



# Aachener Online-Schriften Wirtschaft und Recht

FH AACHEN | FACHBEREICH WIRTSCHAFTSWISSENSCHAFTEN

02/2023

Band 7

## 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 im Dezember 2023 im insgesamt siebten, und im zweiten Band des Jahres 2023. Die Schriftenreihe bietet Absolventinnen und Absolventen der Fachhochschule Aachen die Möglichkeit, ihre Abschlussarbeit über die Online-Bibliothek OPUS zu veröffentlichen und so einem interessierten Publikum zugänglich zu machen. Die Bachelor- und Masterarbeiten behandeln Themenfelder aus den Bereichen Betriebswirtschaftslehre, 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. Drei der vier im vorliegenden Band veröffentlichten Arbeiten haben einen juristischen Schwerpunkt: So untersucht Jana Scheilen die Arten, Voraussetzungen und Folgen einer Verdachtskündigung. Max Pfeiffer beschäftigt sich in seiner Bachelorarbeit mit einem aktuellen Problem des internationalen Steuerrechts, d.h. der Umsetzung der ATAD II in Form des § 4k EStG und zwar bezogen auf hybride Gesellschaften und Betriebsstätten. Den Zuzug einer Drittstaatengesellschaft nach Deutschland und die damit verbundenen Herausforderungen des internationalen Gesellschaftsrechts analysiert die Arbeit von Anna-Luisa Görlich. Die vierte Arbeit des aktuellen Bandes von Theresa Hacke mit betriebswirtschaftlichem Schwerpunkt beinhaltet eine innovative experimentelle Studie zum „Escallation of Commitment“. Der aktuelle Band wurde redaktionell zum ersten Mal von Yasin Kafa, Student des Wirtschaftsrechts an der FH Aachen, betreut. Besonders bedanken möchten wir uns bei unserem ehemaligen Mitarbeiter, Jan Peters, dessen Engagement maßgeblich dazu beigetragen hat, die Online-Schriftenreihe an der FH Aachen dauerhaft zu etablieren. Gleichzeitig möchten wir uns auch bei den Autorinnen und Autoren der Arbeiten bedanken und sie für ihre sehr guten Leistungen beglückwünschen. Ein Dank gilt ebenso den betreuenden Professorinnen und Professoren, die durch ihre Vorschläge der Arbeiten diese Schriftenreihe überhaupt erst möglich machen.

Aachen, im Dezember 2023

die Herausgeberinnen und Herausgeber



## Inhaltsverzeichnis - Bachelorarbeiten

1. Die Wirksamkeitsvoraussetzungen der Verdachtskündigung gegenüber einem Arbeitnehmer  
- *Jana Scheilen* 4-66
2. Besteuerungsinkongruenzen im Internationalen Steuerrecht - die Umsetzung der ATAD II in Form des § 4k EStG in Bezug auf hybride Gesellschaften und Betriebsstätten  
- *Max Peiffer* 67-126
3. Der Zuzug einer Gesellschaft aus einem Drittstaat nach Deutschland - Herausforderungen durch die modifizierte Sitztheorie und Lösungsmöglichkeiten  
- *Anna-Luisa Görlich* 127-189
4. Escalation of Commitment und seine Einflussfaktoren in der unternehmerischen Entscheidungsfindung:  
Ein Szenario-Experiment 190-245  
- *Theresa Hacke*



# Die Wirksamkeitsvoraussetzungen der Verdachtskündigung gegenüber einem Arbeitnehmer

Bachelorarbeit

an der

FH Aachen

Fachbereich Wirtschaftswissenschaften

Wirtschaftsrecht (LL.B.)

Erstprüfer: Prof. Dr. jur. Klaus Olbertz

Abgabedatum: 15.05.2023

vorgelegt von

Jana Scheilen

aus Alsdorf

## Abstract

Ist der Arbeitgeber von der Pflichtverletzung eines Arbeitnehmers überzeugt, die ihm dessen Weiterbeschäftigung unzumutbar macht, kann er eine Kündigung erklären, die sich auf diese erwiesene Tat stützt.<sup>1</sup> Allerdings kann dem Arbeitgeber die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses auch bereits aufgrund eines bloßen Verdachts gegen den Arbeitnehmer nicht weiter zuzumuten sein, sodass das Bedürfnis nach einer Kündigung besteht, die auf dem Verdacht als Kündigungsgrund beruht.<sup>2</sup> Besonderheit der auf einen Verdacht gestützten Kündigung ist die Gefahr, dass der betroffene Arbeitnehmer die Tat nicht begangen hat und zu Unrecht beschuldigt wird.<sup>3</sup> Somit stellt sich die Frage, ob der Arbeitgeber trotz dieser Gefahr auf das Mittel der Verdachtskündigung zurückgreifen darf, um auf einen bestehenden Verdacht und die damit einhergehende Vertrauenserschütterung zu reagieren.<sup>4</sup> Ziel dieser Arbeit ist es, die verschiedenen Wirksamkeitsvoraussetzungen einer Verdachtskündigung herauszuarbeiten. Um das Risiko, einen unschuldigen Arbeitnehmer zu Unrecht zu kündigen, möglichst gering zu halten, sind strenge Anforderungen an die Verdachtskündigung zu stellen.<sup>5</sup> Der Verdacht, auf den der Arbeitgeber die Kündigung stützt, muss auf objektive Tatsachen gestützt sein.<sup>6</sup> Ferner muss er derart dringend sein, dass eine große Wahrscheinlichkeit besteht, dass er auch tatsächlich zutrifft.<sup>7</sup> Darüber hinaus hat der Arbeitgeber alle ihm zumutbaren Ermittlungen zur Sachverhaltsaufklärung zu ergreifen.<sup>8</sup> Dazu gehört insbesondere die Anhörung des Arbeitnehmers, die diesem die Möglichkeit bieten soll, sich zu den Verdachtsmomenten zu äußern und Tatsachen vorzutragen, die den Verdacht entkräften.<sup>9</sup> Entfällt der Verdacht gegen den Arbeitnehmer nach wirksamer Kündigung, könnte ihm ein Wiedereinstellungsanspruch zustehen<sup>10</sup>, durch den die vorangegangene Fehlprognose korrigiert wird.<sup>11</sup>

---

<sup>1</sup> BAG, Urteil vom 10.02.2005, 2 AZR 189/04, NZA 2005, 1056 (1058).

<sup>2</sup> BAG, Urteil vom 31.01.2019, 2 AZR 426/18, NZA 2019, 893 (Rn. 21).

<sup>3</sup> BAG, Urteil vom 20.03.2014, 2 AZR 1037/12, NZA 2014, 1015 (Rn. 23).

<sup>4</sup> *Wlachojiannis*, BuW 2003, 782 (782).

<sup>5</sup> *Eylert*, NZA-RR 2014, 393 (398).

<sup>6</sup> BAG, Urteil vom 18.06.2015, 2 AZR 256/14, NZA 2016, 287 (Rn. 21).

<sup>7</sup> BAG, Urteil vom 31.01.2019, 2 AZR 426/18, NZA 2019, 893 (Rn. 27).

<sup>8</sup> BAG, Urteil vom 31.01.2019, 2 AZR 426/18, NZA 2019, 893 (Rn. 28).

<sup>9</sup> BAG, Urteil vom 31.01.2019, 2 AZR 426/18, NZA 2019, 893 (Rn. 28).

<sup>10</sup> BAG, Urteil vom 20.08.1997, 2 AZR 620/96, NZA 1997, 1340 (1343).

<sup>11</sup> BAG, Urteil vom 04.06.1964, 2 AZR 310/63, NJW 1964, 1918 (1919).

## Inhaltsverzeichnis

A. Einleitung .....	1
B. Der Verdacht als Kündigungsgrund .....	1
C. Die Entwicklung der Verdachtskündigung und Einwände gegen ihre Zulässigkeit .....	2
I. Entwicklung der Verdachtskündigung durch die Rechtsprechung .....	2
II. Einwände gegen die Zulässigkeit der Verdachtskündigung .....	3
1. Unzulässige richterliche Rechtsfortbildung .....	3
2. Verstoß gegen die Unschuldsvermutung aus Art. 6 II EMRK .....	3
3. Verstoß gegen das Grundrecht aus Art. 12 I GG .....	4
D. Abgrenzung zur Tatkündigung .....	4
E. Arten der Verdachtskündigung .....	5
I. Außerordentliche Verdachtskündigung .....	5
II. Ordentliche Verdachtskündigung .....	6
1. Einordnung in § 1 II KSchG .....	6
2. Anforderungen an eine ordentliche Verdachtskündigung .....	7
F. Wirksamkeitsvoraussetzungen der Verdachtskündigung .....	8
I. Verdacht .....	8
1. Begründung der Kündigung mit einem Verdacht .....	8
2. Verdacht einer Straftat oder Pflichtverletzung .....	8
a) Mindestvoraussetzung: bei Nachweis zur außerordentlichen Kündigung berechtigt .....	9
b) Straftat .....	9
aa) Straftaten im dienstlichen Bereich .....	9
bb) Straftaten im außerdienstlichen Bereich .....	10
(1) Begründung eines verhaltensbedingten Kündigungsgrundes ..	10
(2) Begründung eines personenbedingten Kündigungsgrundes ....	11
c) Pflichtverletzung .....	11
3. Verdacht auf objektive Tatsachen gestützt .....	11
4. Dringender Verdacht .....	11
a) Verdachtsverstärkende Umstände .....	12
b) Verdachtsschwächende Umstände .....	12
c) Einfluss des Strafverfahrens .....	13
aa) Verurteilung des Arbeitnehmers .....	13
bb) Einstellung des Verfahrens .....	14
cc) Freispruch des Arbeitnehmers .....	14
dd) Weitere Maßnahmen der Ermittlungsbehörden .....	15

II. Aufklärung des Sachverhalts.....	15
1. Anhörung des Arbeitnehmers .....	16
a) Anhörung als Wirksamkeitsvoraussetzung .....	16
b) Entbehrlichkeit der Anhörung .....	16
c) Zeitpunkt der Anhörung.....	17
aa) Rechtzeitigkeit der Anhörung bei einer außerordentlichen Verdachtskündigung .....	17
(1) Regelfrist .....	18
(2) Überschreitung der Regelfrist .....	18
(a) Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers.....	18
(b) Urlaub des Arbeitnehmers .....	18
(c) Untersuchungshaft des Arbeitnehmers .....	18
bb) Rechtzeitigkeit der Anhörung bei einer ordentlichen Verdachtskündigung .....	19
d) Einladung zur Anhörung und vorherige Mitteilung des Themas .....	19
e) Form der Anhörung.....	20
f) Inhalt der Anhörung .....	20
g) Umstände der Anhörung.....	21
h) Teilnehmer .....	21
aa) Teilnehmer auf der Arbeitgeberseite .....	21
bb) Teilnehmer auf der Arbeitnehmerseite .....	21
(1) Hinzuziehung Dritter.....	21
(a) Hinzuziehung eines Rechtsanwalts.....	22
(b) Hinzuziehung eines Betriebsratsmitglieds .....	22
(c) Hinweispflicht des Arbeitgebers .....	23
(2) Stellvertreter .....	23
i) Mitwirkungspflicht des Arbeitnehmers .....	23
2. Weitere Möglichkeiten der Sachverhaltsaufklärung .....	24
a) Ermittlungsmaßnahmen des Arbeitgebers .....	24
aa) Videoüberwachung .....	24
bb) Telefonüberwachung .....	25
cc) Kontrollmaßnahmen .....	26
dd) Mitarbeiterbefragung.....	27
ee) Einsatz von Detektiven .....	27
b) Verwertbarkeit der Beweismittel im Kündigungsschutzprozess.....	27
c) Hemmung der Ausschlussfrist .....	28

III. Anhörung des Betriebsrats .....	28
1. Anhörung zur Verdachtskündigung .....	29
2. Form der Anhörung .....	29
3. Inhalt der Anhörung .....	29
4. Zeitpunkt der Anhörung .....	30
IV. Verhältnismäßigkeit .....	30
1. Kein milderes Mittel .....	31
a) Versetzung .....	31
b) Suspendierung .....	31
c) Abmahnung .....	32
d) Ordentliche Kündigung .....	32
2. Interessenabwägung .....	33
a) Verursachung des Verdachts durch den Arbeitnehmer .....	33
b) Schwere der Pflichtverletzung .....	33
c) Verschulden des Arbeitnehmers .....	34
d) Wiederholungsgefahr .....	34
e) Dauer des Arbeitsverhältnisses und dessen störungsfreier Verlauf .....	34
f) Art des Betriebes und Stellung des Arbeitnehmers .....	35
g) Persönliche Umstände .....	35
3. Bagatelldelikte .....	35
V. Kündigungserklärungsfrist .....	36
1. Kündigungserklärungsfrist bei einer außerordentlichen Verdachtskündigung .....	36
a) Fristbeginn .....	37
b) Hemmung der Ausschlussfrist .....	38
c) Auswirkungen eines Ermittlungsverfahrens .....	38
2. Kündigungserklärungsfrist bei einer ordentlichen Verdachtskündigung .....	39
G. Kündigungsschutzprozess .....	39
I. Kündigungsschutzklage .....	39
II. Verhandlungsgrundsatz .....	40
III. Darlegungs- und Beweislast .....	40
IV. Freie richterliche Beweiswürdigung .....	40
H. Nachschieben von Tatsachen und Kündigungsgründen .....	41
I. Maßgeblicher Zeitpunkt .....	41
II. Nachschieben von Tatsachen .....	41
1. Verdachtsschwächende Tatsachen .....	42



2. Verdachtsverstärkende Tatsachen .....	42
III. Nachschieben von Kündigungsgründen .....	42
1. Nachschieben des Verdachts als Kündigungsgrund .....	43
2. Nachschieben der Tat als Kündigungsgrund .....	44
I. Nachträgliche Veränderung des Verdachts .....	44
I. Wiedereinstellungsanspruch nach einer wirksamen Verdachtskündigung	44
1. Bedürfnis eines Wiedereinstellungsanspruchs .....	44
2. Anspruchsgrundlage.....	45
3. Voraussetzungen .....	45
a) Entkräftung des Verdachts .....	46
b) Zumutbarkeit der Wiedereinstellung .....	46
aa) Interessenabwägung .....	46
bb) Dispositionen des Arbeitgebers.....	46
c) Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats .....	47
d) Zeitliche Grenze des Wiedereinstellungsanspruchs .....	47
4. Prozessuale Geltendmachung des Wiedereinstellungsanspruchs.....	48
5. Rechtsfolgen des Wiedereinstellungsanspruchs .....	48
II. Erneute Kündigung nach einer unwirksamen Verdachtskündigung .....	49
1. Ausspruch einer Tat Kündigung .....	49
2. Ausspruch einer Verdachtskündigung .....	49
J. Fazit .....	49
Literaturverzeichnis .....	52

## Abkürzungsverzeichnis

AP	Arbeitsrechtliche Praxis
ArbG	Arbeitsgericht
ArbGG	Arbeitsgerichtsgesetz
ArbR	Arbeitsrecht
ArbRAktuell	Arbeitsrecht Aktuell
Art.	Artikel
AuA	Arbeit und Arbeitsrecht
BAG	Bundesarbeitsgericht
BeckOK	Beck'scher Online-Kommentar
BeckRS	Beck-Rechtsprechung
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BT	Bundestag
BuW	Betrieb und Wirtschaft
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
CCZ	Corporate Compliance Zeitschrift
C.H.	Carl Heinrich
DB	Der Betrieb
Drucks.	Drucksache
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
ErfK	Erfurter Kommentar
GE	Gesetzentwurf
GG	Grundgesetz
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
i.V.m.	in Verbindung mit
KK	Karlsruher Kommentar
KSchG	Kündigungsschutzgesetz
LAG	Landesarbeitsgericht
MAH	Münchener Anwaltshandbuch

MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
MHdB	Münchener Handbuch
MüKo	Münchener Kommentar
NJW	Neue Juristische Wochenzeitschrift
NJW-RR	NJW-Rechtsprechungs-Report
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
NZA-RR	NZA-Rechtsprechungs-Report
RAG	Reichsarbeitsgericht
RdA	Recht der Arbeit
S.	Satz
SPA	Schnellinformation für Personalmanagement und Arbeitsrecht
StGB	Strafgesetzbuch
StPO	Strafprozessordnung
ZPO	Zivilprozessordnung

## A. Einleitung

Hegt der Arbeitgeber<sup>12</sup> gegen einen seiner Arbeitnehmer den Verdacht einer strafbaren Handlung oder sonstigen schweren Pflichtverletzung, die er jedoch nicht beweisen kann, ist dieser Verdacht nicht geeignet, eine Tatkündigung zu rechtfertigen.<sup>13</sup> Nichtsdestotrotz kann die Vertrauensgrundlage zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer bereits durch den bloßen Verdacht und die mit ihm verbundene Ungewissheit erheblich beeinträchtigt sein, sodass dem Arbeitgeber die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht weiter zuzumuten ist.<sup>14</sup> Schließlich ist ein intaktes Vertrauensverhältnis der Vertragsparteien unabdingbar für jedes bestehende Arbeitsverhältnis, da nur so eine Zusammenarbeit reibungslos funktionieren kann.<sup>15</sup> Somit stellt sich die Frage, welche Möglichkeit dem Arbeitgeber in einem solchen Fall zur Verfügung steht, um auf den Verdacht zu reagieren und das Arbeitsverhältnis zu beenden.<sup>16</sup> Zu prüfen ist, ob der Arbeitgeber alternativ zur Tatkündigung eine Kündigung auf den Verdacht und den damit einhergehenden Vertrauensverlust stützen kann, obwohl die Tat nicht erwiesen ist.<sup>17</sup> Allerdings reicht das durch den Verdacht verursachte Misstrauen nicht aus, um die Beendigung eines Arbeitsverhältnisses zu rechtfertigen<sup>18</sup>, da eine Kündigung für den Arbeitnehmer schwerwiegende Folgen haben und seine Existenz gefährden kann.<sup>19</sup> Insbesondere darf nicht außer Acht gelassen werden, dass stets das Risiko besteht, dass der Arbeitnehmer zu Unrecht beschuldigt wird, wenn die Tat nicht vollständig bewiesen werden konnte.<sup>20</sup> Im Folgenden wird untersucht, unter welchen Voraussetzungen eine Kündigung trotz dieses Risikos auf den Verdacht einer Straftat oder Pflichtverletzung gestützt werden kann.

## B. Der Verdacht als Kündigungsgrund

Eine Verdachtskündigung liegt vor, wenn der Kündigungsgrund in dem Verdacht einer strafbaren Handlung oder einer anderen schwerwiegenden Pflichtverletzung liegt.<sup>21</sup> Sie ist gerechtfertigt, wenn objektive Tatsachen einen dringenden Verdacht begründen, der geeignet ist, das Vertrauen des Arbeitgebers zum Arbeitnehmer zu zerstören, sodass dem Arbeitgeber die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht zugemutet werden kann.<sup>22</sup> Besonderheit der Verdachtskündigung ist der Umstand, dass die Tat nicht erwiesen ist, dem Arbeitgeber aber gerade wegen des Verdachts unzumutbar ist, das Arbeitsverhältnis fortzusetzen.<sup>23</sup> Der Tatverdacht stellt gegenüber dem Tatvorwurf einen eigenständigen Kündigungsgrund dar.<sup>24</sup> Auf den Tatvorwurf stützt der Arbeitgeber seine Kündigung, wenn er von einer

---

<sup>12</sup> 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.

<sup>13</sup> BAG, Urteil vom 10.02.2005, 2 AZR 189/04, NZA 2005, 1056 (1058).

<sup>14</sup> BAG, Urteil vom 31.01.2019, 2 AZR 426/18, NZA 2019, 893 (Rn. 21).

<sup>15</sup> *Aszmons*, SPA 2019, 45 (45).

<sup>16</sup> *Aszmons*, SPA 2019, 45 (45).

<sup>17</sup> BAG, Urteil vom 23.06.2009, 2 AZR 474/07, NZA 2009, 1136 (Rn. 51).

<sup>18</sup> *Eylert*, NZA-RR 2014, 393 (394).

<sup>19</sup> BAG, Urteil vom 04.06.1964, 2 AZR 310/63, NJW 1964, 1918 (1919).

<sup>20</sup> BAG, Urteil vom 20.03.2014, 2 AZR 1037/12, NZA 2014, 1015 (Rn. 23).

<sup>21</sup> BAG, Urteil vom 23.06.2009, 2 AZR 474/07, NZA 2009, 1136 (Rn. 51).

<sup>22</sup> BAG, Urteil vom 18.06.2015, 2 AZR 256/14, NZA 2016, 287 (Rn. 21).

<sup>23</sup> BAG, Urteil vom 26.03.1992, 2 AZR 519/91, NZA 1992, 1121 (1122).

<sup>24</sup> BAG, Urteil vom 31.01.2019, 2 AZR 426/18, NZA 2019, 893 (Rn. 20).

erwiesenen Tat und nicht von dem bloßen Verdacht ausgeht.<sup>25</sup> Um eine Verdachtskündigung handelt es sich somit nicht in den Fällen, in denen der Arbeitgeber fest von der Tatbegehung ausgeht, diese Annahme aber aus bloßen Schlussfolgerungen hervorgeht und es dem Arbeitgeber nur nicht möglich ist, sie zu beweisen.<sup>26</sup> Ferner liegt auch keine Verdachtskündigung vor, wenn bereits die objektiven Tatsachen, auf die sich der Verdacht stützt, eine Kündigung begründen können.<sup>27</sup> Des Weiteren ist abzugrenzen, dass der Verdacht den Kündigungsgrund einer Verdachtskündigung darstellt und nicht die Erschütterung der Vertrauensgrundlage zwischen dem Arbeitgeber und dem Arbeitnehmer.<sup>28</sup> Der Vertrauensverlust an sich ist nicht geeignet, eine Kündigung zu begründen.<sup>29</sup> Allerdings wird er wohl regelmäßig das Motiv des Arbeitgebers sein, das ihn zur Kündigung bewegt.<sup>30</sup> Darüber hinaus setzt die Verdachtskündigung auch voraus, dass der Verdacht geeignet ist, einen Vertrauensverlust nach sich zu ziehen.<sup>31</sup> Die Beeinträchtigung des Vertrauens ist somit lediglich als Faktor bei einer abschließenden Interessenabwägung zu berücksichtigen, die darüber entscheidet, ob dem Arbeitgeber die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zuzumuten ist.<sup>32</sup> Die Zumutbarkeit der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses richtet sich danach, wie erheblich das Vertrauen beeinträchtigt ist und ob mit der Wiederherstellung dessen gerechnet werden kann.<sup>33</sup>

### C. Die Entwicklung der Verdachtskündigung und Einwände gegen ihre Zulässigkeit

Die Verdachtskündigung wurde durch die Rechtsprechung entwickelt, wird jedoch seither kritisiert.<sup>34</sup>

#### I. Entwicklung der Verdachtskündigung durch die Rechtsprechung

Die Entwicklung der Verdachtskündigung begann bereits durch das Reichsarbeitsgericht.<sup>35</sup> Im Urteil vom 14.11.1931 findet sich die beiläufige Bemerkung, dass der bloße Verdacht noch keine Kündigung rechtfertigt.<sup>36</sup> Gleiches entschied das RAG in einer Entscheidung von 1932.<sup>37</sup> Im Jahr 1934 wurde die Verdachtskündigung erstmals vom RAG anerkannt.<sup>38</sup> In der folgenden Zeit bestätigte das RAG diese Rechtsprechung.<sup>39</sup> Im Urteil vom 06.05.1939 entwickelte das RAG den Grundsatz, dass eine Kündigung durch einen Verdacht gerechtfertigt sein kann, wenn dieser die für die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses

---

<sup>25</sup> BAG, Urteil vom 10.02.2005, 2 AZR 189/04, NZA 2005, 1056 (1058).

<sup>26</sup> BAG, Urteil vom 03.04.1986, 2 AZR 324/85, NZA 1986, 677 (678).

<sup>27</sup> BAG, Urteil vom 03.04.1986, 2 AZR 324/85, NZA 1986, 677 (678).

<sup>28</sup> Hoefs, Die Verdachtskündigung, S. 139.

<sup>29</sup> Hoefs, Die Verdachtskündigung, S. 139.

<sup>30</sup> Hoefs, Die Verdachtskündigung, S. 140.

<sup>31</sup> BAG, Urteil vom 18.06.2015, 2 AZR 256/14, NZA 2016, 287 (Rn. 21).

<sup>32</sup> *Wlachojiannis*, BuW 2003, 782 (784).

<sup>33</sup> BAG, Beschluss vom 12.03.2009, 2 ABR 24/08, NZA-RR 2010, 180 (Rn. 40).

<sup>34</sup> *Lembke*, RdA 2013, 82 (84).

<sup>35</sup> *Lembke*, RdA 2013, 82 (83).

<sup>36</sup> RAG, ARS 13, 487, zit. nach: *Eylert*, NZA-RR 2014, 393 (395).

<sup>37</sup> RAG, ARS 15, 571, zit. nach: *Eylert*, NZA-RR 2014, 393 (396).

<sup>38</sup> RAG, Urteil vom 23.06.1934 – RAG 318/33, ARS 21, 145 (147), zit. nach: *Lembke*, RdA 2013, 82 (83).

<sup>39</sup> *Lembke*, RdA 2013, 82 (83).

erforderliche Vertrauensgrundlage zerstört.<sup>40</sup> Das BAG führte die Rechtsprechung des RAG fort.<sup>41</sup> In einer Entscheidung aus dem Jahr 1964 entwickelte das BAG schließlich die weiteren Voraussetzungen für die Wirksamkeit der Verdachtskündigung.<sup>42</sup> Das Risiko, einen unschuldigen Arbeitnehmer zu treffen, erkennt das BAG und setzt daher voraus, dass die Kündigung sich auf einen durch objektive Tatsachen begründeten dringenden Verdacht stützen, der Arbeitgeber alle ihm zumutbaren Aufklärungsmaßnahmen ergreifen und er insbesondere den Arbeitnehmer anhören muss.<sup>43</sup> Ferner verlangt das BAG einen Wiedereinstellungsanspruch des Arbeitnehmers, sofern sich nachträglich seine Unschuld herausstellen sollte.<sup>44</sup>

## **II. Einwände gegen die Zulässigkeit der Verdachtskündigung**

Im Laufe der Zeit wurden dennoch einige Bedenken bezüglich der Zulässigkeit der Verdachtskündigung geäußert.<sup>45</sup>

### **1. Unzulässige richterliche Rechtsfortbildung**

Vereinzelt wird angeführt, dass die Verdachtskündigung eine unzulässige richterliche Rechtsfortbildung darstelle, da sie sich nicht unter dem Wortlaut des § 626 I BGB subsumieren lasse.<sup>46</sup> § 626 I BGB regelt für die außerordentliche Kündigung, dass Tatsachen vorliegen müssen, die einen wichtigen Grund für die Beendigung des Arbeitsverhältnisses bilden. Der bloße Verdacht stelle jedoch keine solche Tatsache dar.<sup>47</sup> Dazu fehle die Beweisbarkeit.<sup>48</sup> Allerdings setzt eine Verdachtskündigung voraus, dass der sie begründende Verdacht auf objektiven Tatsachen beruht.<sup>49</sup> Demnach handelt es sich nicht um eine Rechtsfortbildung, sondern lediglich um Gesetzesauslegung.<sup>50</sup>

### **2. Verstoß gegen die Unschuldsvermutung aus Art. 6 II EMRK**

Ebenso steht die Unschuldsvermutung aus Art. 6 II EMRK der Verdachtskündigung nicht entgegen.<sup>51</sup> Gemäß Art. 6 II EMRK gilt jede Person bis zum gesetzlichen Nachweis seiner Schuld als unschuldig. Diese Unschuldsvermutung bindet jedoch lediglich den Richter, der über die Begründetheit der Anklage entscheidet.<sup>52</sup> Würde die Unschuldsvermutung im Privatrecht Anwendung finden, wäre eine Kündigung erst nach strafrechtlicher Verurteilung des Arbeitnehmers möglich, obgleich ein starker Verdacht gegen ihn besteht.<sup>53</sup> Zudem schützt die Unschuldsvermutung nur vor einer Strafe.<sup>54</sup> Rechtsfolgen ohne Strafcharakter

---

<sup>40</sup> RAG, ARS 36, 260 (263), zit. nach: *Eylert*, NZA-RR 2014, 393 (396).

<sup>41</sup> *Eylert*, NZA-RR 2014, 393 (396).

<sup>42</sup> *Eylert*, NZA-RR 2014, 393 (396).

<sup>43</sup> BAG, Urteil vom 04.06.1964, 2 AZR 310/63, NJW 1964, 1918 (1919).

<sup>44</sup> BAG, Urteil vom 04.06.1964, 2 AZR 310/63, NJW 1964, 1918 (1919).

<sup>45</sup> *Lembke*, RdA 2013, 82 (84).

<sup>46</sup> GE der Fraktion Die Linke, BT-Drucks. 17/649, S. 5.

<sup>47</sup> GE der Fraktion Die Linke, BT-Drucks. 17/649, S. 5.

<sup>48</sup> GE der Fraktion Die Linke, BT-Drucks. 17/649, S. 5.

<sup>49</sup> *Lunk*, NJW 2010, 2753 (2753).

<sup>50</sup> BAG, Urteil vom 14.09.1994, 2 AZR 164/94, NZA 1995, 269 (271).

<sup>51</sup> BAG, Urteil vom 14.09.1994, 2 AZR 164/94, NZA 1995, 269 (271).

<sup>52</sup> BAG, Urteil vom 14.09.1994, 2 AZR 164/94, NZA 1995, 269 (271).

<sup>53</sup> BAG, Urteil vom 14.09.1994, 2 AZR 164/94, NZA 1995, 269 (271).

<sup>54</sup> BGH, Urteil vom 30.03.1995, IX ZR 182/94, NJW 1995, 1954 (1955).

sind von der Anwendung der Unschuldsvermutung ausgenommen.<sup>55</sup> Der Verdachtskündigung fehlt ein solcher Strafcharakter, sodass sie aus dem Anwendungsbereich der Unschuldsvermutung herausfällt.<sup>56</sup> Ihr Zweck liegt nicht darin, vergangenes Verhalten des Arbeitnehmers zu sanktionieren, sondern künftige Vertragsstörungen zu vermeiden.<sup>57</sup>

### 3. Verstoß gegen das Grundrecht aus Art. 12 I GG

Fraglich ist, ob ein Verstoß gegen das Grundrecht aus Art. 12 I GG gegen die Zulässigkeit der Verdachtskündigung spricht.<sup>58</sup> Grundrechte dienen vorrangig dem Schutz von Privatpersonen vor der öffentlichen Gewalt.<sup>59</sup> Sie wirken sich jedoch als verfassungsrechtliche Grundentscheidung auf alle Rechtsbereiche aus.<sup>60</sup> So müssen Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung mit dem Grundgesetz im Einklang stehen.<sup>61</sup> Allerdings könnte ein unzulässiger Eingriff in die Berufsfreiheit des Arbeitnehmers vorliegen, welche ebenfalls die Beibehaltung des von ihm frei gewählten Arbeitsplatzes umfasst.<sup>62</sup> Dem gegenüber steht die unternehmerische Freiheit des Arbeitgebers.<sup>63</sup> Er soll entscheiden dürfen, welche Arbeitnehmer wie lange für ihn tätig sind.<sup>64</sup> Die Grundrechtspositionen der beiden Parteien konkurrieren.<sup>65</sup> Es wird ein angemessener Interessenausgleich geschaffen, indem die Verdachtskündigung als zulässig angesehen wird, diese Zulässigkeit jedoch an strenge Voraussetzungen geknüpft ist.<sup>66</sup> Demnach steht der Zulässigkeit der Verdachtskündigung auch kein Verstoß gegen das Grundrecht aus Art. 12 I GG entgegen.<sup>67</sup>

### D. Abgrenzung zur Tat Kündigung

Bei dem Verdacht einer strafbaren Handlung oder Pflichtverletzung des Arbeitnehmers und dem Vorwurf, er habe sie tatsächlich begangen, handelt es sich um eigenständige Kündigungsgründe.<sup>68</sup> Eine Tat Kündigung ist gegeben, wenn der Arbeitnehmer die Kündigung ausspricht, weil er davon überzeugt ist, dass der Arbeitnehmer eine strafbare Handlung oder Pflichtverletzung tatsächlich begangen hat, und ihm deshalb die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unzumutbar ist.<sup>69</sup> Eine Verdachtskündigung liegt hingegen vor, wenn der Arbeitgeber die Kündigung darauf stützt, dass bereits der Verdacht einer solchen strafbaren Handlung oder Pflichtverletzung die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unzumutbar macht.<sup>70</sup> Im Gegensatz zur Tat Kündigung setzt die Wirksamkeit der Verdachtskündigung die Anhörung des Arbeitnehmers voraus.<sup>71</sup> Das folgt daraus, dass bei der

---

<sup>55</sup> BGH, Urteil vom 30.03.1995, IX ZR 182/94, NJW 1995, 1954 (1955).

<sup>56</sup> *Belling*, RdA 1993, 223 (227), zit. nach: Hoefs, 2001, S. 93.

<sup>57</sup> *Belling*, RdA 1993, 223 (227), zit. nach: Hoefs, 2001, S. 93.

<sup>58</sup> *Dörner*, NZA 1993, 873 (873).

<sup>59</sup> BVerfG, Urteil vom 15.01.1958, 1 BvR 400/51, GRUR 1958, 254 (255).

<sup>60</sup> BVerfG, Urteil vom 15.01.1958, 1 BvR 400/51, GRUR 1958, 254 (255).

<sup>61</sup> BVerfG, Urteil vom 15.01.1958, 1 BvR 400/51, GRUR 1958, 254 (255).

<sup>62</sup> BAG, Urteil vom 14.09.1994, 2 AZR 164/94, NZA 1995, 269 (271).

<sup>63</sup> BAG, Urteil vom 14.09.1994, 2 AZR 164/94, NZA 1995, 269 (271).

<sup>64</sup> BAG, Urteil vom 14.09.1994, 2 AZR 164/94, NZA 1995, 269 (271).

<sup>65</sup> BAG, Urteil vom 14.09.1994, 2 AZR 164/94, NZA 1995, 269 (271).

<sup>66</sup> *Hoefs*, Die Verdachtskündigung, S. 100.

<sup>67</sup> BAG, Urteil vom 14.09.1994, 2 AZR 164/94, NZA 1995, 269 (271).

<sup>68</sup> BAG, Urteil vom 31.01.2019, 2 AZR 426/18, NZA 2019, 893 (Rn. 20).

<sup>69</sup> BAG, Urteil vom 10.02.2005, 2 AZR 189/04, NZA 2005, 1056 (1058).

<sup>70</sup> BAG, Urteil vom 23.06.2009, 2 AZR 474/07, NZA 2009, 1136 (Rn. 51).

<sup>71</sup> BAG, Urteil vom 25.04.2018, 2 AZR 611/17, NZA 2018, 1405 (Rn. 31).

