn die an einem begünstigten Rechtsvorgang beteiligte abhängige Gesellschaft während der anschließenden Nachbehaltensfrist erneut Teil einer weiteren begünstigten Umwandlung gemäß § 6a GrEStG wird und im Rahmen dieser, beispielsweise durch die Verschmelzung auf eine Schwestergesellschaft, erlischt.³¹⁵ In diesem Fall sei die Nachbehaltensfrist, die vom herrschenden Unternehmen ursprünglich bezüglich der erloschenen

³⁰⁴ Vgl. § 6a S. 4 GrEStG.

³⁰⁵ Vgl. BT-Drs. 17/147, S. 10.

³⁰⁶ Vgl. *Lieber* in Behrens/Wachter, GrEStG, 2. Auflage 2022, § 6a, Rn. 38.

³⁰⁷ Vgl. *Lieber* in Behrens/Wachter, GrEStG, 2. Auflage 2022, § 6a, Rn. 44.

³⁰⁸ Vgl. *Kugelmüller-Pugh* in Viskorf, GrEStG, 20. Auflage 2022, § 6a, Rn. 132.

³⁰⁹ Vgl. BFH v. 22.08.2019 - II R 17/19, BStBl. II 2020, 348, Rn. 36.

³¹⁰ Vgl. Oberste Finanzbehörden der Länder v. 22.09.2020, BStBl. I 2020, 960, Tz. 3.2.2.1; *Kugelmüller-Pugh* in Viskorf, GrEStG, 20. Auflage 2022, § 6a, Rn. 107.

³¹¹ Eine Beteiligungskette kann beispielsweise durch das Einschleichen einer Gesellschaft verlängert werden, vgl. OFD Nordrhein-Westfalen v. 25.03.2021, GrESt-Kartei NRW § 6a GrEStG Karte 2, Tz. 3.2, Beispiel 12.

³¹² Vgl. OFD Nordrhein-Westfalen v. 25.03.2021, GrESt-Kartei NRW § 6a GrEStG Karte 2, Tz. 3.2.

³¹³ Vgl. *Neumayer* in Centrale für GmbH, GmbH-Handbuch, 180. Lieferung, Grunderwerbsteuer bei Umwandlungsvorgängen, Rn. 5579.2; *Märker*, BB 2021, 607 f.

³¹⁴ Vgl. Oberste Finanzbehörden der Länder v. 22.09.2020, BStBl. I 2020, 960, Tz. 3.2.2.2.

³¹⁵ Vgl. Oberste Finanzbehörden der Länder v. 22.09.2020, BStBl. I 2020, 960, Tz. 3.2.2.2.

abhängigen Gesellschaft aufgrund des ersten Umwandlungsvorgangs einzuhalten war, durch die Beteiligung an der übernehmenden abhängigen Gesellschaft des zweiten Umwandlungsvorgangs fortzuführen.³¹⁶

Würde die abhängige Gesellschaft nach dem ersten Umwandlungsvorgang, anstatt auf eine Schwestergesellschaft auf das herrschende Unternehmen verschmolzen werden, läge ebenso keine schädliche Fristverletzung vor und die Nachbehaltensfrist sei nicht fortzuführen,³¹⁷ da nur noch das herrschende Unternehmen verbliebe.³¹⁸

Der BFH entschied bislang noch nicht über einen entsprechenden Sachverhalt der Kettenumwandlung. Dennoch ist m. E. davon auszugehen, dass der zweite Senat diesem Grundsatz zustimmen würde, da so entsprechend dem Ziel der Konzernklausel, die Flexibilität der Konzerne erhöht wird und Umstrukturierungen innerhalb des Konzerns vereinfacht werden.³¹⁹ Zudem entsteht kein zusätzlicher Raum für Missbrauch,³²⁰ da durch die Voraussetzung, dass der Umwandlungsvorgang, der zur Fristverletzung führt, zwingend zwischen abhängigen Gesellschaften desselben herrschenden Unternehmens erfolgen muss, sichergestellt wird, dass lediglich konzerninterne Vorgänge begünstigt werden. Ohnehin ist die Nachbehaltensfrist weiterhin – lediglich bezogen auf ein anderes abhängiges Unternehmen – einzuhalten.³²¹ Eine entsprechende Entscheidung würde zudem der extensiven Auslegung des Anwendungsbereiches der aktuellen BFH-Rechtsprechung folgen.

4.3.3 Widerspruch des Fristenerfordernisses

§ 6a S. 3 und 4 GrEStG fordern, dass hinsichtlich der Beteiligung des herrschenden Unternehmens an den abhängigen Gesellschaften eine Vor- und Nachbehaltensfrist einzuhalten ist. Andernfalls ist die entsprechende Gesellschaft nicht als abhängig anzusehen und eine Begünstigung durch die Konzernklausel wäre ausgeschlossen. Dies würde aufgrund der Tatsache, dass bei einem Großteil der Umwandlungsvorgänge ein beteiligter Rechtsträger im Zuge der Umwandlung erlischt oder neugegründet wird und daher eine Einhaltung der Vor- bzw. Nachbehaltensfrist hinsichtlich der Beteiligung an diesen Gesellschaften unmöglich ist, dazu führen, dass diese Rechtsvorgänge nicht von § 6a GrEStG erfasst werden würden. So würden beispielsweise jegliche Verschmelzungen nicht begünstigt werden, da die übertragenden Rechtsträger als Folge des Vorgangs erlöschen³²² und daher in der Nachbehaltensfrist das Aufrechterhalten der Beteiligung des herrschenden Unternehmens an diesen ausgeschlossen ist. Im Widerspruch dazu führt § 6a S. 1 GrEStG explizit Verschmelzungen als Umwandlungen im Sinne des UmwG als begünstigungsfähig auf.³²³

³¹⁶ Vgl. Oberste Finanzbehörden der Länder v. 22.09.2020, BStBl. I 2020, 960, Tz. 3.2.2.2, Beispiel 6; vgl. OFD Nordrhein-Westfalen v. 25.03.2021, GrESt-Kartei NRW § 6a GrEStG Karte 2, Tz. 3.2, Beispiel 15. So würde beispielsweise eine Ausgliederung eines Grundstücks zur Aufnahme aus dem herrschenden Unternehmen M auf die abhängige Gesellschaft T1 und eine anschließende begünstigte Verschmelzung der T1 auf die T2, welche ebenfalls eine abhängige Gesellschaft der M ist, keine schädliche Fristverletzung bewirken. Die Nachbehaltensfrist, die die M bezüglich der T1 einhalten musste, wäre in diesem Fall durch das Aufrechterhalten einer qualifizierten Beteiligung an der T2 fortzuführen.

³¹⁷ Siehe auch Beispiel in Kapitel 4.3.5.2.3.

³¹⁸ Vgl. Oberste Finanzbehörden der Länder v. 22.09.2020, BStBl. I 2020, 960, Tz. 3.2.2.2, Beispiel 6.

³¹⁹ Vgl. BFH v. 21.08.2019 - II R 16/19, BStBl. II 2020, 333, Rn. 29.

³²⁰ Vgl. BFH v. 21.08.2019 - II R 16/19, BStBl. II 2020, 333, Rn. 30.

³²¹ Abgesehen vom Fall der Verschmelzung auf das herrschende Unternehmen, der sich jedoch mit dem Prinzip der umwandlungsbedingten Fristverletzung vereinbaren lässt, siehe Kapitel 4.3.5.1.

³²² Siehe Kapitel 4.1.1.1.

³²³ Vgl. zu diesem Absatz z.B. BFH v. 22.08.2019 - II R 17/19, BStBl. II 2020, 348, Rn. 20 f.

Die Auflösung dieses Widerspruchs war ein wesentlicher Bestandteil der BFH-Entscheidungen vom 21. und 22.08.2019³²⁴ und soll im Folgenden analysiert werden.

4.3.4 Verbundbegriff der Finanzverwaltung

Die Widersprüchlichkeit des Fristenerfordernisses war nach Auffassung der Finanzverwaltung vor den BFH-Entscheidungen vom 21. und 22.08.2019 anhand des ungeschriebenen Tatbestandsmerkmals des Verbundes zu lösen. Mit dem gleich lautenden Erlass vom 19.06.2012 kreierte die Finanzverwaltung den Verbundbegriff und bestimmte, dass dieser das herrschende Unternehmen, die am Umwandlungsvorgang beteiligten abhängigen Rechtsträger und bei einer mittelbaren Beteiligung des herrschenden Unternehmens auch die beteiligungsvermittelnden Gesellschaften umfasse.³²⁵ Der Verbund musste im Rahmen der Nachbehaltensfrist mindestens fünf Jahre fortbestehen.³²⁶ Somit wurde „eine Art unsichtbarer Kreis“³²⁷ um die beteiligten Rechtsträger geschlossen. Rechtsvorgänge, die zu einer Gründung oder Beendigung eines Verbundes führten, sah die Finanzverwaltung zudem als nicht begünstigungsfähig an.³²⁸

Dieser Auslegung zufolge war beispielsweise die Verschmelzung einer grundbesitzenden abhängigen Gesellschaft auf das herrschende Unternehmen nicht von § 6a GrEStG erfasst, da der Vorgang zu einem Erlöschen des aus den beiden beteiligten Rechtsträgern bestehenden Verbundes führte.³²⁹ Hingegen war die Verschmelzung von zwei abhängigen Gesellschaften begünstigungsfähig, wenn die Nachbehaltensfrist des herrschenden Unternehmens bezüglich der Beteiligung am aufnehmenden Rechtsträger eingehalten wurde.³³⁰ Eine Ausgliederung zur Neugründung aus dem herrschenden Unternehmen war wiederum grundsätzlich nicht begünstigt, da sie zur Gründung eines Verbundes führte.³³¹

Eine Ausnahme bestand hinsichtlich der so genannten „verbundgeborenen Gesellschaft“³³², die sich dadurch qualifizierte, dass sie aus einem bereits bestehenden Verbund durch Verschmelzung oder Spaltung zur Neugründung entstand und so den Verbund erweiterte. Dies bewirkte eine Abfärbung der Behaltensfristen der vorgelagerten abhängigen Gesellschaften auf die verbundgeborene Gesellschaft,³³³ sodass die Vorbehaltensfrist des herrschenden Unternehmens an der neugegründeten Gesellschaft als erfüllt galt, wenn das herrschende Unternehmen wiederum an der abgebenden Gesellschaft seit mehr als fünf Jahren beteiligt war. Bei der anschließenden Beteiligung der verbundgeborenen Gesellschaft an einem weiteren Umwandlungsvorgang wurden die Behaltensfristen im Verbund zusammengerechnet, sodass im Ergebnis die Vorbesitzzeit des herrschenden Unternehmens an der Gesellschaft, aus der die verbundgeborene Gesellschaft entstand, auch für die Beteiligung an der verbundgeborenen Gesellschaft galt.³³⁴

Der BFH lehnte die Anwendung des Verbundbegriffs der Finanzverwaltung jedoch mit seinen Urteilen vom 21. und 22.08.2019 ab und begründete dies jeweils anhand der Tatsache,

³²⁴ Vgl. z. B. BFH v. 22.08.2019 - II R 18/19, BStBl. II 2020, 352, Rn. 21 ff.

³²⁵ Vgl. Oberste Finanzbehörden der Länder v. 19.06.2012, BStBl. I 2012, 662, Tz. 2.1.

³²⁶ Vgl. Oberste Finanzbehörden der Länder v. 19.06.2012, BStBl. I 2012, 662, Tz. 5.

³²⁷ *Krich*, Grunderwerbsteuer im Konzern, 2018, S. 191.

³²⁸ Vgl. Oberste Finanzbehörden der Länder v. 19.06.2012, BStBl. I 2012, 662, Tz. 2.1.

³²⁹ Vgl. Oberste Finanzbehörden der Länder v. 19.06.2012, BStBl. I 2012, 662, Tz. 2.1, Beispiel 1.

³³⁰ Vgl. *Lieber* in Behrens/Wachter, GrEStG, 2. Auflage 2022, § 6a, Rn. 37.

³³¹ Vgl. Oberste Finanzbehörden der Länder v. 19.06.2012, BStBl. I 2012, 662, Tz. 2.1.

³³² Vgl. Oberste Finanzbehörden der Länder v. 19.06.2012, BStBl. I 2012, 662, Tz. 4.

³³³ Vgl. *Krich*, Grunderwerbsteuer im Konzern, 2018, S. 219.

³³⁴ Vgl. Oberste Finanzbehörden der Länder v. 19.06.2012, BStBl. I 2012, 662, Tz. 4; *Lieber* in Behrens/Wachter, GrEStG, 2. Auflage 2022, § 6a, Rn. 40.

dass der Verbundbegriff weder im Wortlaut noch in der Systematik der Konzernklausel Niederschlag finde. Zudem führe die Auffassung der Finanzverwaltung zu nicht gerechtfertigten Ungleichbehandlungen. So sei unter anderem kein Grund ersichtlich, weshalb bestimmte Umwandlungsvorgänge auf der horizontalen Ebene, beispielsweise die Verschmelzung auf eine Schwestergesellschaft, grundsätzlich begünstigungsfähig sind, Umwandlungen entlang der vertikalen Beteiligungsstruktur wie die Verschmelzung einer abhängigen Gesellschaft auf das herrschende Unternehmen jedoch von der Begünstigung ausgeschlossen werden.³³⁵ Auch die Literatur sprach sich einvernehmlich gegen den Verbundbegriff aus.³³⁶

Als Reaktion auf die Urteile beschloss die Finanzverwaltung mit den gleich lautenden Erlassen vom 22.09.2020 am Verbundbegriff nicht weiter festzuhalten.³³⁷ Auch das Konzept der verbundgeborenen Gesellschaft fand in den Erlassen keinen Niederschlag.

4.3.5 Teleologische Reduktion der Fristen

Daneben lässt sich der innere Widerspruch der Konzernklausel durch eine teleologische Reduktion der Fristenvoraussetzung lösen.³³⁸ Eine teleologische Reduktion ist geboten, wenn eine Auslegung nach dem Wortlaut der Norm zu einem sinnwidrigen Ergebnis führt und umfasst die Einschränkung des zu weit gefassten Wortlauts unter Berücksichtigung des Gesetzeszwecks.³³⁹ Der Umfang der teleologischen Reduktion in Zusammenhang mit den zeitlichen Voraussetzungen der Konzernklausel ist jedoch umstritten und soll nachkommend analysiert werden.

4.3.5.1 Umwandlungsbedingte Fristverletzung

Der BFH löst den inneren Widerspruch der Konzernklausel in seinen Urteilen vom 21. und 22.08.2019 durch die Auslegung, dass die Fristen des § 6a S. 4 GrEStG nur einzuhalten seien, wenn das Einhalten dieser im Rahmen des zu begünstigenden Umwandlungsvorgangs möglich ist.³⁴⁰ Somit sei beispielsweise bei einer Ausgliederung zur Neugründung aus dem herrschenden Unternehmen nur die Nachbehaltensfrist einzuhalten.³⁴¹ Die Verletzung der Vorbehaltensfrist hinsichtlich der Beteiligung am neu gegründeten Rechtsträgers sei folglich unschädlich, da ein Einhalten dieser Frist umwandlungsbedingt nicht möglich sei, weil die Gesellschaft durch die Umwandlung erst entstehe.³⁴²

Ein Großteil der Literatur spricht sich dafür aus, dass dieses Vorgehen der Rechtsprechung als teleologische Reduktion einzuordnen sei.³⁴³ In den oben genannten Urteilen wird die Auslegung jedoch nicht explizit als teleologische Reduktion bezeichnet und in der Literatur wird eine solche Klassifizierung vereinzelt sogar negiert.³⁴⁴ M. E. liegt jedoch eine teleologische Reduktion vor, da der BFH die Anwendbarkeit des Fristenerfordernisses, welches der inneren Teleologie der Konzernklausel widerspricht, entsprechend dem Gesetzeszweck

³³⁵ Vgl. zu diesem Absatz z. B. BFH v. 21.08.2019 - II R 20/19, BStBl. II 2020, 341, Rn. 32.

³³⁶ Vgl. Behrens, DStR 2012, 2150 f.; Wösthoff, DStR 2016, 723 f.; Lieber in Behrens/Wachter, GrEStG, 2. Auflage 2022, § 6a, Rn. 37.

³³⁷ Vgl. Oberste Finanzbehörden der Länder v. 22.09.2020, BStBl. I 2020, 960, Tz. 1.

³³⁸ Vgl. Mensching/Tyarks, BB 2010, 91.

³³⁹ Vgl. FG Bremen v. 16.12.2020 - 2 K 151/19, DStRE 2021, 1209, Rn. 150.

³⁴⁰ Vgl. z. B. BFH v. 21.08.2019 - II R 16/19, BStBl. II 2020, 333, Rn. 25.

³⁴¹ Vgl. z. B. BFH v. 21.08.2019 - II R 16/19, BStBl. II 2020, 333, Rn. 26.

³⁴² Vgl. z. B. BFH v. 21.08.2019 - II R 16/19, BStBl. II 2020, 333, Rn. 26.

³⁴³ Vgl. unter anderem Binder/Lorenz, DER KONZERN 2020, 101; Wälzholz/Bayer, GmbHStB 2020, 197; Behrens/Seemaier, DStR 2020, 1417.

³⁴⁴ Vgl. Broemel/Mörwald, DB 2020, 1035.

beschränkt. Auch das FG Bremen bezeichnet in seinem Urteil vom 16.12.2020 das Vorgehen des BFH in den oben genannten Entscheidungen als teleologische Reduktion.³⁴⁵

Konkret sieht der BFH seine Auslegung einerseits in der Zielsetzung der Konzernklausel begründet, da diese das Erleichtern von Umstrukturierungen innerhalb eines Konzerns fordere und verlange, dass alle Umwandlungsvorgänge von der Begünstigung gleichmäßig erfasst werden.³⁴⁶ Würden hingegen entsprechend dem Wortlaut der Konzernklausel bestimmte Umwandlungsvorgänge wie Spaltungen zur Neugründung oder vertikale Verschmelzungen aufgrund des Fristenerfordernisses grundsätzlich von der Konzernklausel ausgeschlossen werden, wäre dieser Zweck verfehlt.³⁴⁷ Andererseits sehe auch die Gesetzesystematik des § 6a GrEStG nach Auffassung des BFH ein solches Verständnis der Fristen vor, da § 6a S. 1 GrEStG explizit Umwandlungen aufführe, bei denen ein Rechtsträger untergehe oder neugegründet werde wie beispielsweise die Abspaltung zur Neugründung (§ 1 Abs. 2 Nr. 2 UmwG, § 123 Abs. 1 Nr. 2 UmwG) und die Verschmelzung (§ 1 Abs. 1 Nr. 1 UmwG).³⁴⁸ Ein dahingehend engerer Anwendungsbereich, der nur bestimmte Arten von Umwandlungsvorgängen erfassen würde, die nicht den Untergang oder die Neugründung eines Rechtsträgers bewirken, hätte explizit in § 6a S. 1 GrEStG aufgenommen werden müssen.³⁴⁹ Basierend auf dem Umstand, dass der entwickelte Grundsatz des BFH weiterhin das Einhalten mindestens einer der beiden Fristen verlange und somit kurzfristige Gestaltungen ausgeschlossen werden können, verstoße diese Auslegung außerdem nicht gegen den Zweck des Fristenerfordernisses, ungewollte Mitnahmeeffekte zu verhindern.³⁵⁰ Mit dieser Auffassung folgt der BFH im Ansatz der bereits lange zuvor in der Literatur herrschenden Ansicht, die Fristen der Konzernklausel seien teleologisch zu reduzieren.³⁵¹

4.3.5.1.1 Umwandlungsbedingte Verletzung der Vorbehaltensfrist

Der zweite Senat benannte in seinen sieben Entscheidungen explizit die Abspaltung und die Ausgliederung zur Neugründung als Umwandlungsvorgänge, in denen eine Verletzung der Vorbehaltensfrist aufgrund umwandlungsrechtlicher Unmöglichkeit unbeachtlich sei.³⁵²

So entschied der BFH in seinem Urteil mit dem Az. II R 16/19 bezüglich der Ausgliederung eines Teilbetriebs zur Neugründung aus einem herrschenden Unternehmen, dass die Steuerergünstigung gemäß § 6a GrEStG trotz der Tatsache, dass das Abhängigkeitsverhältnis zuvor keine fünf Jahre bestand, zu gewähren sei, da die Vorbehaltensfrist aufgrund des Umwandlungsvorgangs nicht eingehalten werden konnte und das herrschende Unternehmen die Nachbehaltensfrist hinsichtlich der Beteiligung am neu gegründeten Rechtsträger erfüllte.³⁵³ In der Entscheidung mit dem Az. II R 21/19 sah er die Konzernklausel ebenfalls

³⁴⁵ Vgl. FG Bremen v. 16.12.2020 - 2 K 151/19, DStRE 2021, 1209, Rn. 153.

³⁴⁶ Vgl. z. B. BFH v. 21.08.2019 - II R 16/19, BStBl. II 2020, 333, Rn. 29.

³⁴⁷ Vgl. z. B. BFH v. 21.08.2019 - II R 16/19, BStBl. II 2020, 333, Rn. 29.

³⁴⁸ Vgl. z. B. BFH v. 21.08.2019 - II R 16/19, BStBl. II 2020, 333, Rn. 28.

³⁴⁹ Vgl. z. B. BFH v. 21.08.2019 - II R 16/19, BStBl. II 2020, 333, Rn. 28.

³⁵⁰ Vgl. z. B. BFH v. 21.08.2019 - II R 16/19, BStBl. II 2020, 333, Rn. 30.

³⁵¹ Vgl. *Teiche*, BB 2012, 2662; *Mensching/Tyarks*, BB 2010, 91.

³⁵² Vgl. z. B. BFH v. 22.08.2019 - II R 17/19, BStBl. II 2020, 348, Rn. 28 f.

³⁵³ Vgl. BFH v. 21.08.2019 - II R 16/19, BStBl. II 2020, 333, Rn. 34 f. Das Einhalten einer Vorbehaltensfrist war nicht erforderlich, da lediglich der ausgliedernde Rechtsträger als herrschendes Unternehmen und die neugegründete Tochtergesellschaft als abhängige Gesellschaft am Rechtsvorgang beteiligt waren.

in einem Fall der Abspaltung eines Teilbetriebs auf eine im Zuge dessen neugegründete Schwestergesellschaft als anwendbar an.³⁵⁴

Auch die Finanzverwaltung übernahm mit den gleich lautenden Erlassen vom 22.09.2020 den Grundsatz der Unbeachtlichkeit einer umwandlungsbedingten Verletzung der Vorbehaltensfrist und enumerierte in diesem Zusammenhang konkret die Aufspaltung, die Abspaltung und die Ausgliederung zur Neugründung.³⁵⁵

Weder die Finanzverwaltung noch der BFH erwähnten diesbezüglich explizit die Verschmelzung zur Neugründung. Meiner Auffassung nach ist jedoch auch bei diesem Rechtsvorgang die Verletzung der Vorbehaltensfrist hinsichtlich der Beteiligung des herrschenden Unternehmens an der durch die Neugründung entstandenen abhängigen Gesellschaft nach den Grundsätzen der Rechtsprechung unbeachtlich. Die Erfüllung dieser Frist ist als direkte Konsequenz des Umwandlungsvorgangs, der gemäß § 6a S. 1 GrEStG i. V. m. § 1 Abs. 1 Nr. 1, § 2 Nr. 2 UmwG zu den begünstigungsfähigen Umwandlungen zählt, unmöglich, da die abhängige Gesellschaft durch die Verschmelzung erst entsteht.³⁵⁶

4.3.5.1.2 Sonderfall: Ausgliederung Einzelunternehmen zur Neugründung

Umstritten ist ferner die Verletzung der Vorbehaltensfrist bei der Ausgliederung eines Einzelunternehmens auf eine neu zu gründende Kapitalgesellschaft. Die Finanzverwaltung vertrat in den gleich lautenden Erlassen vom 22.09.2020 die Auffassung, dass dieser Sachverhalt nicht von § 6a GrEStG erfasst wird.³⁵⁷ Eine Begründung blieb jedoch aus.

Das FG Sachsen sprach sich mit seinem Urteil vom 30.06.2021³⁵⁸ entgegen der Verwaltungsauffassung für die Anwendbarkeit der Konzernklausel bei einer Ausgliederung eines Einzelunternehmens zur Neugründung aus, da alle Voraussetzungen des § 6a GrEStG erfüllt seien. Die natürliche Person sei auch nach der Ausgliederung als herrschendes Unternehmen anzusehen, da sie über ihre Beteiligung wirtschaftlich tätig ist. Im Hinblick auf die Vorbehaltensfrist orientiert sich das Urteil an der ergangenen BFH-Rechtsprechung, die vorsieht, dass eine Fristverletzung bei umwandlungsbedingter Unmöglichkeit unschädlich ist. Da auch der Vorgang der Ausgliederung eines Einzelunternehmens ausdrücklich im UmwG Platz finde³⁵⁹ und damit gemäß § 6a S. 1 GrEStG begünstigungsfähig sei, erscheine es nicht ersichtlich, weshalb die Fristverletzung für diesen konkreten Umwandlungsvorgang dennoch schädlich sein sollte.³⁶⁰

Auch eine mögliche Beanstandung, dass § 6a GrEStG nur bei Konzernstrukturen anwendbar ist und eine solche bei derartigen Umwandlungen nicht vorliegt, spreche nach Auffassung des FG Sachsen nicht gegen eine Steuerbefreiung, da die Vorschrift daneben auch den Zweck verfolge, Umstrukturierungen zu erleichtern.³⁶¹ Zudem äußert sich m. E. bereits durch die Tatsache, dass der BFH auch natürliche Personen als herrschende Unternehmen anerkennt,³⁶² die Absicht, dass § 6a GrEStG einem weiten Konzernverständnis folgen soll.

³⁵⁴ Vgl. BFH v. 22.08.2019 - II R 21/19, BStBl. II 2020, 344, Rn. 35 f. Die Vorbehaltensfrist des herrschenden Unternehmens an der übertragenden abhängigen Gesellschaft wurde erfüllt.

³⁵⁵ Vgl. Oberste Finanzbehörden der Länder v. 22.09.2020, BStBl. I 2020, 960, Tz. 3.2.2.1.

³⁵⁶ So auch *Käshammer/Schuhmann*, DB 2021, 752 f.

³⁵⁷ Vgl. Oberste Finanzbehörden der Länder v. 22.09.2020, BStBl. I 2020, 960, Tz. 2.1.

³⁵⁸ FG Sachsen v. 30.06.2021 - 2 K 121/21, DStR 2021, 2969.

³⁵⁹ § 1 Abs. 1 Nr. 2, § 123 Abs. 3 Nr. 2, § 152, § 158 UmwG.

³⁶⁰ Vgl. zu diesem Absatz FG Sachsen v. 30.06.2021 - 2 K 121/21, DStR 2021, 2969, S. 2970 f.

³⁶¹ Vgl. FG Sachsen v. 30.06.2021 - 2 K 121/21, DStR 2021, 2969, S. 2971.

³⁶² Vgl. BFH v. 21.08.2019 - II R 15/19, BStBl. II 2020, 329, Rn. 40.

Ebenso entschied der BFH bereits in einem der Urteile vom 21.08.2019³⁶³ für den spiegelbildlichen Sachverhalt – der Verschmelzung einer Kapitalgesellschaft auf einen Einzelunternehmer – dass die Nachbehaltensfrist unbeachtlich sei und der Vorgang gemäß § 6a GrEStG begünstigt wäre. Beide Sachverhalte unterscheiden sich lediglich durch die Richtung der Umwandlung, gleichen sich jedoch hinsichtlich der Konzernstruktur.

Seit dem Stattgeben der Nichtzulassungsbeschwerde ist das Urteil des FG Sachsen jedoch unter dem Az. II R 2/22 beim BFH anhängig. Meiner Ansicht nach ist eine Zustimmung des zweiten Senats zur Entscheidung des FG jedoch wahrscheinlich, da dieser sich bereits in seinen vorherigen Urteilen für einen extensiven Anwendungsbereich der Konzernklausel aussprach und dies anhand des aufgestellten Grundsatzes der Unbeachtlichkeit der Fristverletzung aufgrund umwandlungsrechtlicher Unmöglichkeit folgerichtig wäre. Überdies folgte auch das FG Münster in seinem Urteil vom 3.5.2022³⁶⁴ der Argumentation des FG Sachsen und bejaht die Anwendbarkeit der Konzernklausel bei der Ausgliederung eines Einzelunternehmens zur Neugründung. Die Entscheidung des FG Sachsen traf daneben auch in der Literatur auf große Zustimmung.³⁶⁵

4.3.5.1.3 Umwandlungsbedingte Verletzung der Nachbehaltensfrist

Mit den sieben Entscheidungen vom 21. und 22.08.2019 bestimmte der BFH außerdem, dass die Verletzung der Nachbehaltensfrist durch das Erlöschen des übertragenden Rechtsträgers in Folge einer Verschmelzung unbeachtlich sei.³⁶⁶ Konkret entschied der zweite Senat in drei Urteilen bezüglich der Aufwärtsverschmelzung einer abhängigen Gesellschaft auf das herrschende Unternehmen, dass die Steuerbefreiung gemäß § 6a GrEStG zu gewähren sei, da die die Vorbehaltensfrist der Beteiligung des herrschenden Unternehmens an der abhängigen Gesellschaft jeweils eingehalten wurde und die umwandlungsbedingte Verletzung der Nachbehaltensfrist unschädlich sei.³⁶⁷ Folglich ist in Fällen der Aufwärtsverschmelzung auf das herrschende Unternehmen die Nachbehaltensfrist vollständig unbeachtlich. Dies hat zur Folge, dass eine sich der Verschmelzung anschließende Veräußerung der Beteiligung am herrschenden Unternehmen durch eine etwaig bestehende Muttergesellschaft hinsichtlich der Steuerbefreiung der vorausgehenden Verschmelzung unschädlich ist.³⁶⁸

Daneben urteilte der BFH in zwei Sachverhalten über die Seitwärtsverschmelzung zwischen zwei von einem herrschenden Unternehmen abhängigen Gesellschaften. In der Entscheidung vom 21.8.2019 mit dem Az. II R 19/19 gewährte der Senat die Steuerbefreiung, da die Vorbehaltensfrist hinsichtlich beider abhängigen Gesellschaften eingehalten worden sei und die umwandlungsbedingte Beendigung des Beteiligungsverhältnisses zwischen dem herrschenden Unternehmen und dem übertragenden Rechtsträger unschädlich sei.³⁶⁹ Nach der Verschmelzung ist die Nachbehaltensfrist jedoch, im Gegensatz zur Aufwärtsverschmelzung auf das herrschende Unternehmen, für den aufnehmenden Rechtsträger einzuhalten.

³⁶³ BFH v. 21.08.2019 - II R 15/19, BStBl. II 2020, 329.

³⁶⁴ FG Münster v. 03.05.2022 - 8 V 246/22, EFG 2022, 1213.

³⁶⁵ Vgl. *Hornstein/Hefner*, BB 2022, 1881; *Wischott/Graessner*, NWB 2022, 437 f.

³⁶⁶ Vgl. z. B. BFH v. 22.08.2019 - II R 18/19, BStBl. II 2020, 352, Rn. 27 f.

³⁶⁷ Vgl. BFH v. 21.08.2019 - II R 15/19, BStBl. II 2020, 329, Rn. 41; vgl. v. 22.08.2019 - II R 18/19, BStBl. II 2020, 352, Rn. 35; vgl. v. 21.08.2019 - II R 20/19, BStBl. II 2020, 341, Rn. 35 f.

³⁶⁸ *Mohr/Babel Carolin*, Ubg 2020, 351.

³⁶⁹ Vgl. BFH v. 22.08.2019 - II R 19/19, BStBl. II 2020, 337, Rn. 43 f.