Verdachtskündigung stets die Gefahr besteht, einen unschuldigen Arbeitnehmer zu treffen, da die Kündigung lediglich mit einem Verdacht und nicht mit einer erwiesenen Tat begründet wird.<sup>72</sup> Im Rahmen der Anhörung soll der Arbeitnehmer die Möglichkeit erhalten, den Verdacht zu entkräften.<sup>73</sup> Die Wirksamkeit der Tatkündigung hängt jedoch nicht von der vorherigen Sachverhaltsaufklärung und Anhörung des Arbeitnehmers ab.<sup>74</sup> Vielmehr liegt sie im eigenen Interesse des Arbeitgebers.<sup>75</sup> Schließlich trägt dieser das Risiko, die Pflichtverletzung im Kündigungsschutzprozess nicht beweisen zu können.<sup>76</sup> Der Arbeitgeber kann entscheiden, ob er eine Tatkündigung oder eine Verdachtskündigung aussprechen möchte.<sup>77</sup> Die Verdachtskündigung stellt gegenüber der Tatkündigung kein subsidiäres Mittel dar.<sup>78</sup> Ihm steht es frei, auch gleichzeitig sowohl eine Tat- als auch eine Verdachtskündigung auszusprechen.<sup>79</sup> Eine der beiden Kündigungen kann hilfsweise erklärt werden.<sup>80</sup>

## E. Arten der Verdachtskündigung

Die Verdachtskündigung kann sowohl als außerordentliche Kündigung als auch als ordentliche Kündigung ausgesprochen werden.<sup>81</sup> Überwiegend wird die Verdachtskündigung allerdings als außerordentliche Kündigung erklärt.<sup>82</sup>

### I. Außerordentliche Verdachtskündigung

Eine außerordentliche Kündigung setzt gemäß § 626 I BGB voraus, dass ein wichtiger Grund vorliegt, welcher dem Arbeitgeber die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unter Abwägung der beiderseitigen Interessen unzumutbar macht. Auch der Verdacht einer strafbaren Handlung oder Pflichtverletzung kann einen solchen wichtigen Grund darstellen.<sup>83</sup> Die außerordentliche Kündigung ist gerechtfertigt, wenn objektive Tatsachen einen dringenden Verdacht begründen, der die für die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses erforderliche Vertrauensgrundlage erschüttert.<sup>84</sup> Zu beachten ist, dass eine außerordentliche Kündigung nach § 626 II BGB innerhalb von zwei Wochen, nachdem der Kündigungsberechtigte von den maßgebenden Tatsachen Kenntnis erlangt hat, erklärt werden muss. Die außerordentliche Kündigung beendet das Arbeitsverhältnis fristlos.<sup>85</sup>

---

<sup>72</sup> BAG, Urteil vom 23.06.2009, 2 AZR 474/07, NZA 2009, 1136 (Rn. 56).

<sup>73</sup> BAG, Urteil vom 23.06.2009, 2 AZR 474/07, NZA 2009, 1136 (Rn. 56).

<sup>74</sup> BAG, Urteil vom 16.07.2015, 2 AZR 85/15, NZA 2016, 161 (Rn. 38).

<sup>75</sup> BAG, Urteil vom 16.07.2015, 2 AZR 85/15, NZA 2016, 161 (Rn. 38).

<sup>76</sup> BAG, Urteil vom 16.07.2015, 2 AZR 85/15, NZA 2016, 161 (Rn. 38).

<sup>77</sup> *Fuhlrott*, ArbRAktuell 2012, 553 (553).

<sup>78</sup> *Hoefs*, Die Verdachtskündigung, S. 54.

<sup>79</sup> BAG, Urteil vom 23.06.2009, 2 AZR 474/07, NZA 2009, 1136 (Rn. 22).

<sup>80</sup> BAG, Urteil vom 23.06.2009, 2 AZR 474/07, NZA 2009, 1136 (Rn. 22).

<sup>81</sup> BAG, Urteil vom 27.11.2008, 2 AZR 98/07, NZA 2009, 604 (Rn. 22).

<sup>82</sup> *Eylert*, NZA-Beilage 2015, 100 (101).

<sup>83</sup> BAG, Urteil vom 21.11.2013, 2 AZR 797/11, NZA 2014, 243 (Rn. 16).

<sup>84</sup> BAG, Urteil vom 25.10.2012, 2 AZR 700/11, NZA 2013, 371 (Rn. 13).

<sup>85</sup> MüKo BGB/*Henssler*, BGB, § 626 Rn. 1.



## II. Ordentliche Verdachtskündigung

Auf den Verdacht einer Pflichtverletzung kann aber auch eine ordentliche Kündigung gestützt werden.<sup>86</sup> Sie stellt das mildere Mittel zur außerordentlichen Kündigung dar<sup>87</sup> und kommt in den Fällen in Betracht, in denen ein Grund für eine Verdachtskündigung vorliegt, dem Arbeitgeber aber die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zumindest bis zum Ende der Kündigungsfrist zumutbar ist.<sup>88</sup> Dies ist unter anderem bei kurzen Kündigungsfristen anzunehmen.<sup>89</sup> Darüber hinaus kann eine ordentliche Kündigung immer dann erklärt werden, wenn die Ausschlussfrist des § 626 II BGB verstrichen ist und der Arbeitgeber versäumt hat, innerhalb dieser Frist die außerordentliche Kündigung zu erklären.<sup>90</sup> Ein wichtiger Grund im Sinne von § 626 II BGB, der geeignet ist, eine außerordentliche Kündigung zu rechtfertigen, kann den Arbeitgeber nach Fristablauf noch zu einer ordentlichen Kündigung veranlassen<sup>91</sup>, für die keine Ausschlussfrist gilt.<sup>92</sup> Allerdings kann auch das Recht des Arbeitgebers zur ordentlichen Kündigung verwirken, wenn er trotz Kenntnis des Kündigungsgrundes lange Zeit untätig bleibt und der Arbeitnehmer darauf vertrauen kann, dass eine Kündigung unterbleibt.<sup>93</sup> Ferner muss der Verdacht, auf den die ordentliche Verdachtskündigung gestützt werden soll, wäre er erwiesen, eine fristlose Kündigung begründen können.<sup>94</sup> Demnach kann ein längeres Zuwarten des Arbeitgebers den Eindruck erwecken, dass das Arbeitsverhältnis nicht derart erheblich beeinträchtigt ist, dass dies den Arbeitgeber zu einer Kündigung veranlasst.<sup>95</sup> Dem Arbeitgeber ist es nicht gestattet, sich einen Kündigungsgrund aufzusparen, um später zu einem willkürlich gewählten Zeitpunkt eine Kündigung auszusprechen, ohne dass weiteres Fehlverhalten des Arbeitnehmers aufgetreten ist.<sup>96</sup> Folglich hat der Arbeitgeber auch eine ordentliche Verdachtskündigung zügig zu erklären.<sup>97</sup> Eine ordentliche Kündigung wird unter Einhaltung einer Kündigungsfrist erklärt.<sup>98</sup> Regelungen zur Auslaufrfrist finden sich in § 622 BGB.

### 1. Einordnung in § 1 II KSchG

Gemäß § 1 II KSchG ist eine ordentliche Kündigung nur zulässig, wenn sie durch einen betriebs-, verhaltens- oder personenbedingten Kündigungsgrund gerechtfertigt ist. Eine betriebsbedingte Kündigung ist gerechtfertigt, wenn dringende betriebliche Erfordernisse der Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers entgegenstehen.<sup>99</sup> Sie gibt dem Arbeitgeber die Möglichkeit, auf einen veränderten Personalbedarf zu reagieren.<sup>100</sup> Jedoch beeinflusst der Verdacht gegen einen Arbeitnehmer den Personalbedarf nicht.<sup>101</sup> Folglich scheidet ein betriebsbedingter Kündigungsgrund aus.<sup>102</sup> Ein verhaltensbedingter Kündigungsgrund liegt

---

<sup>86</sup> BAG, Urteil vom 31.01.2019, 2 AZR 426/18, NZA 2019, 893 (Rn. 20).

<sup>87</sup> BAG, Urteil vom 21.11.2013, 2 AZR 797/11, NZA 2014, 243 (Rn. 17).

<sup>88</sup> Hoefs, Die Verdachtskündigung, S. 258.

<sup>89</sup> Hoefs, Die Verdachtskündigung, S. 258.

<sup>90</sup> Wlachojiannis, BuW 2003, 782 (785).

<sup>91</sup> BAG, Urteil vom 15.08.2002, 2 AZR 514/01, NZA 2003, 795 (796).

<sup>92</sup> BAG, Urteil vom 31.01.2019, 2 AZR 426/18, NZA 2019, 893 (Rn. 31).

<sup>93</sup> BAG, Urteil vom 15.08.2002, 2 AZR 514/01, NZA 2003, 795 (796).

<sup>94</sup> BAG, Urteil vom 31.01.2019, 2 AZR 426/18, NZA 2019, 893 (Rn. 32).

<sup>95</sup> BAG, Urteil vom 31.01.2019, 2 AZR 426/18, NZA 2019, 893 (Rn. 32).

<sup>96</sup> BAG, Urteil vom 31.01.2019, 2 AZR 426/18, NZA 2019, 893 (Rn. 32).

<sup>97</sup> BAG, Urteil vom 31.01.2019, 2 AZR 426/18, NZA 2019, 893 (Rn. 32).

<sup>98</sup> MüKo BGB/Hergenröder, KSchG, § 1 Rn. 59.

<sup>99</sup> ErfK ArbR/Oetker, KSchG, § 1 Rn. 211.

<sup>100</sup> Koch, Arbeitsrecht von A-Z, o.S., Betriebsbedingte Kündigung.

<sup>101</sup> Zborowska, Die außerordentliche Verdachtskündigung, S. 56.

<sup>102</sup> Schulz, ArbRAktuell 2016, 365 (366).

hingegen vor, wenn der Arbeitnehmer seine Pflichten aus dem Arbeitsvertrag verletzt.<sup>103</sup> Kündigungsrelevant sind dabei lediglich vorwerfbare Pflichtverletzungen.<sup>104</sup> Voraussetzung einer vorwerfbaren Pflichtverletzung ist, dass der Arbeitnehmer sein Verhalten, welches zu der Pflichtverletzung geführt hat, steuern konnte.<sup>105</sup> Der Verdacht einer Pflichtverletzung, der sich gegen den Arbeitnehmer richtet, ist nicht steuerbar.<sup>106</sup> Der Arbeitnehmer kann nicht vermeiden, dass er in den Verdacht einer Pflichtverletzung gerät.<sup>107</sup> Somit stellt der Verdacht auch keinen verhaltensbedingten Kündigungsgrund dar.<sup>108</sup> Schlussendlich kommt eine personenbedingte Kündigung in Betracht.<sup>109</sup> Sie setzt voraus, dass dem Arbeitnehmer die Eignung oder Fähigkeit fehlt, die geschuldete Leistung zu erbringen.<sup>110</sup> In der Regel führt der Verdacht einer strafbaren Handlung oder Pflichtverletzung zu einem Vertrauensverlust und begründet damit einen Eignungsmangel, welcher geeignet ist, eine personenbedingte Kündigung zu stützen.<sup>111</sup> Demnach ist eine ordentliche Kündigung stets eine personenbedingte Kündigung.<sup>112</sup>

## 2. Anforderungen an eine ordentliche Verdachtskündigung

An die ordentliche Verdachtskündigung sind keine geringeren Anforderungen zu stellen als an eine außerordentliche Kündigung.<sup>113</sup> Sie ist demnach nur gerechtfertigt, wenn sie auf Tatsachen gestützt wird, die auch eine außerordentliche Kündigung gerechtfertigt hätten.<sup>114</sup> Die strengen Anforderungen sind erforderlich, da stets die Gefahr besteht, dass ein Arbeitgeber zu Unrecht beschuldigt wird.<sup>115</sup> Konkret bedeutet dies, dass der Verdacht, der eine ordentliche Verdachtskündigung rechtfertigen soll, ebenso dringend sein muss wie bei einer außerordentlichen Verdachtskündigung.<sup>116</sup> Weiterhin muss eine Interessenabwägung ergeben, dass der Verdacht, wäre er erwiesen, eine fristlose Kündigung begründen könnte.<sup>117</sup> Würde selbst die erwiesene Tat keine sofortige Beendigung des Arbeitsverhältnisses rechtfertigen, ist der bloße Verdacht erst recht nicht dazu geeignet, auch nur eine ordentliche Kündigung zu begründen.<sup>118</sup> Zu beachten ist jedoch, dass der Verdacht, auf den sich die ordentliche Verdachtskündigung stützt, an sich keine sofortige Beendigung des Arbeitsverhältnisses rechtfertigen muss.<sup>119</sup> Anderenfalls würde die Grenze zur außerordentlichen Verdachtskündigung verwischt werden.<sup>120</sup>

---

<sup>103</sup> Ascheid/Preis/Schmidt Kündigungsrecht/Koch, BetrVG, § 102 Rn. 123.

<sup>104</sup> ErfK ArbR/Oetker, KSchG, § 1 Rn. 188.

<sup>105</sup> BAG, Urteil vom 03.11.2011, 2 AZR 748/10, NZA 2012, 607 (Rn. 22).

<sup>106</sup> *Vom Stein*, Fehleinschätzungen bei der Kündigung von Arbeitsverhältnissen unter besonderer Berücksichtigung der Verdachtskündigung, S. 65, zit. nach: Zborowska, 2015, S. 58.

<sup>107</sup> Zborowska, Die außerordentliche Verdachtskündigung, S. 59.

<sup>108</sup> Zborowska, Die außerordentliche Verdachtskündigung, S. 57.

<sup>109</sup> BAG, Urteil vom 31.01.2019, 2 AZR 426/18, NZA 2019, 893 (Rn. 20).

<sup>110</sup> Koch, Arbeitsrecht von A-Z, o.S., Personenbedingte Kündigung.

<sup>111</sup> BAG, Urteil vom 31.01.2019, 2 AZR 426/18, NZA 2019, 893 (Rn. 21).

<sup>112</sup> BAG, Urteil vom 31.01.2019, 2 AZR 426/18, NZA 2019, 893 (Rn. 24).

<sup>113</sup> BAG, Urteil vom 21.11.2013, 2 AZR 797/11, NZA 2014, 243 (Rn. 31).

<sup>114</sup> BAG, Urteil vom 31.01.2019, 2 AZR 426/18, NZA 2019, 893 (Rn. 26).

<sup>115</sup> BAG, Urteil vom 27.11.2008, 2 AZR 98/07, NZA 2009, 604 (Rn. 22).

<sup>116</sup> BAG, Urteil vom 31.01.2019, 2 AZR 426/18, NZA 2019, 893 (Rn. 27).

<sup>117</sup> BAG, Urteil vom 31.01.2019, 2 AZR 426/18, NZA 2019, 893 (Rn. 29).

<sup>118</sup> BAG, Urteil vom 31.01.2019, 2 AZR 426/18, NZA 2019, 893 (Rn. 29).

<sup>119</sup> Eylert, NZA-RR 2014, 393 (405).

<sup>120</sup> Eylert, NZA-RR 2014, 393 (405).

## F. Wirksamkeitsvoraussetzungen der Verdachtskündigung

Die Rechtsprechung hat strenge Voraussetzungen für die Fallgruppe der Verdachtskündigung entwickelt.<sup>121</sup>

### I. Verdacht

Zunächst muss sich die Verdachtskündigung auf einen durch objektive Tatsachen begründeten dringenden Verdacht einer Straftat oder Pflichtverletzung stützen.<sup>122</sup>

#### 1. Begründung der Kündigung mit einem Verdacht

Eine Verdachtskündigung liegt vor, wenn der Arbeitgeber die Kündigung gerade mit dem Verdacht begründet, der Arbeitnehmer habe eine strafbare Handlung oder Pflichtverletzung begangen und dadurch das Vertrauensverhältnis zerstört.<sup>123</sup> Dabei ist es unerheblich, ob er sich ebenfalls auf die erwiesene Tat beruft.<sup>124</sup> Eine Kündigung kann auf mehrere Gründe nebeneinander gestützt werden.<sup>125</sup> Er muss die Kündigung jedoch zumindest hilfsweise auch auf den Verdacht stützen.<sup>126</sup> Die Begründung der Kündigung mit dem Verdacht kann bereits im Kündigungsschreiben oder erst später im Kündigungsschutzprozess erfolgen.<sup>127</sup> Grundsätzlich gilt zwar, dass die Angabe des Kündigungsgrundes keine Wirksamkeitsvoraussetzung darstellt.<sup>128</sup> Allerdings findet im Kündigungsschutzprozess der Verhandlungsgrundsatz Anwendung<sup>129</sup>, wonach die Parteien jene Tatsachen einführen, auf Grundlage derer die Gerichte das Urteil entscheiden.<sup>130</sup> Demnach sind die Gründe spätestens im Rahmen des Sachenvortrags anzugeben.<sup>131</sup> Darüber hinaus muss der Arbeitgeber den Verdacht nicht ausdrücklich als Kündigungsgrund anführen.<sup>132</sup> Vielmehr ist der Wille des Arbeitgebers, ob er wegen des Verdachts oder wegen der erwiesenen Tat kündigen möchte, auszulegen.<sup>133</sup> Eine Verdachtskündigung ist immer dann anzunehmen, wenn sich Anhaltspunkte dafür zeigen, dass er die Kündigung auf den Verdacht stützen will.<sup>134</sup>

#### 2. Verdacht einer Straftat oder Pflichtverletzung

Der Verdacht, mit dem die Kündigung begründet wird, muss eine strafbare Handlung oder eine sonstige erhebliche Pflichtverletzung des Arbeitnehmers betreffen.<sup>135</sup>

---

<sup>121</sup> *Aszmons*, SPA 2019, 45 (45).

<sup>122</sup> BAG, Urteil vom 18.06.2015, 2 AZR 256/14, NZA 2016, 287 (Rn. 21).

<sup>123</sup> BAG, Urteil vom 23.06.2009, 2 AZR 474/07, NZA 2009, 1136 (Rn. 51).

<sup>124</sup> *Dörner*, NZA 1992, 865 (868).

<sup>125</sup> *Dörner*, NZA 1992, 865 (868).

<sup>126</sup> BAG, Urteil vom 03.04.1986, 2 AZR 324/85, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 18.

<sup>127</sup> BAG, Urteil vom 20.08.1997, 2 AZR 620/96, NZA 1997, 1340 (1341).

<sup>128</sup> BAG, Urteil vom 30.01.1963, 2 AZR 143/62, NJW 1963, 1267 (1268).

<sup>129</sup> BAG, Urteil vom 25.02.1993, 8 AZR 274/92, NZA 1993, 1036.

<sup>130</sup> *Pulz*, MHdB ArbR, Rn. 5.

<sup>131</sup> *Hoefs*, Die Verdachtskündigung, S. 142.

<sup>132</sup> *Hoefs*, Die Verdachtskündigung, S. 143.

<sup>133</sup> BAG, Urteil vom 26.03.1992, 2 AZR 519/91, NZA 1992, 1121 (1122).

<sup>134</sup> BAG, Urteil vom 26.03.1992, 2 AZR 519/91, NZA 1992, 1121 (1122).

<sup>135</sup> *Eylert*, NZA-RR 2014, 393 (398).

### **a) Mindestvoraussetzung: bei Nachweis zur außerordentlichen Kündigung berechtigt**

Die Wirksamkeit der Verdachtskündigung setzt voraus, dass das Fehlverhalten des Arbeitnehmers zu einer außerordentlichen Kündigung berechtigen würde, falls es erwiesen wäre.<sup>136</sup> Wenn schon die erwiesene Tat keine außerordentliche Kündigung rechtfertigen kann, dann erst recht nicht der bloße Verdacht dieser Tat.<sup>137</sup> Ein Verdacht, der bei Nachweis nicht die sofortige Beendigung des Arbeitsverhältnisses rechtfertigen könnte, reicht nicht aus, um das Risiko einzugehen, einen Arbeitnehmer zu Unrecht zu beschuldigen.<sup>138</sup> In diesem Fall überwiegt das Interesse des Arbeitnehmers daran, dass der Arbeitsvertrag fortbesteht.<sup>139</sup> Um feststellen zu können, ob der Verdacht, wäre er erwiesen, eine sofortige Beendigung des Arbeitsverhältnisses rechtfertigt, geht der Prüfung der Rechtmäßigkeit einer Verdachtskündigung die Prüfung der Rechtmäßigkeit einer Tatkündigung voraus.<sup>140</sup> Zunächst hat eine tatbezogene Interessenabwägung zu erfolgen, aus der hervorgeht, ob die erwiesene Tat die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist unzumutbar macht.<sup>141</sup> Bei der Prüfung der Rechtmäßigkeit der Verdachtskündigung folgt eine zweite abschließende Interessenabwägung hinsichtlich des Verdachts.<sup>142</sup> Diese verdachtsbezogene Interessenabwägung entscheidet letztendlich darüber, ob auch bereits der Verdacht die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unzumutbar macht.<sup>143</sup>

### **b) Straftat**

Ein Verdacht kann eine Verdachtskündigung rechtfertigen, wenn sich das Fehlverhalten des Arbeitnehmers auf eine strafbare Handlung bezieht.<sup>144</sup> Allerdings sind Straftaten nicht allgemein kündigungsrelevant.<sup>145</sup> Vielmehr ist ein Bezug zum Arbeitsverhältnis erforderlich.<sup>146</sup> Es wird zwischen Straftaten im dienstlichen und im außerdienstlichen Bereich unterschieden.<sup>147</sup>

#### **aa) Straftaten im dienstlichen Bereich**

Straftaten im dienstlichen Bereich liegen vor, wenn sie während der Arbeitszeit begangen werden.<sup>148</sup> Sofern sie eine Verletzung der arbeitsvertraglichen Pflichten darstellen, können sie eine verhaltensbedingte Kündigung begründen.<sup>149</sup> Davon ist bei einer direkt gegen Arbeitgeber gerichteten Straftat regelmäßig auszugehen.<sup>150</sup> Allerdings kann auch die Verletzung von Nebenpflichten kündigungsrelevant sein.<sup>151</sup> Insbesondere ist der Arbeitnehmer nach § 241 II BGB dazu verpflichtet, auf die Interessen der anderen Vertragspartei

---

<sup>136</sup> Zborowska, Die außerordentliche Verdachtskündigung, S. 76.

<sup>137</sup> BAG, Urteil vom 06.09.2012, 2 AZR 270/11, NJW 2013, 1115 (Rn. 50).

<sup>138</sup> BAG, Urteil vom 21.11.2013, 2 AZR 797/11, NZA 2014, 243 (Rn. 33).

<sup>139</sup> BAG, Urteil vom 21.11.2013, 2 AZR 797/11, NZA 2014, 243 (Rn. 33).

<sup>140</sup> Hoefs, Die Verdachtskündigung, S. 145.

<sup>141</sup> Zborowska, Die außerordentliche Verdachtskündigung, S. 77 f.

<sup>142</sup> MüKo BGB/Henssler, BGB, § 626 Rn. 283.

<sup>143</sup> Zborowska, Die außerordentliche Verdachtskündigung, S. 80.

<sup>144</sup> BAG, Urteil vom 23.06.2009, 2 AZR 474/07, NZA 2009, 1136 (Rn. 51).

<sup>145</sup> Ascheid/Preis/Schmidt Kündigungsrecht/Vossen, BGB, § 626 Rn. 345b.

<sup>146</sup> Ascheid/Preis/Schmidt Kündigungsrecht/Vossen, BGB, § 626 Rn. 345b.

<sup>147</sup> Hoefs, Die Verdachtskündigung, S. 146 f.

<sup>148</sup> Hoefs, Die Verdachtskündigung, S. 147.

<sup>149</sup> Ascheid/Preis/Schmidt Kündigungsrecht/Vossen, KSchG, § 1 Rn. 256.

<sup>150</sup> Hoß, MDR 1998, 869 (880), zit. nach: Hoefs, 2001, S. 148.

<sup>151</sup> BAG, Urteil vom 02.03.2006, 2 AZR 53/05, NZA-RR 2006, 636 (Rn. 21).

Rücksicht zu nehmen. Straftaten, welche sich gegen andere Mitarbeiter richten, können den Betriebsfrieden erheblich stören.<sup>152</sup> Ferner kann strafbares Verhalten gegenüber Kunden den Ruf des Arbeitgebers gefährden.<sup>153</sup> Ebenso drohen Straftaten gegenüber Dritten, die jedoch mit dem Arbeitgeber in Verbindung gebracht werden können, da der Arbeitnehmer diese unter Nutzung der betrieblichen Gegebenheiten begangen hat, dem Ruf zu schaden.<sup>154</sup> Außerdem braucht der Arbeitnehmer nicht zu billigen, dass ein Arbeitnehmer die betrieblichen Einrichtungen nutzt, um eine Straftat zu begehen.<sup>155</sup> In all diesen Fällen können die berechtigten Interessen des Arbeitgebers beeinträchtigt, die Rücksichtnahmepflicht aus § 241 II BGB verletzt und eine verhaltensbedingte Kündigung gerechtfertigt sein.<sup>156</sup>

## **bb) Straftaten im außerdienstlichen Bereich**

Im Gegensatz zu Straftaten im dienstlichen Bereich werden Straftaten im außerdienstlichen Bereich außerhalb der Arbeitszeit begangen.<sup>157</sup> Solche Straftaten weisen grundsätzlich keinen Bezug zum Arbeitsverhältnis auf, sodass auf sie keine Kündigung gestützt werden kann.<sup>158</sup> Eine Ausnahme besteht, wenn sie außerdienstliche Verhaltenspflichten verletzen und eine verhaltensbedingte Kündigung rechtfertigen oder Zweifel an der Eignung des Arbeitnehmers begründen und somit eine personenbedingte Kündigung rechtfertigen.<sup>159</sup>

### **(1) Begründung eines verhaltensbedingten Kündigungsgrundes**

Werden durch eine Straftat arbeitsvertragliche Pflichten verletzt, kommt ein verhaltensbedingter Kündigungsgrund in Betracht.<sup>160</sup> Allerdings kann der Arbeitgeber die Gestaltung des privaten Lebensbereichs eines Arbeitnehmers nicht beeinflussen<sup>161</sup>, es sei denn, das private Verhalten führt zu Störungen des Arbeitsverhältnisses.<sup>162</sup> Die Rücksichtnahmepflicht aus § 241 II BGB gilt demnach auch außerhalb der Arbeitszeit.<sup>163</sup> Sie wird verletzt, wenn das außerdienstliche Fehlverhalten des Arbeitnehmers durch negative Auswirkungen auf den Betrieb oder einen Bezug zum Arbeitsverhältnis berechnete Interessen des Arbeitgebers beeinträchtigt.<sup>164</sup> Dies ist regelmäßig anzunehmen, wenn der Arbeitnehmer die Straftat zwar außerdienstlich begeht, aber dazu Betriebsmittel oder betriebliche Einrichtungen nutzt.<sup>165</sup> Liegt ein solcher Bezug zum Arbeitsverhältnis nicht vor, ist die Rücksichtnahmepflicht nicht verletzt.<sup>166</sup>

---

<sup>152</sup> BAG, Urteil vom 31.03.1993, 2 AZR 492/92, NZA 1994, 409 (412).

<sup>153</sup> Hoefs, Die Verdachtskündigung, S. 150.

<sup>154</sup> ArbG Frankfurt a.M., Urteil vom 08.10.1997, 9 Ca 171/97, NZA-RR 1998, 355.

<sup>155</sup> ArbG Frankfurt a.M., Urteil vom 08.10.1997, 9 Ca 171/97, NZA-RR 1998, 355.

<sup>156</sup> BAG, Urteil vom 02.03.2006, 2 AZR 53/05, NZA-RR 2006, 636 (Rn. 21).

<sup>157</sup> Hoefs, Die Verdachtskündigung, S. 147.

<sup>158</sup> Hoefs, Die Verdachtskündigung, S. 151.

<sup>159</sup> Hoefs, Die Verdachtskündigung, S. 151.

<sup>160</sup> Hoefs, Die Verdachtskündigung, S. 151.

<sup>161</sup> ErfK ArbR/Preis, BGB, § 611a Rn. 835.

<sup>162</sup> ErfK ArbR/Preis, BGB, § 611a Rn. 835.

<sup>163</sup> BAG, Urteil vom 25.04.2018, 2 AZR 611/17, NZA 2018, 1405 (Rn. 44).

<sup>164</sup> BAG, Urteil vom 25.04.2018, 2 AZR 611/17, NZA 2018, 1405 (Rn. 44).

<sup>165</sup> BAG, Urteil vom 10.09.2009, 2 AZR 257/08, NZA 2010, 220 (Rn. 21).

<sup>166</sup> BAG, Urteil vom 10.09.2009, 2 AZR 257/08, NZA 2010, 220 (Rn. 21).

## **(2) Begründung eines personenbedingten Kündigungsgrundes**

Nicht alle Straftaten bedeuten zugleich eine Pflichtverletzung des Arbeitnehmers.<sup>167</sup> Eine außerdienstliche Straftat kann auch Zweifel an der Zuverlässigkeit und Vertrauenswürdigkeit eines Arbeitnehmers hervorrufen.<sup>168</sup> Entfällt dadurch die Eignung des Arbeitnehmers für die vertraglich geschuldete Tätigkeit, kann dies einen personenbedingten Kündigungsgrund darstellen.<sup>169</sup> Inwiefern die Straftat das Vertrauen beeinträchtigt und einen Eignungsmangel begründet, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab.<sup>170</sup> Erforderlich ist ein Zusammenhang der Straftat mit dem Arbeitsverhältnis und der vom Arbeitnehmer geschuldeten Tätigkeit.<sup>171</sup>

## **c) Pflichtverletzung**

Auch nicht strafbares Verhalten kann eine Kündigung rechtfertigen.<sup>172</sup> Maßgeblich ist die Verletzung der arbeitsvertraglichen Pflichten und der mit ihr einhergehende Vertrauensverlust.<sup>173</sup>

## **3. Verdacht auf objektive Tatsachen gestützt**

Damit eine Verdachtskündigung gerechtfertigt ist, muss der Verdacht auf starke, objektive Tatsachen gestützt werden.<sup>174</sup> Ein Verdacht, der aus bloßen Vermutungen resultiert, ist nicht ausreichend.<sup>175</sup> Ebenfalls reicht es nicht aus, wenn der Verdacht lediglich auf dem Argwohn des Arbeitgebers beruht.<sup>176</sup> Vielmehr müssen konkrete Tatsachen den Verdacht rechtfertigen, die auch tatsächlich zutreffen.<sup>177</sup> Diese Tatsachen müssen folglich entweder unstrittig sein oder vom Arbeitgeber bewiesen werden.<sup>178</sup> Die Umstände, aus denen sich der Verdacht ergibt, müssen geeignet sein, einen verständigen und gerecht abwägenden Arbeitgeber zu einer Kündigung zu veranlassen.<sup>179</sup> Maßstab ist somit nicht der „enttäuschte“, sondern der „vernünftige“ Arbeitgeber.<sup>180</sup>

## **4. Dringender Verdacht**

Allerdings ist der Verdacht, den diese objektive Tatsachen begründen, nicht per se ausreichend, um eine Verdachtskündigung zu stützen.<sup>181</sup> Die Wirksamkeit der Verdachtskündigung setzt darüber hinaus voraus, dass der Verdacht auch dringend ist.<sup>182</sup> Ein dringender Verdacht ist anzunehmen, wenn er mit großer Wahrscheinlichkeit zutrifft.<sup>183</sup> Grundsätzlich

---

<sup>167</sup> Zborowska, Die außerordentliche Verdachtskündigung, S. 97.

<sup>168</sup> BAG, Urteil vom 10.04.2014, 2 AZR 684/13, NZA 2014, 1197 (Rn. 26).

<sup>169</sup> Dannenfeldt, MAH Strafverteidigung, Rn. 110.

<sup>170</sup> BAG, Urteil vom 10.04.2014, 2 AZR 684/13, NZA 2014, 1197 (Rn. 26).

<sup>171</sup> BAG, Urteil vom 10.04.2014, 2 AZR 684/13, NZA 2014, 1197 (Rn. 26).

<sup>172</sup> BAG, Urteil vom 18.06.2015, 2 AZR 256/14, NZA 2016, 287 (Rn. 25).

<sup>173</sup> BAG, Urteil vom 24.05.2012, 2 AZR 206/11, NZA 2013, 137 (Rn. 18).

<sup>174</sup> BAG, Urteil vom 02.03.2017, 2 AZR 698/15, NZA 2017, 1051 (Rn. 22).

<sup>175</sup> BAG, Urteil vom 02.03.2017, 2 AZR 698/15, NZA 2017, 1051 (Rn. 22).

<sup>176</sup> BAG, Urteil vom 25.11.2010, 2 AZR 801/09, NZA-RR 2012, 222 (Rn. 19).

<sup>177</sup> BAG, Urteil vom 10.02.2005, 2 AZR 189/04, NZA 2005, 1056 (1058).

<sup>178</sup> BAG, Urteil vom 10.02.2005, 2 AZR 189/04, NZA 2005, 1056 (1058).

<sup>179</sup> BAG, Urteil vom 26.09.2013, 8 AZR 1026/12, NZA 2014, 301 (Rn. 25).

<sup>180</sup> Eylert, NZA-RR 2014, 393 (398).

<sup>181</sup> Hoefs, Die Verdachtskündigung, S. 170.

<sup>182</sup> BAG, Urteil vom 02.03.2017, 2 AZR 698/15, NZA 2017, 1051 (Rn. 22).

<sup>183</sup> BAG, Urteil vom 02.03.2017, 2 AZR 698/15, NZA 2017, 1051 (Rn. 22).

darf der Verdacht nicht nach allgemeiner Lebenserfahrung ebenso auf einem anderen Vorgang beruhen können, welcher nicht geeignet ist, eine Kündigung zu rechtfertigen.<sup>184</sup> Die Wahrscheinlichkeit, dass sich der Verdacht als wahr erweist, lässt sich nicht mithilfe einer mathematischen Berechnung ermitteln.<sup>185</sup> Sie ist vielmehr durch eine wertende Beurteilung festzustellen.<sup>186</sup> Dazu sind sowohl alle belastenden als auch alle entlastenden Umstände gegeneinander abzuwiegen.<sup>187</sup> Ob eine große Wahrscheinlichkeit vorliegt, hängt somit vom Einzelfall ab.<sup>188</sup>

### **a) Verdachtsverstärkende Umstände**

Im Rahmen der Beurteilung der Dringlichkeit sind zunächst Umstände zu würdigen, die den Verdacht gegen den Arbeitnehmer begründen und bekräftigen.<sup>189</sup> Dabei sind die Geschehnisse zu berücksichtigen, durch die der Verdacht in erster Linie entstanden ist.<sup>190</sup> Der Arbeitgeber kann unter anderem durch Beobachtungen von Zeugen oder Auffälligkeiten im Betrieb auf den Arbeitnehmer und dessen vermeintliches Fehlverhalten aufmerksam geworden sein.<sup>191</sup> Weiterhin kann der Verdacht dadurch verstärkt werden, dass der Arbeitnehmer selbst durch schuldhaftes Verhalten seinerseits den Verdacht herbeigeführt hat.<sup>192</sup> Ebenso wirkt es verdachtsverstärkend, wenn er sich nicht an der Aufklärung des Sachverhalts beteiligt hat.<sup>193</sup> Die fehlende Mitwirkung kann zu der Annahme berechtigen, dass der Arbeitnehmer etwas zu verheimlichen versucht.<sup>194</sup>

### **b) Verdachtsschwächende Umstände**

Neben den verdachtsverstärkenden Umständen sind auch diejenigen Umstände zu berücksichtigen, die den Arbeitnehmer entlasten.<sup>195</sup> Dabei hat der Arbeitgeber zu prüfen, ob der Verdacht auch durch einen anderen Vorgang zu erklären ist<sup>196</sup> oder andere Täter in Frage kommen.<sup>197</sup> Allerdings ist ein dringender Verdacht nicht schon alleine deswegen nicht anzunehmen, weil andere Personen nicht sicher als Täter ausgeschlossen werden können.<sup>198</sup> Zugunsten des Arbeitnehmers können auch widersprüchliche Aussagen oder die mangelnde Glaubwürdigkeit der Zeugen gewertet werden.<sup>199</sup> Weiterhin ist der bisherige Verlauf des Arbeitsverhältnisses zu beachten.<sup>200</sup> Der Verdacht wird sich eher gegenüber einem Arbeitnehmer halten, der bereits in der Vergangenheit Störungen verursacht hat, als gegenüber einem Arbeitnehmer, der schon seit vielen Jahren für den Arbeitgeber tätig ist,

---

<sup>184</sup> BAG, Urteil vom 02.03.2017, 2 AZR 698/15, NZA 2017, 1051 (Rn. 22).

<sup>185</sup> BAG, Urteil vom 06.09.2007, 2 AZR 722/06, NZA 2008, 219 (Rn. 46).

<sup>186</sup> BAG, Urteil vom 26.09.2013, 8 AZR 1026/12, NZA 2014, 301 (Rn. 25).

<sup>187</sup> Hoefs, Die Verdachtskündigung, S. 174.

<sup>188</sup> Aszmons, SPA 2019, 45 (45).

<sup>189</sup> Hoefs, Die Verdachtskündigung, S. 174 f.

<sup>190</sup> Hoefs, Die Verdachtskündigung, S. 174.

<sup>191</sup> Hoefs, Die Verdachtskündigung, S. 174.

<sup>192</sup> BAG, Urteil vom 04.06.1964, 2 AZR 310/63, NJW 1964, 1918 (1919).

<sup>193</sup> BAG, Urteil vom 04.06.1964, 2 AZR 310/63, NJW 1964, 1918 (1919).

<sup>194</sup> Hoefs, Die Verdachtskündigung, S. 207.

<sup>195</sup> Busch, MDR 1995, 217 (218), zit, nach: Hoefs, Die Verdachtskündigung, S. 176.

<sup>196</sup> Hoefs, Die Verdachtskündigung, S. 176.

<sup>197</sup> BAG, Urteil vom 04.06.1964, 2 AZR 310/63, NJW 1964, 1918 (1919).

<sup>198</sup> Aszmons, SPA 2019, 45 (46).

<sup>199</sup> Zborowska, Die außerordentliche Verdachtskündigung, S. 140.

<sup>200</sup> Zborowska, Die außerordentliche Verdachtskündigung, S. 140.

ohne dass er jemals durch negatives Verhalten aufgefallen ist.<sup>201</sup> Demnach wirkt sich ein störungsfreier Verlauf des Arbeitsverhältnisses verdachtsmildernd aus.<sup>202</sup>

### **c) Einfluss des Strafverfahrens**

Die strafrechtliche Würdigung ist für die kündigungsrechtliche Beurteilung nicht maßgeblich.<sup>203</sup> Zwar kann sich der Arbeitgeber an dem Ermittlungs- oder Strafverfahren orientieren und dessen Ergebnis abwarten.<sup>204</sup> Schließlich können die dort gewonnenen Erkenntnisse und Handlungen der Strafverfolgungsbehörden die Annahme verstärken, der Arbeitnehmer habe die Straftat begangen.<sup>205</sup> Allerdings sind diese lediglich als Indizien zu berücksichtigen.<sup>206</sup> Sie allein reichen nicht aus, um eine Verdachtskündigung zu begründen.<sup>207</sup> Die Arbeitsgerichte sind nicht an die Entscheidungen der Strafgerichte gebunden.<sup>208</sup> Sie sind dazu verpflichtet, den Sachverhalt selbst aufzuklären und eine eigene Bewertung vorzunehmen.<sup>209</sup> Jedoch gibt es die Möglichkeit, einzelne Beweisergebnisse im Wege des Urkundenbeweises zu verwerten.<sup>210</sup> Die Beweise sind von den Arbeitsgerichten kritisch zu prüfen.<sup>211</sup> Somit kann es sein, dass die Arbeitsgerichte bestimmte Tatsachen anders bewerten als die Strafgerichte und zu einem abweichenden Ergebnis gelangen.<sup>212</sup> Darüber hinaus darf der Arbeitgeber die Ergebnisse der Strafverfolgungsbehörde in seinem Tatsachenvortrag im Kündigungsschutzprozess aufgreifen, sie dürfen seinen Tatsachenvortrag aber nicht vollständig ersetzen.<sup>213</sup>

### **aa) Verurteilung des Arbeitnehmers**

Wird der Arbeitnehmer rechtskräftig verurteilt, ist das Arbeitsgericht nicht an dieses Strafurteil gebunden.<sup>214</sup> Die Verdachtskündigung kann daher trotz Verurteilung unwirksam sein.<sup>215</sup> Im Kündigungsschutzprozess wird dem Arbeitnehmer weiterhin die Möglichkeit geboten, seine Unschuld darzulegen.<sup>216</sup> Eine bloße pauschale Behauptung seiner Unschuld reicht dabei nicht aus.<sup>217</sup> Vielmehr hat der Arbeitnehmer substantiiert auf den Sachverhalt einzugehen und konkrete Tatsachen für seine Entlastung vorzutragen.<sup>218</sup>

---

<sup>201</sup> Zborowska, Die außerordentliche Verdachtskündigung, S. 140.

<sup>202</sup> Zborowska, Die außerordentliche Verdachtskündigung, S. 140.

<sup>203</sup> BAG, Urteil vom 24.05.2012, 2 AZR 206/11, NZA 2013, 137 (Rn. 18).

<sup>204</sup> BAG, Urteil vom 25.04.2018, 2 AZR 611/17, NZA 2018, 1405 (Rn. 52).

<sup>205</sup> BAG, Urteil vom 24.05.2012, 2 AZR 206/11, NZA 2013, 137 (Rn. 25).

<sup>206</sup> BAG, Urteil vom 24.05.2012, 2 AZR 206/11, NZA 2013, 137 (Rn. 26).

<sup>207</sup> BAG, Urteil vom 24.05.2012, 2 AZR 206/11, NZA 2013, 137 (Rn. 26).

<sup>208</sup> BAG, Urteil vom 26.03.1992, 2 AZR 519/91, NZA 1992, 1121 (1123).

<sup>209</sup> BAG, Urteil vom 24.05.2012, 2 AZR 206/11, NZA 2013, 137 (Rn. 26).

<sup>210</sup> BAG, Urteil vom 26.03.1992, 2 AZR 519/91, NZA 1992, 1121 (1123).

<sup>211</sup> BAG, Urteil vom 02.03.2017, 2 AZR 698/15, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 55 (Rn. 25).

<sup>212</sup> BAG, Urteil vom 04.06.1964, 2 AZR 310/63, NJW 1964, 1918 (1919).

<sup>213</sup> BAG, Urteil vom 25.10.2012, 2 AZR 700/11, NZA 2013, 371 (Rn. 16).

<sup>214</sup> BAG, Urteil vom 26.03.1992, 2 AZR 519/91, NZA 1992, 1121 (1123).

<sup>215</sup> Hoefs, Die Verdachtskündigung, S. 282 f.

<sup>216</sup> BAG, Beschluss vom 08.06.2000, 2 ABR 1/00, NZA 2001, 91 (93).

<sup>217</sup> BAG, Beschluss vom 08.06.2000, 2 ABR 1/00, NZA 2001, 91 (93).

<sup>218</sup> BAG, Beschluss vom 08.06.2000, 2 ABR 1/00, NZA 2001, 91 (93).



## **bb) Einstellung des Verfahrens**

Ebenso ist eine Verdachtskündigung nicht automatisch unwirksam, wenn das Verfahren nach § 170 II 1 StPO eingestellt wurde.<sup>219</sup> Gemäß § 170 II 1 StPO wird ein Verfahren eingestellt, wenn nicht genügend Anlass zur Erhebung der öffentlichen Klage besteht. Auch in diesem Fall sind die Arbeitsgerichte nicht an die Beurteilung im Strafverfahren gebunden.<sup>220</sup> Die Einstellung des Verfahrens stellt keine unwiderlegbare Vermutung für die Unschuld des Arbeitnehmers dar.<sup>221</sup> Sie entspricht lediglich einer negativen Prognose des Staatsanwalts darüber, ob eine Verurteilung nach derzeitigem Sachstand am Ende des Verfahrens wahrscheinlich wäre.<sup>222</sup> Eine Einstellung aus Opportunitätsgründen ist ebenfalls denkbar.<sup>223</sup> Ferner tritt mit der Einstellung nach § 170 II 1 StPO weder ein Strafklageverbrauch noch ein Vertrauensschutz auf den Bestand der Einstellungsverfügung ein.<sup>224</sup> Das Ermittlungsverfahren kann jederzeit wieder aufgenommen werden, selbst wenn sich die Sach- und Rechtslage nicht verändert hat.<sup>225</sup> Das Verfahren kann jedoch nicht nur nach § 170 II 1 StPO, sondern auch wegen Geringfügigkeit nach § 153 StPO eingestellt werden. § 153 I 1 StPO setzt voraus, dass das Verfahren ein Vergehen im Sinne des § 12 II StGB zum Gegenstand hat, die Schuld des Täters zu gering ist und kein öffentliches Interesse an der Strafverfolgung besteht. Im Gegensatz zu der Einstellung mangels hinreichendem Tatverdacht aus § 170 II 1 StPO müsste eine Anklageerhebung aber grundsätzlich möglich sein.<sup>226</sup> Dass ein Verfahren nach § 153 StPO und nicht nach § 170 II 1 StPO eingestellt wurde, kann somit sogar zur Begründung des Verdachts gegen den Arbeitnehmer angeführt werden.<sup>227</sup>

## **cc) Freispruch des Arbeitnehmers**

Ein Freispruch wegen erwiesener Unschuld kann den Verdacht gegen den Arbeitnehmer entkräften.<sup>228</sup> Dabei ist es nicht erforderlich, dass der Verdacht dadurch vollständig ausgeräumt wird.<sup>229</sup> Es genügt, wenn die in dem Strafverfahren gewonnenen Erkenntnisse den Arbeitnehmer entlasten und den Verdacht abschwächen.<sup>230</sup> Demgegenüber schließt ein Freispruch wegen mangelnder Beweise eine Verdachtskündigung nicht grundsätzlich aus.<sup>231</sup> In diesem Fall muss der Verdacht gegen den Arbeitnehmer nicht vollkommen unbegründet sein, auch wenn nicht genügend Beweismittel vorliegen, um die Straftat des Arbeitnehmers nachzuweisen.<sup>232</sup> Allerdings hat das Arbeitsgericht sorgfältig zu prüfen, ob der Verdacht für eine Kündigung trotzdem noch dringend genug ist.<sup>233</sup> Ebenso ist ein Freispruch, der auf einem Strafverfolgungshindernis beruht, nicht geeignet, eine

---

<sup>219</sup> BAG, Urteil vom 20.08.1997, 2 AZR 620/96, NZA 1997, 1340 (1342).

<sup>220</sup> BAG, Urteil vom 20.08.1997, 2 AZR 620/96, NZA 1997, 1340 (1342).

<sup>221</sup> BAG, Urteil vom 05.04.2001, 2 AZR 217/00, NZA 2001, 837 (839).

<sup>222</sup> BAG, Urteil vom 05.04.2001, 2 AZR 217/00, NZA 2001, 837 (839).

<sup>223</sup> BAG, Urteil vom 05.04.2001, 2 AZR 217/00, NZA 2001, 837 (839).

<sup>224</sup> BAG, Urteil vom 05.04.2001, 2 AZR 217/00, NZA 2001, 837 (839).

<sup>225</sup> BAG, Urteil vom 05.04.2001, 2 AZR 217/00, NZA 2001, 837 (839).

<sup>226</sup> KK-StPO/Diemer, StPO, § 153 Rn. 4.

<sup>227</sup> Zborowska, Die außerordentliche Verdachtskündigung, S. 150.

<sup>228</sup> BAG, Urteil vom 04.06.1964, 2 AZR 310/63, NJW 1964, 1918 (1919).

<sup>229</sup> BAG, Urteil vom 02.03.2017, 2 AZR 698/15, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 55 (Rn. 24).

<sup>230</sup> BAG, Urteil vom 02.03.2017, 2 AZR 698/15, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 55 (Rn. 24).

<sup>231</sup> LAG Hamm, Urteil vom 19.10.2007, 10 Sa 813/07, BeckRS 2008, 50005 (Rn. 65).

<sup>232</sup> Hoefs, Die Verdachtskündigung, S. 283.

<sup>233</sup> LAG Hamm, Urteil vom 19.10.2007, 10 Sa 813/07, BeckRS 2008, 50005 (Rn. 65).

Verdachtskündigung auszuschließen, da Strafverfolgungshindernisse keine Bedeutung für die Verdachtskündigung entfalten.<sup>234</sup> Der Arbeitnehmer kann die Tat trotzdem begangen haben.<sup>235</sup>

#### **dd) Weitere Maßnahmen der Ermittlungsbehörden**

Weitere Maßnahmen und Entscheidungen im Verlaufe eines Ermittlungs- oder Strafverfahrens, die einen dringenden Tatverdacht voraussetzen, können den Verdacht gegen den Arbeitnehmer verstärken, aber nicht allein begründen.<sup>236</sup> Für die Einleitung eines Ermittlungsverfahrens ist nur ein Anfangsverdacht erforderlich.<sup>237</sup> Nach § 152 II StPO leitet die Staatsanwaltschaft das Verfahren ein, sobald Anhaltspunkte für eine mögliche Straftat vorliegen. Dieser Anfangsverdacht vermag es jedoch nicht, einen dringenden Verdacht anzunehmen, auf den die Verdachtskündigung gestützt werden kann.<sup>238</sup> Dagegen stellt die Erhebung der öffentlichen Klage einen bedeutenden Einschnitt im Strafverfahren dar.<sup>239</sup> Sie setzt nicht nur einen Anfangsverdacht, sondern einen hinreichenden Verdacht voraus.<sup>240</sup> Ein hinreichender Verdacht ist gegeben, wenn es wahrscheinlich scheint, dass sich die Tat beweisen lässt und eine Verurteilung folgt.<sup>241</sup> Die Tatsache, dass eine unbeteiligte Stelle einen hinreichenden Verdacht annimmt, ist durchaus geeignet, den Verdacht des Arbeitgebers zu verstärken.<sup>242</sup> Ähnliches gilt für den Haftbefehl.<sup>243</sup> Untersuchungshaft darf nach § 112 I 1 StPO nur angeordnet werden, wenn ein dringender Verdacht sowie ein Haftgrund bestehen. Demnach kann der Haftbefehl grundsätzlich einen Verdacht untermauern.<sup>244</sup> Allerdings entlastet die Aufhebung eines Haftbefehls den Arbeitnehmer nicht automatisch.<sup>245</sup> Schließlich ist es möglich, dass er nur aufgehoben wurde, weil der Haftgrund nicht mehr vorliegt.<sup>246</sup>

## **II. Aufklärung des Sachverhalts**

Da die Verdachtskündigung lediglich mit dem Verdacht einer strafbaren Handlung oder Pflichtverletzung begründet wird, besteht stets das Risiko, dass der Arbeitnehmer diese gar nicht begangen hat.<sup>247</sup> Aus diesem Grund ist eine Verdachtskündigung nur wirksam, wenn der Arbeitgeber zuvor alle ihm zumutbaren Maßnahmen zur Aufklärung des Sachverhalts ergreift.<sup>248</sup> Nach Durchführung der Ermittlungen muss der dringende Verdacht weiter fortbestehen, damit auf ihn eine Verdachtskündigung gestützt werden kann.<sup>249</sup>

---

<sup>234</sup> Hoefs, Die Verdachtskündigung, S. 283.

<sup>235</sup> Hoefs, Die Verdachtskündigung, S. 283.

<sup>236</sup> BAG, Urteil vom 02.03.2017, 2 AZR 698/15, NZA 2017, 1051 (Rn. 23).

<sup>237</sup> BAG, Urteil vom 05.06.2008, 2 AZR 234/07, NZA-RR 2008, 630 (Rn. 27).

<sup>238</sup> *Wlachojiannis*, BuW 2003, 782 (783).

<sup>239</sup> BAG, Urteil vom 27.01.2011, 2 AZR 825/09, NZA 2011, 798 (Rn. 17).

<sup>240</sup> BAG, Urteil vom 27.01.2011, 2 AZR 825/09, NZA 2011, 798 (Rn. 17).

<sup>241</sup> KK-StPO/*Moldenhauer*, StPO, § 170 Rn. 3.

<sup>242</sup> BAG, Urteil vom 27.01.2011, 2 AZR 825/09, NZA 2011, 798 (Rn. 17).

<sup>243</sup> BAG, Urteil vom 24.05.2012, 2 AZR 206/11, NZA 2013, 137 (Rn. 25).

<sup>244</sup> BAG, Urteil vom 24.05.2012, 2 AZR 206/11, NZA 2013, 137 (Rn. 25).

<sup>245</sup> BAG, Urteil vom 24.05.2012, 2 AZR 206/11, NZA 2013, 137 (Rn. 45).

<sup>246</sup> BAG, Urteil vom 24.05.2012, 2 AZR 206/11, NZA 2013, 137 (Rn. 45).

<sup>247</sup> BAG, Urteil vom 26.03.1992, 2 AZR 519/91, NZA 1992, 1121 (1122).

<sup>248</sup> BAG, Urteil vom 26.03.1992, 2 AZR 519/91, NZA 1992, 1121 (1122).

<sup>249</sup> *Eylert*, Kramer IT-Arbeitsrecht, B. Individualarbeitsrecht, Rn. 381.

## 1. Anhörung des Arbeitnehmers

Insbesondere hat der Arbeitgeber den Arbeitnehmer im Rahmen seiner Ermittlungen zum Verdacht anzuhören.<sup>250</sup>

### a) Anhörung als Wirksamkeitsvoraussetzung

Die Anhörung des Arbeitnehmers stellt eine Wirksamkeitsvoraussetzung der Verdachtskündigung dar.<sup>251</sup> Dies folgt aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, da stets die Gefahr besteht, dass ein unschuldiger Arbeitnehmer getroffen wird.<sup>252</sup> Ein Verdacht kann eine Kündigung nur begründen, wenn er zuvor nicht ausgeräumt werden konnte.<sup>253</sup> Deshalb ist die Verdachtskündigung erst gerechtfertigt, wenn der Arbeitgeber alle ihm zumutbaren Anstrengungen unternimmt, um den Sachverhalt aufzuklären, und insbesondere dem Arbeitnehmer die Möglichkeit gibt, sich zu dem Verdacht äußern zu können.<sup>254</sup> Der Arbeitgeber soll die Ausführungen des Arbeitnehmers berücksichtigen können, wenn er die Entscheidung trifft, ob er eine Kündigung aussprechen möchte.<sup>255</sup> Schafft es der Arbeitnehmer, den Verdacht gegen ihn zu entkräften oder sogar vollständig auszuräumen, kann die Verdachtsanhörung eine Kündigung verhindern.<sup>256</sup> Demnach stellt die Anhörung das mildere Mittel zur Verdachtskündigung dar.<sup>257</sup> Verzichtet der Arbeitgeber auf eine solche Anhörung des Arbeitnehmers, wäre die Verdachtskündigung nicht ultima ratio.<sup>258</sup> Eine schuldhaft Verletzung der Anhörungspflicht hat zur Folge, dass der Arbeitgeber sich im Kündigungsschutzprozess nicht auf den Verdacht als Kündigungsgrund berufen kann und eine Verdachtskündigung unwirksam ist.<sup>259</sup> Dies gilt nicht nur für eine gänzlich unterlassene Anhörung<sup>260</sup>, sondern auch für eine nicht ordnungsgemäße Anhörung, da auch sie die Verteidigungsmöglichkeiten des Arbeitnehmers beschränkt.<sup>261</sup> Bei einer ordentlichen Verdachtskündigung finden obige Überlegungen gleichermaßen Anwendung.<sup>262</sup>

### b) Entbehrlichkeit der Anhörung

Zu beachten ist, dass eine Verletzung der Anhörungspflicht der Wirksamkeit einer Verdachtskündigung nur entgegensteht, wenn der Arbeitgeber diese zu vertreten hat.<sup>263</sup> Eine unterbliebene Anhörung berührt die Wirksamkeit hingegen nicht, wenn der Arbeitnehmer sich von vornherein weigert, sich zu den Vorwürfen zu äußern, ohne dafür einen relevanten Grund zu nennen.<sup>264</sup> Der Arbeitgeber braucht ihn auch nicht mehr näher über den Verdacht

<sup>250</sup> BAG, Urteil vom 25.04.2018, 2 AZR 611/17, NZA 2018, 1405 (Rn. 31).

<sup>251</sup> BAG, Urteil vom 25.04.2018, 2 AZR 611/17, NZA 2018, 1405 (Rn. 31).

<sup>252</sup> BAG, Urteil vom 20.03.2014, 2 AZR 1037/12, NZA 2014, 1015 (Rn. 23).

<sup>253</sup> BAG, Urteil vom 24.05.2012, 2 AZR 206/11, NZA 2013, 137 (Rn. 33).

<sup>254</sup> BAG, Urteil vom 25.04.2018, 2 AZR 611/17, NZA 2018, 1405 (Rn. 31).

<sup>255</sup> BAG, Urteil vom 25.04.2018, 2 AZR 611/17, NZA 2018, 1405 (Rn. 31).

<sup>256</sup> *Vom Stein*, Fehleinschätzungen bei der Kündigung von Arbeitsverhältnissen unter besonderer Berücksichtigung der Verdachtskündigung, S. 55, zit. nach: Hoefs, 2001, S. 187.

<sup>257</sup> *Eylert*, NZA-RR 2014, 393 (400).

<sup>258</sup> BAG, Urteil vom 20.03.2014, 2 AZR 1037/12, NZA 2014, 1015 (Rn. 23).

<sup>259</sup> BAG, Urteil vom 25.04.2018, 2 AZR 611/17, NZA 2018, 1405 (Rn. 31).

<sup>260</sup> BAG, Urteil vom 25.04.2018, 2 AZR 611/17, NZA 2018, 1405 (Rn. 31).

<sup>261</sup> *Zborowska*, Die außerordentliche Verdachtskündigung, S. 167.

<sup>262</sup> BAG, Urteil vom 23.06.2009, 2 AZR 474/07, NZA 2009, 1136 (Rn. 51).

<sup>263</sup> ErfK ArbR/*Niemann*, BGB, § 626 Rn. 178c.

<sup>264</sup> BAG, Urteil vom 20.03.2014, 2 AZR 1037/12, NZA 2014, 1015 (Rn. 25).

zu informieren.<sup>265</sup> In diesem Fall könnte eine Anhörung keinen Beitrag zu der Sachverhaltsaufklärung leisten und würde den Arbeitgeber in seiner Entscheidungsfindung nicht beeinflussen.<sup>266</sup> Ebenso führt eine unterlassene Anhörung nicht zur Unwirksamkeit der Verdachtskündigung, wenn der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer eine Frist zur Stellungnahme setzt und dieser sich innerhalb der Frist nicht äußert.<sup>267</sup> Dabei ist es unerheblich, ob er vorsätzlich oder unfreiwillig schweigt.<sup>268</sup> Wenn weder ein persönliches Gespräch noch eine schriftliche Anhörung stattfinden kann, muss der Arbeitgeber nicht warten, bis der Arbeitnehmer wieder in der Lage ist, eine Stellungnahme abzugeben.<sup>269</sup> Im Einzelfall kann dem Arbeitgeber ein längeres Zuwarten nicht zuzumuten sein.<sup>270</sup> . Somit würde er seine Aufklärungspflicht nicht verletzen.<sup>271</sup> Eine solche Unzumutbarkeit kann beispielsweise vorliegen, wenn die Frist zur Stellungnahme schon bereits mehrfach verlängert wurde und für den Arbeitgeber nicht ersichtlich ist, dass der Arbeitnehmer sich in absehbarer Zeit noch zu den Vorwürfen äußern wird.<sup>272</sup> Entscheidet sich der Arbeitgeber trotzdem dazu, einen längeren Zeitraum abzuwarten, kann ihm allerdings nicht vorgeworfen werden, dass er die Ermittlungen zur Aufklärung des Sachverhalts nicht mit gebotener Eile durchführt.<sup>273</sup>

### **c) Zeitpunkt der Anhörung**

Die Anhörung des Arbeitnehmers ist im Rahmen der Ermittlungen zur Sachverhaltsaufklärung durchzuführen.<sup>274</sup> Da der Arbeitgeber die Einlassungen des Arbeitnehmers bei seiner Entscheidungsfindung berücksichtigen soll, muss sie zumindest erfolgen, bevor er die Kündigung gegenüber dem Arbeitnehmer ausspricht.<sup>275</sup> Die Anhörung hat jedoch vielmehr bereits stattzufinden, bevor er seinen Kündigungsentschluss gefasst und den Betriebsrat angehört hat.<sup>276</sup> Werden im Zuge weiterer Ermittlungen neue belastende Tatsachen aufgedeckt, ist der Arbeitnehmer zu diesen erneut anzuhören.<sup>277</sup>

#### **aa) Rechtzeitigkeit der Anhörung bei einer außerordentlichen Verdachtskündigung**

Eine außerordentliche Kündigung ist innerhalb der zweiwöchigen Frist aus § 626 II BGB zu erklären. Diese ist gehemmt, solange der Arbeitgeber aus verständigen Gründen und mit gebotener Eile Ermittlungen durchführt, um den Sachverhalt aufzuklären.<sup>278</sup> Allerdings darf ihr Beginn nicht länger als erforderlich verzögert werden.<sup>279</sup>

---

<sup>265</sup> BAG, Urteil vom 20.03.2014, 2 AZR 1037/12, NZA 2014, 1015 (Rn. 25).

<sup>266</sup> BAG, Urteil vom 20.03.2014, 2 AZR 1037/12, NZA 2014, 1015 (Rn. 25).

<sup>267</sup> BAG, Urteil vom 20.03.2014, 2 AZR 1037/12, NZA 2014, 1015 (Rn. 26).

<sup>268</sup> BAG, Urteil vom 20.03.2014, 2 AZR 1037/12, NZA 2014, 1015 (Rn. 26).

<sup>269</sup> BAG, Urteil vom 20.03.2014, 2 AZR 1037/12, NZA 2014, 1015 (Rn. 26).

<sup>270</sup> BAG, Urteil vom 20.03.2014, 2 AZR 1037/12, NZA 2014, 1015 (Rn. 28).

<sup>271</sup> BAG, Urteil vom 20.03.2014, 2 AZR 1037/12, NZA 2014, 1015 (Rn. 28).

<sup>272</sup> BAG, Urteil vom 20.03.2014, 2 AZR 1037/12, NZA 2014, 1015 (Rn. 28).

<sup>273</sup> BAG, Urteil vom 20.03.2014, 2 AZR 1037/12, NZA 2014, 1015 (Rn. 27).

<sup>274</sup> BAG, Urteil vom 25.04.2018, 2 AZR 611/17, NZA 2018, 1405 (Rn. 32).

<sup>275</sup> *Aszmons*, SPA 2019, 45 (46).

<sup>276</sup> *Hunold*, NZA-RR 2003, 57 (64).

<sup>277</sup> *Aszmons*, SPA 2019, 45 (47).

<sup>278</sup> *Hunold*, NZA-RR 2012, 399 (400).

<sup>279</sup> *Hunold*, NZA-RR 2012, 399 (400).

## **(1) Regelfrist**

Auch die Anhörung des Arbeitnehmers hemmt den Beginn der Ausschlussfrist aus § 626 II BGB.<sup>280</sup> Damit dieser nicht zu lange hinauszögert wird, hat die Anhörung innerhalb einer kurzen Frist zu erfolgen.<sup>281</sup> Es gilt eine Regelfrist von einer Woche.<sup>282</sup>

## **(2) Überschreitung der Regelfrist**

Diese Regelfrist darf nur aus sachlich erheblichen und verständigen Gründen überschritten werden.<sup>283</sup>

### **(a) Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers**

Allein der Umstand, dass der Arbeitnehmer arbeitsunfähig ist, begründet keine Hemmung der Ausschlussfrist.<sup>284</sup> Der Arbeitgeber hat zunächst in Erfahrung zu bringen, ob der Arbeitnehmer dennoch dazu in der Lage ist, sich zu den Vorwürfen zu äußern.<sup>285</sup> Ist eine Anhörung während seiner Arbeitsunfähigkeit ausgeschlossen, ist der Beginn der Ausschlussfrist so lange gehemmt, bis die Anhörung stattfinden kann.<sup>286</sup> Der Arbeitgeber kann folglich das Ende der Arbeitsunfähigkeit abwarten.<sup>287</sup> Er ist hierzu jedoch nicht verpflichtet.<sup>288</sup>

### **(b) Urlaub des Arbeitnehmers**

Wenn sich der Arbeitnehmer im Urlaub befindet, hat der Arbeitgeber ebenfalls zunächst zu klären, ob der Arbeitnehmer nicht trotzdem angehört werden kann.<sup>289</sup> Ist der Arbeitnehmer nicht erreichbar, sodass keine Anhörung stattfinden kann, oder lehnt er eine Anhörung während seiner Urlaubszeit ab, darf der Zeitraum des Urlaubs abgewartet und die Regelfrist von einer Woche überschritten werden.<sup>290</sup>

### **(c) Untersuchungshaft des Arbeitnehmers**

Ebenfalls berechtigt die Untersuchungshaft des Arbeitnehmers nicht grundsätzlich zur Überschreitung der Regelfrist.<sup>291</sup> Vielmehr steht sie einer Anhörung nur entgegen, wenn der Arbeitgeber dadurch daran gehindert wird, zu dem Arbeitnehmer Kontakt aufzunehmen.<sup>292</sup> Ist eine Kontaktaufnahme und somit eine Anhörung jedoch möglich, dann ist sie auch innerhalb der Regelfrist durchzuführen.<sup>293</sup> Im Gegensatz dazu kann die Beschlagnahme der Unterlagen des Arbeitgebers im Rahmen des Strafverfahrens eine

---

<sup>280</sup> BAG, Urteil vom 25.04.2018, 2 AZR 611/17, NZA 2018, 1405 (Rn. 51).

<sup>281</sup> BAG, Urteil vom 25.04.2018, 2 AZR 611/17, NZA 2018, 1405 (Rn. 51).

<sup>282</sup> BAG, Urteil vom 25.04.2018, 2 AZR 611/17, NZA 2018, 1405 (Rn. 51).

<sup>283</sup> BAG, Urteil vom 31.03.1993, 2 AZR 492/92, NZA 1994, 409 (411).

<sup>284</sup> Eylert, NZA-RR 2014, 393 (402).

<sup>285</sup> Eylert, NZA-RR 2014, 393 (402).

<sup>286</sup> BAG, Urteil vom 20.03.2014, 2 AZR 1037/12, NZA 2014, 1015 (Rn. 27).

<sup>287</sup> BAG, Urteil vom 20.03.2014, 2 AZR 1037/12, NZA 2014, 1015 (Rn. 27).

<sup>288</sup> BAG, Urteil vom 20.03.2014, 2 AZR 1037/12, NZA 2014, 1015 (Rn. 26).

<sup>289</sup> Eylert, Kramer IT-Arbeitsrecht, B. Individualarbeitsrecht, Rn. 406.

<sup>290</sup> Eylert/Friedrichs, DB 2007, 2203 (2206).

<sup>291</sup> Mennemeyer/Dreymüller, NZA 2005, 382 (385).

<sup>292</sup> Eylert/Friedrichs, DB 2007, 2203 (2204).

<sup>293</sup> Eylert/Friedrichs, DB 2007, 2203 (2204).

Überschreitung der Regelfrist rechtfertigen, wenn der Arbeitgeber aus diesem Grund keine eigenen Ermittlungen anstellen konnte.<sup>294</sup>

### **bb) Rechtzeitigkeit der Anhörung bei einer ordentlichen Verdachtskündigung**

§ 626 II BGB gilt nicht für die ordentliche Verdachtskündigung.<sup>295</sup> Sie muss nicht innerhalb dieser Frist ausgesprochen werden.<sup>296</sup> Folglich muss der Arbeitnehmer auch nicht innerhalb einer einwöchigen Regelfrist angehört werden.<sup>297</sup> Dennoch ist zu beachten, dass eine ordentliche Verdachtskündigung nur gerechtfertigt ist, wenn der Verdacht so schwerwiegend ist, dass er im Falle seines Nachweises eine außerordentliche Kündigung gerechtfertigt hätte.<sup>298</sup> Leitet der Arbeitgeber nicht unmittelbar Ermittlungen zur Aufklärung des Sachverhalts ein, berechtigt dies zur Annahme, dass eine solche Schwere des Verdachts nicht vorliegt.<sup>299</sup> Aus diesem Grund sollte er die Anhörung zügig durchführen und möglichst schnell eine Entscheidung treffen.<sup>300</sup> Eine Anhörung innerhalb der Regelfrist, die für die Anhörung zu einer außerordentlichen Verdachtskündigung gilt, ist auf jeden Fall rechtzeitig.<sup>301</sup>

### **d) Einladung zur Anhörung und vorherige Mitteilung des Themas**

Der Arbeitgeber hat den Arbeitnehmer zu einem Anhörungsgespräch zu laden.<sup>302</sup> Fraglich ist, ob der Arbeitnehmer bereits vor dem Gespräch auf dessen Inhalt hingewiesen werden muss.<sup>303</sup> Auf der einen Seite sollte dem Arbeitnehmer vor der Anhörung zumindest das Thema des Gesprächs mitgeteilt werden, damit dieser sich mental und sachlich auf die Anhörung vorbereiten kann.<sup>304</sup> Insbesondere bei komplexen Sachverhalten ist nur dann eine konkrete Einlassung des Arbeitnehmers möglich.<sup>305</sup> Ebenso kann der Arbeitnehmer schon zuvor entscheiden, ob er sich näher zu den Vorwürfen äußern oder eventuell einen Rechtsanwalt oder Betriebsratsmitglied hinzuziehen möchte.<sup>306</sup> Auf der anderen Seite kann Verdunkelungsgefahr bestehen, wenn der Arbeitnehmer durch die Ankündigung des Gesprächsthemas vorgewarnt wird.<sup>307</sup> Folglich reicht wohl die allgemeine Aufforderung zu einem Personalgespräch nicht aus<sup>308</sup>, die Einladung zur Anhörung muss aber auch nicht allzu präzise über den Gesprächsinhalt unterrichten.<sup>309</sup> Kann der Arbeitnehmer sich nicht substantiiert auf die Vorwürfe einlassen, weil er hierfür Recherchen anstellen und eigene

---

<sup>294</sup> LAG Köln, Urteil vom 08.08.2000, 5 Sa 452/00, NZA-RR 2001, 185 (186).

<sup>295</sup> BAG, Urteil vom 31.01.2019, 2 AZR 426/18, NZA 2019, 893 (Rn. 31).

<sup>296</sup> *Klinkhammer*, ArbRAktuell 2020, 7 (9).

<sup>297</sup> *Klinkhammer*, ArbRAktuell 2020, 7 (9 f.).

<sup>298</sup> BAG, Urteil vom 31.01.2019, 2 AZR 426/18, NZA 2019, 893 (Rn. 32).

<sup>299</sup> BAG, Urteil vom 31.01.2019, 2 AZR 426/18, NZA 2019, 893 (Rn. 32).

<sup>300</sup> BAG, Urteil vom 31.01.2019, 2 AZR 426/18, NZA 2019, 893 (Rn. 32).

<sup>301</sup> *Klinkhammer*, ArbRAktuell 2020, 7 (10).

<sup>302</sup> *Klinkhammer*, ArbRAktuell 2020, 7 (8).

<sup>303</sup> *Klinkhammer*, ArbRAktuell 2020, 7 (8).

<sup>304</sup> LAG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 30.03.2012, 10 Sa 2272/11, NZA-RR 2012, 353 (355).

<sup>305</sup> BAG, Urteil vom 12.02.2015, 6 AZR 845/13, NZA 2015, 741 (Rn. 60).

<sup>306</sup> BAG, Urteil vom 12.02.2015, 6 AZR 845/13, NZA 2015, 741 (Rn. 60).