Demgegenüber sprach sich der zweite Senat in seinem Urteil vom 22.08.2019 mit dem Az. II R 17/19 bei einem weiteren Fall der Seitwärtsverschmelzung zwischen zwei Schwestergesellschaften gegen die Anwendbarkeit der Konzernklausel aus, da die Muttergesellschaft die qualifizierte Beteiligung bezüglich des aufnehmenden Rechtsträger vor lediglich drei Jahren erworben hätte.³⁷⁰ Demnach sei die Vorbehaltensfrist nicht erfüllt worden und bei dem beteiligten Rechtsträger handele es sich nicht um eine abhängige Gesellschaft im Sinne von § 6a S. 4 GrEStG.³⁷¹

Auch die Finanzverwaltung führt explizit Fälle auf, bei denen das Erfüllen der Nachbehaltensfrist rechtlich unmöglich und daher unbeachtlich ist. Zu diesen zählen neben der in den BFH-Urteilen aufgeführten Verschmelzung auch die Aufspaltung und die Vermögensübertragung jeweils zur Aufnahme oder Neugründung.³⁷² In diesen Fällen ist meiner Auffassung nach zutreffend von einer schädlichen Fristverletzung abzusehen, da bei jedem der Umwandlungsvorgänge als direkte Folge mindestens ein beteiligter Rechtsträger erlischt und es somit nicht mehr möglich ist, die Beteiligung an der Gesellschaft weitere fünf Jahre aufrechtzuerhalten.³⁷³

4.3.5.2 Ausgliederung auf eine neugegründete Gesellschaft

In Hinsicht auf die Reichweite der teleologischen Reduktion der Behaltensfristen aus § 6a GrEStG herrscht in der Literatur Uneinigkeit.³⁷⁴ Auch der BFH hat sich zu dieser Problematik noch nicht explizit positioniert. Von Teilen der Literatur werden jedoch die bisherigen Äußerungen des BFH hinsichtlich der Unbeachtlichkeit einer umwandlungsbedingten Fristverletzung auf ähnlich gelagerte Sachverhalte wie die Ausgliederung zur Aufnahme auf eine vor weniger als fünf Jahren neu gegründete Gesellschaft projiziert.³⁷⁵ Ein solch weites Verständnis wurde jedoch in den Entscheidungen des FG München³⁷⁶ und des FG Nürnberg³⁷⁷ jüngst negiert. Aufgrund einer zugelassenen Revision ist das Urteil des FG Nürnberg unter dem Aktenzeichen II R 31/22 beim BFH anhängig. Vor diesem Hintergrund bedarf es einer Analyse des Umfangs der teleologischen Reduktion und eines Ausblicks auf die zu erwartende Entscheidung des BFH.

4.3.5.2.1 Ausgliederung zur Neugründung vs. Ausgliederung zur Aufnahme

Im Sachverhalt des Urteils des FG Nürnberg vom 14.07.2022 wurde ein Teilbetrieb inklusive Grundbesitz im Wege der Ausgliederung zur Aufnahme gemäß § 123 Abs. 3 Nr. 1 UmwG von der alleinigen Gesellschafterin auf die circa acht Monate zuvor durch Bargründung entstandene Tochtergesellschaft übertragen.³⁷⁸ Das Finanzgericht versagte die Anwendbarkeit der Konzernklausel, da das Beteiligungsverhältnis zwischen den an der Umwandlung beteiligten Rechtsträgern seit weniger als fünf Jahren bestehe und die Vorbehaltensfrist demnach nicht erfüllt gewesen sei.³⁷⁹ Es handele sich außerdem nicht um eine

³⁷⁰ Vgl. BFH v. 22.08.2019 - II R 17/19, BStBl. II 2020, 348, Rn. 36.

³⁷¹ Vgl. BFH v. 22.08.2019 - II R 17/19, BStBl. II 2020, 348, Rn. 36.

³⁷² Vgl. Oberste Finanzbehörden der Länder v. 22.09.2020, BStBl. I 2020, 960, Tz. 3.2.2.2.

³⁷³ Bezüglich der Verschmelzung und Spaltung siehe Kapitel 4.1.1.1. Die Vermögensübertragung wird wegen ihres geringen Anwendungsbereiches in dieser Arbeit nicht näher untersucht.

³⁷⁴ Vgl. *Jahndorf/Kister*, Grunderwerbsteuer in der Beratungspraxis, 2. Auflage 2022, Rn. 418.

³⁷⁵ Vgl. *Käshammer/Schuhmann*, DB 2021, 754 f.

³⁷⁶ FG München v. 03.03.2022 - 4 K 1241/21, EFG 2022, 1216.

³⁷⁷ FG Nürnberg v. 14.07.2022 - 4 K 59/21, EFG 2022, 1778.

³⁷⁸ Vgl. FG Nürnberg v. 14.07.2022 - 4 K 59/21, EFG 2022, 1778, Rn. 2 f.

³⁷⁹ Vgl. FG Nürnberg v. 14.07.2022 - 4 K 59/21, EFG 2022, 1778, Rn. 28.

unbeachtliche umwandlungsbedingte Fristverletzung im Sinne der BFH Urteile vom 21. und 22.08.2019.³⁸⁰

In der Literatur wird demgegenüber teilweise eine andere Auffassung vertreten. *Käshammer* und *Schuhmann* zufolge ergebe sich aus konsequenter Fortführung der BFH-Rechtsprechung, dass eine Ausgliederung von Grundbesitz zur Aufnahme auf eine zuvor durch Ausgliederung zur Neugründung entstandene Gesellschaft zu begünstigen sei.³⁸¹ Dies läge darin begründet, dass bei der Ausgliederung zur Aufnahme auf eine vor weniger als fünf Jahren durch eine Umwandlung entstandene Gesellschaft, ebenso wie bei dem vom BFH explizit entschiedenen Fall der Ausgliederung zur Neugründung, eine unbeachtliche umwandlungsbedingte Verletzung der Vorbehaltensfrist vorläge.³⁸² Denn auch in diesem Fall der Ausgliederung zur Aufnahme kann die Vorbehaltensfrist aufgrund eines Umwandlungsvorgangs nicht erfüllt werden, da das durch die Umwandlung zur Neugründung begründete Beteiligungsverhältnis erst seit weniger als fünf Jahren bestehe.³⁸³ Dieser Grundsatz sei auch auf Fälle zu übertragen, in denen die Gesellschaft durch einen Rechtsvorgang ohne Übertragung von Grundbesitz neugegründet wurde wie beispielsweise bei der Bargründung.³⁸⁴ Demnach wäre auch in dem Sachverhalt des FG Nürnberg die Steuervergünstigung zu gewähren gewesen.

Das Verständnis, dass der BFH-Grundsatz der Unbeachtlichkeit der Fristverletzung auch auf Fälle der Ausgliederung zur Aufnahme, bei denen die aufnehmende Gesellschaft vor weniger als fünf Jahren neugegründet wurde, zu übertragen ist, wird jedoch vom FG Nürnberg grundsätzlich abgelehnt. Die Ausgliederung zur Neugründung unterscheide sich von der Ausgliederung zur Aufnahme dahingehend, dass die Vorbehaltensfrist bei der Neugründung aus Rechtsgründen nicht eingehalten werden könne, da die abhängige Gesellschaft erst durch den Umwandlungsvorgang entstehe, während hingegen bei der Ausgliederung zur Aufnahme beide Gesellschaften bereits vor der Umwandlung bestehen würden.³⁸⁵ Die Begründung des FG bezieht sich somit nicht lediglich auf Fälle, in denen der aufnehmende Rechtsträger zuvor durch Bargründung neu entstand, sondern umfasst alle Sachverhalte, bei denen die aufnehmende Gesellschaft bereits vor der Ausgliederung bestand. So entschied auch das FG München in seinem Urteil vom 03.03.2022 in einem vergleichbaren Sachverhalt.³⁸⁶

M. E. ist der Auffassung der Finanzgerichte insoweit zuzustimmen, dass bei einer Ausgliederung zur Aufnahme auf eine zuvor gegründete Gesellschaft keine umwandlungsbedingte Unmöglichkeit der Einhaltung der Vorbehaltensfrist im Sinne des aufgestellten Grundsatzes der BFH-Urteile vorliegt.³⁸⁷ Dem Wortlaut der Entscheidungen des zweiten Senats vom 21. und 22.08.2019 zufolge sind die Fristen nur einzuhalten, wenn sie „aufgrund eines begünstigten Umwandlungsvorgangs auch eingehalten werden können“³⁸⁸. Im zuvor beschriebenen Sachverhalt kann die Vorbehaltensfrist an der abhängigen Gesellschaft in Bezug auf den Umwandlungsvorgang der Ausgliederung zur Aufnahme eingehalten werden, wenn die Ausgliederung fünf Jahre nach der Gründung der abhängigen Gesellschaft erfolgen würde.

³⁸⁰ Vgl. FG Nürnberg v. 14.07.2022 - 4 K 59/21, EFG 2022, 1778, Rn. 29.

³⁸¹ Vgl. *Käshammer/Schuhmann*, DB 2021, 754.

³⁸² Vgl. *Käshammer/Schuhmann*, DB 2021, 754.

³⁸³ Vgl. *Käshammer/Schuhmann*, DB 2021, 754.

³⁸⁴ Vgl. *Käshammer/Schuhmann*, DB 2021, 755.

³⁸⁵ Vgl. FG Nürnberg v. 14.07.2022 - 4 K 59/21, EFG 2022, 1778, Rn. 31.

³⁸⁶ Vgl. FG München v. 03.03.2022 - 4 K 1241/21, EFG 2022, 1216, Rn. 28.

³⁸⁷ Bezüglich der umwandlungsbedingten Fristverletzung siehe Kapitel 4.3.5.1.

³⁸⁸ BFH v. 22.08.2019 - II R 17/19, BStBl. II 2020, 348, Rn. 27.

Die Verletzung der Vorbehaltensfrist ist somit nicht umwandlungsbedingt unmöglich, sondern vielmehr durch die Wahl des Ausgliederungszeitpunkts entstanden. Zudem lässt sich auch die Begründung anhand der Systematik des § 6a GrEStG, mit der der BFH die Unbeachtlichkeit einer umwandlungsbedingten Fristverletzung rechtfertigt,³⁸⁹ nicht auf den Fall der Ausgliederung zur Aufnahme übertragen. Die Ausgliederung zur Aufnahme wird zwar ebenso wie die Ausgliederung zur Neugründung von § 6a S. 1 GrEStG erfasst, jedoch ergibt sich hinsichtlich dieser Umwandlungsvariante kein Widerspruch aus der Systematik der Konzernklausel,³⁹⁰ da kein Rechtsträger im Zuge der Umwandlung neu entsteht oder erlischt und daher die Fristen des § 6a S. 4 GrEStG eingehalten werden können. Der zweite Senat verfolgte somit mit seiner teleologischen Reduktion primär das Ziel, den Anwendungsbereich des § 6a GrEStG entsprechend dem Gesetzeszweck grundsätzlich für alle Arten von Umwandlungsvorgängen zu eröffnen.³⁹¹ Die Ausgliederung zur Aufnahme kann bereits ohne teleologische Reduktion von § 6a GrEStG erfasst werden. Folglich scheidet meiner Auffassung nach eine umwandlungsbedingte Unbeachtlichkeit der Vorbehaltensfrist im Sinne der BFH-Rechtsprechung im oben beschriebenen Sachverhalt aus.

4.3.5.2.2 FG-Rechtsprechung im Angesicht des Gesetzeszwecks

Dennoch lässt sich das Ergebnis der Auslegung der Finanzgerichte m. E. nicht mit dem Zweck der Konzernklausel vereinbaren. Diese Ansicht wird auch in der Literatur vertreten.³⁹²

So wäre entsprechend der oben genannten Urteile der Finanzgerichte beispielsweise die Ausgliederung eines Teilbetriebs mit Grundbesitz zur Neugründung steuerbefreit, während indessen eine zwei Jahre später stattfindende Ausgliederung von Grundbesitz zur Aufnahme auf die selbige zuvor neugegründete Gesellschaft nicht mehr von der Konzernklausel begünstigt werden würde, obwohl es sich um denselben aufnehmenden Rechtsträger handeln würde.³⁹³

Zudem verfolgte der Gesetzgeber durch die Behaltensfristen des § 6a S. 4 GrEStG den Zweck, Missbrauch durch kurzfristige Gestaltungen zu vermeiden.³⁹⁴ Demnach ist davon auszugehen, dass eine über einen kürzeren Zeitraum bestehende Beteiligung grundsätzlich mit einem höheren Missbrauchspotenzial im Sinne der Behaltensfristen einhergehen würde. Das Verständnis der Finanzgerichte würde jedoch dazu führen, dass ein Unternehmen, das im Zuge der Umwandlung neugegründet wird und an dem daher eine Vorbehaltensfrist von „null“ besteht, zu begünstigen ist, während indessen eine Ausgliederung auf eine vor vier Jahren durch eine Umwandlung entstandene Gesellschaft voll steuerpflichtig wäre. Im Ergebnis würde somit die Gesellschaft trotz ihres – im Vergleich zur neugegründeten Gesellschaft – länger bestehenden Beteiligungsverhältnisses zum herrschenden Unternehmen grunderwerbsteuerlich benachteiligt werden. Die Auslegung würde somit zu widersinnigen Ergebnissen führen, die nicht dem eigentlichen Zweck der Behaltensfristen folgen.

³⁸⁹ Vgl. z. B. BFH v. 22.08.2019 - II R 17/19, BStBl. II 2020, 348, Rn. 20, 30.

³⁹⁰ Zum Widerspruch des Fristenerfordernisses siehe Kapitel 4.3.3.

³⁹¹ Vgl. z. B. BFH v. 22.08.2019 - II R 17/19, BStBl. II 2020, 348, Rn. 31.

³⁹² Vgl. *Behrens/Seemaier*, DStR 2020, 1415; *Brühl*, GmbHR 2022, 831.

³⁹³ So auch *Brühl*, GmbHR 2022, 831.

³⁹⁴ Vgl. BT-Drs. 17/147 v. 03.12.2009, S. 10; BFH v. 21.08.2019 - II R 16/19, BStBl. II 2020, 333, Rn. 30.

Auch die Zielsetzung der Konzernklausel, Umstrukturierungen innerhalb des Konzerns zu erleichtern, um Unternehmen das flexible Reagieren auf Marktveränderungen zu ermöglichen,³⁹⁵ lässt nicht erkennen, weshalb z. B. eine Ausgliederung auf eine vor zwei Jahren durch Umwandlung neu gegründete Gesellschaft im Gegensatz zu einer Ausgliederung zur Neugründung nicht zu begünstigen ist.³⁹⁶ Ein solches Verständnis würde vielmehr dazu führen, dass Unternehmen im vorgenannten Fall statt der Ausgliederung zur Aufnahme auf die vor zwei Jahren entstandene Gesellschaft stets die Ausgliederung zur Neugründung wählen müssten, um eine Befreiung von der Grunderwerbsteuer zu erreichen. Dies würde die Flexibilität einschränken und konzerninterne Umwandlungen ohne haltbare Veranlassung verkomplizieren.

Zusammenfassend stellt somit die Tatsache, dass bei einer Umwandlung zur Aufnahme ein Einhalten der Vorbehaltensfrist grundsätzlich rechtlich möglich ist, zwar den Grund dafür dar, dass die Finanzgerichte in diesen Fällen keine umwandlungsbedingte unbeachtliche Fristverletzung im Sinne der BFH Urteile vom 21. und 22.08.2019 annehmen, dennoch rechtfertigt dieser Umstand meiner Ansicht nach gemessen an der Zielsetzung der Konzernklausel keine unterschiedliche Behandlung gegenüber der Ausgliederung zur Neugründung.

4.3.5.2.3 Konzernintern gegründete Gesellschaft

Falls der BFH in seinem Urteil bezüglich des anhängigen Verfahrens mit dem Az. II R 31/22 die zuvor beschriebene Ungleichbehandlung in der Entscheidung des FG Nürnberg ebenfalls als nicht gerechtfertigt bewertet, ist zudem fraglich, wie er sie aufzulösen vermag.

Dies könnte anhand einer Auslegung in Anlehnung an das von Teilen der Literatur³⁹⁷ als sachgerecht angesehene Konzept der verbundgeborenen Gesellschaft geschehen.³⁹⁸ Eine Weiterführung dieses Konzepts ist prinzipiell möglich, da der BFH mit seinen Urteilen vom 21. und 22.08.2019 zwar den Verbundbegriff als Tatbestandsmerkmal und die Schädlichkeit bei der Beendigung oder Gründung eines Verbundes ablehnte,³⁹⁹ nicht jedoch bezüglich des Prinzips der verbundgeborenen Gesellschaft Stellung bezog. Um eine Abgrenzung zum Verbundbegriff zu schaffen, könnte dieses nachfolgend vorzustellende Prinzip unter der Bezeichnung "konzernintern gegründete Gesellschaft" gefasst werden.

Ein solches Konzept sollte zum einen Rechtsvorgänge erfassen, die bereits unter das ehemalige Prinzip der verbundgeborenen Gesellschaft gefallen wären. Dies würde beispielsweise dazu führen, dass bei einer Abspaltung einer abhängigen Gesellschaft zur Neugründung auf eine Schwestergesellschaft die Vorbehaltensfrist des herrschenden Unternehmens an der übertragenden abhängigen Gesellschaft auf den neuen Rechtsträger abfärbt.⁴⁰⁰ Die neugegründete Gesellschaft würde somit im Hinblick auf die Vorbehaltensfrist den Status der abhängigen Gesellschaft übernehmen, aus der sie entstanden ist. Folglich würde bei einer anschließenden Ausgliederung eines Teilbetriebs mit Grundbesitz des herrschenden Unternehmens zur Aufnahme auf die neue Gesellschaft die Vorbehaltensfrist als eingehalten gelten. Dabei wäre es zudem unbeachtlich, ob die Gesellschaft durch einen Umwandlungsvorgang gegründet wurde, bei dem § 6a GrEStG Anwendung fand oder ob

³⁹⁵ Vgl. BT-Drs. 17/147, S. 10.