<sup>307</sup> BAG, Urteil vom 12.02.2015, 6 AZR 845/13, NZA 2015, 741 (Rn. 61).

<sup>308</sup> *Eylert/Friedrichs*, DB 2007, 2203 (2205).

<sup>309</sup> *Dzida*, NZA 2013, 412 (414).

Unterlagen einsehen muss, dann ist ein neuer Anhörungstermin festzulegen.<sup>310</sup> Auf keinen Fall darf der Arbeitgeber den Arbeitnehmer unter einem falschen Vorwand einladen.<sup>311</sup>

### **e) Form der Anhörung**

Für die Anhörung des Arbeitnehmers ist keinerlei Form vorgeschrieben.<sup>312</sup> Sie kann mündlich oder auch schriftlich durchgeführt werden.<sup>313</sup> Für eine schriftliche Anhörung spricht, dass sich das Anhörungsverfahren im Streitfall beweisen lässt.<sup>314</sup> Allerdings ermöglicht eine mündliche Anhörung, im Gespräch unmittelbar Nachfragen zu stellen.<sup>315</sup> Unklarheiten können demnach sofort geklärt werden.<sup>316</sup> Sollte die Anhörung aus diesen Gründen mündlich stattfinden, ist dennoch die Anfertigung eines Protokolls zu Beweis Zwecken zu empfehlen.<sup>317</sup>

### **f) Inhalt der Anhörung**

Inhalt und Umfang der Anhörung richten sich nach den Umständen des Einzelfalls.<sup>318</sup> Dabei können an die Anhörung des Arbeitnehmers nicht dieselben Anforderungen gestellt werden wie an die Anhörung des Betriebsrats nach § 102 I BetrVG.<sup>319</sup> Die Anhörung des Arbeitnehmers und die Anhörung des Betriebsrats verfolgen unterschiedliche Zwecke und sind aufgrund dessen nicht vergleichbar.<sup>320</sup> Dem Arbeitnehmer ist der konkrete Sachverhalt darzulegen.<sup>321</sup> Es reicht nicht aus, ihn mit einer unsubstantiierten Wertung zu konfrontieren.<sup>322</sup> Vielmehr muss er erkennen können, welchen Sachverhalt der Arbeitgeber für aufklärungsbedürftig hält.<sup>323</sup> Er muss sich zu den Vorwürfen umfassend äußern können.<sup>324</sup> Die Anhörung soll dem Arbeitnehmer die Gelegenheit bieten, bestimmte Tatsachen zu widerlegen und den Verdacht auszuräumen.<sup>325</sup> Sie soll gerade nicht die Aufklärung erschweren.<sup>326</sup> Darüber hinaus darf der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer keine wesentlichen Erkenntnisse verschweigen, sondern muss alle Tatsachen anführen, die den Verdacht aus seiner Sicht begründen.<sup>327</sup> Anderenfalls wäre es dem Arbeitnehmer nicht möglich, sich ausreichend zu verteidigen.<sup>328</sup> Nicht erforderlich ist es hingegen, dass der Arbeitgeber auf seine Kündigungsabsicht hinweist.<sup>329</sup>

---

<sup>310</sup> *Dzida*, NZA 2013, 412 (414).

<sup>311</sup> *Klinkhammer*, ArbRAktuell 2020, 7 (8).

<sup>312</sup> *Fuhlrott*, ArbRAktuell 2012, 553 (555).

<sup>313</sup> *Fuhlrott*, ArbRAktuell 2012, 553 (555).

<sup>314</sup> *Mennemeyer/Dreymüller*, NZA 2005, 382 (386).

<sup>315</sup> *Eylert*, NZA-RR 2014, 393 (402).

<sup>316</sup> *Hunold*, NZA-RR 2012, 399 (400).

<sup>317</sup> *Eylert*, Kramer IT-Arbeitsrecht, B. Individualarbeitsrecht, Rn. 408.

<sup>318</sup> *ErfK ArbR/Niemann*, BGB, § 626 Rn. 178.

<sup>319</sup> BAG, Urteil vom 25.04.2018, 2 AZR 611/17, NZA 2018, 1405 (Rn. 32).

<sup>320</sup> BAG, Urteil vom 13.03.2008, 2 AZR 961/06, NZA 2008, 809 (Rn. 15).

<sup>321</sup> BAG, Urteil vom 24.05.2012, 2 AZR 206/11, NZA 2013, 137 (Rn. 33).

<sup>322</sup> BAG, Urteil vom 25.04.2018, 2 AZR 611/17, NZA 2018, 1405 (Rn. 32).

<sup>323</sup> BAG, Urteil vom 25.04.2018, 2 AZR 611/17, NZA 2018, 1405 (Rn. 32).

<sup>324</sup> BAG, Urteil vom 13.09.1995, 2 AZR 587/94, NZA 1996, 81 (83).

<sup>325</sup> BAG, Urteil vom 25.04.2018, 2 AZR 611/17, NZA 2018, 1405 (Rn. 32).

<sup>326</sup> BAG, Urteil vom 24.05.2012, 2 AZR 206/11, NZA 2013, 137 (Rn. 33).

<sup>327</sup> BAG, Urteil vom 28.11.2007, 5 AZR 952/06, NZA-RR 2008, 344 (Rn. 19).

<sup>328</sup> BAG, Urteil vom 26.09.2002, 2 AZR 424/01, NJOZ 2003, 2259 (2262 f.).

<sup>329</sup> *Eylert*, NZA-RR 2014, 393 (403).

### **g) Umstände der Anhörung**

Die Anhörung des Arbeitnehmers ist ferner nur ordnungsgemäß, wenn sie unter zumutbaren Umständen stattfindet.<sup>330</sup> Demnach muss der Arbeitgeber sicherstellen, dass das Anhörungsgespräch vertraulich bleibt<sup>331</sup> und der Arbeitnehmer sich bedenkenlos zu den Vorwürfen gegen ihn äußern kann.<sup>332</sup> Der Arbeitgeber darf somit keinen unnötigen Situationsdruck schaffen.<sup>333</sup> Dieser könnte beispielsweise dadurch hervorgerufen werden, dass die Anhörung in einem dunklen Raum<sup>334</sup> oder unter dem Beisein außenstehender Dritter<sup>335</sup> stattfindet.

### **h) Teilnehmer**

Ferner stellt sich die Frage, welche Personen an dem Anhörungsgespräch teilnehmen.<sup>336</sup> Die Teilnahme des Arbeitgebers und des Arbeitnehmers wird stets vorausgesetzt.<sup>337</sup>

#### **aa) Teilnehmer auf der Arbeitgeberseite**

Auf der Arbeitgeberseite ist Teilnehmer die kündigungsberechtigte Person, die später auch den Kündigungsentschluss trifft, oder eine andere Person, die die gewonnenen Erkenntnisse an diese weiterleitet.<sup>338</sup> Dies ist darauf zurückzuführen, dass derjenige, der zur Kündigung berechtigt ist, die Erkenntnisse aus dem Anhörungsgespräch in seiner Entscheidungsfindung berücksichtigen soll und folglich Kenntnis von diesen erlangen muss.<sup>339</sup> Zu der Anhörung kann ein Zeuge hinzugezogen werden, solange weiterhin die Vertraulichkeit des Gesprächs gewährleistet bleibt.<sup>340</sup>

#### **bb) Teilnehmer auf der Arbeitnehmerseite**

Fraglich ist hingegen, welche Teilnehmer sich auf der Arbeitnehmerseite an der Anhörung beteiligen.<sup>341</sup>

### **(1) Hinzuziehung Dritter**

Die Anhörung kann für den Arbeitnehmer eine einschüchternde und belastende Situation darstellen, sodass er Unterstützung durch einen Rechtsanwalt oder ein Betriebsratsmitglied

---

<sup>330</sup> Hunold, NZA-RR 2012, 399 (402).

<sup>331</sup> Eylert/Friedrichs, DB 2007, 2203 (2204).

<sup>332</sup> Zborowska, Die außerordentliche Verdachtskündigung, S. 188.

<sup>333</sup> Eylert, NZA-RR 2014, 393 (402).

<sup>334</sup> Eylert, NZA-RR 2014, 393 (402).

<sup>335</sup> LAG Köln, Urteil vom 15.04.1997, 13 (2) Sa 812/96, NZA 1998, 203 (205).

<sup>336</sup> Brügger/Radovic, AuA 2021, 28 (30).

<sup>337</sup> Brügger/Radovic, AuA 2021, 28 (30).

<sup>338</sup> LAG Köln, Urteil vom 30.11.1992, 11 Sa 413/92, zit. nach: Hunold, NZA-RR 2003, 57 (64).

<sup>339</sup> Hunold, NZA-RR 2003, 57 (64).

<sup>340</sup> Mennemeyer/Dreymüller, NZA 2005, 382 (386).

<sup>341</sup> Brügger/Radovic, AuA 2021, 28 (30).



haben wollen wird.<sup>342</sup> Allerdings ist umstritten, ob der Arbeitnehmer eine weitere Person zur Anhörung hinzuziehen kann.<sup>343</sup>

#### **(a) Hinzuziehung eines Rechtsanwalts**

Gemäß § 613 S.1 BGB hat der Arbeitnehmer seine Dienstleistung höchstpersönlich zu erbringen. Aufgrund dieser Personenbezogenheit des Arbeitsverhältnisses hat der Arbeitnehmer ebenfalls an Personalgesprächen, darunterfallend auch das Anhörungsgespräch vor einer Verdachtskündigung, höchstpersönlich und ohne Hinzuziehung einer betriebsfremden Person teilzunehmen.<sup>344</sup> Um Waffen- und Chancengleichheit zu ermöglichen, sollte der Arbeitnehmer wohl einen Rechtsanwalt hinzuziehen dürfen, wenn auch der Arbeitgeber einen Rechtsanwalt hinzuzieht.<sup>345</sup> Allerdings ist dem Arbeitnehmer aufgrund der besonderen Situation der Verdachtsanhörung auch dann Beistand durch einen Rechtsanwalt zu gewähren, wenn auf der Arbeitgeberseite kein Rechtsanwalt an dem Gespräch beteiligt ist.<sup>346</sup> Nur so kann sichergestellt werden, dass der Arbeitnehmer sich von Anfang an ausreichend verteidigen kann.<sup>347</sup> Wenn der Arbeitgeber keinen betriebsfremden Rechtsanwalt zu dem Anhörungsgespräch zulassen möchte, kann er eine schriftliche Anhörung veranlassen.<sup>348</sup>

#### **(b) Hinzuziehung eines Betriebsratsmitglieds**

Das BetrVG enthält keinen allgemeinen Anspruch des Arbeitnehmers auf Hinzuziehung eines Betriebsratsmitglieds bei Personalgesprächen.<sup>349</sup> Vielmehr wird er lediglich für bestimmte Fallgestaltungen festgelegt.<sup>350</sup> § 82 II BetrVG regelt, dass der Arbeitnehmer ein Betriebsratsmitglied stets zu Gesprächen hinzuziehen kann, in denen seine Leistungen beurteilt und seine berufliche Entwicklung im Betrieb erörtert werden. Auch hier gilt das Recht nur für die genannten Fälle.<sup>351</sup> Teilweise wird dem Arbeitnehmer bei weiter Auslegung dieser Regelung jedoch ein Anspruch auf Hinzuziehung eines Betriebsrates für den Fall der Anhörung vor einer Verdachtskündigung zugestanden.<sup>352</sup> Für den Anspruch reicht es aus, wenn der Gesprächsgegenstand teilweise identisch mit den in § 82 II BetrVG genannten Gegenständen ist.<sup>353</sup> Eine solche Ähnlichkeit liegt vor, da auch die Anhörung des Arbeitnehmers vor einer Verdachtskündigung thematisch die Beurteilung seiner Leistungen und seine Entwicklung im Betrieb berührt.<sup>354</sup> Schließlich umfasst § 82 II BetrVG auch eine negative Beurteilung.<sup>355</sup> Außerdem sollte erst recht ein Betriebsratsmitglied an der Anhörung teilnehmen können, wenn schon ein betriebsfremder Rechtsanwalt hinzugezogen werden kann.<sup>356</sup> Ein Betriebsratsmitglied ist unter Umständen aufgrund seiner Nähe zum Betrieb

---

<sup>342</sup> Zborowska, Die außerordentliche Verdachtskündigung, S. 172.

<sup>343</sup> Eylert, NZA-RR 2014, 393 (403).

<sup>344</sup> LAG Hamm, Urteil vom 23.05.2001, 14 Sa 497/01, BeckRS 2001, 41047.

<sup>345</sup> LAG Hamm, Urteil vom 23.05.2001, 14 Sa 497/01, BeckRS 2001, 41047.

<sup>346</sup> Eylert/Friedrichs, DB 2007, 2203 (2204 f.).

<sup>347</sup> Eylert, NZA-RR 2014, 393 (403).

<sup>348</sup> Eylert, NZA-RR 2014, 393 (404).

<sup>349</sup> BAG, Beschluss vom 16.11.2004, 1 ABR 53/03, NZA 2005, 416 (418).

<sup>350</sup> BAG, Beschluss vom 16.11.2004, 1 ABR 53/03, NZA 2005, 416 (418).

<sup>351</sup> BAG, Beschluss vom 16.11.2004, 1 ABR 53/03, NZA 2005, 416 (418).

<sup>352</sup> Aszmons, SPA 2019, 45 (47).

<sup>353</sup> BAG, Beschluss vom 16.11.2004, 1 ABR 53/03, NZA 2005, 416 (419).

<sup>354</sup> Lembke, RdA 2013, 82 (88).

<sup>355</sup> BAG, Beschluss vom 16.11.2004, 1 ABR 53/03, NZA 2005, 416 (418).

<sup>356</sup> Hunold, NZA-RR 2012, 399 (402).

sogar besser geeignet als ein Rechtsanwalt.<sup>357</sup> Für den Arbeitgeber kann es darüber hinaus auch von Vorteil sein, wenn ein Betriebsratsmitglied der Anhörung beiwohnt, da er bei der folgenden Anhörung des Betriebsrats auf die Anhörung des Arbeitnehmers verweisen kann.<sup>358</sup>

### **(c) Hinweispflicht des Arbeitgebers**

Dem Arbeitgeber obliegt es nicht, den Arbeitnehmer darauf hinzuweisen, dass er eine Vertrauensperson hinzuziehen kann.<sup>359</sup> Vielmehr ist jede Partei selbst dafür verantwortlich, für die Wahrnehmung ihrer Interessen, hier für die Beratung durch Hinzuziehung eines Dritten zum Anhörungsgespräch, zu sorgen.<sup>360</sup> Ebenso darf der Arbeitgeber nicht den Eindruck vermitteln, der Arbeitnehmer wäre nicht dazu berechtigt, einen Rechtsanwalt oder ein Betriebsratsmitglied hinzuzuziehen.<sup>361</sup> Er muss hinnehmen, wenn dieser von seinem Recht Gebrauch macht.<sup>362</sup>

## **(2) Stellvertreter**

Weiterhin stellt sich die Frage, ob an Stelle des Arbeitnehmers sein Stellvertreter an der Anhörung teilnehmen darf.<sup>363</sup> Wie bereits ausgeführt schreibt § 613 S.1 BGB vor, dass der Arbeitnehmer seine Leistung höchstpersönlich zu erbringen hat. Die Teilnahme an der Anhörung stellt eine der Pflichten des Arbeitnehmers dar.<sup>364</sup> Diese hat folglich ebenfalls höchstpersönlich zu erfolgen.<sup>365</sup> Ferner ist eine Verdachtskündigung erst begründet, wenn der Verdacht einer strafbaren Handlung oder Pflichtverletzung die Erschütterung des Vertrauens verursacht.<sup>366</sup> Betroffen ist demnach ausschließlich das unmittelbare Vertrauensverhältnis von Arbeitnehmer und Arbeitgeber.<sup>367</sup> Darüber hinaus ist es Zweck der Anhörung, dem Arbeitnehmer die Gelegenheit zu bieten, zu den Tatsachen Stellung zu nehmen und dadurch den Verdacht auszuräumen.<sup>368</sup> Dies setzt voraus, dass der Arbeitnehmer auch selbst von den Vorwürfen Kenntnis erlangt.<sup>369</sup> Demnach ist eine Stellvertretung des Arbeitnehmers ausgeschlossen.<sup>370</sup>

### **i) Mitwirkungspflicht des Arbeitnehmers**

Den Arbeitnehmer trifft keine Pflicht, an der Aufklärung des Sachverhaltes mitzuwirken.<sup>371</sup> Er kann sich zu den Vorwürfen äußern oder die Aussage verweigern.<sup>372</sup> Schweigt der

---

<sup>357</sup> Hunold, NZA-RR 2012, 399 (402).

<sup>358</sup> Fuhlrott, ArbRAktuell 2012, 553 (555).

<sup>359</sup> Zborowska, Die außerordentliche Verdachtskündigung, S. 177.

<sup>360</sup> Hunold, NZA-RR 2012, 399 (402).

<sup>361</sup> Zborowska, Die außerordentliche Verdachtskündigung, S. 177.

<sup>362</sup> Zborowska, Die außerordentliche Verdachtskündigung, S. 177.

<sup>363</sup> BAG, Urteil vom 13.03.2008, 2 AZR 961/06, NZA 2008, 809 (Rn. 18).

<sup>364</sup> LAG Hamm, Urteil vom 23.05.2001, 14 Sa 497/01, BeckRS 2001, 41047

<sup>365</sup> LAG Hamm, Urteil vom 23.05.2001, 14 Sa 497/01, BeckRS 2001, 41047

<sup>366</sup> BAG, Urteil vom 13.03.2008, 2 AZR 961/06, NZA 2008, 809 (Rn. 18).

<sup>367</sup> BAG, Urteil vom 13.03.2008, 2 AZR 961/06, NZA 2008, 809 (Rn. 18).

<sup>368</sup> BAG, Urteil vom 13.03.2008, 2 AZR 961/06, NZA 2008, 809 (Rn. 18).

<sup>369</sup> BAG, Urteil vom 13.03.2008, 2 AZR 961/06, NZA 2008, 809 (Rn. 18).

<sup>370</sup> BAG, Urteil vom 13.03.2008, 2 AZR 961/06, NZA 2008, 809 (Rn. 18).

<sup>371</sup> Klinkhammer, ArbRAktuell 2020, 7 (10).

<sup>372</sup> BAG, Urteil vom 23.10.2008, 2 AZR 483/07, NZA-RR 2009, 362 (Rn. 32).

Arbeitnehmer, kann dies zur Annahme berechtigen, dass er an einer Aufklärung nicht interessiert und seine Anhörung somit entbehrlich ist.<sup>373</sup> Allerdings rechtfertigt die fehlende Mitwirkung des Arbeitnehmers an sich keine Kündigung.<sup>374</sup> Dadurch trägt er lediglich nicht zu seiner Entlastung bei, sondern verstärkt vielmehr den Verdacht.<sup>375</sup> Es wirkt so, als würde er etwas verheimlichen wollen.<sup>376</sup> Demnach wird das Vertrauen des Arbeitgebers zum Arbeitnehmer weiter beeinträchtigt.<sup>377</sup>

## **2. Weitere Möglichkeiten der Sachverhaltsaufklärung**

Der Arbeitgeber hat nicht nur den Arbeitnehmer anzuhören, sondern alle ihm zumutbaren Maßnahmen zur Sachverhaltsaufklärung zu ergreifen.<sup>378</sup> Dabei kann er seine Mittel zur Aufklärung frei wählen.<sup>379</sup> Er kann eigene Ermittlungen durchführen oder auch das Ergebnis eines Ermittlungs- oder Strafverfahrens abwarten.<sup>380</sup>

### **a) Ermittlungsmaßnahmen des Arbeitgebers**

Dem Arbeitgeber sind zahlreiche Ermittlungen möglich.<sup>381</sup> Insbesondere muss er sämtliche Fehlerquellen überprüfen<sup>382</sup> und ermitteln, ob nicht auch andere Täter in Frage kommen.<sup>383</sup> Zu beachten ist, dass der Arbeitgeber durch seine Ermittlungen nicht in das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers aus Art. 2 i.V.m. Art. 1 I GG eingreifen darf.<sup>384</sup> Die datenschutzrechtliche Beurteilung der verschiedenen Ermittlungsmaßnahmen bleiben im Folgenden unberücksichtigt.

#### **aa) Videoüberwachung**

Eine mögliche Ermittlungsmaßnahme ist die Videoüberwachung des Arbeitnehmers.<sup>385</sup> Die Videoüberwachung stellt einen Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers aus Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG dar, welches unter anderem das Recht am eigenen Bild umfasst.<sup>386</sup> Danach darf jeder selbst entscheiden, ob Filmaufnahmen von ihm angefertigt werden dürfen.<sup>387</sup> Allerdings kann der Eingriff gerechtfertigt sein, sofern berechnete Interessen des Arbeitgebers überwiegen.<sup>388</sup> Die Zulässigkeit der Videoüberwachung bestimmt sich nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, wonach sie geeignet, erforderlich und angemessen sein muss, um den angestrebten Erfolg zu erreichen.<sup>389</sup> Für die

---

<sup>373</sup> BAG, Urteil vom 23.10.2008, 2 AZR 483/07, NZA-RR 2009, 362 (Rn. 32).

<sup>374</sup> BAG, Urteil vom 23.10.2008, 2 AZR 483/07, NZA-RR 2009, 362 (Rn. 32).

<sup>375</sup> BAG, Urteil vom 15.05.1986, 2 AZR 397/85, BeckRS 1986, 30716898 (Rn. 36).

<sup>376</sup> Hoefs, Die Verdachtskündigung, S. 207.

<sup>377</sup> BAG, Urteil vom 15.05.1986, 2 AZR 397/85, BeckRS 1986, 30716898 (Rn. 36).

<sup>378</sup> BAG, Urteil vom 18.06.2015, 2 AZR 256/14, NZA 2016, 287 (Rn. 21).

<sup>379</sup> BAG, Urteil vom 25.04.2018, 2 AZR 611/17, NZA 2018, 1405 (Rn. 54).

<sup>380</sup> BAG, Urteil vom 25.04.2018, 2 AZR 611/17, NZA 2018, 1405 (Rn. 54).

<sup>381</sup> Schrader/Mahler, NZA-RR 2016, 57 (58).

<sup>382</sup> Eylert, NZA-Beilage 2015, 100 (103).

<sup>383</sup> Aszmons, SPA 2019, 45 (46).

<sup>384</sup> Schrader/Mahler, NZA-RR 2016, 57 (57).

<sup>385</sup> Schrader/Mahler, NZA-RR 2016, 57 (58).

<sup>386</sup> BAG, Urteil vom 26.08.2008, 1 ABR 16/07, NZA 2008, 1187 (Rn. 15).

<sup>387</sup> BAG, Beschluss vom 29.06.2004, 1 ABR 21/03, NJW 2005, 313 (314).

<sup>388</sup> BAG, Urteil vom 27.03.2003, 2 AZR 51/02, NZA 2003, 1193 (1194).

<sup>389</sup> BAG, Beschluss vom 29.06.2004, 1 ABR 21/03, NJW 2005, 313 (314).

Beurteilung der Verhältnismäßigkeit ist die Intensität des Eingriffs zu beachten.<sup>390</sup> Dabei wird zwischen einer offenen und verdeckten Videoüberwachung unterschieden.<sup>391</sup> Eine offene Videoüberwachung liegt vor, wenn die Kameras sichtbar und gegebenenfalls mit einem Hinweis angebracht sind.<sup>392</sup> Dagegen findet eine verdeckte Videoüberwachung heimlich statt.<sup>393</sup> Im Gegensatz zu einer offenen Videoüberwachung greift die heimliche Videoüberwachung deutlich stärker in das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers ein, da er diese gar nicht bemerkt.<sup>394</sup> Aus diesem Grund sind an die verdeckte Videoüberwachung strengere Anforderungen zu stellen.<sup>395</sup> Sie ist nur in Ausnahmefällen zulässig<sup>396</sup>, wenn ein konkreter Verdacht besteht und sie das einzige zur Sachverhaltsaufklärung geeignete Mittel darstellt.<sup>397</sup> Der Verdacht muss sich gegen einen abgrenzbaren Kreis von Arbeitnehmern richten und sich auf eine konkrete Pflichtverletzung beziehen.<sup>398</sup> Bloße Mutmaßungen reichen nicht aus, um eine verdeckte Videoüberwachung zu rechtfertigen.<sup>399</sup> Generell gilt es zu beachten, dass eine ständige Überwachung in der Regel nicht zulässig ist, da sie den Arbeitnehmer ununterbrochen einem zu hohem Druck aussetzt, dem sich der Arbeitnehmer nicht entziehen kann.<sup>400</sup>

## **bb) Telefonüberwachung**

Das Mithören oder Abhören von Telefongesprächen kann geeignet sein, um Absprachen oder ehrverletzende Äußerungen aufzudecken.<sup>401</sup> Allerdings schützt das allgemeine Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG ebenfalls das Recht am gesprochenen Wort.<sup>402</sup> Eine Telefonüberwachung stellt einen Eingriff in dieses Recht dar und ist nur zulässig, wenn die Interessen des Arbeitgebers überwiegen.<sup>403</sup> Entscheidend ist, ob der Arbeitnehmer von der Vertraulichkeit des Gesprächs ausgehen durfte.<sup>404</sup> Demnach ist lediglich ein solches Mithören gestattet, welchem der Arbeitnehmer eingewilligt oder von dem er positive Kenntnis hat.<sup>405</sup> Heimliches Mithören ist dagegen grundsätzlich unzulässig.<sup>406</sup> Das Mithören ist auch nicht allein aufgrund des Umstands zulässig, dass der Arbeitnehmer von dem Vorhandensein einer Mithöreinrichtung Kenntnis hat, da er nicht mit dem tatsächlichen Gebrauch zu rechnen braucht.<sup>407</sup> Für die Beurteilung der Zulässigkeit ist es unerheblich, ob es sich um geschäftliche oder private Telefongespräche handelt.<sup>408</sup>

---

<sup>390</sup> *Maties*, NJW 2008, 2219 (2220).

<sup>391</sup> *Mengel*, *Mengel Compliance und Arbeitsrecht*, Rn. 46.

<sup>392</sup> *Maties*, NJW 2008, 2219 (2220).

<sup>393</sup> *Maties*, NJW 2008, 2219 (2220).

<sup>394</sup> *Richardi BetrVG/Maschmann*, *BetrVG*, § 75 Rn. 58.

<sup>395</sup> *Richardi BetrVG/Maschmann*, *BetrVG*, § 75 Rn. 58.

<sup>396</sup> *Dendorfer-Ditges*, *MAH ArbR*, Rn. 186.

<sup>397</sup> BAG, Urteil vom 20.10.2016, 2 AZR 395/15, NZA 2017, 443 (Rn. 22).

<sup>398</sup> BAG, Urteil vom 20.10.2016, 2 AZR 395/15, NZA 2017, 443 (Rn. 22).

<sup>399</sup> BAG, Urteil vom 20.10.2016, 2 AZR 395/15, NZA 2017, 443 (Rn. 22).

<sup>400</sup> *Schrader/Mahler*, *NZA-RR* 2016, 57 (60).

<sup>401</sup> *Hoefs*, *Die Verdachtskündigung*, S. 238.

<sup>402</sup> BAG, Urteil vom 26.08.2008, 1 ABR 16/07, NZA 2008, 1187 (Rn. 15).

<sup>403</sup> BAG, Beschluss vom 30.08.1995, 1 ABR 4/95, NZA 1996, 218 (221).

<sup>404</sup> BAG, Urteil vom 29.10.1997, 5 AZR 508/96, NZA 1998, 307 (308).

<sup>405</sup> BAG, Urteil vom 23.04.2009, 6 AZR 189/08, NZA 2009, 974 (Rn. 23).

<sup>406</sup> BAG, Urteil vom 29.10.1997, 5 AZR 508/96, NZA 1998, 307 (308).

<sup>407</sup> BAG, Urteil vom 23.04.2009, 6 AZR 189/08, NZA 2009, 974 (Rn. 23).

<sup>408</sup> *Kania*, *Küttner Personalbuch* 2023, Rn. 7.

### cc) Kontrollmaßnahmen

Ferner kann der Arbeitgeber Taschen- und Torkontrollen anordnen, um einen Diebstahl aufzudecken.<sup>409</sup> Solche Mitarbeiterkontrollen greifen grundsätzlich in das Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers ein<sup>410</sup>, da der Inhalt seiner Taschen in den Bereich seiner Privatsphäre fällt.<sup>411</sup> Sie sind somit nur zulässig, wenn sie auch verhältnismäßig sind.<sup>412</sup> Dabei ist zu beachten, ob die Kontrollen zur Vermeidung oder Aufdeckung von Straftaten und Pflichtverletzungen eingesetzt werden.<sup>413</sup> Teilweise wird vertreten, dass präventive Kontrollen grundsätzlich unzulässig sind, da sie einen starken Eingriff in das Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers darstellen, ohne dass ihnen ein konkreter Anlass zugrunde liegt.<sup>414</sup> Allerdings können sie nicht generell ausgeschlossen werden.<sup>415</sup> Die Interessen des Arbeitgebers sind im Rahmen einer Verhältnismäßigkeitsprüfung mit Interessenabwägung zu berücksichtigen.<sup>416</sup> Demnach sind auch präventive Kontrollen zuzulassen, sofern sie verhältnismäßig sind und berechtigte Interessen des Arbeitgebers überwiegen.<sup>417</sup> Alle Arbeitnehmer müssen gleich von den Kontrollen betroffen sein.<sup>418</sup> Daher sind diese stichprobenartig durchzuführen, wobei die Arbeitnehmer jeweils per Zufallsprinzip ausgewählt werden.<sup>419</sup> Gezielte Kontrollen eines Arbeitnehmers bedürfen eines konkreten Anlasses oder Verdachts.<sup>420</sup> Darüber hinaus sind Spindkontrollen als Ermittlungsmaßnahmen denkbar.<sup>421</sup> Diese greifen ebenfalls erheblich in das Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers ein.<sup>422</sup> In seinem Spind bewahrt der Arbeitnehmer private Gegenstände auf.<sup>423</sup> Er soll darauf vertrauen dürfen, dass er nicht ohne seine Einwilligung durchsucht wird.<sup>424</sup> Aus diesem Grund sind heimliche Spindkontrollen ohne konkreten Anlass unzulässig.<sup>425</sup> Vielmehr sind sie nur gestattet, wenn ein Verdacht gegen den Arbeitnehmer besteht.<sup>426</sup> Die Kontrolle muss auch verhältnismäßig sein und dem Arbeitgeber dürfen keine mildereren Maßnahmen zur Verfügung stehen.<sup>427</sup> Ein mildereres Mittel ist die Schrankkontrolle in Anwesenheit des Arbeitnehmers.<sup>428</sup> Diese kann jedoch ausgeschlossen sein, wenn die Gefahr besteht, dass der Arbeitnehmer die Aufklärung des Sachverhalts behindern könnte.<sup>429</sup>

---

<sup>409</sup> BAG, Beschluss vom 15.04.2014, 1 ABR 2/13, NZA 2014, 551 (Rn. 45).

<sup>410</sup> Mengel, Mengel Compliance und Arbeitsrecht, Rn. 81.

<sup>411</sup> Kerscher, SPA 2017, 117 (117).

<sup>412</sup> BAG, Beschluss vom 15.04.2014, 1 ABR 2/13, NZA 2014, 551 (Rn. 41).

<sup>413</sup> Kerscher, SPA 2017, 117 (117).

<sup>414</sup> Kerscher, SPA 2017, 117 (117 f.).

<sup>415</sup> Kerscher, SPA 2017, 117 (118).

<sup>416</sup> Kerscher, SPA 2017, 117 (118).

<sup>417</sup> Kerscher, SPA 2017, 117 (118).

<sup>418</sup> Linck, Arbeitsrechts-Handbuch, § 53, Rn. 22.

<sup>419</sup> Kerscher, SPA 2017, 117 (118).

<sup>420</sup> Linck, Arbeitsrechts-Handbuch, § 53, Rn. 22.

<sup>421</sup> Kerscher, SPA 2017, 117 (118).

<sup>422</sup> BAG, Urteil vom 20.06.2013, 2 AZR 546/12, NZA 2014, 143 (Rn. 26).

<sup>423</sup> Kerscher, SPA 2017, 117 (118).

<sup>424</sup> BAG, Urteil vom 20.06.2013, 2 AZR 546/12, NZA 2014, 143 (Rn. 28).

<sup>425</sup> Kerscher, SPA 2017, 117 (118).

<sup>426</sup> BAG, Urteil vom 20.06.2013, 2 AZR 546/12, NZA 2014, 143 (Rn. 28).

<sup>427</sup> BAG, Urteil vom 20.06.2013, 2 AZR 546/12, NZA 2014, 143 (Rn. 28).

<sup>428</sup> BAG, Urteil vom 20.06.2013, 2 AZR 546/12, NZA 2014, 143 (Rn. 31).

<sup>429</sup> Kerscher, SPA 2017, 117 (119).

#### **dd) Mitarbeiterbefragung**

Eine weitere Möglichkeit zur Sachverhaltsaufklärung besteht in der Befragung anderer Mitarbeiter.<sup>430</sup> Fraglich ist jedoch, inwiefern ein Arbeitnehmer als Zeuge zu einer Auskunft über das Verhalten anderer Mitarbeiter verpflichtet ist.<sup>431</sup> Das BAG hat eine Anzeigepflicht für die Fälle bestätigt, in denen ein Arbeitnehmer, dessen Kontrolle dem befragten Arbeitnehmer übertragen wurde, eine dem Arbeitgeber schädigende Handlung vornimmt.<sup>432</sup> Wenn insofern eine Pflicht zur Anzeige besteht, dann ist erst recht eine Pflicht zur Auskunft auf Nachfrage des Arbeitgebers anzunehmen.<sup>433</sup> Diese Auskunftspflicht ist auszuweiten auf alle schädigenden Handlungen, die im Arbeitsbereich des Arbeitnehmers stattfinden, unabhängig davon, ob ihm die Kontrolle dieses Mitarbeiters obliegt.<sup>434</sup> Allerdings hat der Arbeitnehmer auch Auskunft über schädigende Handlungen außerhalb des Arbeitsbereichs zu geben, sofern einem berechtigten Interesse des Arbeitgebers keine schützenswerten Interessen des Arbeitnehmers entgegenstehen.<sup>435</sup> Der Arbeitgeber ist nicht dazu verpflichtet, dem verdächtigen Arbeitnehmer eine Gegenüberstellung mit den Zeugen anzubieten oder ihn an deren Befragung teilhaben zu lassen.<sup>436</sup>

#### **ee) Einsatz von Detektiven**

Außerdem könnte der Arbeitgeber Detektive einsetzen, die den Arbeitnehmer innerhalb und außerhalb des Betriebs beobachten.<sup>437</sup> Auch ein Detektiveinsatz stellt einen Eingriff in das Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers dar und ist daher nur zulässig, wenn ein konkreter Verdacht gegen den Mitarbeiter besteht und kein milderes Mittel zur Verfügung steht, um den Sachverhalt aufzuklären.<sup>438</sup>

#### **b) Verwertbarkeit der Beweismittel im Kündigungsschutzprozess**

Im Kündigungsschutzprozess haben die Gerichte gemäß § 286 I 1 ZPO nach freier Überzeugung über den Inhalt der Verhandlungen und die Ergebnisse der Beweisaufnahmen zu entscheiden. Demnach sind sie grundsätzlich dazu gehalten, alle Beweise der Parteien zu berücksichtigen.<sup>439</sup> Allerdings kann die Verwertbarkeit von Beweisen durch Verwertungsverbote ausgeschlossen sein.<sup>440</sup> Im Gegensatz zur StPO enthält das ArbGG keine Regelungen zu Beweisverwertungsverböten.<sup>441</sup> Es ist anzunehmen, dass regelmäßig kein Bewertungsverbot vorliegt, sofern die Beweiserhebung rechtmäßig erfolgte.<sup>442</sup> Fraglich ist jedoch, ob der Verwertbarkeit von rechtswidrig erlangten Beweismitteln ein Verwertungsverbot entgegensteht.<sup>443</sup> Selbst wenn die Beschaffung der Beweismittel rechtswidrig erfolgte, weil sie in das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers eingegriffen hat, ist ihre

---

<sup>430</sup> *Schrader/Mahler*, NZA-RR 2016, 57 (62).

<sup>431</sup> *Rudkowski*, NZA 2011, 612 (614).

<sup>432</sup> BGH, Urteil vom 23.02.1989, IX ZR 236/86, NJW-RR 1989, 614 (615).

<sup>433</sup> *Rudkowski*, NZA 2011, 612 (614).

<sup>434</sup> *Rudkowski*, NZA 2011, 612 (614).

<sup>435</sup> *Rudkowski*, NZA 2011, 612 (614).

<sup>436</sup> BAG, Urteil vom 27.11.2008, 2 AZR 98/07, NZA 2009, 604 (Rn. 23).

<sup>437</sup> *Zborowska*, Die außerordentliche Verdachtskündigung, S. 194.

<sup>438</sup> *Mengel*, Mengel Compliance und Arbeitsrecht, Rn. 78.

<sup>439</sup> *Stück*, CCZ 2018, 88 (91).

<sup>440</sup> *Schmidt*, Küttner Personalbuch 2023, Verdachtskündigung, Rn. 8.

<sup>441</sup> MüKo BGB/*Henssler*, BGB, § 626 Rn. 387.

<sup>442</sup> *Dzida/Grau*, NZA 2010, 1201 (1204).

<sup>443</sup> *Ulrich/Ulrich*, MAH ArbR, Rn. 344.

Verwertung im Kündigungsschutzprozess nicht von vornherein ausgeschlossen.<sup>444</sup> Vielmehr besteht ein Verwertungsverbot nur, wenn auch die Verwertung einen Eingriff in das Persönlichkeitsrecht darstellt.<sup>445</sup> Somit obliegt es dem Gericht, zu prüfen, ob die Verwertung das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers verletzt.<sup>446</sup> Hierzu ist eine Interessenabwägung im Einzelfall erforderlich.<sup>447</sup> Das schlichte Beweisinteresse des Arbeitgebers reicht nicht aus.<sup>448</sup> Es müssen weitere Umstände hinzutreten, die sein Interesse an der Beweisverwertung schutzbedürftig erscheinen lassen.<sup>449</sup> Ist der Kernbereich privater Lebensgestaltung betroffen, besteht stets ein Beweisverwertungsverbot.<sup>450</sup> Die Verletzung eines Mitbestimmungsrechts des Betriebsrates, gesetzlich oder in einer Betriebsvereinbarung geregelt, führt dagegen nicht zu einem Verwertungsverbot, da für ein Verwertungsverbot lediglich die Verletzung des Persönlichkeitsrechts des Arbeitnehmers maßgeblich ist.<sup>451</sup>

### **c) Hemmung der Ausschlussfrist**

Neben der Anhörung des Arbeitnehmers hemmen auch weitere Ermittlungsmaßnahmen die Ausschlussfrist für außerordentliche Kündigungen aus § 626 II BGB.<sup>452</sup> Ihr Beginn wird jedoch nur so lange hinausgeschoben, wie der Arbeitgeber die Ermittlungen aus verständigen Gründen und mit gebotener Eile anstellt.<sup>453</sup> Im Gegensatz zur Anhörung des Arbeitnehmers gilt für alle anderen Ermittlungsmaßnahmen keine Regelfrist, innerhalb derer sie stattzufinden haben.<sup>454</sup> Ob sie dennoch rechtzeitig durchgeführt wurden, ist im Einzelfall zu entscheiden.<sup>455</sup> Des Weiteren ist es unerheblich, ob die Ermittlungen des Arbeitgebers tatsächlich Erkenntnisse zur Aufklärung des Sachverhalts aufgedeckt haben.<sup>456</sup> Allerdings hemmen geplante, aber nicht durchgeführte Ermittlungen den Beginn der Ausschlussfrist nicht.<sup>457</sup>

## **III. Anhörung des Betriebsrats**

Gemäß § 102 I 1 BetrVG ist der Betriebsrat vor jeder Kündigung anzuhören. Dies gilt folglich auch für die Verdachtskündigung.<sup>458</sup> Unterbleibt eine solche Anhörung des Betriebsrates ist die Verdachtskündigung gemäß § 102 I 3 BetrVG unwirksam. Dabei führt nicht nur eine unterbliebene Anhörung zur Unwirksamkeit der Kündigung, sondern auch eine nicht ordnungsgemäße Anhörung.<sup>459</sup> Sinn und Zweck der Betriebsratsanhörung ist es, dem Betriebsrat die Möglichkeit zu geben, den Arbeitgeber in seiner Entscheidungsfindung zu

---

<sup>444</sup> Pulz, MHdB ArbR, Rn. 57.

<sup>445</sup> BAG, Urteile vom 23.08.2018, 2 AZR 133/18, NZA 2018, 1329 (Rn. 14).

<sup>446</sup> BAG, Urteil vom 20.10.2016, 2 AZR 395/15, NJW 2017, 1193 (Rn. 18).

<sup>447</sup> Akkilic, NZA 2020, 623 (626).

<sup>448</sup> BAG, Urteil vom 20.10.2016, 2 AZR 395/15, NJW 2017, 1193 (Rn. 19).

<sup>449</sup> BAG, Urteil vom 20.10.2016, 2 AZR 395/15, NJW 2017, 1193 (Rn. 19).

<sup>450</sup> BVerfG, Beschluss vom 09.11.2010, 2 BvR 2101/09, NJW 2011, 2417 (Rn. 45).

<sup>451</sup> BAG, Urteil vom 13.12.2007, 2 AZR 537/06, NZA 2008, 1008 (Rn. 32).

<sup>452</sup> BAG, Urteil vom 25.04.2018, 2 AZR 611/17, NZA 2018, 1405 (Rn. 51).

<sup>453</sup> BAG, Urteil vom 25.04.2018, 2 AZR 611/17, NZA 2018, 1405 (Rn. 51).

<sup>454</sup> BAG, Urteil vom 25.04.2018, 2 AZR 611/17, NZA 2018, 1405 (Rn. 51).

<sup>455</sup> BAG, Urteil vom 25.04.2018, 2 AZR 611/17, NZA 2018, 1405 (Rn. 51).

<sup>456</sup> BAG, Urteil vom 20.03.2014, 2 AZR 1037/12, NZA 2014, 1015 (Rn. 14).

<sup>457</sup> BAG, Urteil vom 28.04.1994, 2 AZR 730/93, NZA 1994, 934 (935).

<sup>458</sup> Hoefs, Die Verdachtskündigung, S. 209.

<sup>459</sup> BAG, Urteil vom 20.06.2013, 2 AZR 546/12, NZA 2014, 143 (Rn. 39).

beeinflussen, indem er die Stellungnahme des Betriebsrates berücksichtigt.<sup>460</sup> Teilweise kann dadurch eine Kündigung vermieden werden.<sup>461</sup>

### **1. Anhörung zur Verdachtskündigung**

Im Falle der Verdachtskündigung setzt die ordnungsgemäße Anhörung des Betriebsrats voraus, dass der Arbeitgeber dem Betriebsrat mitteilt, ob er eine Tat- oder Verdachtskündigung aussprechen möchte.<sup>462</sup> Die Anhörung des Betriebsrats zu einer Kündigung, die sich auf eine als erwiesen angesehene Tat stützt, umfasst nicht zugleich die Anhörung zu einer Verdachtskündigung.<sup>463</sup> Grund dafür ist, dass eine Verdachtskündigung bei dem Betriebsrat durchaus eher Bedenken hervorruft als die Kündigung wegen erwiesener Tat.<sup>464</sup> Sollte der Arbeitgeber dem Betriebsrat lediglich mitgeteilt haben, das Arbeitsverhältnis aufgrund einer erwiesenen Tat kündigen zu wollen, ist eine auf denselben Sachverhalt gestützte Verdachtskündigung unwirksam.<sup>465</sup> Aus diesem Grund sollte der sorgfältige Arbeitgeber bei unsicherer Beweislage den Betriebsrat zumindest auch hilfsweise zu einer Verdachtskündigung anhören.<sup>466</sup> Allerdings steht es der Wirksamkeit einer Tat Kündigung nicht entgegen, wenn der Betriebsrat nur zu einer Verdachtskündigung angehört wurde, sofern alle Umstände dargelegt wurden, die nicht nur den Tatverdacht, sondern auch den Tatvorwurf stützen.<sup>467</sup> Da dem Betriebsrat nichts vorenthalten wird, wird auch der Normzweck des § 102 BetrVG erfüllt.<sup>468</sup>

### **2. Form der Anhörung**

Es bestehen keine Formvorschriften an die Anhörung des Betriebsrates.<sup>469</sup> Demnach kann sie schriftlich oder mündlich erfolgen.<sup>470</sup>

### **3. Inhalt der Anhörung**

Der Arbeitgeber hat dem Betriebsrat Informationen zur Person des zu kündigenden Arbeitnehmers, die Kündigungsabsicht, die Kündigungsart, den Kündigungstermin und die Kündigungsfrist mitzuteilen.<sup>471</sup> Darüber hinaus muss er den Betriebsrat gemäß § 102 I 2 BetrVG über die Kündigungsgründe unterrichten. Der Inhalt der Anhörung bestimmt sich nach ihrem Sinn und Zweck.<sup>472</sup> Dieser liegt darin, dass der Betriebsrat auf die Willensbildung des Arbeitgebers Einfluss nehmen soll.<sup>473</sup> Damit dies möglich ist, hat der Arbeitgeber den Sachverhalt so darzulegen, dass der Betriebsrat die Stichhaltigkeit der Kündigungsgründe überprüfen und eine Stellungnahme abgeben kann, ohne dazu eigene Recherchen anstellen

---

<sup>460</sup> BAG, Urteil vom 16.07.2015, 2 AZR 15/15, NZA 2016, 99 (Rn. 14).

<sup>461</sup> Ascheid/Preis/Schmidt Kündigungsrecht/Koch, BetrVG, § 102 Rn. 2.

<sup>462</sup> Fuhlrott, ArbRAktuell 2012, 605 (605).

<sup>463</sup> BAG, Urteil vom 26.03.1992, 2 AZR 519/91, NZA 1992, 1121 (1123).

<sup>464</sup> BAG, Urteil vom 20.06.2013, 2 AZR 546/12, NZA 2014, 143 (Rn. 39).

<sup>465</sup> BAG, Urteil vom 20.06.2013, 2 AZR 546/12, NZA 2014, 143 (Rn. 40).

<sup>466</sup> Wlachojiannis, BuW 2003, 782 (785).

<sup>467</sup> BAG, Urteil vom 23.06.2009, 2 AZR 474/07, NZA 2009, 1136 (Rn. 59).

<sup>468</sup> BAG, Urteil vom 23.06.2009, 2 AZR 474/07, NZA 2009, 1136 (Rn. 59).

<sup>469</sup> BAG, Urteil vom 23.06.2009, 2 AZR 474/07, NZA 2009, 1136 (Rn. 37).

<sup>470</sup> BAG, Urteil vom 23.06.2009, 2 AZR 474/07, NZA 2009, 1136 (Rn. 37).

<sup>471</sup> BAG, Urteil vom 26.01.1995, 2 AZR 386/94, NZA 1995, 672 (673).

<sup>472</sup> BAG, Urteil vom 16.07.2015, 2 AZR 15/15, NZA 2016, 99 (Rn. 14).

<sup>473</sup> BAG, Urteil vom 16.07.2015, 2 AZR 15/15, NZA 2016, 99 (Rn. 14).



zu müssen.<sup>474</sup> Allerdings gilt der Grundsatz der subjektiven Determinierung.<sup>475</sup> Da der Betriebsrat auf die Entscheidungsfindung des Arbeitgebers Einfluss nehmen soll, reicht die Kenntnis über die Gründe aus, die aus Sicht des Arbeitgebers für seinen Kündigungsentchluss maßgeblich sind.<sup>476</sup> Die Kenntnis von Tatsachen, die seinen Kündigungsentchluss nicht bestimmt haben, ist dazu nicht erforderlich.<sup>477</sup> Erfolgt eine bewusst unrichtige oder unvollständige Unterrichtung des Betriebsrats, ist die Anhörung nicht ordnungsgemäß und führt zur Unwirksamkeit der Verdachtskündigung.<sup>478</sup> Eine unbewusste Falsch- oder Fehlinformation berührt die Wirksamkeit der Kündigung jedoch nicht.<sup>479</sup> Der Arbeitgeber kann lediglich von einer weiteren Unterrichtung über die wesentlichen Kündigungsgründe absehen, wenn der Betriebsrat bereits bei Einleitung des Anhörungsverfahrens ausreichend Kenntnis hat, um zur Kündigungsabsicht des Arbeitgebers Stellung nehmen zu können.<sup>480</sup>

#### **4. Zeitpunkt der Anhörung**

Die Anhörung des Betriebsrates hat gemäß § 102 I 1 BetrVG vor einer Kündigung zu erfolgen. Dabei ist zu beachten, dass sie sich auf die konkrete Kündigung eines Arbeitnehmers beziehen muss und nicht auf Vorrat gehalten werden darf.<sup>481</sup> Zudem sollte die Anhörung des Betriebsrats erst nach der Anhörung des Arbeitnehmers erfolgen.<sup>482</sup> Letztere dient der Sachverhaltsaufklärung, die dem Arbeitgeber ermöglichen soll, die Aussagen, die der Arbeitnehmer während der Anhörung trifft, bei seiner Entscheidung zu berücksichtigen.<sup>483</sup> Die Anhörung des Arbeitnehmers kann ihren Zweck jedoch nicht mehr erfüllen, wenn der Arbeitgeber bereits fest entschlossen ist, eine Verdachtskündigung auszusprechen, und bereits den Betriebsrat zu dieser angehört hat.<sup>484</sup> Außerdem gehört die Anhörung des Arbeitnehmers als Wirksamkeitsvoraussetzung der Verdachtskündigung zum Kündigungsgrund, sodass der Betriebsrat somit ebenfalls über die Aussagen des Arbeitnehmers zu informieren hat.<sup>485</sup>

#### **IV. Verhältnismäßigkeit**

Weitere Voraussetzung für die Wirksamkeit der Verdachtskündigung ist ihre Verhältnismäßigkeit.<sup>486</sup> Eine Kündigung ist verhältnismäßig, wenn sie geeignet, erforderlich sowie angemessen erscheint, um ihren Zweck zu erreichen.<sup>487</sup> Zweck einer Kündigung ist es, künftige Störungen des Arbeitsverhältnisses zu vermeiden.<sup>488</sup> Zunächst müsste die Kündigung zur Erreichung dieses Zwecks geeignet sein.<sup>489</sup> Indem der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis beendet, können künftige Vertragsstörungen vermieden werden, sodass die

---

<sup>474</sup> BAG, Urteil vom 23.06.2009, 2 AZR 474/07, NZA 2009, 1136 (Rn. 34).

<sup>475</sup> BAG, Urteil vom 21.11.2013, 2 AZR 797/11, NZA 2014, 243 (Rn. 24).

<sup>476</sup> BAG, Urteil vom 18.12.1980, 2 AZR 1006/78, NJW 1981, 2316 (2317).

<sup>477</sup> BAG, Urteil vom 18.12.1980, 2 AZR 1006/78, NJW 1981, 2316 (2317).

<sup>478</sup> BAG, Urteil vom 16.07.2015, 2 AZR 15/15, NZA 2016, 99 (Rn. 16).

<sup>479</sup> BAG, Urteil vom 16.07.2015, 2 AZR 15/15, NZA 2016, 99 (Rn. 17).

<sup>480</sup> BAG, Urteil vom 23.06.2009, 2 AZR 474/07, NZA 2009, 1136 (Rn. 37).

<sup>481</sup> Bayer, DB 1992, 782 (783).

<sup>482</sup> *Wlachojiannis*, BuW 2003, 782 (785).

<sup>483</sup> BAG, Urteil vom 25.04.2018, 2 AZR 611/17, NZA 2018, 1405 (Rn. 31).

<sup>484</sup> LAG Hamm, Urteil vom 30.03.2012, 18 Sa 1801/11, BeckRS 2012, 72717.

<sup>485</sup> LAG Hamm, Urteil vom 30.03.2012, 18 Sa 1801/11, BeckRS 2012, 72717.

<sup>486</sup> *Eylert*, NZA-RR 2014, 393 (404).

<sup>487</sup> ErfK ArbR/*Niemann*, BGB, § 626 Rn. 25.

<sup>488</sup> *Schrader*, NJW 2012, 342 (342).

<sup>489</sup> ErfK ArbR/*Niemann*, BGB, § 626 Rn. 25.

Geeignetheit der Kündigung regelmäßig anzunehmen ist.<sup>490</sup> Weiterhin sind die Erforderlichkeit und Angemessenheit der Verdachtskündigung zu prüfen.<sup>491</sup>

### **1. Kein milderes Mittel**

Eine Verdachtskündigung ist nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit erforderlich, wenn mildere Mittel, um auf die Vertragsstörung zu reagieren, ausgeschlossen sind.<sup>492</sup> Mildere Mittel sind bevorzugt anzuwenden, wenn sie ebenso wie eine Kündigung geeignet sind, künftige Störungen zu vermeiden.<sup>493</sup>

#### **a) Versetzung**

Als milderes Mittel kann eine Versetzung in Betracht gezogen werden, wenn der Verdacht keine negativen Auswirkungen auf eine andere Tätigkeit im Unternehmen hat.<sup>494</sup>

#### **b) Suspendierung**

Ferner könnte eine Suspendierung des Arbeitnehmers ein milderes Mittel gegenüber der Verdachtskündigung darstellen, da im Gegensatz zu einer Kündigung das Arbeitsverhältnis weiterhin bestehen bleibt.<sup>495</sup> Allerdings bringt die Suspendierung einige Nachteile für den Arbeitnehmer mit sich.<sup>496</sup> Zum einen müsste der Arbeitnehmer jederzeit bereit sein, die Tätigkeit wiederaufzunehmen, und dürfte kein neues Arbeitsverhältnis eingehen.<sup>497</sup> Dagegen bietet die Kündigung eine größere Rechtssicherheit für den Arbeitnehmer.<sup>498</sup> Bei einer Suspendierung ohne Lohnfortzahlung kommt hinzu, dass der Arbeitnehmer sowohl keinen Lohn als auch aufgrund des noch bestehenden Arbeitsverhältnisses keine Arbeitslosenhilfe erhält.<sup>499</sup> Folglich ist die Suspendierung ohne Lohnfortzahlung nicht als milderes Mittel geeignet.<sup>500</sup> Ähnliches gilt für die Suspendierung unter Weiterzahlung des Lohns.<sup>501</sup> Einerseits erhält der Arbeitnehmer in diesem Fall zwar weiterhin seinen Lohn, welches ihm die Sicherung seiner Existenz ermöglicht.<sup>502</sup> Andererseits ist eine solche Suspendierung dem Arbeitgeber jedoch nicht zuzumuten, da sie eine zu hohe finanzielle Belastung darstellt.<sup>503</sup> Der Arbeitgeber hat nicht nur den Lohn des Arbeitnehmers zu zahlen, sondern muss unter Umständen für den Zeitraum der Suspendierung eine Ersatzkraft einstellen.<sup>504</sup> Aus diesem Grund scheidet auch die Suspendierung unter Weiterzahlung des Lohns als milderes Mittel

---

<sup>490</sup> Hoefs, Die Verdachtskündigung, S. 219.

<sup>491</sup> ErfK ArbR/Niemann, BGB, § 626, Rn. 25.

<sup>492</sup> BAG, Urteil vom 21.11.2013, 2 AZR 797/11, NZA 2014, 243 (Rn. 17).

<sup>493</sup> Schrader, NJW 2012, 342 (342).

<sup>494</sup> LAG Hamburg, Urteil vom 08.07.1998, 4 Sa 38/97, NZA-RR 1999, 469 (470).

<sup>495</sup> BAG, Urteil vom 04.06.1964, 2 AZR 310/63, NJW 1964, 1918 (1920).

<sup>496</sup> BAG, Urteil vom 04.06.1964, 2 AZR 310/63, NJW 1964, 1918 (1920).

<sup>497</sup> BAG, Urteil vom 04.06.1964, 2 AZR 310/63, NJW 1964, 1918 (1920).

<sup>498</sup> BAG, Urteil vom 04.06.1964, 2 AZR 310/63, NJW 1964, 1918 (1920).

<sup>499</sup> BAG, Urteil vom 04.06.1964, 2 AZR 310/63, NJW 1964, 1918 (1920).

<sup>500</sup> BAG, Urteil vom 04.06.1964, 2 AZR 310/63, NJW 1964, 1918 (1920).

<sup>501</sup> BAG, Urteil vom 05.04.2001, 2 AZR 217/00, NZA 2001, 837 (839).

<sup>502</sup> Vom Stein, Fehleinschätzungen bei der Kündigung von Arbeitsverhältnissen unter besonderer Berücksichtigung der Verdachtskündigung, S. 45, zit. nach: Hoefs, 2001, S. 98.

<sup>503</sup> Hoefs, Die Verdachtskündigung, S. 98.

<sup>504</sup> Hoefs, Die Verdachtskündigung, S. 98.

aus.<sup>505</sup> Eine Suspendierung schafft ohnehin nur für eine kurze Zeit Abhilfe.<sup>506</sup> Sollte der Sachverhalt nicht aufgeklärt werden können, ist der Arbeitgeber dazu gezwungen, den Arbeitnehmer trotz des bestehenden Verdachts weiter zu beschäftigen.<sup>507</sup> Der Verdacht kann durch die Suspendierung des Arbeitnehmers nicht ausgeräumt werden.<sup>508</sup> Nach diesen Überlegungen kommt die Suspendierung des Arbeitnehmers in der Regel nicht als milderes Mittel zur Verdachtskündigung in Betracht.<sup>509</sup> Es könnte jedoch sinnvoll sein, den Arbeitnehmer während der Aufklärung des Sachverhalts zu suspendieren<sup>510</sup>, wenn die Gefahr besteht, dass dieser die Ermittlungen stört.<sup>511</sup>

### **c) Abmahnung**

Nach § 314 II 1 BGB ist eine Kündigung wegen Pflichtverletzung nur nach erfolgloser Abmahnung zulässig. Diese Regelung findet auch bei Störungen im Vertrauensbereich Anwendung.<sup>512</sup> Schließlich ist es nicht grundsätzlich ausgeschlossen, dass das Vertrauen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer nach einer Abmahnung wieder aufgebaut werden kann, nachdem es durch eine Vertragsstörung beeinträchtigt wurde.<sup>513</sup> Die Abmahnung ist durchaus geeignet, eine positive Verhaltensänderung des Arbeitnehmers hervorzurufen und weitere Vertragsstörungen zu verhindern.<sup>514</sup> Auch vor einer Verdachtskündigung kann nicht generell auf eine Abmahnung verzichtet werden.<sup>515</sup> Wenn selbst bei einer erwiesenen Pflichtverletzung der Arbeitnehmer zunächst nur abzumahnern ist, dann bei dem Verdacht der Pflichtverletzung erst recht.<sup>516</sup> Demnach ist auch vor einer Verdachtskündigung zu prüfen, ob nicht bereits eine Abmahnung als Reaktion auf die Vertragsstörung ausreicht.<sup>517</sup> Allerdings ist eine Abmahnung in den Fällen entbehrlich, in denen der Arbeitgeber zu der Annahme berechtigt ist, der Arbeitnehmer werde sein Verhalten zukünftig nicht ändern, oder in denen eine so schwerwiegende Pflichtverletzung vorliegt, dass dem Arbeitgeber die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unzumutbar ist, und es für den Arbeitnehmer auch erkennbar war, dass der Arbeitgeber ein solches Verhalten nicht duldet.<sup>518</sup>

### **d) Ordentliche Kündigung**

Darüber hinaus kommt in Fällen der außerordentlichen Kündigung die fristgerechte Kündigung als milderes Mittel in Betracht.<sup>519</sup> § 626 I BGB schreibt vor, dass eine fristlose Kündigung nur dann zulässig ist, wenn dem Arbeitgeber die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist nicht zugemutet werden kann. Aus diesem Wortlaut ergibt sich bereits, dass vor dem Ausspruch einer außerordentlichen Kündigung zunächst

---

<sup>505</sup> BAG, Urteil vom 05.04.2001, 2 AZR 217/00, NZA 2001, 837 (839).

<sup>506</sup> Hoefs, Die Verdachtskündigung, S. 99.

<sup>507</sup> Hoefs, Die Verdachtskündigung, S. 99.

<sup>508</sup> Zborowska, Die außerordentliche Verdachtskündigung, S. 203.

<sup>509</sup> BAG, Urteil vom 04.06.1964, 2 AZR 310/63, NJW 1964, 1918 (1920).

<sup>510</sup> Luckey, NZA 1992, 873 (875).

<sup>511</sup> Zborowska, Die außerordentliche Verdachtskündigung, S. 203.

<sup>512</sup> Eylert, NZA-RR 2014, 393 (404).

<sup>513</sup> BAG, Urteil vom 10.06.2010, 2 AZR 541/09, NZA 2010, 1227 (Rn. 35).

<sup>514</sup> BAG, Urteil vom 10.06.2010, 2 AZR 541/09, NZA 2010, 1227 (Rn. 36).

<sup>515</sup> MüKo BGB/Henssler, BGB, § 626 Rn. 272.

<sup>516</sup> Hoefs, Die Verdachtskündigung, S. 263.

<sup>517</sup> BAG, Urteil vom 10.06.2010, 2 AZR 541/09, NZA 2010, 1227 (Rn. 35).

<sup>518</sup> BAG, Urteil vom 10.06.2010, 2 AZR 541/09, NZA 2010, 1227 (Rn. 37).

<sup>519</sup> BAG, Urteil vom 21.11.2013, 2 AZR 797/11, NZA 2014, 243 (Rn. 17).

die Möglichkeit einer ordentlichen Kündigung zu prüfen ist.<sup>520</sup> Die fristgerechte Kündigung ist immer dann als milderes Mittel geeignet, wenn sie den Zweck, künftige Vertragsstörungen zu verhindern, ebenso erfüllt wie die fristlose Kündigung.<sup>521</sup>

## **2. Interessenabwägung**

Weiterhin müsste die Verdachtskündigung angemessen sein.<sup>522</sup> Dazu ist eine Interessenabwägung durchzuführen.<sup>523</sup> Für die außerordentliche Kündigung regelt § 626 I BGB, dass die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile nicht bis zum Ablauf der Kündigungsfrist zuzumuten ist. Dabei sind das Interesse des Arbeitgebers an der Beendigung des Arbeitsverhältnisses und das Interesse des Arbeitnehmers an der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses gegeneinander abzuwägen.<sup>524</sup> Auch im Rahmen einer ordentlichen Verdachtskündigung ist eine solche Interessenabwägung bezüglich einer fristgerechten Vertragsbeendigung vorzunehmen.<sup>525</sup> Allerdings sind keine absoluten Kündigungsgründe anerkannt, auf die stets eine wirksame Kündigung gestützt werden kann, ohne eine sachverhaltsbezogene Abwägung vorgenommen zu haben.<sup>526</sup> Vielmehr ist eine Bewertung des Einzelfalls erforderlich.<sup>527</sup> Die Kriterien für die Interessenabwägung lassen sich nicht abschließend aufzählen.<sup>528</sup>

### **a) Verursachung des Verdachts durch den Arbeitnehmer**

Zunächst ist zu beachten, ob der Arbeitnehmer zur Entstehung des Verdachts gegen ihn beigetragen hat.<sup>529</sup> Es ist anzunehmen, dass dem Arbeitgeber die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses eher unzumutbar ist, wenn der Arbeitnehmer den Verdacht selbst verursacht hat, als wenn ohne sein eigenes Verschulden ein Verdacht gegen ihn entstanden ist.<sup>530</sup> Zugunsten des Arbeitnehmers ist es dagegen zu berücksichtigen, wenn er bei der Aufklärung des Sachverhalts mitgewirkt hat.<sup>531</sup>

### **b) Schwere der Pflichtverletzung**

Weiterhin ist davon auszugehen, dass ein Verdacht das Arbeitsverhältnisses umso mehr beeinträchtigt, je schwerer die Pflichtverletzung wiegt, auf die er sich bezieht.<sup>532</sup> Ein Zusammenhang mit seinem Hauptaufgabenbereich kann sich zulasten des Arbeitnehmers auswirken.<sup>533</sup>

---

<sup>520</sup> BAG, Urteil vom 10.06.2010, 2 AZR 541/09, NZA 2010, 1227 (Rn. 34).

<sup>521</sup> BAG, Urteil vom 10.06.2010, 2 AZR 541/09, NZA 2010, 1227 (Rn. 34).

<sup>522</sup> Hoefs, Die Verdachtskündigung, S. 221.

<sup>523</sup> Eylert, NZA-RR 2014, 393 (404).

<sup>524</sup> BAG, Urteil vom 21.11.2013, 2 AZR 797/11, NZA 2014, 243 (Rn. 17).

<sup>525</sup> Schrader/Thoms/Möller, ArbRAktuell 2014, 310 (312).

<sup>526</sup> BAG, Urteil vom 10.06.2010, 2 AZR 541/09, NZA 2010, 1227 (Rn. 16).

<sup>527</sup> BAG, Urteil vom 10.06.2010, 2 AZR 541/09, NZA 2010, 1227 (Rn. 16).

<sup>528</sup> BAG, Urteil vom 21.11.2013, 2 AZR 797/11, NZA 2014, 243 (Rn. 17).

<sup>529</sup> Zborowska, Die außerordentliche Verdachtskündigung, S. 216.

<sup>530</sup> Zborowska, Die außerordentliche Verdachtskündigung, S. 216.

<sup>531</sup> Zborowska, Die außerordentliche Verdachtskündigung, S. 216.

<sup>532</sup> Zborowska, Die außerordentliche Verdachtskündigung, S. 219.

<sup>533</sup> BAG, Urteil vom 01.02.2007, 2 AZR 333/06, NZA 2007, 744 (Rn. 34).

### **c) Verschulden des Arbeitnehmers**

Da der Verdachtskündigung lediglich der Verdacht einer Straftat oder Pflichtverletzung zugrunde liegt, darf dem Arbeitnehmer kein Verschulden vorgeworfen werden.<sup>534</sup> Kann jedoch hypothetisch ein Verschulden festgestellt werden, wenn eine erwiesene Tat angenommen werden würde, ist dieses durchaus im Rahmen der Interessenabwägung zu beachten.<sup>535</sup>

### **d) Wiederholungsgefahr**

Auch für das Kriterium der Wiederholungsgefahr fehlt es an einem Anknüpfungspunkt, da die Tat nicht erwiesen ist.<sup>536</sup> Der Verdacht ist im Gegensatz zu einer erwiesenen Tat nicht steuerbar.<sup>537</sup> Demnach ist es dem Arbeitnehmer nicht möglich, einen erneuten Verdacht gegen ihn zu vermeiden.<sup>538</sup>

### **e) Dauer des Arbeitsverhältnisses und dessen störungsfreier Verlauf**

Dagegen kann es bedeutend sein, wie lange das Arbeitsverhältnis bereits besteht und wie dieses bisher verlaufen ist.<sup>539</sup> Grundsätzlich gilt, dass je länger ein Arbeitsverhältnis besteht, desto größer ist das Vertrauen, das im Zeitraum der Beschäftigung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer aufgebaut wird.<sup>540</sup> Im Rahmen der Zumutbarkeitsprüfung ist festzustellen, ob dieses Vertrauen bereits durch die erstmalige Vertragsstörung zerstört werden kann.<sup>541</sup> Ist der Arbeitnehmer schon längere Zeit beim Arbeitgeber beschäftigt, ohne dass vergleichbare Pflichtverletzungen aufgetreten sind, konnte der Arbeitgeber ein vertieftes Vertrauen zum Arbeitnehmer aufbauen.<sup>542</sup> Es ist daher anzunehmen, dass die aufgebaute Vertrauensgrundlage zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer nicht schon durch die erstmalige Störung des Arbeitsverhältnisses irreparabel zerstört wird.<sup>543</sup> Anders ist der Fall zu werten, wenn bereits in der Vergangenheit ähnliche Vorfälle aufgetreten sind, da diese das Vertrauensverhältnis vorbelastet haben und eine erneute Störung das Vertrauen letztendlich vollständig erschüttern würde.<sup>544</sup> Bei nur kurzer Beschäftigungsdauer ist davon auszugehen, dass noch kein tiefes Vertrauen aufgebaut wurde, welches eher durch den Verdacht einer strafbaren Handlung oder Pflichtverletzung zerstört werden kann.<sup>545</sup> Allerdings muss das während einer langjährigen Beschäftigung aufgebaute Vertrauen nicht stets weniger beeinträchtigt sein als die Vertrauensgrundlage eines Arbeitsverhältnisses, welches erst seit kurzer Zeit besteht.<sup>546</sup> Der Verdacht oder die Pflichtverletzung kann das Arbeitsverhältnis so schwer belasten, dass auch die erstmalige Vertragsstörung das Vertrauen nach einer längeren Beschäftigungsdauer vollständig und unwiederbringlich

---

<sup>534</sup> Zborowska, Die außerordentliche Verdachtskündigung, S. 220.

<sup>535</sup> Zborowska, Die außerordentliche Verdachtskündigung, S. 220.

<sup>536</sup> Zborowska, Die außerordentliche Verdachtskündigung, S. 224.

<sup>537</sup> Vom Stein, Fehleinschätzungen bei der Kündigung von Arbeitsverhältnissen unter besonderer Berücksichtigung der Verdachtskündigung, S. 65, zit. nach: Zborowska, 2015, S. 58.

<sup>538</sup> Zborowska, Die außerordentliche Verdachtskündigung, S. 225.

<sup>539</sup> BAG, Urteil vom 10.06.2010, 2 AZR 541/09, NZA 2010, 1227 (Rn. 47).

<sup>540</sup> Schrader, NJW 2012, 342 (343).

<sup>541</sup> Schrader, NJW 2012, 342 (343).

<sup>542</sup> Schrader, NJW 2012, 342 (343).

<sup>543</sup> BAG, Urteil vom 10.06.2010, 2 AZR 541/09, NZA 2010, 1227 (Rn. 47).

<sup>544</sup> Zborowska, Die außerordentliche Verdachtskündigung, S. 227.

<sup>545</sup> Zborowska, Die außerordentliche Verdachtskündigung, S. 226 f.