³⁹⁶ Vgl. *Behrens/Seemaier*, DStR 2020, 1415.

³⁹⁷ Vgl. *Behrens/Seemaier*, Ubg 2020, 636; *Brühl*, GmbHR 2021, 132; *Broemel/Mörwald*, DStR 2021, 140.

³⁹⁸ Bezüglich der verbundgeborenen Gesellschaft siehe Kapitel 4.3.4.

³⁹⁹ Vgl. z. B. BFH v. 21.08.2019 - II R 16/19, BStBl. II 2020, 333, Rn. 31.

⁴⁰⁰ Vgl. *Behrens/Seemaier*, Ubg 2020, 636; *Brühl*, GmbHR 2021, 132.

die Neugründung ohne Bezug zu Grundbesitz erfolgte, da der BFH nicht auf den Verbleib des Grundbesitzes, sondern lediglich auf die Beteiligungsverhältnisse abstellt.⁴⁰¹

Zum anderen sollte die Anwendbarkeit des Prinzips der konzernintern gegründeten Gesellschaft meiner Auffassung nach ebenfalls Sachverhalte außerhalb des Anwendungsbereiches der verbundgeborenen Gesellschaft erfassen. So sollte das Konzept auch Rechtsvorgänge einschließen, die nach dem damaligen Verständnis der Finanzverwaltung zur Begründung eines Verbundes geführt hätten und damit schädlich gewesen wären.⁴⁰² Demnach sollte auch bei der Ausgliederung zur Neugründung aus einem herrschenden Unternehmen die Vorbehaltensfrist hinsichtlich des Beteiligungsverhältnisses zwischen dem herrschenden Unternehmen und der neugegründeten abhängigen Gesellschaft als erfüllt gelten,⁴⁰³ da sie aus diesem „geboren“ wurde. Demzufolge wäre beispielsweise bei einer anschließenden Ausgliederung zur Aufnahme des herrschenden Unternehmens auf die neugegründete Gesellschaft die Vorbehaltensfrist als eingehalten anzusehen.

Das Konzept der konzernintern gegründeten Gesellschaft führt daher zu einem extensiveren Anwendungsbereich als der Grundsatz der unbeachtlichkeit der Fristverletzung bei umwandlungsbedingter Unmöglichkeit, da dieser lediglich die Fristverletzung bei der Umwandlung zur Neugründung als unbeachtlich betrachtet hätte, nicht jedoch bei der anschließenden Ausgliederung zur Aufnahme.⁴⁰⁴

Das Vorgehen lässt sich zudem auch anhand der von der Finanzverwaltung weiterhin begünstigten Kettenumwandlung begründen.⁴⁰⁵ Die Kettenumwandlung bestimmt, dass die Nachbehaltensfrist einer abhängigen Gesellschaft bei einer Verschmelzung dieses Rechtsträgers auf eine andere abhängige Gesellschaft durch den übernehmenden Rechtsträger fortzuführen ist.⁴⁰⁶ Daneben ist auch eine Verschmelzung der abhängigen Gesellschaft auf das herrschende Unternehmen hinsichtlich der Nachbehaltensfrist, die aus einem vorherigen Umwandlungsvorgang bezüglich der abhängigen Gesellschaft einzuhalten war, unschädlich.⁴⁰⁷ Es ist nicht ersichtlich, weshalb diese Grundsätze nicht auch spiegelbildlich bei der Vorbehaltensfrist, entsprechend dem zuvor beschriebenen Vorgehen der konzernintern gegründeten Gesellschaft, anzuwenden sind.⁴⁰⁸ Demnach sollte auch bei einer Umwandlung mit Beteiligung einer Gesellschaft, die weniger als fünf Jahre zuvor durch Neugründung aus dem herrschenden Unternehmen entstanden ist, das Nichteinhalten der Vorbehaltensfrist unschädlich sein. Das spiegelbildliche Verhältnis zwischen der Kettenumwandlung und dem Prinzip der konzernintern gegründeten Gesellschaft soll durch das nachfolgende Beispiel verdeutlicht werden:

⁴⁰¹ Vgl. BFH v. 22.08.2019 - II R 17/19, BStBl. II 2020, 348, Rn. 36; *Brühl*, GmbHR 2021, 132.

⁴⁰² Die Schädlichkeit eines solchen Vorgangs wurde durch den BFH im Zuge der Absage des Verbundbegriffs negiert, vgl. BFH v. 22.08.2019 - II R 17/19, BStBl. II 2020, 348, Rn. 28–30.

⁴⁰³ Dieser Fall wäre entsprechend dem damaligen Verständnis der verbundgeborenen Gesellschaft nicht zu begünstigen, da die Gesellschaft nicht aus einem Verbund entstand, sondern der Verbund durch die Ausgliederung vielmehr erst begründet wurde, vgl. Oberste Finanzbehörden der Länder v. 19.06.2012, BStBl. I 2012, 662, Tz. 2.1.

⁴⁰⁴ Siehe Kapitel 4.3.5.1.1.

⁴⁰⁵ Vgl. Oberste Finanzbehörden der Länder v. 22.09.2020, BStBl. I 2020, 960, Tz. 3.2.2.2.

⁴⁰⁶ Siehe Kapitel 4.3.2.

⁴⁰⁷ Vgl. Oberste Finanzbehörden der Länder v. 22.09.2020, BStBl. I 2020, 960, Tz. 3.2.2.2, Beispiel 5.

⁴⁰⁸ So auch im Ansatz *Behrens/Seemaier*, Ubg 2020, 636.

Kettenumwandlung: Die wirtschaftlich tätige M-GmbH (M) ist Alleingeschafterin der T1-GmbH (T1) und der grundbesitzenden T2-GmbH (T2). Die Beteiligungsverhältnisse bestehen seit mehr als fünf Jahren. Im Jahr 01 wird die T2 auf die T1 verschmolzen. Im Jahr 02 findet eine Verschmelzung der T1 auf die M statt.

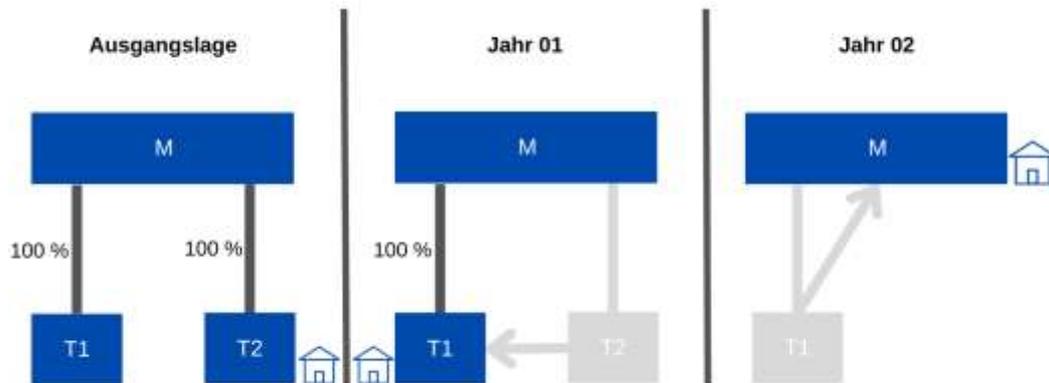


Abbildung 4: Kettenumwandlung

Quelle: in Anlehnung an Oberste Finanzbehörden der Länder v. 22.09.2020, BStBl. I 2020, 960, Tz. 3.2.2.2, Beispiel 5.

Durch die Verschmelzung der T2 geht der Grundbesitz auf die T1 über, sodass der Grunderwerbsteueratbestand § 1 Abs. 1 Nr. 3 GrEStG erfüllt wird. Die beteiligten Rechtsträger T1 und T2 sind als abhängige Gesellschaften des herrschenden Unternehmens M zu qualifizieren. Die Verletzung hinsichtlich der Nachbehaltensfrist an der T2 ist unschädlich, weil sie umwandlungsbedingt aufgrund des Erlöschens der T2 im Zuge der Verschmelzung nicht eingehalten werden kann. Folglich ist der Vorgang gemäß § 6a GrEStG von der Grunderwerbsteuer befreit und die M ist dazu verpflichtet die qualifizierte Beteiligung an der T1 für weitere fünf Jahre zu halten.

Infolge der Verschmelzung in 02 geht der Grundbesitz auf die M über und die T1 erlischt. Die einzuhaltende Nachbehaltensfrist aufgrund der Verschmelzung in 01 wurde demnach nicht eingehalten. Diese Fristverletzung ist jedoch aufgrund des Prinzips der begünstigten Kettenumwandlung unbeachtlich und es kommt zu keinem rückwirkenden Entfallen der Begünstigung.

Daneben erfüllt auch die Verschmelzung in 02 erneut den Tatbestand des § 1 Abs. 1 Nr. 3 GrEStG. Jedoch greift auch hier die Konzernklausel trotz des Erlöschens der T1 und der damit verbundenen Verletzung der Nachbehaltensfrist, weil das Einhalten der Frist umwandlungsbedingt unmöglich ist.

Spiegelbildlich – Konzernintern gegründete Gesellschaft: Die M-GmbH (M) gliedert in 01 zwei Geschäftsbereiche – davon einer mit Grundbesitz – zur Neugründung auf die T1-GmbH (T1) aus. Im Jahr 02 spaltet die T1 den Geschäftsbereich mit Grundbesitz zur Neugründung auf die T2 ab.

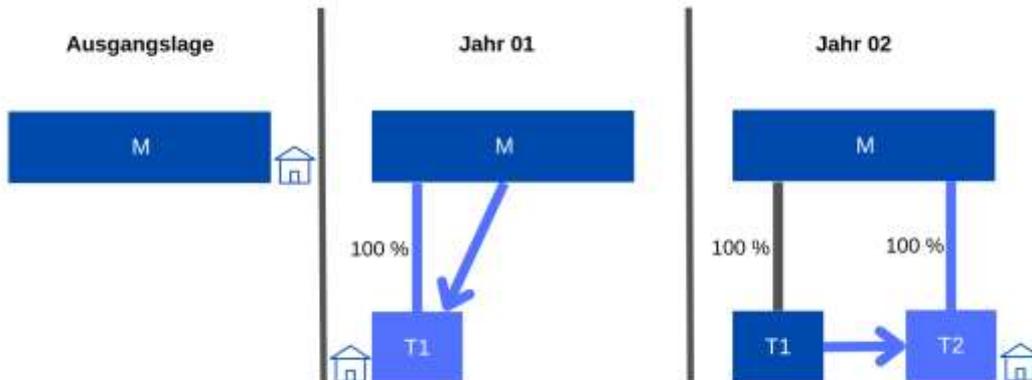


Abbildung 5: Konzernintern gegründete Gesellschaft

Durch die Ausgliederung in 01 wird der Tatbestand § 1 Abs. 1 Nr. 3 GrEStG erfüllt, da das Eigentum am Grundbesitz von der M auf die T1 übergeht. Der Vorgang ist gemäß § 6a GrEStG begünstigt, da die Vorbehaltensfrist an der T1 aufgrund der Neugründung und somit umwandlungsbedingt nicht eingehalten werden konnte.⁴⁰⁹ M muss jedoch die Nachbehaltensfrist bezüglich der Beteiligung an der T1 erfüllen.

Angesichts der Abspaltung in 02 sind erneut die Voraussetzungen des Grunderwerbsteueratbestands § 1 Abs. 1 Nr. 3 gegeben. Am Rechtsvorgang sind die T1 und die T2 beteiligt. Damit die Umwandlung als begünstigt anzusehen ist, müssten beide gemäß § 6a S. 3 Alt. 2 GrEStG vom herrschenden Unternehmen M abhängig sein. Die Beteiligungshöhe von über 95 % ist eindeutig erfüllt. Die Vorbehaltensfrist an der T2 ist wegen der Neugründung umwandlungsbedingt unmöglich und daher unbeachtlich. Da die Beteiligung der M an der T1 jedoch lediglich seit einem Jahr besteht, liegt hier eine Nichteinhaltung der Vorbehaltensfrist vor. Diese ist jedoch nicht umwandlungsbedingt unmöglich⁴¹⁰ und eine Unbeachtlichkeit entsprechend des vom BFH aufgestellten Grundsatzes scheidet folglich aus. Die T1 wäre jedoch bei Anwendung des Prinzips der konzernintern gegründeten Gesellschaft als abhängiges Unternehmen anzusehen, da sie in 01 aus dem herrschenden Unternehmen (M) entstanden ist und demnach die Vorbehaltensfrist hinsichtlich dieser Beteiligung als erfüllt gelten würde. Damit wäre auch eine spiegelbildliche Betrachtung der Kettenumwandlung gegeben.

Der BFH konnte bislang nicht über die zuvor dargestellten Fallgestaltungen der konzernintern gegründeten Gesellschaft entscheiden. Eine spiegelbildliche Betrachtung dürfte jedoch grundsätzlich auch im Sinne der BFH-Rechtsprechung zutreffend sein, da der zweite Senat in seinen Urteilen vom 21. und 22.08.2019 ebenfalls eine solche vornahm und erwähnte, dass die Verschmelzung als das „wirtschaftliche und rechtliche Spiegelbild“⁴¹¹ der Spaltung zur Neugründung zu bezeichnen ist und daher beide Vorgänge begünstigt sein sollten.

⁴⁰⁹ Alternativ zum BFH Grundsatz der umwandlungsbedingten Fristverletzung würde auch das Konzept der konzernintern gegründeten Gesellschaft bewirken, dass die Vorbehaltensfrist als erfüllt anzusehen ist, da die T1 aus der M entstand.

⁴¹⁰ Siehe Kapitel 4.3.5.2.1.

⁴¹¹ BFH v. 21.08.2019 - II R 16/19, BStBl. II 2020, 333, Rn. 31.

Zudem folgt das Prinzip der konzernintern gegründeten Gesellschaft dem Ziel der Konzernklausel⁴¹² und bewirkt eine grunderwerbsteuerliche Erleichterung von Umstrukturierungen innerhalb des Konzerns. Ferner steht es nicht im Widerspruch zum Zweck der Beteiligungsfristen, ungewollte Mitnahmeeffekte zu vermeiden,⁴¹³ da es lediglich innerhalb des Konzerns ohne Beteiligung von Dritten Anwendung findet. Auch das Urteil des BFH mit dem Az. II R 17/19,⁴¹⁴ in dem er eine Anwendung der Konzernklausel bei der Ausgliederung zur Aufnahme aufgrund der Verletzung der Vorbehaltensfrist negierte, spricht nicht gegen ein solches Konzept, da die abhängige Gesellschaft im Sachverhalt des Urteils nicht konzernintern gegründet, sondern erworben wurde. Daher besteht eine hohe Wahrscheinlichkeit, dass der BFH auch in den dargestellten Fallgestaltungen der konzernintern gegründeten Gesellschaft eine Begünstigung sehen könnte.

Zusammenfassend sollte das Konzept der konzernintern gegründeten Gesellschaft bewirken, dass bei der Neugründung eines Rechtsträgers durch einen Rechtsvorgang aus § 6a S. 1 GrEStG – insbesondere durch Umwandlungen – die Vorbehaltensfrist, die an der Gesellschaft erfüllt wurde, die die Neugründung vornimmt, auf den neu entstandenen Rechtsträger abfärbt. Im Ergebnis erbt der neu gegründete Rechtsträger somit den Status hinsichtlich der Vorbehaltensfrist von der Gesellschaft, von der er gegründet wurde. Bei einer Neugründung durch das herrschende Unternehmen sollte zudem die Frist bezüglich des Beteiligungsverhältnisses zwischen dem herrschenden und der gegründeten Gesellschaft mangels Abfärbemöglichkeit als erfüllt anzusehen sein.

Summa summarum würde eine Anwendung des Konzepts der konzernintern gegründeten Gesellschaft im beim BFH unter Az. II R 31/22 anhängigen Sachverhalt des FG Nürnberg⁴¹⁵ dazu führen, dass die Steuervergünstigung zu gewähren wäre, wenn die Bargründung als Rechtsvorgang gemäß § 6a S. 1 GrEStG anzusehen wäre. Für eine solche Einordnung der Bargründung spricht sich beispielsweise *Käshammer* aus, da nicht ersichtlich sei, weshalb eine Einbringung, die explizit in § 6a S. 1 GrEStG aufgeführt wird, nur die Sacheinlage umfassen solle, nicht jedoch die Bargründung.⁴¹⁶ Dies ist m. E. zutreffend, es ist jedoch fraglich, ob der BFH dieser Einordnung folgt.