<sup>546</sup> BAG, Urteil vom 07.07.2011, 2 AZR 355/10, NZA 2011, 1412 (Rn. 31).

zerstört.<sup>547</sup> Eine lange Betriebszugehörigkeit kann auch zulasten des Arbeitnehmers gewertet werden, wenn durch sie ein besonderes Vertrauen zum Arbeitnehmer entsteht, welches nun erschüttert wird.<sup>548</sup> Ob das Vertrauen zerstört wurde, ist aus objektiver Sicht zu beurteilen.<sup>549</sup> Dabei ist es unerheblich, ob tatsächlich noch Vertrauen zum Arbeitnehmer besteht.<sup>550</sup>

### **f) Art des Betriebes und Stellung des Arbeitnehmers**

Weiterhin ist die Art des Betriebes zu berücksichtigen.<sup>551</sup> Unter anderem kann es relevant sein, ob es sich um ein sicherheitsrelevantes Unternehmen handelt<sup>552</sup> und welche Position der Arbeitnehmer innerhalb dieses Betriebes einnimmt.<sup>553</sup> Es ist abzuwägen, ob der Arbeitnehmer eine besondere Vertrauensstellung innehat und Betriebsgeheimnisse kennt oder Zugang zu Wertgegenständen hat.<sup>554</sup> Die Fortsetzung wird dem Arbeitgeber wohl unzumutbar sein, wenn eine Weiterbeschäftigung mit hohen Risiken und Gefahren verbunden ist.<sup>555</sup> Die Größe des Betriebes ist hingegen unerheblich.<sup>556</sup>

### **g) Persönliche Umstände**

Schlussendlich fließen auch die persönlichen Umstände des Arbeitnehmers in die Interessenabwägung mit ein.<sup>557</sup> Dabei ist zu festzustellen, wie schwer die Kündigung den Arbeitnehmer trifft.<sup>558</sup> Zu den persönlichen Umständen gehören unter anderem das Alter des Arbeitnehmers<sup>559</sup> sowie seine Chancen auf dem Arbeitsmarkt.<sup>560</sup> Im Einzelfall können auch die Unterhaltspflichten und der Familienstand des Arbeitnehmers zu berücksichtigen sein.<sup>561</sup>

## **3. Bagatelldelikte**

Fraglich ist, ob dem Arbeitgeber die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bei bloßen Bagatelldelikten zumutbar bleibt oder ob auch bereits diese Fälle geeignet sind, die Vertrauensgrundlage erheblich zu erschüttern.<sup>562</sup> Bagatelldelikte zeichnen sich dadurch aus, dass durch sie nur ein geringer bis gar kein Schaden entsteht.<sup>563</sup> Eine Verdachtskündigung ist gerechtfertigt, wenn der Verdacht, wäre er erwiesen, eine fristlose Kündigung gemäß § 626 I BGB stützen könnte.<sup>564</sup> § 626 I BGB verlangt dazu eine zweistufige Prüfung.<sup>565</sup> Im ersten Prüfungsschritt ist festzustellen, ob ein wichtiger Grund vorliegt, der an sich

---

<sup>547</sup> BAG, Urteil vom 07.07.2011, 2 AZR 355/10, NZA 2011, 1412 (Rn. 31).

<sup>548</sup> BAG, Urteil vom 16.10.1986, 2 AZR 695/85, BeckRS 2009, 55835.

<sup>549</sup> Schrader, NJW 2012, 342 (343).

<sup>550</sup> BAG, Urteil vom 10.06.2010, 2 AZR 541/09, NZA 2010, 1227 (Rn. 47).

<sup>551</sup> Hoefs, Die Verdachtskündigung, S. 222.

<sup>552</sup> Hoefs, Die Verdachtskündigung, S. 222.

<sup>553</sup> BAG, Urteil vom 04.06.1964, 2 AZR 310/63, NJW 1964, 1918 (1919).

<sup>554</sup> BAG, Urteil vom 31.01.2019, 2 AZR 426/18, NZA 2019, 893 (Rn. 22).

<sup>555</sup> BAG, Urteil vom 04.06.1964, 2 AZR 310/63, NJW 1964, 1918 (1919).

<sup>556</sup> BAG, Urteil vom 31.01.2019, 2 AZR 426/18, NZA 2019, 893 (Rn. 22).

<sup>557</sup> Zborowska, Die außerordentliche Verdachtskündigung, S. 242.

<sup>558</sup> BAG, Urteil vom 04.06.1964, 2 AZR 310/63, NJW 1964, 1918 (1919 f.).

<sup>559</sup> Zborowska, Die außerordentliche Verdachtskündigung, S. 242.

<sup>560</sup> BAG, Urteil vom 04.06.1964, 2 AZR 310/63, NJW 1964, 1918 (1919 f.).

<sup>561</sup> BAG, Urteil vom 27.04.2006, 2 AZR 415/05, NZA 2006, 1033 (Rn. 19).

<sup>562</sup> BAG, Urteil vom 10.06.2010, 2 AZR 541/09, NZA 2010, 1227 (Rn. 26).

<sup>563</sup> Zborowska, Die außerordentliche Verdachtskündigung, S. 104.

<sup>564</sup> Zborowska, Die außerordentliche Verdachtskündigung, S. 76.

<sup>565</sup> Ascheid/Preis/Schmidt Kündigungrecht/Vossen, BGB, § 626 Rn. 28.

geeignet ist, eine Kündigung zu rechtfertigen.<sup>566</sup> Bagatelldelikte scheiden nicht von vornherein als wichtiger Grund für eine außerordentliche Kündigung nach § 626 I BGB aus.<sup>567</sup> Die Höhe des Schadens ist erst im zweiten Prüfungsschritt, der Interessenabwägung, zu berücksichtigen.<sup>568</sup> Die Vermutung liegt nahe, dass ein höherer Schaden auch eine stärkere Beeinträchtigung des Vertrauens verursacht.<sup>569</sup> Das Vertrauen des Arbeitgebers zum Arbeitnehmer kann jedoch unabhängig von der Höhe des Schadens derart erschüttert sein, dass es dem Arbeitgeber unzumutbar ist, das Arbeitsverhältnis mit dem Arbeitnehmer fortzusetzen.<sup>570</sup> Es ist zu prüfen, ob nicht ein milderer Mittel der Kündigung vorzuziehen ist.<sup>571</sup> Oft kommt eine Abmahnung in Betracht.<sup>572</sup> Allerdings ist eine Abmahnung nicht grundsätzlich immer ausreichend, nur weil es sich um ein Bagatelldelikt handelt.<sup>573</sup> Führt diese Interessenabwägung zu dem Ergebnis, dass auf das Bagatelldelikt grundsätzlich eine Kündigung gestützt werden kann, ist anschließend zu prüfen, ob dem Arbeitgeber bereits aufgrund des Verdachts eines Bagatelldelikts die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unzumutbar ist.<sup>574</sup>

## V. Kündigungserklärungsfrist

Darüber hinaus stellt sich die Frage, ob der Arbeitgeber die Verdachtskündigung rechtzeitig erklärt hat, welche für außerordentliche und ordentliche Kündigungen unterschiedlich zu beantworten ist.<sup>575</sup>

### 1. Kündigungserklärungsfrist bei einer außerordentlichen Verdachtskündigung

Gemäß § 626 II 1 BGB kann eine außerordentliche Kündigung nur innerhalb von zwei Wochen erklärt werden. Diese Regelung ist ein gesetzlich konkretisierter Verwirkungstatbestand.<sup>576</sup> Grundsätzlich ist ein Recht verwirkt, wenn der Berechtigte längere Zeit untätig geblieben ist und dadurch den Eindruck erweckt, er wolle sein Recht nicht geltend machen.<sup>577</sup> Die Verwirkung des Rechts zu einer außerordentlichen Kündigung richtet sich hingegen nach dem Fristablauf.<sup>578</sup> Sinn der Ausschlussfrist ist es, dass der betroffene Arbeitnehmer zügig Klarheit darüber erhält, ob der Arbeitgeber einen Sachverhalt zum Anlass für eine außerordentliche Kündigung nimmt.<sup>579</sup> Nichtsdestotrotz soll dem Arbeitgeber genügend Zeit zur Entscheidung zur Verfügung stehen.<sup>580</sup> Darüber hinaus ist bei längerem Warten des Arbeitgebers ist eine Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses für die Dauer der Kündigungsfrist regelmäßig nicht anzunehmen.<sup>581</sup> Eine außerordentliche

---

<sup>566</sup> BAG, Urteil vom 13.12.2018, 2 AZR 370/18, NZA 2019, 445 (Rn. 15).

<sup>567</sup> Walker, NZA 2011, 1 (2).

<sup>568</sup> BAG, Urteil vom 12.08.1999, 2 AZR 923/98, NZA 2000, 421 (424).

<sup>569</sup> Zborowska, Die außerordentliche Verdachtskündigung, S. 109.

<sup>570</sup> BAG, Urteil vom 10.06.2010, 2 AZR 541/09, NZA 2010, 1227 (Rn. 27).

<sup>571</sup> BAG, Urteil vom 10.06.2010, 2 AZR 541/09, NZA 2010, 1227 (Rn. 34).

<sup>572</sup> BAG, Urteil vom 10.06.2010, 2 AZR 541/09, NZA 2010, 1227 (Rn. 35).

<sup>573</sup> Zborowska, Die außerordentliche Verdachtskündigung, S. 122.

<sup>574</sup> Zborowska, Die außerordentliche Verdachtskündigung, S. 127.

<sup>575</sup> BAG, Urteil vom 31.01.2019, 2 AZR 426/18, NZA 2019, 893 (Rn. 30).

<sup>576</sup> BAG, Urteil vom 26.09.2013, 2 AZR 741/12, NZA 2014, 529 (Rn. 23).

<sup>577</sup> Koch, Arbeitsrecht von A-Z, o.S., Verwirkung.

<sup>578</sup> BAG, Urteil vom 06.07.1972, 2 AZR 386/71, AP BGB § 626 Ausschlussfrist Nr. 3.

<sup>579</sup> BAG, Urteil vom 26.09.2013, 2 AZR 741/12, NZA 2014, 529 (Rn. 23).

<sup>580</sup> BAG, Urteil vom 26.09.2013, 2 AZR 741/12, NZA 2014, 529 (Rn. 23).

<sup>581</sup> BAG, Urteil vom 26.09.2013, 2 AZR 741/12, NZA 2014, 529 (Rn. 23).

Kündigung, die nach Ablauf der zwei Wochen erklärt wird, wäre unwirksam, da ihr demnach der wichtige Grund fehle.<sup>582</sup>

### a) Fristbeginn

Die Kündigungserklärungsfrist beginnt nach § 626 II 2 BGB mit dem Zeitpunkt, in dem der Kündigungsberechtigte von den für die Kündigung maßgebenden Tatsachen Kenntnis erlangt. Erforderlich ist die sichere und möglichst vollständige Kenntnis aller Tatsachen, auf Basis derer der Arbeitgeber entscheiden kann, ob ihm die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unzumutbar ist oder nicht.<sup>583</sup> Dazu gehören sowohl die für eine Kündigung sprechenden Tatsachen als auch solche Tatsachen, die gegen eine Kündigung sprechen.<sup>584</sup> Eine Gesamtwürdigung aller Umstände muss möglich sein.<sup>585</sup> Solange der Arbeitgeber noch keine umfassende Kenntnis aller maßgebenden Tatsachen hat, kann die Ausschlussfrist nicht in Gang gesetzt werden und das Kündigungsrecht nicht verwirken.<sup>586</sup> Die Frist beginnt selbst bei grob fahrlässiger Unkenntnis nicht zu laufen.<sup>587</sup> Weiterhin regelt § 626 II 2 BGB, dass der Kündigungsberechtigte die Kenntnis der maßgeblichen Umstände erlangen muss. Die Kenntnis anderer Personen ist dagegen unerheblich.<sup>588</sup> Zu beachten ist, dass die Sachverhaltsaufklärung keinen kontinuierlich voranschreitenden Prozess darstellt.<sup>589</sup> Es können stets neue verdachtsstärkende oder verdachtsschwächende Tatsachen aufgedeckt werden.<sup>590</sup> Folglich kann es nicht nur einen, sondern mehrere Zeitpunkte geben, in denen der Verdacht dem Arbeitgeber dringend genug scheint, um auf ihn eine Verdachtskündigung zu stützen.<sup>591</sup> Die Frist beginnt erneut, wenn der Arbeitgeber neue Erkenntnisse erlangt, die den Verdacht verstärken, und er diesen erweiterten Kenntnisstand für ausreichend hält, um eine Kündigung zu erklären.<sup>592</sup> Wenn der Arbeitgeber bereits eine Verdachtskündigung ausgesprochen hat, kann er erneut eine Verdachtskündigung erklären, sofern er diese auf den veränderten Sachverhalt stützt.<sup>593</sup> Der Arbeitgeber kann auch warten, bis er die Kenntnis von Tatsachen erlangt, die eine Tat Kündigung rechtfertigen.<sup>594</sup> Die Kündigungserklärungsfrist beginnt bei Tat- und Verdachtskündigung unabhängig voneinander.<sup>595</sup> Somit kann die Frist für die Verdachtskündigung bereits verstrichen sein, die für die Tat Kündigung aber noch nicht, wenn er zuvor nur Kenntnis von Umständen hatte, die eine Verdachtskündigung begründet hätten.<sup>596</sup>

---

<sup>582</sup> BAG, Urteil vom 06.07.1972, 2 AZR 386/71, AP BGB § 626 Ausschlussfrist Nr. 3.

<sup>583</sup> BAG, Urteil vom 25.04.2018, 2 AZR 611/17, NZA 2018, 1405 (Rn. 50).

<sup>584</sup> BAG, Urteil vom 25.04.2018, 2 AZR 611/17, NZA 2018, 1405 (Rn. 50).

<sup>585</sup> BAG, Urteil vom 29.07.1993, 2 AZR 90/93, NZA 1994, 171 (173).

<sup>586</sup> BAG, Urteil vom 05.06.2008, 2 AZR 234/07, NZA-RR 2008, 630 (Rn. 18).

<sup>587</sup> BAG, Urteil vom 05.06.2008, 2 AZR 234/07, NZA-RR 2008, 630 (Rn. 18).

<sup>588</sup> BAG, Urteil vom 16.07.2015, 2 AZR 85/15, NZA 2016, 161 (Rn. 55).

<sup>589</sup> BAG, Urteil vom 05.06.2008, 2 AZR 234/07, NZA-RR 2008, 630 (Rn. 24).

<sup>590</sup> Busch, MDR 1995, 217 (219), zit. nach: Hoefs, 2001, S. 224.

<sup>591</sup> BAG, Urteil vom 27.01.2011, 2 AZR 825/09, NZA 2011, 798 (Rn. 18).

<sup>592</sup> BAG, Urteil vom 27.01.2011, 2 AZR 825/09, NZA 2011, 798 (Rn. 19).

<sup>593</sup> BAG, Urteil vom 22.11.2012, 2 AZR 732/11, NZA 2013, 665 (Rn. 33).

<sup>594</sup> BAG, Urteil vom 29.07.1993, 2 AZR 90/93, NZA 1994, 171 (173).

<sup>595</sup> MüKo BGB/Henssler, BGB, § 626 Rn. 349.

<sup>596</sup> BAG, Urteil vom 29.07.1993, 2 AZR 90/93, NZA 1994, 171 (173).



## **b) Hemmung der Ausschlussfrist**

Die Ausschlussfrist beginnt nach § 626 II 2 BGB, wenn der Arbeitgeber von den maßgebenden Tatsachen Kenntnis erlangt. Da dazu sowohl die für als auch die gegen die Kündigung sprechenden Umstände gehören, ist der Beginn der Ausschlussfrist so lange gehemmt, wie der Arbeitgeber aus verständigen Gründen und mit gebotener Eile Ermittlungen zur Aufklärung des Sachverhalts durchführt.<sup>597</sup> Für die Anhörung des Arbeitnehmers gilt daher eine Regelfrist von einer Woche, innerhalb derer sie stattzufinden hat.<sup>598</sup> Für weitere Ermittlungen ist keine bestimmte Frist festgelegt.<sup>599</sup> Bei ihnen ist im Einzelfall zu entscheiden, ob der Arbeitgeber sie rechtzeitig durchgeführt hat.<sup>600</sup> Folglich beginnt die Ausschlussfrist des § 626 II 1 BGB nach Abschluss der Ermittlungsmaßnahmen, wenn der Arbeitgeber eine umfassende Kenntnis aller Umstände hat, die er für die Entscheidung benötigt, ob die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unzumutbar ist und er dieses beenden möchte.<sup>601</sup>

## **c) Auswirkungen eines Ermittlungsverfahrens**

Der Arbeitgeber kann ein Ermittlungs- und Strafverfahren abwarten und seinen Kündigungsentschluss von dessen Ausgang abhängig machen.<sup>602</sup> Während dieser Zeit ist der Beginn der Ausschlussfrist gehemmt.<sup>603</sup> Wenn der Arbeitgeber sich dazu entschließt, das Verfahren abzuwarten, darf er die Kündigung nicht zu einem späteren, willkürlich gewählten Zeitpunkt aussprechen.<sup>604</sup> Vielmehr ist ein sachlicher Grund erforderlich.<sup>605</sup> Ein solcher Grund ist gegeben, wenn neue Erkenntnisse auftreten, die den Verdacht gegen den Arbeitnehmer verstärken, und der Arbeitgeber nun einen ausreichenden Kenntnisstand annimmt, auf den er eine Kündigung stützen kann.<sup>606</sup> Im Laufe des Verfahrens kann der Arbeitgeber unter anderem die Erhebung der öffentlichen Klage<sup>607</sup> oder die Verurteilung des Arbeitnehmers<sup>608</sup> zum Anlass einer Kündigung nehmen. Beide stellen ein bedeutendes Ereignis im Verfahren dar, das geeignet ist, den Verdacht des Arbeitgebers zu verstärken.<sup>609</sup> Darüber hinaus können sich viele weitere Zeitpunkte ergeben, in denen die Ausschlussfrist in Gang gesetzt wird.<sup>610</sup> Der Arbeitgeber darf nur nicht zu einem beliebigen Zeitpunkt kündigen, wenn er sich dazu entscheidet, das Ermittlungs- oder Strafverfahren abzuwarten.<sup>611</sup> Ebenso ist es nicht zulässig, dass er ohne Veränderung der Sachlage die eigenen Ermittlungen doch wieder aufnimmt und die Kündigung nach deren Abschluss innerhalb der Ausschlussfrist erklärt.<sup>612</sup> Schließt das Strafverfahren mit der Verurteilung des Arbeitnehmers ab, stellt sich die Frage, ob der Arbeitgeber noch eine Verdachtskündigung aussprechen

---

<sup>597</sup> BAG, Urteil vom 25.04.2018, 2 AZR 611/17, NZA 2018, 1405 (Rn. 50 f.).

<sup>598</sup> BAG, Urteil vom 25.04.2018, 2 AZR 611/17, NZA 2018, 1405 (Rn. 51).

<sup>599</sup> BAG, Urteil vom 25.04.2018, 2 AZR 611/17, NZA 2018, 1405 (Rn. 51).

<sup>600</sup> BAG, Urteil vom 25.04.2018, 2 AZR 611/17, NZA 2018, 1405 (Rn. 51).

<sup>601</sup> BAG, Urteil vom 28.11.2007, 5 AZR 952/06, NZA-RR 2008, 344 (Rn. 24).

<sup>602</sup> BAG, Urteil vom 25.04.2018, 2 AZR 611/17, NZA 2018, 1405 (Rn. 52).

<sup>603</sup> *Fuhlrott/Oltmanns*, DB 2015, 1719 (1724).

<sup>604</sup> BAG, Urteil vom 25.04.2018, 2 AZR 611/17, NZA 2018, 1405 (Rn. 52).

<sup>605</sup> BAG, Urteil vom 25.04.2018, 2 AZR 611/17, NZA 2018, 1405 (Rn. 52).

<sup>606</sup> BAG, Urteil vom 25.04.2018, 2 AZR 611/17, NZA 2018, 1405 (Rn. 52).

<sup>607</sup> BAG, Urteil vom 27.01.2011, 2 AZR 825/09, NZA 2011, 798 (Rn. 17).

<sup>608</sup> BAG, Urteil vom 18.11.1999, 2 AZR 852/98, NZA 2000, 381 (383).

<sup>609</sup> BAG, Urteil vom 22.11.2012, 2 AZR 732/11, NZA 2013, 665 (Rn. 32).

<sup>610</sup> *Eylert*, NZA-RR 2014, 393 (406).

<sup>611</sup> BAG, Urteil vom 25.04.2018, 2 AZR 611/17, NZA 2018, 1405 (Rn. 52).

<sup>612</sup> BAG, Urteil vom 29.07.1993, 2 AZR 90/93, NZA 1994, 171 (174).

kann.<sup>613</sup> Das Urteil der Strafgerichte bindet die Arbeitsgerichte nicht.<sup>614</sup> Folglich bleibt dem Arbeitgeber weiterhin die Möglichkeit der Verdachtskündigung.<sup>615</sup> Allerdings ist regelmäßig anzunehmen, dass ein Arbeitgeber die Kündigung nach rechtskräftiger Verurteilung des Arbeitnehmers auf die erwiesene Tat stützt und eine Tatkündigung ausspricht.<sup>616</sup>

## **2. Kündigungserklärungsfrist bei einer ordentlichen Verdachtskündigung**

Bei einer ordentlichen Verdachtskündigung ist keine Frist festgelegt, innerhalb derer die Kündigung erklärt werden muss, ohne dass das Kündigungsrecht verwirkt.<sup>617</sup> § 626 II BGB findet keine Anwendung.<sup>618</sup> Allerdings sollte der Arbeitgeber die Kündigung trotzdem zügig aussprechen und nicht zu lange warten.<sup>619</sup> Da auch eine ordentliche Verdachtskündigung voraussetzt, dass sich der Verdacht auf ein Verhalten des Arbeitnehmers bezieht, welches, wäre es erwiesen, eine sofortige Beendigung des Arbeitsverhältnisses rechtfertigen würde, kann das lange Zuwarten zur Annahme berechtigen, dass kein Grund vorliegt, der dem Arbeitgeber die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unzumutbar macht und eine Kündigung bedingt.<sup>620</sup>

## **G. Kündigungsschutzprozess**

Der Arbeitnehmer hat die Möglichkeit, gegen die Kündigung des Arbeitgebers beim zuständigen Arbeitsgericht Klage zu erheben.<sup>621</sup>

### **I. Kündigungsschutzklage**

Gemäß § 4 S. 1 KSchG hat der Arbeitnehmer innerhalb von drei Wochen nach Zugang der Kündigung Klage zu erheben, um die Unwirksamkeit der Kündigung geltend machen zu können. Bei der Kündigungsschutzklage handelt es sich um eine Feststellungsklage, die auf die Feststellung gerichtet ist, dass die Kündigung unwirksam ist und das Arbeitsverhältnis nicht durch sie beendet wurde.<sup>622</sup> Sinn und Zweck der Klagefrist ist es, möglichst schnell Rechtssicherheit zu schaffen, sodass der Arbeitgeber weiß, ob der Arbeitnehmer die Kündigung mittels Kündigungsschutzklage angreifen möchte oder sie hinnimmt.<sup>623</sup> Versäumt der Arbeitnehmer diese Frist und erhebt nicht rechtzeitig Klage, gilt die Kündigung nach § 7 KSchG als von Anfang an wirksam.

---

<sup>613</sup> BAG, Urteil vom 26.03.1992, 2 AZR 519/91, NZA 1992, 1121 (1122).

<sup>614</sup> BAG, Urteil vom 26.03.1992, 2 AZR 519/91, NZA 1992, 1121 (1123).

<sup>615</sup> Hoefs, Die Verdachtskündigung, S. 231.

<sup>616</sup> BAG, Urteil vom 26.03.1992, 2 AZR 519/91, NZA 1992, 1121 (1123).

<sup>617</sup> BAG, Urteil vom 31.01.2019, 2 AZR 426/18, NZA 2019, 893 (Rn. 30).

<sup>618</sup> BAG, Urteil vom 31.01.2019, 2 AZR 426/18, NZA 2019, 893 (Rn. 31).

<sup>619</sup> BAG, Urteil vom 31.01.2019, 2 AZR 426/18, NZA 2019, 893 (Rn. 32).

<sup>620</sup> BAG, Urteil vom 31.01.2019, 2 AZR 426/18, NZA 2019, 893 (Rn. 32).

<sup>621</sup> Koch, Arbeitsrecht von A-Z, o.S., Kündigungsschutzklage.

<sup>622</sup> Ascheid/Preis/Schmidt Kündigungsschutzrecht/Hesse, KSchG, § 4, Rn. 18.

<sup>623</sup> Fornasier/Werner, NJW 2007, 2729 (2730).

## II. Verhandlungsgrundsatz

Im Kündigungsschutzprozess gilt der Verhandlungsgrundsatz.<sup>624</sup> Das bedeutet, dass das Gericht nur auf Grundlage derjenigen Tatsachen sein Urteil fällen darf, welche die Parteien zuvor vorgetragen haben.<sup>625</sup> Somit entscheiden Arbeitgeber und Arbeitnehmer, welche Tatsachen in ihrem Vortrag aufgegriffen und Gegenstand des Prozesses werden.<sup>626</sup>

## III. Darlegungs- und Beweislast

§ 1 II 4 KSchG regelt für den Fall der ordentlichen Kündigung, dass der Arbeitgeber die Tatsachen zu beweisen hat, die die Kündigung bedingen. Diese Regelung gilt gleichermaßen für außerordentliche Kündigungen.<sup>627</sup> Demnach ist der Arbeitgeber im Kündigungsschutzprozess darlegungs- und beweispflichtig.<sup>628</sup> Er muss die Tatsachen darlegen, auf die er seinen Verdacht stützt.<sup>629</sup> Darüber hinaus trägt er ebenfalls die Beweislast dafür, dass keine Tatsachen vorliegen, die das Verhalten des Arbeitnehmers rechtfertigen oder entschuldigen.<sup>630</sup> Dabei gilt der Grundsatz der abgestuften Darlegungs- und Beweislast.<sup>631</sup> Hiernach kann er zunächst nur die den Verdacht begründenden Tatsachen darlegen und muss nicht von vornherein alle möglichen Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe ausschließen.<sup>632</sup> Vielmehr ist der Arbeitnehmer dafür verantwortlich, diese im Prozess anzuführen.<sup>633</sup> Ihn trifft eine sekundäre Darlegungslast.<sup>634</sup> Er kann Tatsachen vortragen, die ihn möglicherweise entlasten und den Verdacht entkräften.<sup>635</sup> Führt der Arbeitnehmer solche Umstände nicht an, gilt die Behauptung des Arbeitgebers gemäß § 138 III ZPO als zugestanden.<sup>636</sup> Ferner ist der Arbeitgeber für das Vorliegen der weiteren Wirksamkeitsvoraussetzungen wie die Anhörung des Arbeitnehmers<sup>637</sup> und die Einhaltung der Kündigungserklärungsfrist<sup>638</sup> beweispflichtig.

## IV. Freie richterliche Beweiswürdigung

Weiterhin gilt der Grundsatz der freiwilligen Beweiswürdigung gemäß § 286 I 1 ZPO, wonach die Gerichte nach freier Überzeugung darüber zu entscheiden haben, ob eine behauptete Tatsache als wahr zu erachten ist. Die Gerichte sind grundsätzlich an keine gesetzlichen Beweisregeln gebunden.<sup>639</sup> Der Grundsatz bezieht sich nach § 286 I 1 ZPO auf den gesamten Inhalt der Verhandlungen und das Ergebnis der Beweisaufnahme.

---

<sup>624</sup> BAG, Urteil vom 25.02.1993, 8 AZR 274/92, NZA 1993, 1036.

<sup>625</sup> BeckOK ArbR/Hamacher, ArbGG, § 46 Rn. 24.

<sup>626</sup> Groh, Weber Rechtswörterbuch, o.S., Verhandlungsgrundsatz.

<sup>627</sup> LAG Hamm, Urteil vom 19.10.2007, 10 Sa 813/07, BeckRS 2008, 50005 (Rn. 64).

<sup>628</sup> LAG Hamm, Urteil vom 19.10.2007, 10 Sa 813/07, BeckRS 2008, 50005 (Rn. 64).

<sup>629</sup> Fuhlrott, ArbRAktuell 2012, 605 (606).

<sup>630</sup> BAG, Urteil vom 18.06.2015, 2 AZR 256/14, NZA 2016, 287 (Rn. 27).

<sup>631</sup> BAG, Urteil vom 18.06.2015, 2 AZR 256/14, NZA 2016, 287 (Rn. 27).

<sup>632</sup> BAG, Urteil vom 18.06.2015, 2 AZR 256/14, NZA 2016, 287 (Rn. 27).

<sup>633</sup> BAG, Urteil vom 18.06.2015, 2 AZR 256/14, NZA 2016, 287 (Rn. 27).

<sup>634</sup> BAG, Urteil vom 18.06.2015, 2 AZR 256/14, NZA 2016, 287 (Rn. 28).

<sup>635</sup> BAG, Urteil vom 18.06.2015, 2 AZR 256/14, NZA 2016, 287 (Rn. 28).

<sup>636</sup> BAG, Urteil vom 18.06.2015, 2 AZR 256/14, NZA 2016, 287 (Rn. 28).

<sup>637</sup> Fuhlrott, ArbRAktuell 2012, 605 (606).

<sup>638</sup> BAG, Urteil vom 05.06.2008, 2 AZR 25/07, NZA-RR 2009, 69 (Rn. 19).

<sup>639</sup> MüKo ZPO/Prütting, ZPO, § 286 Rn. 13.

## H. Nachschieben von Tatsachen und Kündigungsgründen

Werden dem Arbeitgeber nach Ausspruch der Kündigung weitere Erkenntnisse bekannt, können auch diese unter bestimmten Voraussetzungen im Kündigungsschutzprozess Berücksichtigung finden.<sup>640</sup>

### I. Maßgeblicher Zeitpunkt

Der für die Beurteilung der Wirksamkeit einer Verdachtskündigung maßgebliche Zeitpunkt ist der Zeitpunkt des Kündigungszugangs.<sup>641</sup> Be- und entlastende Tatsachen können demnach bis zur letzten mündlichen Verhandlung in der Tatsacheninstanz vorgetragen werden, sofern diese Umstände bereits bei Kündigungszugang vorgelegen haben.<sup>642</sup> Dabei ist es unerheblich, ob der Arbeitgeber bis zum Kündigungsausspruch von ihnen Kenntnis erlangen konnte.<sup>643</sup>

### II. Nachschieben von Tatsachen

Bei der rechtlichen Beurteilung der Verdachtskündigung werden nicht nur die Umstände herangezogen, die dem Arbeitgeber zum Zeitpunkt der Kündigung bekannt waren.<sup>644</sup> Es finden auch diejenigen Tatsachen Berücksichtigung, von denen er erst später Kenntnis erlangt, sofern sie bei Kündigungszugang bereits vorgelegen haben.<sup>645</sup> Könnte der Arbeitnehmer keine entlastenden Tatsachen vorbringen, wäre die Verdachtskündigung bereits wirksam, wenn der Arbeitgeber darlegt, dass zumindest im Zeitpunkt des Kündigungszugangs ein dringender Verdacht bestand.<sup>646</sup> Dies wäre mit der Gefahr, einen Arbeitnehmer zu Unrecht zu beschuldigen, nicht vereinbar.<sup>647</sup> Der Arbeitgeber kann nicht davor geschützt werden, dass der Arbeitnehmer einen Rechtfertigungs- oder Entschuldigungsgrund anführt.<sup>648</sup> Anderenfalls hätte der Arbeitgeber ein sehr geringes Prozessrisiko.<sup>649</sup> Folglich kann der Arbeitgeber im Kündigungsschutzprozess Tatsachen vortragen, die den Verdacht verstärken, und der Arbeitnehmer kann Tatsachen in den Prozess einbringen, die ihn entlasten.<sup>650</sup> Ausnahmsweise sind auch nachträglich entstandene Umstände zu berücksichtigen, wenn diese dazu geeignet sind, die Umstände, auf die sich die Kündigung stützt, in neuem Licht erscheinen zu lassen.<sup>651</sup> Voraussetzung hierfür ist, dass sie zu den ursprünglichen Umständen in einer derart engen Beziehung stehen, dass sie nicht außen vor gelassen werden können, ohne einen einheitlichen Lebensvorgang zu zerreißen.<sup>652</sup> Ferner ist zu beachten, dass nur solche Tatsachen uneingeschränkt in den Prozess nachgeschoben werden dürfen, die die dem Betriebsrat mitgeteilten Kündigungsgründe lediglich erläutern und nicht neu begründen.<sup>653</sup> In diesem Fall ist keine erneute Betriebsratsanhörung

---

<sup>640</sup> BAG, Urteil vom 18.06.2015, 2 AZR 256/14, NZA 2016, 287 (Rn. 46).

<sup>641</sup> BAG, Urteil vom 18.06.2015, 2 AZR 256/14, NZA 2016, 287 (Rn. 46).

<sup>642</sup> BAG, Urteil vom 28.11.2007, 5 AZR 952/06, NZA-RR 2008, 344 (Rn. 31).

<sup>643</sup> BAG, Urteil vom 24.05.2012, 2 AZR 206/11, NZA 2013, 137 (Rn. 41).

<sup>644</sup> BAG, Urteil vom 18.06.2015, 2 AZR 256/14, NZA 2016, 287 (Rn. 46).

<sup>645</sup> BAG, Urteil vom 18.06.2015, 2 AZR 256/14, NZA 2016, 287 (Rn. 46).

<sup>646</sup> BAG, Urteil vom 23.10.2014, 2 AZR 644/13, NZA 2015, 429 (Rn. 21).

<sup>647</sup> BAG, Urteil vom 23.10.2014, 2 AZR 644/13, NZA 2015, 429 (Rn. 21).

<sup>648</sup> BAG, Urteil vom 14.09.1994, 2 AZR 164/94, NZA 1995, 269 (271).

<sup>649</sup> BAG, Urteil vom 12.05.2010, 2 AZR 587/08, NZA-RR 2011, 15 (Rn. 28).

<sup>650</sup> BAG, Urteil vom 23.10.2014, 2 AZR 644/13, NZA 2015, 429 (Rn. 21).

<sup>651</sup> BAG, Urteil vom 23.10.2014, 2 AZR 644/13, NZA 2015, 429 (Rn. 22).

<sup>652</sup> BAG, Urteil vom 23.10.2014, 2 AZR 644/13, NZA 2015, 429 (Rn. 22).

<sup>653</sup> BAG, Urteil vom 18.12.1980, 2 AZR 1006/78, NJW 1981, 2316 (2317).

erforderlich.<sup>654</sup> Schließlich besteht der Zweck einer Betriebsratsanhörung nach § 102 BetrVG darin, dem Betriebsrat die Möglichkeit zu geben, Einfluss auf den Kündigungsentchluss des Arbeitgebers zu nehmen.<sup>655</sup> Dazu hat der Arbeitgeber den Betriebsrat über die aus seiner Sicht maßgeblichen Kündigungsgründe zu unterrichten.<sup>656</sup> Der Vortrag des Arbeitgebers im Kündigungsschutzprozess ist somit detaillierter zu gestalten als die Unterrichtung des Betriebsrats.<sup>657</sup> Eine bloße Ergänzung oder Konkretisierung der dem Betriebsrat mitgeteilten Kündigungsgründe ist folglich zulässig.<sup>658</sup>

### **1. Verdachtsschwächende Tatsachen**

Der Arbeitnehmer kann im Kündigungsschutzprozess entlastende Tatsachen anführen, wenn diese bereits im Zeitpunkt des Kündigungszugangs vorlagen und geeignet sind, den Verdacht zu diesem Zeitpunkt abzuschwächen.<sup>659</sup> Es reicht nicht, wenn sie nur nachträglich seine Unschuld beweisen.<sup>660</sup> Das Recht des Arbeitnehmers, sich im Prozess zu verteidigen und den Verdacht zu entkräften, ist nicht dadurch verwirkt, dass er bei der Sachverhaltsaufklärung des Arbeitgebers vor Ausspruch der Kündigung nicht mitgewirkt hat.<sup>661</sup>

### **2. Verdachtsverstärkende Tatsachen**

Fraglich ist hingegen, ob der Arbeitgeber Tatsachen nachschieben darf, welche den Verdacht verstärken, zu denen er den Arbeitnehmer jedoch nicht vorher angehört hat.<sup>662</sup> Der Arbeitgeber konnte den Arbeitnehmer nur zu solchen Umständen anhören, von denen er zu diesem Zeitpunkt Kenntnis hatte und die seinen Verdacht begründet haben.<sup>663</sup> Folglich hat er seine Anhörungspflicht nicht verletzt.<sup>664</sup> Es ist auch keine erneute Anhörung des Arbeitnehmers erforderlich, da der Arbeitnehmer bereits zu dem Kündigungsvorwurf an sich angehört wurde.<sup>665</sup> Ihm bleibt die Möglichkeit, sich im Kündigungsschutzprozess zu verteidigen.<sup>666</sup>

### **III. Nachschieben von Kündigungsgründen**

Der Arbeitgeber kann nicht nur ergänzende Tatsachen nachschieben, sondern auch Umstände, die einen neuen Kündigungsvorwurf begründen, sofern diese zum Zeitpunkt des Kündigungszugangs bereits vorgelegen haben.<sup>667</sup> Dies ist darauf zurückzuführen, dass die Wirksamkeit der Verdachtskündigung keiner Angabe der Kündigungsgründe bedarf und selbst mehrere Kündigungsgründe lediglich ein Kündigungsrecht begründen.<sup>668</sup> Demnach

---

<sup>654</sup> BAG, Urteil vom 18.12.1980, 2 AZR 1006/78, NJW 1981, 2316 (2317).

<sup>655</sup> BAG, Urteil vom 16.07.2015, 2 AZR 15/15, NZA 2016, 99 (Rn. 14).

<sup>656</sup> BAG, Urteil vom 23.06.2009, 2 AZR 474/07, NZA 2009, 1136 (Rn. 34).

<sup>657</sup> BAG, Urteil vom 18.12.1980, 2 AZR 1006/78, NJW 1981, 2316 (2318).

<sup>658</sup> BAG, Urteil vom 18.12.1980, 2 AZR 1006/78, NJW 1981, 2316 (2317).

<sup>659</sup> Hoefs, Die Verdachtskündigung, S. 279.

<sup>660</sup> Hoefs, Die Verdachtskündigung, S. 279.

<sup>661</sup> BAG, Urteil vom 15.05.1986, 2 AZR 397/85, BeckRS 1986, 30716898 (Rn. 36).

<sup>662</sup> Zborowska, Die außerordentliche Verdachtskündigung, S. 306.

<sup>663</sup> Zborowska, Die außerordentliche Verdachtskündigung, S. 306.

<sup>664</sup> Zborowska, Die außerordentliche Verdachtskündigung, S. 306.

<sup>665</sup> BAG, Urteil vom 23.05.2013, 2 AZR 102/12, NZA 2013, 1416 (Rn. 29).

<sup>666</sup> BAG, Urteil vom 23.05.2013, 2 AZR 102/12, NZA 2013, 1416 (Rn. 29).

<sup>667</sup> BAG, Urteil vom 18.06.2015, 2 AZR 256/14, NZA 2016, 287 (Rn. 46).

<sup>668</sup> BAG, Urteil vom 11.04.1985, 2 AZR 239/84, NZA 1986, 674.

kann die Kündigung auch nachträglich auf weitere Kündigungsgründe gestützt werden.<sup>669</sup> Dabei ist es unerheblich, ob sie sachlich oder zeitlich mit den bisherigen Kündigungsgründen zusammenhängen.<sup>670</sup> Die Kündigungsgründe müssen bei einer außerordentlichen Verdachtskündigung auch nicht innerhalb der Frist aus § 626 II 1 BGB nachgeschoben werden.<sup>671</sup> Die Ausschlussfrist gilt nur für die Ausübung des Kündigungsrechts.<sup>672</sup> Zweck der Regelung ist es, möglichst schnell Rechtssicherheit zu schaffen.<sup>673</sup> Der Arbeitnehmer soll früh erkennen können, ob der Arbeitgeber einen Sachverhalt als Anlass für eine Kündigung nimmt.<sup>674</sup> Dieser Zweck würde ins Leere laufen, wenn der Arbeitgeber bereits eine Kündigung ausgesprochen hat.<sup>675</sup> Allerdings ist das Nachschieben von Kündigungsgründen, die dem Arbeitgeber im Kündigungszeitpunkt zwar bekannt waren, zu denen er den Betriebsrat jedoch nicht angehört hat, ausgeschlossen.<sup>676</sup> Dem Sinn und Zweck der Betriebsratsanhörung, die Entscheidungsfindung des Arbeitgebers zu beeinflussen, indem er eine Stellungnahme abgibt, kann nicht mehr entsprochen werden, wenn der Arbeitgeber dem Betriebsrat Kündigungsgründe vorenthält, die seinen Kündigungsentschluss bestimmt haben.<sup>677</sup> Eine Stellungnahme des Betriebsrats kann keinen Einfluss auf den Kündigungsentschluss nehmen, da die Kündigung bereits ausgesprochen wurde.<sup>678</sup> Dagegen können erst nachträglich bekannt gewordene Kündigungsgründe nachgeschoben werden, wenn der Betriebsrat analog zu § 102 I BetrVG zu ihnen angehört wurde.<sup>679</sup> Dass diese Anhörung erst nach dem Ausspruch der Kündigung stattfindet, steht auch nicht in einem Widerspruch zu dem Wortlaut des § 102 I 1 BetrVG, wonach der Betriebsrat vor einer Kündigung anzuhören ist.<sup>680</sup> Das Nachschieben der Kündigungsgründe kann mit dem Ausspruch einer Kündigung verglichen werden.<sup>681</sup> Demnach ist eine nachträgliche Anhörung vor dem Nachschieben der neuen Kündigungsgründe ausreichend.<sup>682</sup>

### **1. Nachschieben des Verdachts als Kündigungsgrund**

Der Tatvorwurf und der Tatverdacht stellen eigenständige Kündigungsgründe dar.<sup>683</sup> Demnach kann der Arbeitgeber die Kündigung nur auf den Verdacht einer strafbaren Tat oder sonstigen Pflichtverletzung stützen, wenn er den Betriebsrat auch konkret zu der Verdachtskündigung anhört.<sup>684</sup> Hört der Arbeitgeber den Betriebsrat lediglich zu einer Tat Kündigung an, obwohl ihm der Verdacht als Kündigungsgrund bekannt war, kann er sich später wegen fehlender Betriebsratsanhörung nicht auf den Verdacht als Kündigungsgrund berufen.<sup>685</sup> Der Verdacht kann allerdings als Kündigungsgrund nachgeschoben werden, sofern der Arbeitgeber erst nach Ausspruch der Kündigung Kenntnis von ihm erlangt und den

---

<sup>669</sup> BAG, Urteil vom 11.04.1985, 2 AZR 239/84, NZA 1986, 674.

<sup>670</sup> BAG, Urteil vom 18.06.2015, 2 AZR 256/14, NZA 2016, 287 (Rn. 46).

<sup>671</sup> BAG, Urteil vom 23.05.2013, 2 AZR 102/12, NZA 2013, 1416 (Rn. 33).

<sup>672</sup> BAG, Urteil vom 23.05.2013, 2 AZR 102/12, NZA 2013, 1416 (Rn. 33).

<sup>673</sup> BAG, Urteil vom 18.01.1980, 7 AZR 260/78, NJW 1980, 2486.

<sup>674</sup> BAG, Urteil vom 26.09.2013, 2 AZR 741/12, NZA 2014, 529 (Rn. 23).

<sup>675</sup> BAG, Urteil vom 18.01.1980, 7 AZR 260/78, NJW 1980, 2486.

<sup>676</sup> BAG, Urteil vom 18.06.2015, 2 AZR 256/14, NZA 2016, 287 (Rn. 47).

<sup>677</sup> BAG, Urteil vom 18.06.2015, 2 AZR 256/14, NZA 2016, 287 (Rn. 47).

<sup>678</sup> BAG, Urteil vom 01.04.1981, 7 AZR 1003/78, NJW 1981, 2772 (2773).

<sup>679</sup> BAG, Urteil vom 18.06.2015, 2 AZR 256/14, NZA 2016, 287 (Rn. 47).

<sup>680</sup> BAG, Urteil vom 11.04.1985, 2 AZR 239/84, NZA 1986, 674 (675).

<sup>681</sup> BAG, Urteil vom 11.04.1985, 2 AZR 239/84, NZA 1986, 674 (675).

<sup>682</sup> BAG, Urteil vom 11.04.1985, 2 AZR 239/84, NZA 1986, 674 (675).

<sup>683</sup> BAG, Urteil vom 31.01.2019, 2 AZR 426/18, NZA 2019, 893 (Rn. 20).

<sup>684</sup> BAG, Urteil vom 16.07.2015, 2 AZR 85/15, NZA 2016, 161 (Rn. 25).

<sup>685</sup> BAG, Urteil vom 16.07.2015, 2 AZR 85/15, NZA 2016, 161 (Rn. 25).

Betriebsrat nachträglich in analoger Anwendung des § 102 I BetrVG angehört hat.<sup>686</sup> Eine erneute Anhörung des Betriebsrats ist erforderlich, da eine Kündigung wegen des bloßen Verdachts einer strafbaren Handlung oder Pflichtverletzung dem Betriebsrat stärkeren Anlass zum Tätigwerden gibt als eine Kündigung wegen der erwiesenen Tat.<sup>687</sup> Aus diesem Grund muss dem Betriebsrat die Möglichkeit gegeben werden, zu dem Kündigungsgrund des Verdachts Stellung zu nehmen, bevor der Arbeitgeber seine Kündigung nachträglich auf diesen Kündigungsgrund stützen kann.<sup>688</sup>

## **2. Nachschieben der Tat als Kündigungsgrund**

Stützt der Arbeitgeber die Kündigung auf den Verdacht, kann das Gericht dennoch von der Pflichtwidrigkeit überzeugt sein und seine Entscheidung darauf stützen.<sup>689</sup> Der Arbeitgeber muss sich dafür nicht explizit auf die erwiesene Tat als Kündigungsgrund berufen.<sup>690</sup> Im Gegensatz zum Nachschieben des Verdachts als Kündigungsgrund steht der Anerkennung der Tat als Kündigungsgrund nicht entgegen, dass der Betriebsrat nur zu einer Verdachtskündigung angehört wurde.<sup>691</sup> Der Betriebsrat wird regelmäßig weniger Bedenken gegen eine Tatkündigung äußern als gegen eine Kündigung, die sich lediglich auf einen Verdacht stützt.<sup>692</sup> Er muss jedoch über alle Umstände unterrichtet worden sein, die sowohl den Tatverdacht als auch den Tatvorwurf begründen.<sup>693</sup> Damit wird dem Sinn und Zweck der Anhörung nach § 102 I BetrVG ausreichend entsprochen.<sup>694</sup>

### **I. Nachträgliche Veränderung des Verdachts**

Der Verdacht kann sich jederzeit verändern.<sup>695</sup> Fraglich ist, welche Reaktionsmöglichkeiten dem Arbeitgeber bei einer Veränderung des Verdachts zur Verfügung stehen.<sup>696</sup>

#### **I. Wiedereinstellungsanspruch nach einer wirksamen Verdachtskündigung**

Entfällt der Verdacht nachträglich, kann ein Anspruch des Arbeitnehmers auf Wiedereinstellung in Betracht kommen.<sup>697</sup>

##### **1. Bedürfnis eines Wiedereinstellungsanspruchs**

Zur Beurteilung der Wirksamkeit einer Verdachtskündigung werden nur Tatsachen herangezogen, die schon im Zeitpunkt des Kündigungszugangs vorgelegen haben.<sup>698</sup>

---

<sup>686</sup> BAG, Urteil vom 16.07.2015, 2 AZR 85/15, NZA 2016, 161 (Rn. 25).

<sup>687</sup> BAG, Urteil vom 20.06.2013, 2 AZR 546/12, NZA 2014, 143 (Rn. 39).

<sup>688</sup> BAG, Urteil vom 16.07.2015, 2 AZR 85/15, NZA 2016, 161 (Rn. 25).

<sup>689</sup> BAG, Urteil vom 21.11.2013, 2 AZR 797/11, NZA 2014, 243 (Rn. 39).

<sup>690</sup> BAG, Urteil vom 21.11.2013, 2 AZR 797/11, NZA 2014, 243 (Rn. 39).

<sup>691</sup> BAG, Urteil vom 21.11.2013, 2 AZR 797/11, NZA 2014, 243 (Rn. 41).

<sup>692</sup> BAG, Urteil vom 21.11.2013, 2 AZR 797/11, NZA 2014, 243 (Rn. 41).

<sup>693</sup> BAG, Urteil vom 21.11.2013, 2 AZR 797/11, NZA 2014, 243 (Rn. 41).

<sup>694</sup> BAG, Urteil vom 21.11.2013, 2 AZR 797/11, NZA 2014, 243 (Rn. 41).

<sup>695</sup> Hoefs, Die Verdachtskündigung, S. 270.

<sup>696</sup> Hoefs, Die Verdachtskündigung, S. 270.

<sup>697</sup> BAG, Urteil vom 20.08.1997, 2 AZR 620/96, NZA 1997, 1340 (1343).

<sup>698</sup> BAG, Urteil vom 18.06.2015, 2 AZR 256/14, NZA 2016, 287 (Rn. 46).

Nachträglich eingetretene Umstände sind nicht zu berücksichtigen.<sup>699</sup> Demnach berührt es die Wirksamkeit einer Verdachtskündigung nicht, wenn erst später Tatsachen auftreten, die den Verdacht entkräften.<sup>700</sup> Allerdings ist eine Korrektur dieser Fehlprognose erforderlich.<sup>701</sup> Da der Arbeitgeber eine Kündigung auf eine so unsichere Grundlage wie den bloßen Verdacht stützen konnte, muss er in Kauf nehmen, dass sich der Verdacht später als von Anfang an unbegründet herausstellt.<sup>702</sup> Der Wiedereinstellungsanspruch soll das Unrecht wiedergutmachen, welches der Arbeitnehmer erfährt, wenn er aufgrund eines Verdachts gekündigt wurde, welcher sich als unbegründet erwiesen hat.<sup>703</sup>

## 2. Anspruchsgrundlage

Der Wiedereinstellungsanspruch leitet sich aus dem Grundsatz von Treu und Glauben nach § 242 BGB ab.<sup>704</sup> Dabei wird auf unterschiedliche Argumente zurückgegriffen.<sup>705</sup> Zum Teil wird der Anspruch mit einer nachwirkenden Fürsorgepflicht des Arbeitgebers begründet.<sup>706</sup> Diese bestehe nach der Beendigung des Arbeitsverhältnisses fort und verpflichte den Arbeitgeber dazu, den Arbeitnehmer wieder zu beschäftigen, wenn sich der Verdacht als unbegründet erweist.<sup>707</sup> Manche sehen die Anspruchsgrundlage in dem Verbot widersprüchlichen Verhaltens.<sup>708</sup> Danach würde sich der Arbeitgeber widersprüchlich verhalten, wenn er die Kündigung auf einen Verdacht stützt, welcher nachträglich wegfällt, der Arbeitgeber aber trotz Wegfall des Kündigungsgrundes an der Beendigung des Arbeitsverhältnisses festhält.<sup>709</sup> Andere wiederum begründen den Wiedereinstellungsanspruch mit der besonderen Risikoverteilung bei einer Verdachtskündigung.<sup>710</sup> Dadurch, dass der Arbeitgeber eine Kündigung bereits aufgrund eines Verdachts aussprechen kann, würde das Risiko der Unaufklärbarkeit auf den Arbeitnehmer übertragen werden.<sup>711</sup> Dies erfordere einen Ausgleich des Risikos durch die Möglichkeit einer Wiedereinstellung bei Entkräftung des Verdachts.<sup>712</sup> Grundsätzlich kann somit davon ausgegangen werden, dass sich die Notwendigkeit eines Korrektivs aus § 242 BGB ergibt.<sup>713</sup>

## 3. Voraussetzungen

Dem gekündigten Arbeitnehmer steht nur ein Wiedereinstellungsanspruch zu, wenn bestimmte Voraussetzungen erfüllt sind.<sup>714</sup>

---

<sup>699</sup> BAG, Urteil vom 18.06.2015, 2 AZR 256/14, NZA 2016, 287 (Rn. 46).

<sup>700</sup> Ricken, NZA 1998, 460 (464).

<sup>701</sup> Eylert, NZA-RR 2014, 393 (407).

<sup>702</sup> Ricken, NZA 1998, 460 (464).

<sup>703</sup> BAG, Urteil vom 04.06.1964, 2 AZR 310/63, NJW 1964, 1918 (1919).

<sup>704</sup> Ricken, NZA 1998, 460 (461).

<sup>705</sup> Ricken, NZA 1998, 460 (461).

<sup>706</sup> Wlachojiannis, BuW 2003, 782 (785).

<sup>707</sup> BGH, Urteil vom 13.07.1956, VI ZR 88/55, NJW 1956, 1513.

<sup>708</sup> Ricken, NZA 1998, 460 (461).

<sup>709</sup> Ricken, NZA 1998, 460 (461).

<sup>710</sup> Bram/Rühl, NZA 1990, 753 (754).

<sup>711</sup> Bram/Rühl, NZA 1990, 753 (754).

<sup>712</sup> Bram/Rühl, NZA 1990, 753 (754).

<sup>713</sup> Raab, RdA 2000, 147 (149).

<sup>714</sup> BAG, Urteil vom 04.06.1964, 2 AZR 310/63, NJW 1964, 1918 (1919).



### **a) Entkräftung des Verdachts**

Zunächst muss der Verdacht, auf den die Verdachtskündigung gestützt wurde, nachträglich wegfallen.<sup>715</sup> Dabei sollte es ausreichen, wenn der Verdacht derart entkräftet wird, dass der für eine Verdachtskündigung erforderliche dringende Verdacht nicht mehr besteht.<sup>716</sup> Es können nur Umstände herangezogen werden, die nach dem Zugang der Kündigung entstanden sind und nicht bereits bei der Beurteilung der Wirksamkeit der Verdachtskündigung berücksichtigt wurden.<sup>717</sup> Zu beachten ist, dass die Einstellung eines Ermittlungsverfahrens nach § 170 II 1 StPO allein noch keinen Wiedereinstellungsanspruch begründen kann, da die Arbeitsgerichte nicht an die Bewertung durch die Ermittlungsbehörden gebunden sind.<sup>718</sup>

### **b) Zumutbarkeit der Wiedereinstellung**

Ferner kommt eine Wiedereinstellung des Arbeitnehmers nur in Betracht, wenn dem Arbeitgeber auch eine Weiterbeschäftigung möglich und zumutbar ist.<sup>719</sup>

#### **aa) Interessenabwägung**

Es bedarf einer Interessenabwägung, um feststellen zu können, ob die Weiterbeschäftigung dem Arbeitgeber zuzumuten ist.<sup>720</sup> Die Zumutbarkeit ist anzunehmen, wenn das Interesse des Arbeitnehmers an seiner Wiedereinstellung das Interesse des Arbeitgebers, an der Beendigung des Arbeitsverhältnisses festzuhalten, überwiegt.<sup>721</sup> Entscheidend ist, ob davon ausgegangen werden kann, dass das Vertrauen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer wieder hergestellt wird.<sup>722</sup> Zulasten des Arbeitnehmers ist zu werten, wenn er den Verdacht verursacht und auch nicht an der Sachverhaltsaufklärung mitgewirkt hat.<sup>723</sup> Ebenso kann es dem Arbeitgeber unzumutbar sein, das Arbeitsverhältnis fortzusetzen, wenn der Arbeitnehmer schwerwiegende Konflikte verursacht hat, sodass dadurch der Betriebsfrieden erheblich beeinträchtigt ist.<sup>724</sup>

#### **bb) Dispositionen des Arbeitgebers**

Darüber hinaus können vom Arbeitgeber getroffene Dispositionen einer Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers entgegenstehen.<sup>725</sup> Die Weiterbeschäftigung ist nicht möglich, wenn die Stelle weggefallen ist oder neu besetzt wurde.<sup>726</sup> Dem Arbeitgeber ist regelmäßig ein berechtigtes Interesse an der Neubesetzung des Arbeitgebers zuzugestehen, sofern er nach der Kündigung des Arbeitnehmers weiterhin Beschäftigungsbedarf hat.<sup>727</sup> Solange der Kündigungsgrund, auf den die Verdachtskündigung gestützt war, noch besteht, ist es nicht

---

<sup>715</sup> BAG, Urteil vom 20.08.1997, 2 AZR 620/96, NZA 1997, 1340 (1343).

<sup>716</sup> Hoefs, Die Verdachtskündigung, S. 294.

<sup>717</sup> Bram/Rühl, NZA 1990, 753 (755).

<sup>718</sup> BAG, Urteil vom 20.08.1997, 2 AZR 620/96, NZA 1997, 1340 (1343).

<sup>719</sup> Bram/Rühl, NZA 1990, 753 (755).

<sup>720</sup> Hoefs, Die Verdachtskündigung, S. 300.

<sup>721</sup> BAG, Urteil vom 27.02.1997, 2 AZR 160/96, NZA 1997, 757 (760).

<sup>722</sup> Lunk, NJW 2010, 2753 (2758).

<sup>723</sup> Hoefs, Die Verdachtskündigung, S. 298.

<sup>724</sup> Hoefs, Die Verdachtskündigung, S. 300.

<sup>725</sup> Bram/Rühl, NZA 1990, 753 (756).

<sup>726</sup> Wlachojiannis, BuW 2003, 782 (785).

<sup>727</sup> Bram/Rühl, NZA 1990, 753 (756).

gerechtfertigt, dem Arbeitgeber Dispositionen zu untersagen.<sup>728</sup> Solche Dispositionen können dem Wiedereinstellungsanspruch nur entgegenstehen, wenn der Arbeitgeber diese in gutem Glauben an den Fortbestand des Kündigungsgrundes getroffen hat.<sup>729</sup> Dispositionen, die der Arbeitgeber trifft, nachdem er Kenntnis vom Wegfall des Kündigungsgrundes hatte, stehen der Wiedereinstellung grundsätzlich nicht entgegen.<sup>730</sup> Eine gutgläubige Disposition ist regelmäßig nicht anzunehmen, solange der Kündigungsprozess oder ein etwaiges Ermittlungs- oder Strafverfahren andauert.<sup>731</sup>

### **c) Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats**

Gemäß § 99 I BetrVG steht dem Betriebsrat ein Mitbestimmungsrecht bei jeder Einstellung zu. Fraglich ist, ob diese Regelung auch auf eine Wiedereinstellung Anwendung findet.<sup>732</sup> Die Wiedereinstellung eines Arbeitnehmers entspricht grundsätzlich einer Einstellung im Sinne von § 99 I BetrVG.<sup>733</sup> Allerdings begründet der Wiedereinstellungsanspruch des Arbeitnehmers nach wirksamer Verdachtskündigung für den Arbeitgeber einen Kontrahierungszwang.<sup>734</sup> Er kann eine Wiedereinstellung nicht vermeiden.<sup>735</sup> Folglich fehlt dem Arbeitgeber jeglicher Entscheidungsspielraum und dem Betriebsrat steht somit kein Mitbestimmungsrecht zu.<sup>736</sup>

### **d) Zeitliche Grenze des Wiedereinstellungsanspruchs**

Ebenfalls stellt sich die Frage, bis zu welchem Zeitpunkt ein Wiedereinstellungsanspruch begründet werden kann.<sup>737</sup> In der Regel müssen die Veränderungen, auf denen der Wiedereinstellungsanspruch beruht, noch während der Kündigungsfrist eintreten.<sup>738</sup> Allerdings ist dem Arbeitgeber keine Prognose darüber möglich, ob und wann sich der Verdacht erweist.<sup>739</sup> Aus diesem Grund kann auch kein bestimmter Zeitpunkt festgelegt werden, bis zu dem die Veränderung des Verdachts eintreten muss, damit sie einen Wiedereinstellungsanspruch begründet.<sup>740</sup> Darüber hinaus wird eine Verdachtskündigung überwiegend als fristlose Kündigung ausgesprochen.<sup>741</sup> In diesem Fall würde eine Begrenzung auf die Kündigungsfrist einen Wiedereinstellungsanspruch von vornherein ausschließen.<sup>742</sup> Müsste der Kündigungsgrund innerhalb der Kündigungsfrist wegfallen, würde dies zu einer Ungleichbehandlung von Arbeitnehmern, denen unter Einhaltung einer längeren Kündigungsfrist gekündigt wird, und Arbeitnehmern mit einer kürzeren oder gar keiner Kündigungsfrist

---

<sup>728</sup> *Bram/Rühl*, NZA 1990, 753 (756).

<sup>729</sup> *Ricken*, NZA 1998, 460 (465).

<sup>730</sup> *Ricken*, NZA 1998, 460 (465).

<sup>731</sup> *Hoefs*, Die Verdachtskündigung, S. 299.

<sup>732</sup> *Bram/Rühl*, NZA 1990, 753 (758).

<sup>733</sup> *Bram/Rühl*, NZA 1990, 753 (758).

<sup>734</sup> *Boewer*, NZA 1999, 1177 (1181).

<sup>735</sup> *Boewer*, NZA 1999, 1177 (1181).

<sup>736</sup> *Richardi BetrVG/Thüsing*, BetrVG, § 99 Rn. 51.

<sup>737</sup> *Meinel/Bauer*, NZA 1999, 575 (581).

<sup>738</sup> *MüKo BGB/Henssler*, BGB, § 626 Rn. 285.

<sup>739</sup> *Meinel/Bauer*, NZA 1999, 575 (581).

<sup>740</sup> *Meinel/Bauer*, NZA 1999, 575 (581).

<sup>741</sup> *Eylert*, NZA-Beilage 2015, 100 (101).

<sup>742</sup> *Raab*, RdA 2000, 147 (155).

führen.<sup>743</sup> Folglich ist der Wiedereinstellungsanspruch nicht an eine zeitliche Grenze gebunden.<sup>744</sup>

#### **4. Prozessuale Geltendmachung des Wiedereinstellungsanspruchs**

Der Wiedereinstellungsanspruch ist vom Arbeitnehmer mit einer Leistungsklage im Sinne von § 894 ZPO gegen den Arbeitgeber geltend zu machen.<sup>745</sup> Die Klage richtet sich auf die Abgabe einer Willenserklärung des Arbeitgebers, genauer gesagt die Annahme des in dem Wiedereinstellungsbegehren des Arbeitnehmers liegenden Angebots auf Abschluss eines Arbeitsvertrages.<sup>746</sup> Sobald das rechtskräftige Urteil vorliegt, gilt die Annahmeerklärung als abgegeben.<sup>747</sup> Allerdings bleibt die tatsächliche Beschäftigung gesondert einzuklagen und zu vollstrecken.<sup>748</sup> Der Arbeitnehmer hat das Vorliegen sämtlicher Voraussetzungen des Wiedereinstellungsanspruchs zu beweisen, während der Arbeitgeber die Beweislast dafür trägt, dass ihm eine Weiterbeschäftigung unzumutbar ist.<sup>749</sup> Teilweise wird verlangt, dass der Arbeitnehmer die Klage analog zu §§ 4,7 KSchG innerhalb von drei Wochen erheben muss.<sup>750</sup> Dadurch soll dem Arbeitgeber möglichst schnell Klarheit darüber geschaffen werden, ob er mit einer Wiedereinstellung rechnen muss oder Dispositionen treffen darf.<sup>751</sup> Jedoch besteht kein Bedürfnis einer Ausschlussfrist für die gerichtliche Geltendmachung eines Wiedereinstellungsanspruchs.<sup>752</sup> Schließlich kann der Arbeitgeber selbst eine negative Feststellungsklage erheben, um Rechtssicherheit zu schaffen.<sup>753</sup> Darüber hinaus ist der genaue Zeitpunkt des Wegfalls des Kündigungsgrundes im Gegensatz zum Zeitpunkt des Kündigungszugangs oftmals nur schwer feststellbar und nicht geeignet, den Beginn einer Ausschlussfrist zu markieren.<sup>754</sup> Demnach ist keine zeitliche Grenze für die gerichtliche Geltendmachung des Wiedereinstellungsanspruchs zu beachten, sondern lediglich die allgemeinen Grundsätze zur Verwirkung.<sup>755</sup>

#### **5. Rechtsfolgen des Wiedereinstellungsanspruchs**

Wird der Klage des Arbeitnehmers auf Wiedereinstellung stattgegeben, kommt das Arbeitsverhältnis zu den ursprünglichen Bedingungen zustande, zu denen es auch im Zeitpunkt der Verdachtskündigung bestand.<sup>756</sup> Die Hauptpflichten und Lohnansprüche entstehen ex nunc nach dem rechtskräftigen Urteil.<sup>757</sup>

---

<sup>743</sup> Raab, RdA 2000, 147 (155).

<sup>744</sup> Meinel/Bauer, NZA 1999, 575 (581).

<sup>745</sup> Boewer, NZA 1999, 1177 (1182).

<sup>746</sup> Schulz, ArbRAktuell 2016, 365 (368).

<sup>747</sup> Boewer, NZA 1999, 1177 (1182).

<sup>748</sup> Boewer, NZA 1999, 1177 (1182).

<sup>749</sup> Boewer, NZA 1999, 1177 (1183).

<sup>750</sup> Meinel/Bauer, NZA 1999, 575 (581).

<sup>751</sup> Raab, RdA 2000, 147 (154).

<sup>752</sup> Raab, RdA 2000, 147 (154).

<sup>753</sup> Boewer, NZA 1999, 1177 (1183).

<sup>754</sup> Bram/Rühl, NZA 1990, 753 (757).

<sup>755</sup> Schulz, ArbRAktuell 2016, 365 (368).

<sup>756</sup> Bram/Rühl, NZA 1990, 753 (758).

<sup>757</sup> Meinel/Bauer, NZA 1999, 575 (581).

## II. Erneute Kündigung nach einer unwirksamen Verdachtskündigung

Dem Arbeitgeber muss allerdings auch die Möglichkeit gegeben werden, auf eine Verdachtsverstärkung nach einer unwirksamen Verdachtskündigung reagieren zu können<sup>758</sup>, da auch Tatsachen, die den Verdacht bekräftigen, bei der Beurteilung der Wirksamkeit der ursprünglichen Verdachtskündigung nicht berücksichtigt werden, sofern sie erst nach dem Zeitpunkt des Kündigungszugangs entstanden sind.<sup>759</sup> Es stellt sich die Frage, ob der Arbeitgeber daraufhin eine weitere Kündigung aussprechen kann.<sup>760</sup>

### 1. Ausspruch einer Tat Kündigung

Nach dem Präklusionsprinzip darf ein und derselbe Sachverhalt nicht wiederholt zum Anlass einer Kündigung genommen werden, wenn die vorherige Kündigung für unwirksam erklärt wurde, damit Rechtsfrieden zwischen den Parteien einkehren kann.<sup>761</sup> Sollte sich der Verdacht nach einer unwirksamen Verdachtskündigung so stark erhärten, dass der Arbeitgeber nun eine Kündigung auf die erwiesene Tat stützen kann, ist es dem Arbeitgeber möglich, eine Tat Kündigung auszusprechen.<sup>762</sup> Die Verdachtskündigung und die neue Tat Kündigung stützen sich jeweils auf unterschiedliche Kündigungssachverhalte.<sup>763</sup> Tatvorwurf und Tatverdacht stellen eigenständige Kündigungsgründe dar.<sup>764</sup>

### 2. Ausspruch einer Verdachtskündigung

Darüber hinaus kann der Arbeitgeber eine Verdachtsverstärkung zum Anlass einer neuen Verdachtskündigung nehmen, die er auf den erweiterten Sachverhalt stützt.<sup>765</sup> Die neue Kündigung bezieht sich zwar auf den Verdacht der gleichen Tat, allerdings legt der Arbeitgeber der Kündigung einen erweiterten Sachverhalt zugrunde.<sup>766</sup> Die Sachverhalte sind eben nicht identisch.<sup>767</sup> Aus diesem Grund liegt keine unzulässige Wiederholungskündigung vor.<sup>768</sup>

## J. Fazit

Es ist festzuhalten, dass der Arbeitgeber eine Kündigung auch auf den Verdacht einer strafbaren Handlung oder Pflichtverletzung stützen kann.<sup>769</sup> Im Gegensatz zur Tat Kündigung ist die Tat in diesem Fall nicht erwiesen<sup>770</sup>, jedoch kann die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bereits aufgrund eines dringenden Verdachts unzumutbar sein.<sup>771</sup> Die Entwicklung der Verdachtskündigung begann durch das RAG und wurde vom BAG weitergeführt.<sup>772</sup> Sie kann

---

<sup>758</sup> Hoefs, Die Verdachtskündigung, S. 310.

<sup>759</sup> BAG, Urteil vom 18.06.2015, 2 AZR 256/14, NZA 2016, 287 (Rn. 46).

<sup>760</sup> Hoefs, Die Verdachtskündigung, S. 270.

<sup>761</sup> BAG, Urteil vom 12.12.1984, 7 AZR 575/83, NZA 1985, 623 (624).

<sup>762</sup> BAG, Urteil vom 12.12.1984, 7 AZR 575/83, NZA 1985, 623 (624).

<sup>763</sup> BAG, Urteil vom 12.12.1984, 7 AZR 575/83, NZA 1985, 623 (624).

<sup>764</sup> BAG, Urteil vom 31.01.2019, 2 AZR 426/18, NZA 2019, 893 (Rn. 20).

<sup>765</sup> BAG, Urteil vom 27.01.2011, 2 AZR 825/09, NZA 2011, 798 (Rn. 19).

<sup>766</sup> BAG, Urteil vom 27.01.2011, 2 AZR 825/09, NZA 2011, 798 (Rn. 19).

<sup>767</sup> BAG, Urteil vom 27.01.2011, 2 AZR 825/09, NZA 2011, 798 (Rn. 19).

<sup>768</sup> BAG, Urteil vom 27.01.2011, 2 AZR 825/09, NZA 2011, 798 (Rn. 19).

<sup>769</sup> BAG, Urteil vom 26.03.1992, 2 AZR 519/91, NZA 1992, 1121 (1122).

<sup>770</sup> BAG, Urteil vom 10.02.2005, 2 AZR 189/04, NZA 2005, 1056 (1058).

<sup>771</sup> BAG, Urteil vom 31.01.2019, 2 AZR 426/18, NZA 2019, 893 (Rn. 21).