4.4 Bewertung der Rechtsprechung und der Auffassung der Finanzverwaltung

Mit den Urteilen vom 28. und 29.08.2019 und der weiteren jüngeren Rechtsprechung folgte der BFH durchweg einem weiten Verständnis des Anwendungsbereiches der Konzernklausel und sprach sich in nahezu allen Entscheidungen für eine Anwendbarkeit des § 6a GrEStG aus.⁴¹⁷ In Bezug auf den Zweck der Konzernklausel ist dies grundsätzlich als positiv zu beurteilen, da so Umstrukturierungen innerhalb des Konzerns erleichtert werden und Unternehmen flexibler auf Marktveränderungen reagieren können.

So führte die Klarstellung durch den zweiten Senat, dass das herrschende Unternehmen nicht Unternehmer i. S. d. UStG sein muss und vielmehr eine wirtschaftliche Tätigkeit ausreiche, zu einer Erweiterung des Anwendungsbereiches des § 6a GrEStG.⁴¹⁸ Allerdings sind

⁴¹² Vgl. BT-Drs. 17/147 v. 03.12.2009, S. 10; BFH v. 21.08.2019 - II R 16/19, BStBl. II 2020, 333, Rn. 29.

⁴¹³ Vgl. BFH v. 21.08.2019 - II R 16/19, BStBl. II 2020, 333, Rn. 30.

⁴¹⁴ BFH v. 22.08.2019 - II R 17/19, BStBl. II 2020, 348.

⁴¹⁵ FG Nürnberg v. 14.07.2022 - 4 K 59/21, EFG 2022, 1778.

⁴¹⁶ Vgl. *Käshammer/Schuhmann*, DB 2021, 754.

⁴¹⁷ Der zweite Senat entschied lediglich in seinem Urteil vom 22.8.2019 mit dem Aktenzeichen II R 17/19, dass die die Steuervergünstigung nicht anwendbar sei.

⁴¹⁸ Vgl. z. B. BFH v. 22.08.2019 - II R 17/19, BStBl. II 2020, 348, Rn. 17.

die diesbezüglichen Ausführungen des BFH meiner Ansicht nach nicht genügend konkretisiert und eröffnen weitere Zweifelsfragen. Dies veranlasste die Finanzverwaltung dazu an die Eigenschaft der wirtschaftlichen Tätigkeit hohe Anforderungen zu stellen, welche die Anwendbarkeit der Konzernklausel in der Praxis deutlich verkomplizieren. M. E. sollte das herrschende Unternehmen die geforderte Eigenschaft bereits dann erfüllen, wenn es eine mittelbare oder unmittelbare Beteiligung an einer beliebigen abhängigen Gesellschaft, die wirtschaftlich tätig ist, innehat.⁴¹⁹

Ebenso ist die Entscheidung des Senats, dass das herrschende Unternehmen auch durch eine Gesellschaft unterhalb der Konzernspitze verkörpert werden kann, zu begrüßen.⁴²⁰ Er positionierte sich jedoch nicht hinsichtlich der Identifizierung des herrschenden Unternehmens in Beteiligungsketten bei Sachverhalten gemäß § 6a S. 3 Alt. 2 GrEStG. Hier würde m. E. eine Verwendung des Meistbegünstigungsprinzips dem Zweck der Konzernklausel Rechnung tragen.⁴²¹ Selbiges sollte auch bei der offenen Streitfrage der Bestimmung der Beteiligungshöhe bei mittelbaren Beteiligungen zur Anwendung kommen. Dies würde sowohl eine Berechnung anhand der Durchrechnungsmethode als auch die Stufenbetrachtung zulassen.⁴²²

Vor allem führte die Versagung des Verbundbegriffs der Finanzverwaltung, der zuvor die Anwendung der Konzernklausel bei bestimmten Umwandlungsvorgängen entgegen dem Gesetzeszweck verwehrte, zu einer erheblichen Erleichterung. Das stattdessen aufgrund teleologischer Reduktion eingeführte alternative Konzept der Unschädlichkeit einer Fristverletzung, wenn die Frist umwandlungsbedingt nicht eingehalten werden kann, ermöglicht eine Begünstigung dieser zuvor nach Auffassung der Finanzverwaltung schädlichen Umwandlungsvorgänge. Dennoch ist die vorgenommene teleologische Reduktion m. E. nicht weitgehend genug, da eine solche Auslegung zu widersinnigen Ergebnissen führt. So wurde in zwei Finanzgerichtsentscheidungen⁴²³ eine Anwendung der Konzernklausel bei Ausgliederungen auf eine jeweils vor weniger als fünf Jahren gegründete Gesellschaft negiert. Das vorgestellte Prinzip der konzernintern gegründeten Gesellschaft⁴²⁴ würde m. E. zu sachgerechteren Ergebnissen führen und Umstrukturierungen innerhalb von Konzernen deutlich vereinfachen. Es bleibt jedoch abzuwarten, wie sich der BFH im anhängigen Revisionsverfahren mit dem Az. II R 31/22⁴²⁵ positioniert. Zwar betrifft dieses Verfahren den besonderen Fall der (konzerninternen) Bargründung, allerdings wäre zu hoffen, dass sich der BFH im Rahmen eines *obiter dictum* zu den übrigen in Kapitel 4.3.5.2.3 erörterten Fallkonstellationen der konzernintern gegründeten Gesellschaft äußert.

Resümierend ist die jüngere Rechtsprechung auch aus Sicht der Praxis hochwillkommen zu heißen. So wurden die Anwendungsmöglichkeiten der Konzernklausel, die vor dem Kurswechsel durch den BFH aufgrund der unsicheren Rechtslage und der restriktiven Auslegung durch die Finanzverwaltung nur selten Anwendung fand,⁴²⁶ deutlich erhöht. Zu kritisieren ist neben dem Umfang der teleologischen Reduktion jedoch auch, dass zahlreiche Zwei-

⁴¹⁹ Siehe Kapitel 4.2.3.2.

⁴²⁰ Vgl. BFH v. 28.09.2022 - II R 13/20, DStRE 2022, 1530, Rn. 20.

⁴²¹ Siehe Kapitel 4.2.3.4.

⁴²² Siehe Kapitel 4.2.3.3.

⁴²³ FG Nürnberg v. 14.07.2022 - 4 K 59/21, EFG 2022, 1778; FG München v. 03.03.2022 - 4 K 1241/21, EFG 2022, 1216.

⁴²⁴ Siehe Kapitel 4.3.5.2.3.

⁴²⁵ Vorgehend: FG Nürnberg v. 14.07.2022 - 4 K 59/21, EFG 2022, 1778.

⁴²⁶ Vgl. Loose, DB 2020, 921.

felsfragen wie z. B. der Umfang der Steuerbegünstigung bei der Erfüllung der Steuertatbestände § 1 Abs. 2a, 2b, 3 und 3a GrEStG in mehreren Teilakten weiterhin keine höchst-richterliche Klärung erfahren haben und so für Unsicherheiten in der Praxis sorgen.

Die Finanzverwaltung vertritt durch die Übernahme der wesentlichen Grundsätze der BFH-Rechtsprechung in die gleich lautenden Erlasse vom 22.09.2020⁴²⁷ ein im Vergleich zu den Erlassen vom 19.06.2012⁴²⁸ weiteres Verständnis des Anwendungsbereiches der Nieberrhebungsnorm.

Bezüglich der bislang noch nicht durch die Rechtsprechung geklärte Fallkonstellation der Steuerbefreiung bei Erfüllung des § 1 Abs. 2a GrEStG in mehreren Teilakten spricht sie sich für eine anteilige Steuerbefreiung aus. Dies ist m. E. als sachgerecht zu bewerten.⁴²⁹ Zu kritisieren ist jedoch, dass die anteilige Steuerbefreiung nicht auch bei § 1 Abs. 3 GrEStG Anwendung finden soll. Meiner Auffassung nach sollte auch bei diesem Tatbestand eine Steuerbefreiung im Verhältnis, in welchem die Anteile in der Hand des Erwerbers insgesamt durch begünstigte Umstrukturierungen erworben wurden, gewährt werden.⁴³⁰

Allerdings beantwortet die Finanzverwaltung weitere offene Zweifelsfragen wie beispielsweise die Identifizierung des herrschenden Unternehmens oder die Begünstigungsfähigkeit der Ausgliederung eines Einzelunternehmens, entgegen dem Zweck der Konzernklausel und der von der Rechtsprechung verfolgten Linie, stets restriktiv. M. E. wäre daher insoweit eine Revision der gleich lautenden Erlasse vom 22.09.2020 durch die Finanzverwaltung angebracht.

5 Konsequenzen für die Gestaltungspraxis

Aufbauend auf dem zuvor analysierten Wandel der Auslegung des Anwendungsbereiches der Konzernklausel durch die Rechtsprechung und den im Rahmen dieser Arbeit entwickelten Auflösungen der Zweifelsfragen wird im Folgenden untersucht, inwiefern sich etwaige Gestaltungsmöglichkeiten zur Reduzierung der grunderwerbsteuerlichen Belastung bei konkreten geplanten Grundstücksübertragungen und Umstrukturierungen der Konzernstruktur ergeben würden.⁴³¹

5.1 Gestaltungen zur Steuervermeidung bei Grundstücksübertragungen

Bei anstehenden Grundstücksübertragungen im Konzern sollte grundsätzlich beachtet werden, dass eine Übertragung von Grundbesitz von einer Konzerngesellschaft auf eine andere im Wege eines Umwandlungsvorgangs oder eines anderen begünstigten Rechtsvorgangs im Sinne der Konzernklausel grundsätzlich einem direkten Verkauf oder der Einbringung des Grundstücks vorzuziehen ist, da solche nach § 1 Abs. 1 GrEStG steuerbar wären und folglich nicht von § 6a GrEStG begünstigt werden können.

Um zu verdeutlichen, wie Umwandlungsvorgänge entsprechend dem Verständnis des § 6a GrEStG durch die jüngere Rechtsprechung und der m. E. zutreffenden Auslegung der Zwei-

⁴²⁷ Oberste Finanzbehörden der Länder v. 22.09.2020, BStBl. I 2020, 960.

⁴²⁸ Oberste Finanzbehörden der Länder v. 19.06.2012, BStBl. I 2012, 662.

⁴²⁹ Siehe Kapitel 4.1.2.3.

⁴³⁰ Siehe Kapitel 4.1.2.4.

⁴³¹ Dabei bezieht sich das Ziel der Gestaltungen ausschließlich auf die Reduzierung von Grunderwerbsteuer, mögliche Belastungen durch andere Steuern bleiben unbeachtet. Zudem werden nur Gestaltungsmöglichkeiten in Zusammenhang mit § 6a GrEStG untersucht. Begünstigungen in Verbindung mit §§ 5 und 6 GrEStG bleiben daher außen vor.

felsfragen genutzt werden können, eine Belastung mit Grunderwerbsteuer bei Grundstück-sübertragungen zu verhindern, werden nachfolgend für konkrete steuerbare Rechtsvor-gänge alternative Gestaltungswege entwickelt.

5.1.1 Erfüllen der Sacheinlageverpflichtung

Zunächst soll aufgezeigt werden, wie eine zu erbringende Sacheinlage im Rahmen einer Kapitalerhöhung durch die Einbringung eines Grundstücks erfüllt werden kann, ohne eine grunderwerbsteuerliche Belastung zu verursachen.

Die Erfüllung der Einlageverpflichtung durch eine direkte Einbringung des Grundstücks würde gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG Grunderwerbsteuer auslösen, da die Übereignung in diesem Fall durch ein Rechtsgeschäft begründet werden würde und eine Anwendung der Konzernklausel folglich ausscheidet.⁴³² Eine mögliche Gestaltungsvariante ist die Einbringung von Anteilen an einer grundbesitzenden Gesellschaft, die zuvor durch Ausgliederung zur Neugründung aus dem Gesellschafter, der sich zu einer Sacheinlage verpflichtet hat, entstanden ist. Nach der Einbringung würde die Gesellschaft, deren Anteile eingebracht wurden, auf die aufnehmende Gesellschaft verschmolzen werden. So könnte die Einlageverpflichtung erfüllt werden, ohne dass Grunderwerbsteuer entsteht.⁴³³ Das konkrete Vorgehen und die entsprechende grunderwerbsteuerliche Behandlung werden im Folgenden anhand eines beispielhaften Sachverhalts aufgezeigt:

Die grundbesitzende M-GmbH (M) ist seit mehr als fünf Jahren zu 100 % an der wirtschaftlich tätigen A-GmbH (A) beteiligt. Die A nimmt eine Kapitalerhöhung vor und M wird zu einer Sacheinlage verpflichtet. Dazu gliedert die M zunächst ihr Grundstück zur Neugründung auf die B-GmbH (B) aus. Anschließend bringt die M die Anteile an der grundbesitzenden B in die A zur Erfüllung ihrer Einlageverpflichtung ein. Nachfolgend wird die B auf die A aufwärtsverschmolzen.

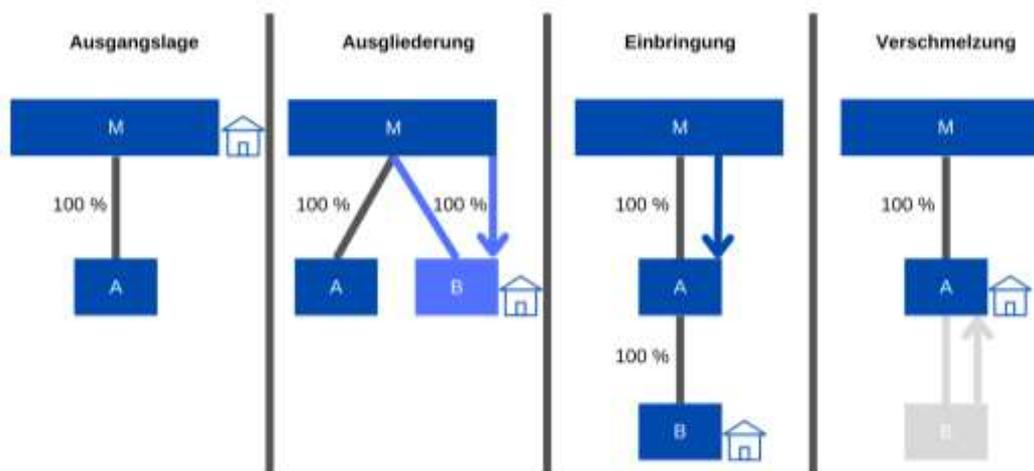


Abbildung 6: Gestaltung – Sacheinlageverpflichtung

Mit der Ausgliederung des Grundstücks zur Neugründung wird der Steuertatbestand § 1 Abs. 1 Nr. 3 GrEStG erfüllt. Eine Verletzung der Vorbehaltensfrist durch die neugegründete

⁴³² Vertiefend zur Einbringung siehe Kapitel 4.1.1.2.

⁴³³ Falls die Grundstücksübertragung auf die Tochtergesellschaft nicht im Zuge einer Sacheinlageverpflichtung erfolgen soll, bietet sich zudem die Umwandlungsmethode der Ausgliederung zur Aufnahme an. Im Zuge dessen könnte das Grundstück mit nur einem Rechtsgeschäft grunderwerbsteuerneutral eingebracht werden, wenn das herrschende Unternehmen die Beteiligung an der aufnehmenden Gesellschaft weitere fünf Jahre aufrechterhält.

B ist unbeachtlich, da die Frist umwandlungsbedingt nicht eingehalten werden konnte. Folglich findet § 6a GrEStG Anwendung und M muss die Nachbehaltensfrist an der B erfüllen. Durch die anschließende Einbringung der Beteiligung wird die Nachbehaltensfrist nicht verletzt, da die M weiterhin, wenn nun auch nur mittelbar über die A, an der B zu mindestens 95 % beteiligt ist.⁴³⁴

Infolge der Einbringung wird der Steuertatbestand § 1 Abs. 2b GrEStG erfüllt, da mindestens 90 % der Anteile an der grundbesitzenden B auf einen neuen Gesellschafter (A) übergehen. Am Umstrukturierungsvorgang sind die M als übertragender und die A als aufnehmender Rechtsträger beteiligt. Die B stellt lediglich das umstrukturierte Vermögen dar und ist demnach im Sinne des § 6a GrEStG nicht als Beteiligte der Einbringung anzusehen.⁴³⁵ Bei der A handelt es sich um eine abhängige Gesellschaft des herrschenden Unternehmens M. Damit sind an der Einbringung, die auch ein begünstigter Rechtsvorgang im Sinne von § 6a S. 1 GrEStG ist, ausschließlich ein herrschendes Unternehmen und eine von diesem abhängige Gesellschaft beteiligt und der Einbringungsvorgang wird von der Konzernklausel erfasst. Die M muss an der A, bezogen auf diesen Umwandlungsvorgang, eine fünfjährige Nachbehaltensfrist einhalten.

Die anschließende Verschmelzung führt zu einer Steuerbarkeit nach § 1 Abs. 1 Nr. 3 GrEStG. Am Rechtsvorgang sind die A und die B als beteiligte Rechtsträger anzusehen. Bei der B handelt es sich meiner Ansicht nach durch die Ausgliederung um eine aus der M konzernintern gegründete Gesellschaft, sodass die Vorbehaltensfrist der M an der B als erfüllt anzusehen ist. Die Verletzung der Nachbehaltensfrist aufgrund des Erlöschens der B infolge der Verschmelzung ist wegen umwandlungsbedingter Unmöglichkeit unbeachtlich. Auch die A stellt eine abhängige Gesellschaft der M dar. Ergo ist die Umwandlung gemäß § 6a GrEStG steuerbefreit, da es sich um einen Rechtsvorgang mit Beteiligung von zwei von einem herrschenden Unternehmen abhängigen Gesellschaften handelt.⁴³⁶

Die Verschmelzung bewirkt außerdem, dass die Nachbehaltensfrist, die durch die vorherige Ausgliederung von der M an der B zu erfüllen war, nicht eingehalten wird. Dank dem Vorliegen einer begünstigten Kettenumwandlung ist dies jedoch unschädlich⁴³⁷ und die Nachbehaltensfrist ist durch das Halten der Beteiligung am aufnehmenden Rechtsträger (A) fortzuführen.

5.1.2 Grundstücksübertragung auf eine nicht abhängige Gesellschaft

Ist es angedacht, Grundbesitz von einer Schwester- oder Muttergesellschaft auf einen Rechtsträger zu übertragen, dessen Beteiligung vor weniger als fünf Jahren von einem Dritten erworben wurde, sind vorbereitende Umstrukturierungen notwendig, um eine grunderwerbsteuerneutrale Übertragung zu ermöglichen. Ziel dieser Umwandlungen ist es

⁴³⁴ Eine Modifizierung der unmittelbaren Beteiligung in eine mittelbare Beteiligung ist hinsichtlich der Nachbehaltensfrist unschädlich, solange die Beteiligung in qualifizierter Höhe dauerhaft während der Frist aufrechterhalten wird, siehe Kapitel 4.3.1.

⁴³⁵ Siehe Kapitel 4.2.2.

⁴³⁶ Obwohl eine Aufwärtsverschmelzung erfolgt, ist die A nicht als das herrschende Unternehmen der B anzusehen, da sie erst seit der Einbringung an der B beteiligt ist und dementsprechend die Vorbehaltensfrist an dieser nicht erfüllt. Vielmehr sind beide Gesellschaften von der M abhängig. An der A hält die M eine unmittelbare qualifizierte Beteiligung. Die B wurde durch die M gegründet und daher erfüllt das Beteiligungsverhältnis zwischen beiden Rechtsträgern kraft des Prinzips der konzernintern gegründeten Gesellschaft die Vorbehaltensfrist. Die Modifizierung durch die Einbringung der Anteile und die nun mittelbar (über die A) bestehende Beteiligung der M an der B steht dem nicht entgegen.

⁴³⁷ Eine Kettenumwandlung ist gegeben, da die B erneut Teil eines begünstigten Umwandlungsvorgangs wird, im Rahmen dessen sie zudem untergeht, siehe Kapitel 4.3.2.

dabei, die Gesellschaft, an der die Vorbehaltensfrist nicht erfüllt wurde, durch eine konzerninterne Neugründung in eine abhängige Gesellschaft zu transformieren.

Dies kann realisiert werden, indem der erworbene Rechtsträger auf die grundbesitzende Gesellschaft verschmolzen und anschließend zusammen mit dem Grundstück von dieser wieder zur Neugründung abgespalten bzw. ausgegliedert wird. Die grunderwerbsteuerlichen Konsequenzen einer solcher Umstrukturierung werden nachfolgend im Wege eines prägnanten Beispiels bezüglich Schwestergesellschaften erläutert:

Die M-GmbH (M) ist seit mehr als fünf Jahren Alleingesellschafterin der grundbesitzenden und wirtschaftlich tätigen A-GmbH (A). Die M erwarb zudem im Jahr 01 von der konzernfremden Z-GmbH eine 100%ige Beteiligung an der B-GmbH (B), die keinen Grundbesitz innehat. Das Grundstück der A soll in 02 auf die B übertragen werden.

Neben einem ohnehin nicht begünstigungsfähigen Verkauf scheidet auch eine Übertragung des Grundbesitzes im Wege der Abspaltung auf die B aus, da die B aufgrund ihres lediglich seit einem Jahr bestehenden Beteiligungsverhältnisses mit der M keine abhängige Gesellschaft darstellt.

Stattdessen wird die B in 02 auf die A verschmolzen. Nachfolgend spaltet die A den Grundbesitz und die Vermögenswerte der ehemaligen B zur Neugründung auf eine Schwestergesellschaft ab, die künftig ebenfalls unter dem Namen „B-GmbH“ firmieren soll.

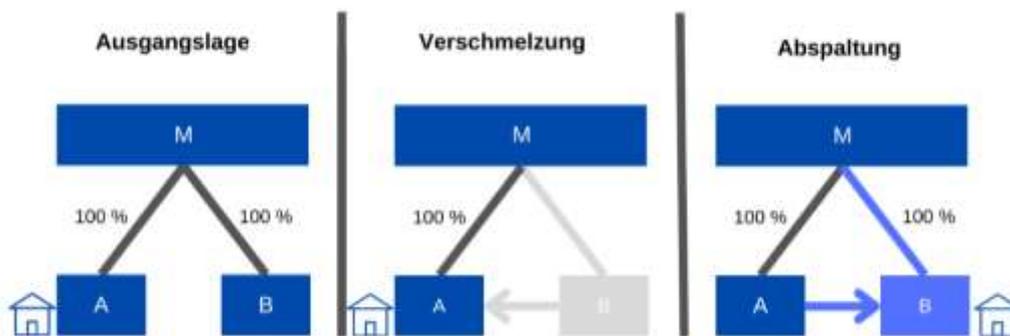


Abbildung 7: Gestaltung – Nicht abhängige Schwestergesellschaft

Die Verschmelzung der B auf die A in 02 löst keinen Grunderwerbsteuertatbestand aus, da sich im übertragenen Vermögen kein Grundbesitz befindet. Durch die anschließende Abspaltung des Grundstücks und des zuvor übertragenen Vermögens zur Neugründung aus der A wird der Steuertatbestand § 1 Abs. 1 Nr. 3 GrEStG erfüllt. Die Verletzung der Vorbehaltensfrist an der neu gegründeten B ist dabei unbeachtlich, da sie umwandlungsbedingt nicht eingehalten werden konnte. Demnach sind die an der Abspaltung beteiligten Rechtsträger (A und B) abhängige Gesellschaften des herrschenden Unternehmens M und der Vorgang wird von § 6a GrEStG erfasst.

Ein ähnliches Vorgehen ist bei der Übertragung von Grundbesitz der Muttergesellschaft auf eine zuvor erworbene Tochtergesellschaft möglich. Das Verfahren unterscheidet sich lediglich dadurch, dass die Tochtergesellschaft aufwärtsverschmolzen wird und anschließend

eine Ausgliederung zur Neugründung aus der Muttergesellschaft stattfindet.⁴³⁸ Dasselbe Ergebnis kann auch durch das Verändern der Umwandlungsreihenfolge erreicht werden.⁴³⁹

Somit kann im Rahmen einer Verschmelzung und einer anschließenden Spaltung zur Neugründung eine nicht abhängige Gesellschaft in eine abhängige Gesellschaft transformiert werden, die überdies anschließend wegen ihrer Eigenschaft als konzernintern gegründete Gesellschaft unmittelbar an weiteren Umwandlungen beteiligt werden kann. Diese Gestaltungsmöglichkeit kann allerdings nur grunderwerbsteuerneutral durchgeführt werden, wenn der vor den Umwandlungen nicht als abhängige Gesellschaft zu qualifizierende Rechtsträger selbst keinen Grundbesitz innehat.

5.1.3 Grundstücksübertragung von einer nicht abhängigen Gesellschaft

Wird hingegen beabsichtigt, Grundstücke von einer grundbesitzenden Gesellschaft, deren Beteiligung vor weniger als fünf Jahren von einem Dritten erworben wurde, auf die Muttergesellschaft zu übertragen, sind anderweitige Gestaltungen notwendig, um eine Übertragung ohne Belastung durch Grunderwerbsteuer zu realisieren. Ein grunderwerbsteuerneutrales Überführen der erworbenen Gesellschaft in einen abhängigen Rechtsträger entsprechend dem im vorherigen Kapitel beschriebenen Vorgehen wäre bereits durch die Verschmelzung der nicht abhängigen Gesellschaft auf die Muttergesellschaft zu versagen. Die Verschmelzung würde den Steuertatbestand § 1 Abs. 1 Nr. 3 GrEStG wegen der Übertragung von Grundbesitz erfüllen und § 6a GrEStG wäre nicht anwendbar. Der übertragende Rechtsträger wäre aufgrund der Verletzung der Vorbehaltensfrist nicht als eine abhängige Gesellschaft des übernehmenden herrschenden Unternehmens anzusehen.

Um dennoch eine Übereignung des Grundbesitzes ohne Grunderwerbsteuerbelastung zu erreichen, ist eine Übertragung mit Hilfe des Vehikels der Anwachsung denkbar. Die anwachsende Gesellschaft ist bei einer Anwachsung, die durch eine Umwandlung ausgelöst wurde, meiner Auffassung nach nicht als Beteiligte des Rechtsvorgangs anzusehen.⁴⁴⁰ Demnach ist es bezüglich § 6a GrEStG unschädlich, wenn der anwachsende Rechtsträger die Voraussetzungen einer abhängigen Gesellschaft und somit auch die Vorbehaltensfrist nicht erfüllt.

Konkret ist es zunächst notwendig, dass die grundbesitzende Kapitalgesellschaft durch einen Formwechsel in eine Personengesellschaft umgewandelt wird. Um einen solchen Formwechsel zu ermöglichen, müssen zum Zeitpunkt des Formwechsels mindestens zwei Gesellschafter beteiligt sein.⁴⁴¹ Falls die grundbesitzende Kapitalgesellschaft lediglich einen Gesellschafter hat, könnte dieser durch Ausgliederung zur Neugründung eine konzernintern gegründete Gesellschaft schaffen. Diese würde anschließend im Zuge des Formwechsels als vermögensloser Gesellschafter in die grundbesitzende Gesellschaft eintreten. Nach

⁴³⁸ Eine diesem Verfahren ähnelnde Gestaltungsmöglichkeit war auch vor der Ablehnung des Verbundbegriffs durch das ehemalige Konzept der verbundgeborenen Gesellschaft möglich. Allerdings musste bereits vor der Umwandlung ein Verbund bestehen, damit dieser nicht erst durch die Neugründung begründet wurde, vgl. *Arnold*, Umstrukturierung inländischer Konzerne unter Beachtung des § 6a GrEStG, 2015, S. 335 f.

⁴³⁹ Alternativ zur zuvor beschriebenen Variante kann die grunderwerbsteuerneutrale Grundstücksübertragung ebenfalls durch das Ausgliedern des Grundstücks der Muttergesellschaft auf eine im Zuge dessen neu entstandene Tochtergesellschaft und eine anschließende Verschmelzung der erworbenen Gesellschaft auf den konzernintern gegründete Rechtsträger erfolgen.

⁴⁴⁰ Siehe Kapitel 4.2.2.

⁴⁴¹ Vgl. OLG Oldenburg v. 19.12.2019 - 12 W 133/19, NZG 2020, 193, Rn. 8.

dem Formwechsel wäre der vermögenslose Gesellschafter auf die Muttergesellschaft zu verschmelzen.⁴⁴² Der Verschmelzungsvorgang würde bewirken, dass an der Personengesellschaft nur noch ein Gesellschafter beteiligt ist, sodass das Vermögen inklusive Grundbesitz auf den verbleibenden Anteilsinhaber anwächst. Das Vorgehen soll anschließend mittels eines fiktiven Konzernsachverhalts verdeutlicht werden:

Die wirtschaftlich tätige M-GmbH (M) erwarb im Jahr 01 von der konzernfremden Y-GmbH eine 100%ige Beteiligung an der grundbesitzenden A GmbH (A). Im Jahr 02 ist es angebracht, den Grundbesitz der A grunderwerbsteuerneutral auf die M zu übertragen.

Jegliche Formen der Umwandlung mit Beteiligung der A scheiden jedoch aus, da diese aufgrund des Nichteinhaltens der Vorbehaltensfrist nicht als abhängige Gesellschaft der M anzusehen ist. Aufgrund dessen gliedert die M in 02 einen Teilbetrieb zur Neugründung auf die B-GmbH (B) aus. Anschließend erfolgt ein Formwechsel der A-GmbH in eine Kommanditgesellschaft (A-KG), im Zuge dessen zudem die B als nicht vermögensmäßig beteiligte Komplementärin eingesetzt wird. Daraufhin wird die B auf die M verschmolzen, sodass als Konsequenz der Umwandlung die A-KG erlischt und ihr Vermögen im Wege der Gesamtrechtsnachfolge auf die M anwächst.

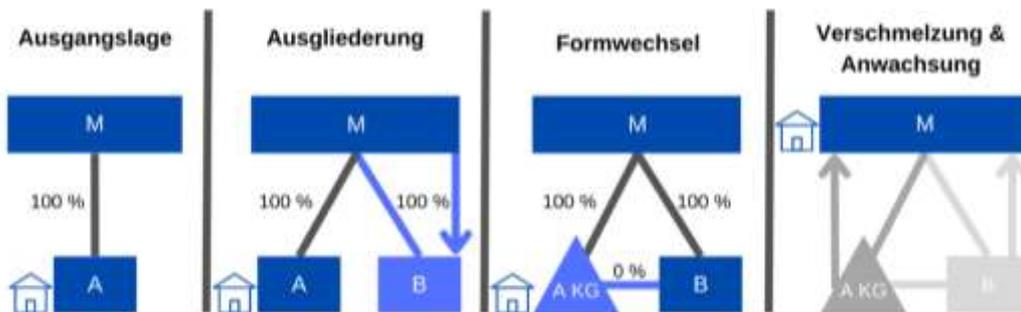


Abbildung 8: Gestaltung – Anwachsung

Die Ausgliederung zur Neugründung aus der M in 02 löst keinen Tatbestand des § 1 GrEStG aus, da kein Grundbesitz übertragen wird. Auch der Formwechsel der A-GmbH in die A-KG und das damit verbundene Einsetzen der B als Komplementärin löst keine Steuerbarkeit aus. Da die Identität des Rechtsträgers bei einem heterogenen Formwechsel gewahrt wird, liegt einerseits kein unmittelbarer Übergang des zivilrechtlichen Eigentums am Grundbesitz gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 3 GrEStG vor und andererseits ist keine erstmalige Anteilsvereinigung gemäß § 1 Abs. 3 Nr. 2 GrEStG gegeben.⁴⁴³

Die Verschmelzung der B auf die M bewirkt, dass der übertragende Rechtsträger (B) erlischt. Dies hat wiederum unmittelbar zur Folge, dass der vorletzte Gesellschafter der A-KG ausscheidet und das Vermögen inklusive Grundbesitz auf den verbleibenden Gesellschafter (M) anwächst. Ergo wird durch die Verschmelzung ein Grundstücksübergang von der, durch die Anwachsung ebenfalls erloschenen, A-KG auf die M realisiert und damit eine

⁴⁴² Vgl. *Wischoth/Keller/Graessner*, NWB 2013, 3470 f. die ein ähnliches Vorgehen entsprechend der Rechtslage vor der Versagung des Verbundbegriffs durch das Austreten des vorletzten Gesellschafters beschreiben. Dabei musste aber neben der erworbenen grundbesitzenden Gesellschaft zwingend bereits eine abhängige Gesellschaft des herrschenden Unternehmens bestehen, da durch die hier vorgenommene Ausgliederung zur Neugründung aus dem herrschenden Unternehmen ein Verbund begründet worden wäre, was stets zu einer Grunderwerbsteuerbelastung geführt hätte.

⁴⁴³ Siehe Kapitel 4.1.1.4.

Steuerbarkeit gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 3 GrEStG ausgelöst. Als Beteiligte des Umwandlungsvorgangs i. S. v. § 6a S. 3 GrEStG sind m. E. lediglich die B und die M anzusehen, weil diese den übertragenden und aufnehmenden Rechtsträger des Verschmelzungsvorgang darstellen, der ursächlich für die Anwachsung ist. Die A-KG ist nur als das umstrukturierte Vermögen anzusehen.⁴⁴⁴ Demzufolge muss die A-KG die Voraussetzungen einer abhängigen Gesellschaft nicht einhalten. Die B ist hingegen als abhängige Gesellschaft des herrschenden Unternehmens M anzusehen, da sie aus diesem konzernintern gegründet wurde, sodass die Vorbehaltensfrist hinsichtlich des Beteiligungsverhältnisses zwischen den beiden Rechtsträgern als erfüllt gilt. Die Verletzung der Nachbehaltensfrist ist zudem unbeachtlich, da die B durch die Verschmelzung umwandlungsbedingt unterging. Sämtliche Voraussetzungen der Nichterhebungsvorschrift § 6a GrEStG sind somit gegeben, sodass der Rechtsvorgang von der Grunderwerbsteuer befreit wird. Die M muss keine weitere Nachbehaltensfrist erfüllen.

5.2 Umhängen von Beteiligungen an grundbesitzenden Gesellschaften

Neben grunderwerbsteuerneutralen Grundstücksübertragungen können Gestaltungen in Zusammenhang mit § 6a GrEStG ebenfalls genutzt werden, um die Beteiligungsstruktur im Konzern ohne Belastung durch Grunderwerbsteuer zu verändern. Diese werden immer dann bedeutsam, wenn im Zuge der Umstrukturierung Anteile von grundbesitzenden Gesellschaften übertragen werden.

Grundsätzlich kann davon profitiert werden, dass bei einer Einbringung von Anteilen an einer grundbesitzenden Gesellschaft lediglich die abgebende und die aufnehmende Gesellschaft als Beteiligte des Rechtsvorgangs anzusehen sind, nicht jedoch die Gesellschaft, deren Anteile eingebracht werden.⁴⁴⁵ Demnach kommt eine Begünstigung durch die Konzernklausel auch dann in Betracht, wenn die Gesellschaft, deren Anteile eingebracht werden, die Voraussetzungen einer abhängigen Gesellschaft nicht erfüllt.

Exemplarisch soll im Folgenden dargestellt werden, wie eine Beteiligung an einer grundbesitzenden Gesellschaft, die vor weniger als fünf Jahren erworben wurde, auf eine Schwestergesellschaft, die ebenfalls nicht die Vorbehaltensfrist erfüllt, umgehängt werden kann:

Die wirtschaftlich tätige M-GmbH (M) ist seit mehr als fünf Jahren an der A-GmbH (A) beteiligt, die im Jahr 01 eine 100%ige Beteiligung an der grundbesitzenden C-GmbH (C) erwarb. Im selben Jahr erwarb die M zudem alle Anteile an der B-GmbH (B). Im Jahr 02 ist nun beabsichtigt, die Beteiligung an der C von der A auf die B umzuhängen.

⁴⁴⁴ Siehe dazu ausführlich: Kapitel 4.2.2.

⁴⁴⁵ Siehe Kapitel 4.2.2.

Eine Einbringung der Beteiligung durch die A wäre nicht begünstigt, da die aufnehmende Gesellschaft (B) keine von einem herrschenden Unternehmen abhängige Gesellschaft darstellt. Stattdessen wird aus der A ein Teilbetrieb auf die in diesem Wege neugegründete D-GmbH (D) abgespalten.⁴⁴⁶ Anschließend wird die B auf die D verschmolzen und die D in „B“ umfirmiert. Die A bringt zudem ihre Anteile an der C im Wege der Einbringung in die B (früher „D“) ein.⁴⁴⁷

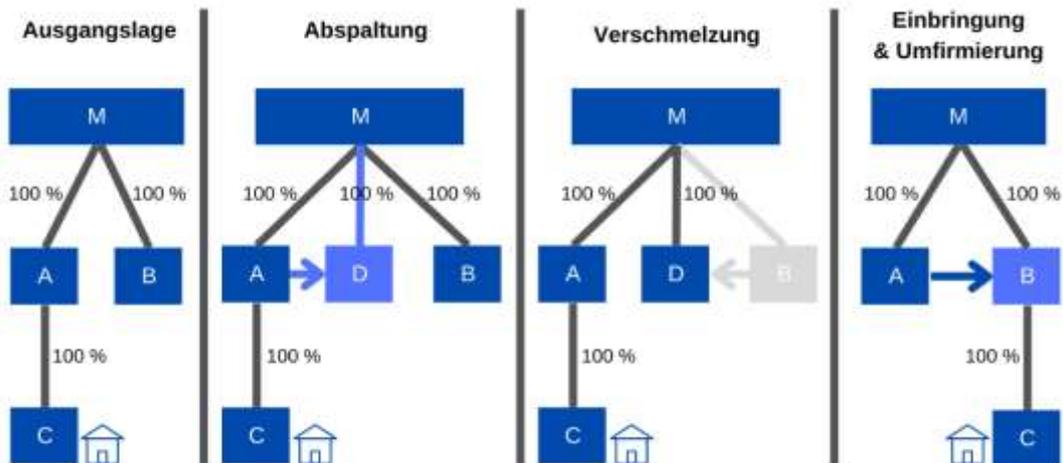


Abbildung 9: Gestaltung – Umhängen einer Beteiligung

Weder die Abspaltung aus der A noch die anschließende Verschmelzung der B erfüllen einen der Tatbestände des § 1 GrEStG, da kein Grundbesitz von den Umwandlungen betroffen ist. Durch die Einbringung der Anteile an der C in die zuvor neugegründete B (früher „D“) kommt es bei der C zu einem Übergang von mindestens 90 % (100 %) der Anteile auf neue Gesellschafter, sodass § 1 Abs. 2b GrEStG ausgelöst wird. An der Einbringung sind die A und die B (früher „D“) beteiligt, während die C lediglich das umstrukturierte Vermögen darstellt. Bei der A handelt es sich um eine abhängige Gesellschaft der M. Auch die durch Abspaltung aus der A neugegründete D (später unter „B“ firmierend) ist als eine abhängige Gesellschaft anzusehen. Da es sich bei ihr um eine konzernintern gegründete Gesellschaft handelt, färbt der Status hinsichtlich der von M an der A erfüllten Vorbehaltsfrist auf sie ab. Damit wäre die Frist des Beteiligungsverhältnisses zwischen der B (früher „D“) und der M als erfüllt anzusehen. Folglich sind ausschließlich abhängige Gesellschaften am Einbringungsvorgang beteiligt und Steuerbefreiung gemäß § 6a GrEStG tritt ein.

6 Fazit

In Folge der Extensivierung des Anwendungsbereiches der Konzernklausel durch die jüngere BFH-Rechtsprechung steht Konzernen eine größere Auswahl von „Werkzeugen“ zur Verfügung, um gewünschte Zielstrukturen mit einer minimalen Grunderwerbsteuerbelastung zu erreichen, da im Vergleich zur Situation vor den Urteilen des BFH vom 21. und 22.08.2019 deutlich mehr Arten von Umwandlungsvorgängen von § 6a GrEStG erfasst werden. So können zum Beispiel durch die Versagung des Verbundbegriffs nun auch Umwandlungsvorgänge, die zum Entstehen – z. B. Ausgliederungen zur Neugründung – oder

⁴⁴⁶ Alternativ könnte unter anderem auch eine Ausgliederung zur Neugründung aus der M erfolgen.

⁴⁴⁷ Als Gegenleistung erhält die A entsprechende Anteile an der B (früher „D“). Auf eine Darstellung im Schaubild wurde verzichtet.

zum Erlöschen – z. B. Verschmelzungen – einer abhängigen Gesellschaft führen, mit in die Gestaltungsüberlegungen einbezogen werden.

Zusätzlich können Konzerne davon profitieren, dass die Auswahl der an einer begünstigten Umwandlung beteiligten Rechtsträger aus einer größeren Anzahl an Alternativmöglichkeiten erfolgen kann. So bewirkt beispielsweise die Ablehnung des Tatbestandsmerkmals der umsatzsteuerrechtlichen Unternehmereigenschaft, dass zusätzliche Gesellschaften als herrschendes Unternehmen in Betracht kommen können.

Es bestehen allerdings weiterhin zahlreiche von der Rechtsprechung bislang unbeantwortete Zweifelsfragen. Folgt man der in dieser Arbeit vertretenen Auffassung bezüglich dieser offenen Streitpunkte, sind alternative Gestaltungen zur Grundstücksübertragung innerhalb des Konzerns mittels Umwandlungsvorgängen in vielen weiteren Fällen möglich. Dies resultiert daraus, dass der ohnehin durch den zweiten Senat bereits erweiterte Kreis der potenziellen Gesellschaften, die an einer begünstigten Umwandlung beteiligt sein können, noch weiter gefasst wird. Beispielsweise führt das m. E. anzuwendende Konzept der konzernintern gegründeten Gesellschaft⁴⁴⁸ dazu, dass neu gegründete Gesellschaften bereits unmittelbar im Anschluss ihrer Entstehung erneut Beteiligte eines von § 6a GrEStG erfassten Umstrukturierungsvorgangs werden können. Auch das meiner Auffassung nach sachgerechte Prinzip der Meistbegünstigung bei der Identifizierung des herrschenden Unternehmens in Fällen von § 6a S. 3 Alt. 2 GrEStG bewirkt,⁴⁴⁹ dass nicht ganze Beteiligungsketten aufgrund der einzuhaltenden Nachbehaltensfrist über einen Zeitraum von fünf Jahren nur eingeschränkt umstrukturiert werden dürfen.

Gleichwohl ermöglicht die Rechtsprechung des BFH kombiniert mit der in dieser Arbeit vertretenen Auslegung der Zweifelsfragen keine Gestaltungen, die über die Zielsetzung der Konzernklausel hinausgehen. So ergeben sich aus § 6a GrEStG weder Möglichkeiten, das Eintreten eines Grundstücks in den Konzern noch das Ausscheiden dieses aus der Konzernstruktur, grunderwerbsteuerneutral zu gestalten. Bei derartigen Rechtsvorgängen würde es sich nicht um konzerninterne Sachverhalte handeln, da stets mindestens ein konzernfremder Rechtsträger beteiligt wäre. Eine ausbleibende Steuerbefreiung solcher Umwandlungen durch die Konzernklausel folgt daher der in der Zielsetzung festgehaltenen Beschränkung des § 6a GrEStG auf Konzernsachverhalte.⁴⁵⁰

Für die Überführung in eine geplante Zielstruktur stehen den Gesellschaften meist mehrere grunderwerbsteuerneutrale Gestaltungsvarianten zur Verfügung, die es aber auch hinsichtlich einer möglichen Belastung durch weitere Steuerarten bzw. im Hinblick auf anderweitige betriebswirtschaftliche Auswirkungen zu analysieren gilt.

Insgesamt stellt die Konzernklausel trotz der jüngeren, größtenteils für den Steuerpflichtigen günstigen, Rechtsprechung weiterhin kein Instrument dar, welches zutreffend alle konzerninternen Rechtsvorgänge, die kein Missbrauchspotenzial bieten, von der Grunderwerbsteuer befreit. Dies ist unter anderem auch der beteiligungsbezogenen Betrachtung der Konzernklausel geschuldet. So muss das herrschende Unternehmen beispielsweise die Beteiligung an einer abhängigen Gesellschaft in der Nachbehaltensfrist aufrechterhalten, auch wenn das Grundstück, dessen Eigentumsübergang den Steuertatbestand erfüllte, bereits veräußert wurde. Ebenso ist nicht nachvollziehbar, weshalb Verkäufe von grundbesitzenden Gesellschaften innerhalb des Konzerns nicht von § 6a GrEStG erfasst werden, obwohl

⁴⁴⁸ Siehe Kapitel 4.3.5.2.3.

⁴⁴⁹ Siehe Kapitel 4.2.3.4.

⁴⁵⁰ Vgl. BT-Drs. 17/147, S. 10.

sie wirtschaftlich mit dem begünstigungsfähigen Umhängen von Beteiligungen durch Einbringungen zu vergleichen sind und wegen der fehlenden Beteiligung eines konzernfremden Rechtsträgers kein erhöhtes Missbrauchspotenzial bieten.⁴⁵¹ Da der Wortlaut der Vergünstigungsnorm jedoch nur ein solches Verständnis zulässt, ist diesbezüglich nicht die Rechtsprechung, sondern vielmehr der Gesetzgeber zu kritisieren.

⁴⁵¹ So auch *Broemel/Mörwald*, DB 2020, 1035 f.

Literaturverzeichnis

- Arnold, N., 2015, Umstrukturierung inländischer Konzerne unter Beachtung des § 6a GrEStG, Springer Gabler, Wiesbaden, zugl. Diss. Freiburg 2015.
- Bartosch, A., 2020, EU-Beihilfenrecht, 3. Auflage, C.H. Beck, München.
- Behrens, S., 2012, § 6a GrEStG – Anmerkungen zu den gleichlautenden Ländererlassen vom 19.6.2012, in: DStR, 2012, S. 2149–2159.
- Behrens, S.; Klinger, C., 2021, Verhältnis der Ergänzungstatbestände in § 1 Abs. 2a bis 3a GrEStG zueinander, in: DStR, 2021, S. 2870–2876.
- Behrens, S.; Seemaier, M., 2020, § 6a GrEStG: Anmerkungen zu den gleich lautenden Erlassen der obersten Finanzbehörden der Länder v. 22.9.2020, in: Ubg, 2020, S. 631–640.
- Behrens, S.; Seemaier, M., 2020, Die Urteile des BFH v. 21. und 22.8.2019 zur Konzernklausel des § 6a GrEStG, in: DStR, 2020, S. 1411–1417.
- Behrens, S.; Wachter, T. (Hrsg.), 2022, GrEStG, 2. Auflage, Dr. Otto Schmidt KG, Köln.
- Binder, S.; Lorenz, J., 2020, Update zur grunderwerbsteuerlichen Konzernklausel vor dem Hintergrund der jüngsten BFH-Rechtsprechung, in: DER KONZERN, 2020, S. 98–104.
- Boruttau, E. P. (Hrsg.), 2019, GrEStG, 19. Auflage, C.H. Beck, München.
- Broemel, K.; Mörwald, F., 2020, BFH-Entscheidungen zu § 6a GrEStG, Geklärte und offene Fragen, gesetzgeberischer Handlungsbedarf, in: DB, 2020, S. 1029–1036.
- Broemel, K.; Mörwald, F., 2021, Der neue Anwendungserlass zu § 6a GrEStG – Analyse, Praxisfolgen, neue Streitpunkte, in: DStR, 2021, S. 140–145.
- Brühl, M., 2021, Die neuen Ländererlasse zu § 6a GrEStG, in: GmbHR, 2021, S. 126–134.
- Brühl, M., 2022, Grunderwerbsteuer: Gesonderte Feststellung von Besteuerungsgrundlagen für die Grunderwerbsteuer; Vorbehaltensfrist gem. § 6a Abs. 4 GrEStG, in: GmbHR, 2022, S. 828–832.
- Centrale für GmbH (Hrsg.), GmbH-Handbuch, 180. Lieferung, Otto Schmidt, o. O.
- Christ, S., 2020, Grunderwerbsteuer: Gestaltungsmöglichkeiten und Tücken, 2. Auflage, DATEV eG, Nürnberg.
- Drees, S. et al., 2022, § 1 Erwerbsvorgänge, in: Behrens, S.; Wachter, T. (Hrsg.), GrEStG, 2. Auflage, Dr. Otto Schmidt KG, Köln.
- Drees, S., 2022, § 11, in: Behrens, S.; Wachter, T. (Hrsg.), GrEStG, 2. Auflage, Dr. Otto Schmidt KG, Köln.
- Dyckmans, J., 2018, § 52 Grunderwerbsteuerliche Aspekte, in: Lieder, J.; Wilk, C.; Ghassemi-Tabar, N. (Hrsg.), Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts Band 8: Umwandlungsrecht, 5. Auflage, C.H. Beck, München.

- Fetzer, T.; Böser, T., 2019, Die EuGH-Entscheidungen zu § 8c Abs. 1a KStG sowie § 6a GrEStG und deren Auswirkungen auf beihilfekritische Steuervergünstigungen, in: DStR, 2019, S. 1177–1185.
- Fischer, H.-J., 2020, Grunderwerbsteuerrecht, in: Jesgarzewski, T.; Schmittmann, J. M. (Hrsg.), Steuerrecht, 3. Auflage, Springer Gabler, Wiesbaden.
- Fleischer, H., 2018, § 5 Grunderwerbsteuer und Umsatzsteuer im Konzern, in: Kessler, W.; Kröner, M.; Köhler, S. (Hrsg.), Konzernsteuerrecht, 3. Auflage, C.H. Beck, München.
- Fleischer, H.; Goette Wulf (Hrsg.), 2022, Münchener Kommentar GmbHG, 4. Auflage, C.H. Beck, München.
- Gottwald, S. et al., 2021, Grunderwerbsteuer, 6. Auflage, Carl Heymanns Verlag, Köln.
- Greiser, J.; Rotter, M., 2016, Grunderwerbsteuerneutrale Verschmelzung bei Umstrukturierung im Konzern, in: NWB, 2016, S. 849–862.
- Grondorf, A., 2019, § 6a GrEStG - Die unionsrechtskonforme Konzernklausel, in: DB, 2019, S. 1633–1638.
- Herzig, N., 2000, Gestaltung steuerorientierter Umstrukturierungen im Konzern, in: DB, 2000, S. 2236–2245.
- Hornstein, P.; Hefner, F., 2022, Grunderwerbsteuer bei Ausgliederung eines Einzelunternehmens in eine Kapitalgesellschaft oder Personengesellschaft mit Option nach § 1a KStG - die Behaltensfristen des § 6a S. 4 GrEStG, in: BB, 2022, S. 1879–1882.
- Hörtnagel, R., 2020, § 123 UmwG, in: Schmitt, J.; Hörtnagel, R. (Hrsg.), UmwG/UmwStG, 9. Auflage, C.H. Beck, München.
- Jahndorf, C.; Kister, J.-H., 2022, Grunderwerbsteuer in der Beratungspraxis, 2. Auflage, C.H. Beck, München.
- Jesgarzewski, T.; Schmittmann, J. M. (Hrsg.), 2020, Steuerrecht, 3. Auflage, Springer Gabler, Wiesbaden.
- Käshammer, D.; Schuhmann, S., 2021, Ländererlasse zu § 6a GrEStG: Umstrukturierungshindernis im Lichte der zögerlichen Kehrtwende der Finanzverwaltung, in: DB, 2021, S. 749–756.
- Kessler, W.; Kröner, M.; Köhler, S. (Hrsg.), 2018, Konzernsteuerrecht, 3. Auflage, C.H. Beck, München.
- Kittl, M.; Lorenz, J., 2019, Was lange währt, wird endlich gut? Vorschau zur erwarteten Rechtsprechung des BFH zur grunderwerbsteuerlichen Konzernklausel, in: DStR, 2019, S. 897–903.
- Krich, S., 2018, Grunderwerbsteuer im Konzern, Nomos, Baden-Baden, zugl. Diss. Münster 2018.
- Kroschewski, R., Zur Steuerbarkeit der unmittelbaren Anteilsvereinigung bei beherrschten Gesellschaften gemäß § 1 Abs. 3 GrEStG, in: BB, 2001, S. 1121–1126.

- Kugelmüller-Pugh, A., 2022, § 6a, in: Viskorf, H.-U. (Hrsg.), GrEStG, 20. Auflage, C.H. Beck, München.
- Lieber, B., 2022, § 6a, in: Behrens, S.; Wachter, T. (Hrsg.), GrEStG, 2. Auflage, Dr. Otto Schmidt KG, Köln.
- Lieder, J.; Wilk, C.; Ghassemi-Tabar, N. (Hrsg.), 2018, Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts Band 8: Umwandlungsrecht, 5. Auflage, C.H. Beck, München.
- Loose, M., 2020, Grunderwerbsteuerbefreiung bei Umwandlungen im Konzern, in: DB, 2020, S. 919–921.
- Märker, E., 2021, Die Vorbehaltensfrist der Konzernklausel im Lichte des gleich lautenden Ländererlasses vom 22.9.2020, in: BB, 2021, S. 605–609.
- Mensching, O.; Tyarks, M., 2010, Grunderwerbsteuerrechtliche Einführung einer Konzernklausel durch das Wachstumsbeschleunigungsgesetz, in: BB, 2010, S. 87–92.
- Meßbacher-Hönsch, C., 2022, § 1, in: Viskorf, H.-U. (Hrsg.), GrEStG, 20. Auflage, C.H. Beck, München.
- Mohr, D.; Babel Carolin, 2020, Umstrukturierungen im Konzern - Die Grunderwerbsteuerbefreiung im Lichte der BFH-Rechtsprechung, in: Ubg, 2020, S. 348–352.
- Naumann, J., 2022, Share Deals in der Grunderwerbsteuer, in: Ubg, 2022, S. 291–300.
- Neumayer, J., Grunderwerbsteuer bei Umstrukturierungen im GmbH-Konzern, in: Centrale für GmbH (Hrsg.), GmbH-Handbuch, 180. Lieferung, Otto Schmidt, o. O.
- Neumayer, J., Grunderwerbsteuer bei Umwandlungsvorgängen, in: Centrale für GmbH (Hrsg.), GmbH-Handbuch, 180. Lieferung, Otto Schmidt, o. O.
- Nienhaus, V., 2022, § 1, in: Behrens, S.; Wachter, T. (Hrsg.), GrEStG, 2. Auflage, Dr. Otto Schmidt KG, Köln.
- Pahlke, A., 2018, § 1, in: Pahlke, A. (Hrsg.), GrEStG, 6. Auflage, C.H. Beck, München.
- Pahlke, A., 2018, § 6a, in: Pahlke, A. (Hrsg.), GrEStG, 6. Auflage, C.H. Beck, München.
- Pahlke, A., 2018, Einleitung, in: Pahlke, A. (Hrsg.), GrEStG, 6. Auflage, C.H. Beck, München.
- Pahlke, A. (Hrsg.), 2018, GrEStG, 6. Auflage, C.H. Beck, München.
- Säcker, J. et al. (Hrsg.), 2020, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 8. Auflage, C.H. Beck, München.
- Sagasser, B., 2017, § 21 Begriff und Rechtsentwicklung, in: Sagasser, B.; Bula, T.; Brünger, T. (Hrsg.), Umwandlungen, 5. Auflage, C.H. Beck, München.
- Sagasser, B.; Bula, T.; Brünger, T. (Hrsg.), 2017, Umwandlungen, 5. Auflage, C.H. Beck, München.
- Schäfer, F., 2020, § 706 BGB, in: Säcker, J. et al. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 8. Auflage, C.H. Beck, München.

- Schmidt, R.; Solbach, K., 2020, Umwandlungssteuerrecht, in: Jesgarzewski, T.; Schmittmann, J. M. (Hrsg.), Steuerrecht, 3. Auflage, Springer Gabler, Wiesbaden.
- Schmitt, J.; Hörtnagel, R. (Hrsg.), 2020, UmwG/UmwStG, 9. Auflage, C.H. Beck, München.
- Schwandtner, C., 2022, § 5 GmbHG, in: Fleischer, H.; Goette Wulf (Hrsg.), Münchener Kommentar GmbHG, 4. Auflage, C.H. Beck, München.
- Schwedhelm, R.; Zapf, A., 2016, Die Grunderwerbsteuerbefreiung bei Umstrukturierungen im Konzern gemäß § 6a GrEStG – Fallstricke und ungelöste Problemfelder (Teil I), in: DStR, 2016, S. 1906–1912.
- Stahlschmidt, M., 2010, Die Verschonung von der Grunderwerbsteuer nach § 6a GrEStG, in: StBW, 2010, S. 845–849.
- Stangl, I., 2018, § 4 Konzernstruktur und Umstrukturierung, in: Kessler, W.; Kröner, M.; Köhler, S. (Hrsg.), Konzernsteuerrecht, 3. Auflage, C.H. Beck, München.
- Stenert, J., 2022, Offene Fragen und Praxisfälle zu § 6a GrEStG, in: Ubg, 2022, S. 31–41.
- Teiche, A., 2012, Die schleichende "Entfremdung" des § 6a GrEStG, in: BB, 2012, S. 2659–2666.
- Viskorf, H.-U., 2019, § 6a, in: Boruttau, E. P. (Hrsg.), GrEStG, 19. Auflage, C.H. Beck, München.
- Viskorf, H.-U., 2020, Steuerbegünstigung für Umwandlungen im Konzern nach § 6a GrEStG: BFH lässt deutlich mehr Steuerbefreiungen zu, in: DB, 2020, S. 421–423.
- Viskorf, H.-U., 2022, § 11, in: Viskorf, H.-U. (Hrsg.), GrEStG, 20. Auflage, C.H. Beck, München.
- Viskorf, H.-U. (Hrsg.), 2022, GrEStG, 20. Auflage, C.H. Beck, München.
- Wälzholz, E.; Bayer, J., 2020, Aktuelle grunderwerbsteuerliche Gestaltungsprobleme bei der GmbH (Teil 1), in: GmbHStB, 2020, S. 195–199.
- Winter, M., 2020, § 174 UmwG, in: Schmitt, J.; Hörtnagel, R. (Hrsg.), UmwG/UmwStG, 9. Auflage, C.H. Beck, München.
- Winter, M., 2020, § 2 UmwG, in: Schmitt, J.; Hörtnagel, R. (Hrsg.), UmwG/UmwStG, 9. Auflage, C.H. Beck, München.
- Winter, M., 2020, § 20 UmwG, in: Schmitt, J.; Hörtnagel, R. (Hrsg.), UmwG/UmwStG, 9. Auflage, C.H. Beck, München.
- Wischott, F.; Graessner, H.-C., 2021, Neue Ländererlasse zur grunderwerbsteuerlichen Konzernklausel, in: NWB, 2021, S. 18–29.
- Wischott, F.; Graessner, H.-C., 2022, Anwendung der Konzernklausel gem. § 6a GrEStG auf Ausgliederung eines Einzelunternehmens, in: NWB, 2022, S. 434–438.
- Wischott, F.; Keller, F.; Graessner, H.-C., 2013, Erweiterung der grunderwerbsteuerlichen Konzernklausel, in: NWB, 2013, S. 3460–3471.
- Wösthoff, P., 2016, Die Verschmelzung von abhängigen Gesellschaften nach oben im Lichte des § 6a GrEStG, in: DStR, 2016, S. 721–724.

Verzeichnis der Verwaltungsanweisungen

Oberste Finanzbehörden der Länder, Gleichlautender Erlass betr. Anwendung des § 6a GrEStG, GLE 19.6.2012, BStBl. I 2012, 662.

Oberste Finanzbehörden der Länder, Gleich lautende Erlasse betr. Anwendung des § 6a Grunderwerbsteuergesetz (GrEStG) nach den Urteilen des Bundesfinanzhofs vom 21. und 22. August 2019, GLE 22.9.2020, BStBl. I 2020, 960.

Oberste Finanzbehörden der Länder, Gleich lautende Erlasse betr. Anwendung des § 1 Abs. 2a GrEStG, GLE 10.5.2022, BStBl. I 2022, 801.

Oberste Finanzbehörden der Länder, Gleich lautende Erlasse betr. Anwendung des § 1 Abs. 2b GrEStG, GLE 10.5.2022, BStBl. I 2022, 821.

OFD Nordrhein-Westfalen, Verfügung betr. ergänzende Hinweise zum GLE vom 22.9.2020, OFD NRW 25.3.2021, GrESt-Kartei NRW § 6a GrEStG Karte 2.

Rechtsprechungsverzeichnis

BFH, Beschluss v. 19.04.1972, II B 36/71, in: BStBl. II 1972, 290.

BFH, Urteil v. 13.09.1995, II R 80/92, in: BStBl. II 1995, 903.

BFH, Beschluss v. 04.12.1996, II B 116/96, in: BStBl. II 1997, 661.

BFH, Urteil v. 10.03.1999, II R 35/97, in: BStBl. II 1999, 491.

BFH, Beschluss v. 26.02.2003, II B 54/02, in: BStBl. II 2003, 483.

BFH, Urteil v. 23.05.2012, II R 21/10, in: BStBl. II 2012, 793.

BFH, Urteil v. 18.09.2013, II R 21/12, in: BStBl. II 2014, 326.

BFH, Urteil v. 15.10.2014, II R 14/14, in: BStBl. II 2015, 405.

BFH, Urteil v. 20.01.2015, II R 8/13, in: BStBl. II 2015, 553.

BFH, Urteil v. 25.11.2015, II R 35/14, in: BStBl. II 2016, 234.

BFH, Urteil v. 22.02.2017, II R 52/14, in: BStBl. II 2017, 653.

BFH, Beschluss v. 30.05.2017, II R 62/14, in: BStBl. II 2017, 916.

BFH, Urteil v. 22.11.2018, II B 8/18, in: BStBl. II 2020, 153.

BFH, Urteil v. 21.08.2019, II R 15/19, in: BStBl. II 2020, 329.

BFH, Urteil v. 21.08.2019, II R 16/19, in: BStBl. II 2020, 333.

BFH, Urteil v. 21.08.2019, II R 20/19, in: BStBl. II 2020, 341.

BFH, Urteil v. 22.08.2019, II R 19/19, in: BStBl. II 2020, 337.

BFH, Urteil v. 22.08.2019, II R 21/19, in: BStBl. II 2020, 344.

BFH, Urteil v. 22.08.2019, II R 18/19, in: BStBl. II 2020, 352.

BFH, Urteil v. 22.08.2019, II R 17/19, in: BStBl. II 2020, 348.

BFH, Urteil v. 27.05.2020, II R 45/17, in: BStBl. II 2021, 315.

- BFH, Urteil v. 28.09.2022, II R 13/20, in: DStRE 2022, 1530.
- BVerfG, Beschluss v. 08.01.1999, 1 BvL 14-98, in: BStBl. II 1999, 152.
- BVerfG, Beschluss v. 24.03.2015, 1 BvR 2880/11, in: BStBl. II 2015, 622.
- EuGH, Urteil v. 19.12.2018, C-374/17, in: IStR 2019, 70, 2019, S. 49.
- FG Bremen, Urteil v. 16.12.2020, 2 K 151/19, in: DStRE 2021, 1209.
- FG Düsseldorf, Urteil v. 20.05.2020, 7 K 820/17 GE, in: EFG 2020, 1332.
- FG München, Urteil v. 03.03.2022, 4 K 1241/21, in: EFG 2022, 1216.
- FG Münster, Beschluss v. 03.05.2022, 8 V 246/22, in: EFG 2022, 1213.
- FG Nürnberg, Urteil v. 14.07.2022, 4 K 59/21, in: EFG 2022, 1778.
- FG Sachsen, Urteil v. 30.06.2021, 2 K 121/21, in: DStR 2021, 2969.
- OLG Oldenburg, Beschluss v. 19.12.2019, 12 W 133/19, in: NZG 2020, 193.

Verzeichnis der sonstigen Quellen

- Deutscher Bundestag, 2009, Entwurf eines Gesetzes zur Beschleunigung des Wirtschaftswachstums (BT-Drs. 17/15), <https://dserver.bundestag.de/btd/17/000/1700015.pdf>, 30.01.2023.
- Deutscher Bundestag, 2009, Bericht zu dem Gesetzesentwurf der Fraktion der CDU/CSU und FDP (BT-Drs. 17/147), <https://dserver.bundestag.de/btd/17/001/1700147.pdf>, 30.01.2023.
- Deutscher Bundestag, 2013, Entwurf eines Jahressteuergesetzes 2013 (BT-Drs. 17/13033), <https://dserver.bundestag.de/btd/17/130/1713033.pdf>, 30.01.2023.
- Deutscher Bundestag, 2019, Beschlussempfehlung und Bericht des Finanzausschusses (BT-Drs. 19/7959), <https://dserver.bundestag.de/btd/19/079/1907959.pdf>, 30.01.2023.
- Deutscher Bundestag, 2019, Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Grunderwerbsteuergesetzes (BT-Drs. 19/13437), <https://dserver.bundestag.de/btd/19/134/1913437.pdf>, 30.01.2023.
- Gesetz über steuerliche und weitere Begleitregelungen zum Austritt des Vereinigten Königreichs Großbritannien und Nordirland aus der Europäischen Union v. 28.03.2019, Brexit-StBG, BGBl I 2019, 357.
- Gesetz zur Änderung des Grunderwerbsteuergesetzes v. 12.05.2021, BGBl I 2021, 986.
- Gesetz zur Beschleunigung des Wirtschaftswachstums v. 22.12.2009, Wachstumsbeschleunigungsgesetz, BGBl. 2009 I, 3950.
- Gesetz zur Umsetzung der Amtshilferichtlinien sowie zur Änderung steuerlicher Vorschriften v. 26.06.2013, AmtshilfeRLUmsG, BGBl. 2013 I, 1809.
- Sächsisches Grunderwerbsteuersatzgesetz v. 20.12.2022, SächsGrEStSatzG, SächsGVBl. S. 705, 715.

FH Aachen
Fachbereich Wirtschaftswissenschaften
Eupenerstraße 70
52066 Aachen

www.wirtschaft.fh-aachen.de