<sup>772</sup> Lembke, RdA 2013, 82 (83).

sowohl als außerordentliche als auch als ordentliche Kündigung ausgesprochen werden.<sup>773</sup> Da stets das Risiko besteht, dass der betroffene Arbeitnehmer zu Unrecht in den Verdacht geraten ist<sup>774</sup>, ist die Wirksamkeit einer Verdachtskündigung an strenge Voraussetzungen gebunden.<sup>775</sup> Zunächst muss sich der Verdacht auf eine Straftat oder Pflichtverletzung beziehen<sup>776</sup>, die bei Nachweis sogar eine außerordentliche Kündigung rechtfertigen würde.<sup>777</sup> Der Verdacht muss auf objektive Tatsachen gestützt werden und auch dringend sein.<sup>778</sup> Ferner hat der Arbeitgeber alle ihm zumutbaren Ermittlungen zur Sachverhaltsaufklärung anzustellen.<sup>779</sup> Darunter fällt insbesondere die Anhörung des Arbeitnehmers.<sup>780</sup> Diesem ist der konkrete Sachverhalt darzulegen, sodass er die Möglichkeit erhält, Tatsachen vorzutragen, die den Verdacht entkräften oder vollständig ausräumen.<sup>781</sup> Dazu kann der Arbeitnehmer einen Rechtsanwalt oder ein Betriebsratsmitglied als Beistand hinzuziehen.<sup>782</sup> Zu beachten ist, dass die Ermittlungen des Arbeitgebers einen Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers darstellen könnten<sup>783</sup>, sodass für die dort rechtswidrig erlangten Beweismittel ein Verwertbarkeitsverbot gelten würde, sofern ihre Verwertung ebenfalls eine Verletzung des Grundrechts darstellt.<sup>784</sup> Weiterhin ist der Betriebsrat gemäß § 102 I BetrVG zur Verdachtskündigung anzuhören.<sup>785</sup> Die Verdachtskündigung ist nur wirksam, wenn kein milderes Mittel in Betracht kommt und das Interesse des Arbeitgebers an der Beendigung des Arbeitsverhältnisses das Interesse des Arbeitnehmers an dessen Fortsetzung überwiegt.<sup>786</sup> Darüber hinaus ist eine außerordentliche Verdachtskündigung innerhalb der zweiwöchigen Ausschlussfrist des § 626 II BGB zu erklären. Für eine ordentliche Kündigung gilt keine solche Kündigungserklärungsfrist, aber auch hier sollte der Arbeitgeber auf längeres Zuwarten verzichten.<sup>787</sup> Sollte gegen den Arbeitnehmer ein Strafverfahren laufen, kann der Arbeitgeber seinen Kündigungsentschluss von dessen Ausgang abhängig machen<sup>788</sup>. Zur Rechtfertigung der Verdachtskündigung können nur Tatsachen herangezogen werden, die bereits zum Zeitpunkt des Kündigungszugangs vorgelegen haben.<sup>789</sup> Erlangt der Arbeitgeber erst nachträglich von ihnen Kenntnis, können sie im Prozess nachgeschoben werden.<sup>790</sup> Allerdings ist das Nachschieben des Verdachts als Kündigungsgrund nur nach erneuter Anhörung des Betriebsrats möglich<sup>791</sup>, da eine Verdachtskündigung dem Betriebsrat eher Bedenken hervorruft als eine Kündigung, bei der die Tat erwiesen ist.<sup>792</sup> Entfällt der Verdacht nach wirksamer Verdachtskündigung, könnte der Arbeitnehmer einen Anspruch auf Wiedereinstellung haben<sup>793</sup>, sofern dem Arbeitgeber eine

---

<sup>773</sup> BAG, Urteil vom 21.11.2013, 2 AZR 797/11, NZA 2014, 243 (Rn. 31).

<sup>774</sup> BAG, Urteil vom 27.11.2008, 2 AZR 98/07, NZA 2009, 604 (Rn. 22).

<sup>775</sup> Eylert, NZA-RR 2014, 393 (398).

<sup>776</sup> Eylert, NZA-RR 2014, 393 (398).

<sup>777</sup> Zborowska, Die außerordentliche Verdachtskündigung, S. 76.

<sup>778</sup> BAG, Urteil vom 02.03.2017, 2 AZR 698/15, NZA 2017, 1051 (Rn. 22).

<sup>779</sup> BAG, Urteil vom 26.03.1992, 2 AZR 519/91, NZA 1992, 1121 (1122).

<sup>780</sup> BAG, Urteil vom 25.04.2018, 2 AZR 611/17, NZA 2018, 1405 (Rn. 31).

<sup>781</sup> BAG, Urteil vom 25.04.2018, 2 AZR 611/17, NZA 2018, 1405 (Rn. 32).

<sup>782</sup> Hunold, NZA-RR 2012, 399 (402).

<sup>783</sup> BAG, Urteile vom 23.08.2018, 2 AZR 133/18, NZA 2018, 1329 (Rn. 14).

<sup>784</sup> BAG, Urteile vom 23.08.2018, 2 AZR 133/18, NZA 2018, 1329 (Rn. 14).

<sup>785</sup> Hoefs, Die Verdachtskündigung, S. 209.

<sup>786</sup> BAG, Urteil vom 21.11.2013, 2 AZR 797/11, NZA 2014, 243 (Rn. 17).

<sup>787</sup> BAG, Urteil vom 31.01.2019, 2 AZR 426/18, NZA 2019, 893 (Rn. 30–32).

<sup>788</sup> BAG, Urteil vom 25.04.2018, 2 AZR 611/17, NZA 2018, 1405 (Rn. 52).

<sup>789</sup> BAG, Urteil vom 18.06.2015, 2 AZR 256/14, NZA 2016, 287 (Rn. 46).

<sup>790</sup> BAG, Urteil vom 18.06.2015, 2 AZR 256/14, NZA 2016, 287 (Rn. 46).

<sup>791</sup> BAG, Urteil vom 16.07.2015, 2 AZR 85/15, NZA 2016, 161 (Rn. 25).

<sup>792</sup> BAG, Urteil vom 21.11.2013, 2 AZR 797/11, NZA 2014, 243 (Rn. 41).

<sup>793</sup> BAG, Urteil vom 20.08.1997, 2 AZR 620/96, NZA 1997, 1340 (1343).

Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers zuzumuten ist.<sup>794</sup> Folglich ist die Verdachtskündigung trotz des Risikos, einen Arbeitnehmer zu Unrecht zu beschuldigen, zulässig, da dieses Risiko durch strenge Wirksamkeitsvoraussetzungen und den Wiedereinstellungsanspruch als Korrektiv ausgeglichen wird.<sup>795</sup>

---

<sup>794</sup> *Bram/Rühl*, NZA 1990, 753 (755).

<sup>795</sup> *Hoefs*, Die Verdachtskündigung, S. 100.

## Literaturverzeichnis

- Akkilic, Alparslan*, Der Umgang mit unzulässig erhobenen Daten im arbeitsgerichtlichen Verfahren, NZA 2020.
- Aszmons, Mattis*, Regeln der Verdachtskündigung im Spiegel der aktuellen Rechtsprechung, SPA 2019.
- Barthe, Christoph/Gericke, Jan* (Hrsg.): Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 9. Aufl., 2023, C.H. Beck, München (zit. KK-StPO/Bearbeiter\*in).
- Bayer, Hanns Christian*, Anforderungen an den Arbeitgeber bei der Anhörung des Betriebsrats zu einer Kündigung, DB 1992.
- Belling, Detlev W.*, Die Kündigung wegen verdachtsbedingten Vertrauenswegfalls, RdA 1993, S. 223, zit. nach: *Hoefs, Christian*: Die Verdachtskündigung, Schriften zum Sozial- und Arbeitsrecht, Band 188, Duncker & Humblot, Berlin, 2001, zugl. Diss. Göttingen 2000.
- Boewer, Dietrich*, Der Wiedereinstellungsanspruch - Teil 2, NZA 1999.
- Bram, Rainer/Rühl, Werner*, Praktische Probleme des Wiedereinstellungsanspruchs nach wirksamer Kündigung, NZA 1990.
- Brügger, Kathrin/Radovic, Gamze*, Die Arbeitnehmeranhörung vor Ausspruch einer Verdachtskündigung - Arbeitgeber als unabhängiger Ermittler?, AuA 2021.
- Busch, Mathias*, Die Verdachtskündigung im Arbeitsrecht, MDR 1995, S. 217, zit. nach: *Hoefs, Christian*: Die Verdachtskündigung, Schriften zum Sozial- und Arbeitsrecht, Band 188, Duncker & Humblot, Berlin, 2001, zugl. Diss. Göttingen 2000.
- Dannenfeldt*, § 33 Zivil-, arbeits- und familienrechtliche Folgen des Strafverfahrens, in: Müller, Eckhart/Schlothauer, Reinhold/Knauer, Christoph (Hrsg.), Münchener Anwaltshandbuch Strafverteidigung, 3. Aufl., 2022, C.H. Beck, München, Rn. 1-301 (zit.: *Dannenfeldt*, MAH Strafverteidigung).
- Dendorfer-Ditges, Renate*, § 35 Compliance und Datenschutz, in: Moll, Wilhelm (Hrsg.), Münchener Anwaltshandbuch Arbeitsrecht, 5. Aufl., 2021, C.H. Beck, München, Rn. 1-341 (zit: *Dendorfer-Ditges*, MAH ArbR).
- Dörner, Klemens*, Abschied von der Verdachtskündigung?, NZA 1993, S. 873.
- Dörner, Klemens*, Die Verdachtskündigung im Spiegel der Methoden zur Auslegung von Gesetzen, NZA 1992.
- Dzida, Boris*, Die Einladung zur Anhörung vor Ausspruch einer Verdachtskündigung, NZA 2013.
- Dzida, Boris/Grau, Timon*, Verwertung von Beweismitteln bei Verletzung des Arbeitnehmerdatenschutzes, NZA 2010.
- Eylert, Mario*, Vorgehen bei IT-Tat- und Verdachtskündigung, in: Kramer, Stefan (Hrsg.), IT-Arbeitsrecht, B. Individualarbeitsrecht, 2. Aufl., 2019, C.H. Beck, München.
- Eylert, Mario*, Die Verdachtskündigung, NZA-RR 2014.
- Eylert, Mario*, Kündigung nach heimlicher Arbeitnehmerüberwachung, NZA-Beilage 2015.
- Eylert, Mario /Friedrichs, Anne*, Die Anhörung des Arbeitnehmers zur Verdachtskündigung, DB 2007.

- Fornasier, Matteo/Werner, Stephan*, Die „anderen Gründe“ für die Rechtsunwirksamkeit einer Kündigung im Rahmen des § 4 S. 1 KSchG, NJW 2007.
- Fuhlrott, Michael*, Voraussetzungen von Verdachtskündigungen (Teil 1), ArbRAktuell 2012.
- Fuhlrott, Michael*, Voraussetzungen von Verdachtskündigungen (Teil 2), ArbRAktuell 2012.
- Fuhlrott, Michael/Oltmanns, Sönke*, Aktuelle Rechtsprechungsanforderungen an Verdachtskündigungen, DB 2015.
- Groh, Gunnar*, Verhandlungsgrundsatz, in: Weber, Klaus (Hrsg.), Weber, Rechtswörterbuch, 29. Edition, 2022, C.H. Beck, München.
- Hoefs, Christian*: Die Verdachtskündigung, Schriften zum Sozial- und Arbeitsrecht, Band 188, Duncker & Humblot, Berlin, 2001, zugl. Diss. Göttingen 2000.
- Hoß, Axel*, Die verhaltensbedingte Kündigung, MDR 1998, S. 869, zit. nach: *Hoefs, Christian*: Die Verdachtskündigung, Schriften zum Sozial- und Arbeitsrecht, Band 188, Duncker & Humblot, Berlin, 2001, zugl. Diss. Göttingen 2000.
- Hunold, Wolf*, Anhörung des Mitarbeiters vor Ausspruch einer Verdachtskündigung, NZA-RR 2012.
- Hunold, Wolf*, Die Rechtsprechung zur Abmahnung und Kündigung bei Vertragsstörungen im Vertrauensbereich, NZA-RR 2003.
- Kania, Thomas*, Persönlichkeitsrecht, in: Röllner, Jürgen (Hrsg.), Küttner Personalbuch 2023, 30. Aufl., 2023, C.H. Beck, München.
- Kerscher, Manuela*, Tor-, Taschen- und Schrankkontrollen im Arbeitsverhältnis, SPA 2017.
- Klinkhammer, Patrick*, Anhörung des Arbeitnehmers vor Ausspruch von Verdachtskündigungen, ArbRAktuell 2020.
- Koch, Ulrich*, Betriebsbedingte Kündigung, in: Koch, Ulrich (Hrsg.), Arbeitsrecht von A-Z, 27. Aufl., 2023, dtv Verlag, München.
- Koch, Ulrich*, Kündigungsschutzklage, in: Koch, Ulrich (Hrsg.), Arbeitsrecht von A-Z, 27. Aufl., 2023, dtv Verlag, München.
- Koch, Ulrich*, Personenbedingte Kündigung, in: Koch, Ulrich (Hrsg.), Arbeitsrecht von A-Z, 27. Aufl., 2023, dtv Verlag, München.
- Koch, Ulrich*, Verwirkung, in: Koch, Ulrich (Hrsg.), Arbeitsrecht von A-Z, 27. Aufl., 2023, dtv Verlag, München.
- Linck, Rüdiger/Preis, Ulrich/Schmidt, Ingrid* (Hrsg.): Kündigungsrecht, 6. Aufl., 2021, C.H. Beck, München (zit.: *Ascheid/Preis/Schmidt Kündigungsrecht/Bearbeiter\*in*).
- Lembke, Mark*, Die Verdachtskündigung in Rechtsprechung und Praxis, RdA 2013.
- Linck, Rüdiger*, § 53. Allgemeine Nebenpflichten des Arbeitnehmers, in: Schaub, Günter (Hrsg.), Arbeitsrechts-Handbuch, 19. Aufl., 2021, C.H. Beck, München.
- Luckey, Andreas*, Suspendierung und Schmerzensgeldanspruch des Arbeitnehmers, NZA 1992.
- Lunk, Stefan*, Die Verdachtskündigung: Eine Rechtsfigur vor dem Aus? Zugleich eine Übersicht über die aktuelle Rechtsprechung, NJW 2010.
- Maties, Martin*, Arbeitnehmerüberwachung mittels Kamera?, NJW 2008.
- Meinel, Gernod/Bauer, Thorsten*, Der Wiedereinstellungsanspruch, NZA 1999.
- Mengel, Anja*, § 7. Datenschutz und Kontrolle am Arbeitsplatz, in: Mengel, Anja (Hrsg.), Compliance und Arbeitsrecht, 2. Aufl., 2023, C.H. Beck, München.



- Mennemeyer, Siegfried/Dreymüller, Dagmar*, Verzögerungen der Arbeitnehmeranhörung bei der Verdachtskündigung, NZA 2005.
- Müller-Glöge, Rudi/Preis, Ulrich/Schmidt, Ingrid* (Hrsg.): Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 23. Aufl., 2023, C.H. Beck, München (zit.: ErfK ArbR/*Bearbeiter\*in*).
- Pulz, Fabian*, § 390 Urteilsverfahren, in: Kiel, Heinrich/Lunk, Stefan/Oetker, Hartmut (Hrsg.), Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Band 4: Kollektives Arbeitsrecht II, Arbeitsgerichtsverfahren, 5. Aufl., 2022, C.H. Beck, München, Rn. 1-116 (zit.: *Pulz*, MHdB ArbR).
- Raab, Thomas*, Der Wiedereinstellungsanspruch des Arbeitnehmers bei Wegfall des Kündigungsgrundes, RdA 2000.
- Rauscher, Thomas/Krüger, Wolfgang* (Hrsg.): Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, Band 1, 6. Aufl., 2020, C.H. Beck, München (zit.: MüKo ZPO/*Bearbeiter\*in*).
- Richardi, Reinhard* (Hrsg.): Betriebsverfassungsgesetz mit Wahlordnung, 17. Aufl., 2022, C.H. Beck, München (zit.: Richardi BetrVG/*Bearbeiter\*in*).
- Ricken, Oliver*, Grundlagen und Grenzen des Wiedereinstellungsanspruchs, NZA 1998.
- Rolfs, Christian/Giesen, Richard/Meßling, Miriam/Udsching, Peter* (Hrsg.): BeckOK Arbeitsrecht, 67. Edition, 2023, C.H. Beck, München (zit. BeckOK ArbR/*Bearbeiter\*in*).
- Rudkowski, Lena*, Die Aufklärung von Compliance-Verstößen durch „Interviews“, NZA 201.
- Säcker, Franz Jürgen/Rixecker, Roland/Oetker, Hartmut/Limberg, Bettina* (Hrsg.): Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 5, 9. Aufl., 2023, C.H. Beck, München (zit.: MüKo BGB/*Bearbeiter\*in*).
- Schmidt, Kristina*, Verdachtskündigung, in: Röller, Jürgen (Hrsg.), Küttner Personalbuch 2023, 30. Aufl., 2023, C.H. Beck, München.
- Schrader, Peter*, Abmahnung und „Vertrauenskapital“, NJW 2012.
- Schrader, Peter/Mahler, Maike*, Interne Ermittlungen des Arbeitgebers und Auskunftsgrenzen des Arbeitnehmers, NZA-RR 2016.
- Schrader, Peter/Thoms, Tina/Möller, Lars Christian*, Ein Plädoyer für die ordentliche Verdachtskündigung, ArbRAktuell 2014.
- Schulz, Georg*, Verflixte Verdachtskündigung!, ArbRAktuell 2016.
- Stück, Volker*, Überwachung und Kontrolle von Arbeitnehmern nach neuer Rechtsprechung – Empfehlungen für Arbeitgeber im Brennpunkt von Compliance, Datenschutz und Arbeitsrecht, CCZ 2018.
- Ulrich, Christoph/Ulrich, Anja*, § 43 Ordentliche Kündigung, in: Moll, Wilhelm (Hrsg.), Münchener Anwaltshandbuch Arbeitsrecht, 5. Aufl., 2021, C.H. Beck, München, Rn. 1-516 (zit.: *Ulrich/Ulrich*, MAH ArbR).
- vom Stein, Jürgen*: Fehleinschätzungen bei der Kündigung von Arbeitsverhältnissen unter besonderer Berücksichtigung der Verdachtskündigung, Diss. Köln, 1989, zit. nach: *Hoefs, Christian*: Die Verdachtskündigung, Schriften zum Sozial- und Arbeitsrecht, Band 188, Duncker & Humblot, Berlin, 2001, zugl. Diss. Göttingen 2000.
- vom Stein, Jürgen*: Fehleinschätzungen bei der Kündigung von Arbeitsverhältnissen unter besonderer Berücksichtigung der Verdachtskündigung, Diss. Köln, 1989, zit. nach: *Zborowska, Katarzyna*: Die außerordentliche Verdachtskündigung, Schriften zum Sozial- und Arbeitsrecht, Band 329, Duncker & Humblot, Berlin, 2015, zugl. Diss. Mainz 2014.

*Walker, Wolf-Dietrich*, Die Kündigung wegen eines Bagatelldelikts - Geklärte und ungeklärte Fragen nach der „Emmely“-Entscheidung des BAG, NZA 2011.

*Wlachojiannis, Constantin*, Die wirksame Verdachtskündigung, BuW 2003.

*Zborowska, Katarzyna*: Die außerordentliche Verdachtskündigung, Schriften zum Sozial- und Arbeitsrecht, Band 329, Duncker & Humblot, Berlin, 2015, zugl. Diss. Mainz 2014.

# Besteuerungsinkongruenzen im Internationalen Steuerrecht – die Umsetzung der ATAD II in Form des § 4k EStG in Bezug auf hybride Gesellschaften und Betriebsstätten

Bachelorarbeit

an der  
FH Aachen  
Fachbereich Wirtschaftswissenschaften  
Wirtschaftsrecht (LL.B.)  
Erstprüfer: Prof. Dr. jur. Jürgen Vogt  
Eingereicht am: 13.07.2023

vorgelegt von  
Max Peiffer  
aus Düren

## Abstract

International tätige Konzerne sind in der Lage, durch grenzüberschreitende Gewinnverkürzung und Gewinnverlagerung (BEPS) steuerliche Qualifikationskonflikte zwischen verschiedenen Staaten gezielt auszunutzen, um ihre Steuerlast erheblich zu verringern. Eine Möglichkeit grenzüberschreitende Gewinnverkürzung und Gewinnverlagerung zu praktizieren ist die hybride Gestaltung mit hybriden Gesellschaften und Betriebsstätten. Um diesen rechtlich legalen aber politisch unerwünschten Steuervermeidungspraktiken entgegenzuwirken, wurde der § 4k EStG erlassen. Dieser Vorschrift gingen ein BEPS-Projekt der OECD und die Erlassung einer ATAD-Richtlinie voraus, die die Grundlage für die Maßnahmen des § 4k EStG bildeten.

In dieser Bachelorarbeit werden die in § 4k Abs. 2 bis 5 EStG verankerten Maßnahmen gegen die hybriden Gestaltungen mit hybriden Gesellschaften und Betriebsstätten vor dem Hintergrund der ATAD-Vorgaben in Bezug auf deren Gelingen gewürdigt.

Zunächst wird anhand von konkreten Fallbeispielen erläutert, wie die hybride Gestaltung mit hybriden Gesellschaften und Betriebsstätten zum Zwecke der Steuervermeidung genutzt werden kann. Darauf aufbauend wird chronologisch zunächst auf die Regelungsempfehlungen der OECD, die darauf aufbauenden ATAD-Richtlinie der EU und schlussendlich die Implementierung des § 4k Abs. 2 bis 5 EStG als Maßnahme zur Beseitigung der durch die in diesem Zusammenhang entstehenden Besteuerungsin Kongruenzen eingegangen. In Bezug auf § 4k EStG wird auch der zeitliche Anwendungsbereich dieser Norm, der eine verfassungsrechtlich bedenkliche Rückwirkung vorsieht, beleuchtet. Anschließend wird Bezug nehmend auf die vorangegangenen Fallbeispiele erläutert, wie die Mechanismen zur Beseitigung von Besteuerungsin Kongruenzen aus § 4k Abs. 2 bis 5 EStG funktionieren.

Das Ergebnis dieser Abschlussarbeit zeigt, dass die inhaltliche Umsetzung des § 4k EStG vor dem Hintergrund der ATAD-Vorgaben, Besteuerungsin Kongruenzen durch hybride Gestaltung mit hybriden Gesellschaften und hybriden Betriebsstätten hinreichend beseitigt, sodass man durchaus von einer gelungenen Umsetzung des § 4k EStG sprechen kann. Die Verfassungskonformität der zeitlichen Anwendung dieser Vorschrift bleibt jedoch streitig.

## Inhaltsverzeichnis

A.	Steuervermeidung durch hybride Gestaltung .....	1
I.	Einführung .....	1
II.	Gang der Untersuchung .....	2
B.	Besteuerungsinkongruenzen .....	3
I.	Ursachen von Besteuerungsinkongruenzen .....	3
II.	BEPS-Effekte .....	4
1.	Allgemeine Informationen .....	4
2.	Hybride Gesellschaften.....	4
a)	Hintergrund.....	4
b)	Tatbestände der hybriden Gesellschaft.....	5
aa)	D/NI-Inkongruenzen .....	6
bb)	DD-Inkongruenzen .....	7
c)	check-the-box-rule.....	8
3.	Hybride Betriebsstätten .....	9
a)	Begriff .....	9
b)	Tatbestände der hybriden Betriebsstätten .....	9
aa)	disregarded branch structure .....	9
bb)	Diverted Branch Payment .....	10
cc)	Deemed Branch Payment.....	11
dd)	DD Branch Payment.....	12
4.	Importierte Besteuerungsinkongruenzen .....	13
a)	Allgemeines.....	13
b)	Tatbestand einer importierten DD-Inkongruenz.....	14
c)	Tatbestand einer importierten D/NI-Inkongruenz .....	15
C.	Maßnahmen der EU .....	16
I.	BEPS-Projekt .....	16
1.	Hintergrund.....	16
2.	Regelungsempfehlungen im Einzelnen .....	16
II.	Branch Mismatch-Bericht.....	18
1.	Hintergrund.....	18
2.	Regelungsempfehlungen im Einzelnen .....	18
III.	Anti Tax Avoidance Directive.....	19
1.	Hintergrund und Entwicklung .....	19
2.	Anwendungsbereich.....	21
3.	Begriffsbestimmungen .....	21
4.	Mindestschutzniveau.....	21
5.	Art. 9 Abs. 1 bis 3 ATAD .....	22
a)	Beseitigung von DD-Inkongruenzen (Abs. 1) .....	22
b)	Beseitigung von D/NI-Inkongruenzen (Abs. 2) .....	23
c)	Beseitigung von importierten Besteuerungsinkongruenzen (Abs. 3) .....	25

d)	Zwischenfazit im Hinblick auf die Regelungsempfehlungen der OECD .....	26
D.	§ 4k EStG.....	26
I.	Hintergrund .....	26
II.	Anwendungsbereich.....	27
1.	Persönlicher Anwendungsbereich.....	27
a)	Allgemeines.....	27
b)	Nahestehende Personen, Unternehmen und Betriebsstätten .....	27
c)	Strukturierte Gestaltung .....	28
2.	Zeitlicher Anwendungsbereich.....	29
a)	Allgemeines.....	29
aa)	Echte Rückwirkung .....	30
bb)	Unechte Rückwirkung.....	31
b)	Rückwirkung des § 4k EStG.....	31
III.	Abzugsbeschränkungen bei D/NI-Inkongruenzen.....	34
IV.	Abzugsbeschränkungen bei D/D-Inkongruenzen.....	36
V.	Abzugsbeschränkungen bei importierten Besteuerungsinkongruenzen.....	38
E.	Abschließende Beurteilung der Umsetzung der ATAD II in Form des § 4k EStG....	40
	Anhang .....	43
	Literaturverzeichnis .....	52

**Abkürzungsverzeichnis**

ATAD	Anti Tax Avoidance Directive
BEPS	Base Erosion and Profit Shifting
DD	Double Deduction
D/NI	Deduction/No Inclusion
gem.	gemäß
i. V. m.	in Verbindung mit

**Abbildungsverzeichnis**

Abb. 1: D/NI-Inkongruenz bei einer hybriden Gesellschaft .....	6
Abb. 2: D/NI-Inkongruenz bei einer Zahlung an eine umgekehrt hybride Gesellschaft ....	7
Abb. 3: DD-Inkongruenz bei einer hybriden Gesellschaft. ....	8
Abb. 4: D/NI-Inkongruenz bei einer unberücksichtigten Betriebsstätte. ....	10
Abb. 5: D/NI-Inkongruenz bei einem Zuordnungskonflikt von Zahlungen an eine Betriebsstätte .....	11
Abb. 6: D/NI-Inkongruenz bei einer fiktiven Zahlung eine Betriebsstätte .....	12
Abb. 7: DD-Inkongruenz bei einer hybriden Betriebsstätte.....	13
Abb. 8: Importierte DD-Inkongruenz .....	14
Abb. 9: Importierte D/NI-Inkongruenz .....	15
Abb. 10: D/NI-Inkongruenz in einem Outbound-Fall .....	35
Abb. 11: nachgelagerte Beseitigung einer importierten Besteuerungsinkongruenz .....	40



## A. Steuervermeidung durch hybride Gestaltung

### I. Einführung

Multinationale Konzerne, insbesondere solche aus den USA wie Google oder Apple, sind durch ihre internationale Steuergestaltung dazu in der Lage, ihre Steuerlast in den Staaten, in denen sie ihre Gewinne erwirtschaften, zu verringern oder sogar ganz zu umgehen.<sup>1</sup> Schätzungen zufolge beträgt der weltweite Verlust der Steuerbehörden jährlich ungefähr 100 bis 240 Milliarden Dollar.<sup>2</sup>

Die Steuerplanung solcher Konzerne basiert auf dem sogenannten „BEPS“-Verfahren. BEPS (Base Erosion and Profit Shifting) bedeutet, dass Unternehmen durch gezielte Gewinnverkürzung und Gewinnverlagerung ihre Gewinne in Steueroasen verschieben.<sup>3</sup> Dies wird dadurch ermöglicht, dass die Steuerrechtssysteme verschiedener Staaten unzureichend aufeinander abgestimmt sind, wodurch Steuerschlupflöcher entstehen.<sup>4</sup> Hierdurch sparen die Unternehmen einen signifikanten Anteil an Steuern. Die Länder, in denen die Unternehmen ihre Gewinne erwirtschaften, erleiden ein immenses Maß an Steuerausfällen.<sup>5</sup>

Hybride Gestaltungen sind in diesem Kontext ein Vehikel zur Steuervermeidung. Diese Gestaltungen zielen darauf ab, unzureichend aufeinander abgestimmten Steuersysteme verschiedener Länder auszunutzen, um „Besteuerungskongruenzen“ zu erzeugen.<sup>6</sup> Diese Gestaltungen können beispielsweise durch den Einsatz von hybriden Gesellschaften oder hybriden Betriebsstätten praktiziert werden, die der Hauptgegenstand dieser Bachelorarbeit sind.

Die EU-Kommission deklariert eine solche Steuervermeidungspraktik als „aggressive Steuerplanung“.<sup>7</sup> Diese zeichnet sich dadurch aus, dass Unternehmen „die Steuerschuld durch Vorkehrungen senken, die zwar durchaus legal sind, aber zur Absicht des Gesetzes im Widerspruch stehen“.<sup>8</sup> Des Weiteren besteht eine aggressive Steuerplanung daraus, „die Feinheiten eines Steuersystems oder Unstimmigkeiten zwischen zwei oder mehr Steuersystemen auszunutzen, um die Steuerschuld zu senken“.<sup>9</sup> Hieraus lässt sich schlussfolgern, dass solch eine Art der (aggressiven) Steuerplanung zwar rechtlich legal, aber grundsätzlich unerwünscht ist.

---

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.

<sup>1</sup> vgl. *Jacobs/Endres/Spengel* in: *Jacobs, Int. Unternehmensbesteuerung*, 8. Auflage 2016, S. 96.

<sup>2</sup> vgl. OECD: Kampf gegen Gewinnverkürzung und Gewinnverlagerung (BEPS) <https://www.oecd.org/berlin/themen/beps/>, zuletzt abgerufen am 29.06.2023, siehe Anhang 1.

<sup>3</sup> vgl. OECD: Kampf gegen Gewinnverkürzung und Gewinnverlagerung (BEPS) <https://www.oecd.org/berlin/themen/beps/>, zuletzt abgerufen am 29.06.2023, siehe Anhang 1.

<sup>4</sup> vgl. Bundesfinanzministerium, 06.04.2023, Überblick über das BEPS-Projekt von OECD und G20 <https://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Standardartikel/Themen/Steuern/2017-06-07-beps-gewinnkuerzung-und-gewinnverlagerung.html>, zuletzt abgerufen am 29.06.2023, siehe Anhang 2.

<sup>5</sup> vgl. Bundesfinanzministerium, 06.04.2023, Überblick über das BEPS-Projekt von OECD und G20 <https://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Standardartikel/Themen/Steuern/2017-06-07-beps-gewinnkuerzung-und-gewinnverlagerung.html>, zuletzt abgerufen am 29.06.2023, siehe Anhang 2.

<sup>6</sup> vgl. *Staats, IStR* 2014, 749 (749).

<sup>7</sup> vgl. *MüKoHGB/Ebke*, 4. Aufl. 2020, HGB § 319a Rn. 20.

<sup>8</sup> Erwägungsgrund 1 der Empfehlung der Kommission vom 06.12.2012 betreffend aggressive Steuerplanung, COM (2012) 8806.

<sup>9</sup> Erwägungsgrund 2 der Empfehlung der Kommission vom 06.12.2012 betreffend aggressive Steuerplanung, COM (2012) 8806.

Im Zuge der daraus resultierten BEPS-Diskussionen haben die OECD (Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung)<sup>10</sup> und die Mitglieder der EU ein „BEPS-Projekt“ ins Leben gerufen, auf dessen Grundlage der Europäische Rat die ATAD (Anti-Tax-Avoidance-Directive) erlassen hat, um Teile der Ergebnisse des Projektes innerhalb der gesamten EU einheitlich umzusetzen.<sup>11</sup> Der erste Entwurf dieser Richtlinie (ATAD I) wurde am 12.07.2016 erlassen, um die Mitgliedstaaten zu Maßnahmen in der Unternehmensbesteuerung anzuregen.<sup>12</sup> Am 29.05.2017 wurde diese dann durch die Erlassung der ATAD II, die sog. „Richtlinie zur Änderung der Richtlinie (EU) 2016/1164 bezüglich hybrider Gestaltungen mit Drittländern“ angepasst. Die ATAD II umfasste explizit Regelungen zur Beseitigung von Besteuerungsinkongruenzen aufgrund hybrider Gestaltungen, die auch auf Tatbestände, in denen Drittstaaten involviert sind, anwendbar sind.<sup>13</sup> Zuletzt wurde noch die ATAD III am 22.12.2021 erlassen, die zur Bekämpfung der missbräuchlichen Nutzung von Briefkastenfirmen dienen sollte.<sup>14</sup>

Zur Umsetzung der Vorgaben der ATAD-Richtlinie wurde in Deutschland am 25.06.2021 der § 4k EStG durch die Erlassung des ATAD-Umsetzungsgesetzes in das Einkommensteuergesetz eingefügt.<sup>15</sup>

## II. Gang der Untersuchung

In dieser Bachelorarbeit wird zunächst anhand von konkreten Fallbeispielen erläutert, was konkret unter „hybride Gestaltung mit hybriden Gesellschaften und hybriden Betriebsstätten“ zu verstehen ist und wie durch diese Gestaltungen Besteuerungsinkongruenzen erzeugt werden können. Aufbauend auf die Fallbeispiele zu den hybriden Gesellschaften und Betriebsstätten wird anhand von weiteren Beispielssachverhalten erläutert, wie die Effekte der hybriden Gestaltung mit hybriden Gesellschaften oder Betriebsstätten ins Inland importiert werden können, wenn sich die Gestaltungen selbst ausschließlich zwischen zwei ausländischen Staaten abspielen. Diese importierten Besteuerungsinkongruenzen werden in dieser Bachelorarbeit ausschließlich in Bezug zu hybriden Gesellschaften und Betriebsstätten thematisiert. Zur Visualisierung dieser Fallbeispiele werden Abbildungen genutzt, die absichtlich so konzipiert sind, dass im Anschluss die Vorschriften des § 4k Abs. 2 bis 5 EStG aus deutscher Sicht auf diese angewendet werden können. Die verwendeten Abbildungen sind über die gesamte Abschlussarbeit einheitlich gestaltet. In diesen werden Gesellschaften und Betriebsstätten, die miteinander verbunden sind (z. B. aufgrund eines Beteiligungsverhältnisses) mit blauer Füllung dargestellt. Dritte oder Banken, die an den jeweiligen Beispieltatbeständen beteiligt sind, werden ohne farbliche Füllung abgebildet.

<sup>10</sup> vgl. Bundesfinanzministerium, 06.04.2023, Überblick über das BEPS-Projekt von OECD und G20 <https://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Standardartikel/Themen/Steuern/2017-06-07-beps-gewinnkuerzung-und-gewinnverlagerung.html>, zuletzt abgerufen am 29.06.2023, siehe Anhang 2.

<sup>11</sup> Bundesfinanzministerium, 06.04.2023, Überblick über das BEPS-Projekt von OECD und G20 <https://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Standardartikel/Themen/Steuern/2017-06-07-beps-gewinnkuerzung-und-gewinnverlagerung.html>, zuletzt abgerufen am 29.06.2023, siehe Anhang 2.

<sup>12</sup> vgl. Nürnberg, in: Beck'sches Steuer- und Bilanzrechtslexikon Edition 63 2023, Anti Tax Avoidance Directive, Rn. 1, Stand: 01.04.2023.

<sup>13</sup> vgl. Nürnberg, in: Beck'sches Steuer- und Bilanzrechtslexikon Edition 63 2023, Anti Tax Avoidance Directive, Rn. 2, Stand: 01.04.2023.

<sup>14</sup> vgl. Nürnberg, in: Beck'sches Steuer- und Bilanzrechtslexikon Edition 63 2023, Anti Tax Avoidance Directive, Rn. 3, Stand: 01.04.2023.

<sup>15</sup> vgl. BGBl. I S. 2035; Brandis/Heuermann/Pohl, 166. EL Februar 2023, EStG § 4k, Rn. 8.

Die Zahlungsströme, die für die jeweiligen Beispieltatbestände von wesentlicher Bedeutung sind, werden in roter Farbe dargestellt.

Im weiteren Verlauf der Arbeit wird konkret auf die Maßnahmen des Gesetzgebers zur Beseitigung der Effekte aus den vorherigen Steuervermeidungstatbeständen eingegangen. Hierbei werden chronologisch zunächst die Ergebnisse des BEPS-Projekts bezüglich hybrider Gestaltung mit hybriden Gesellschaften und Betriebsstätten erläutert, woraufhin deren Umsetzung durch die EU-Kommission in Form des Art. 9 Abs. 1 bis 3 ATAD thematisiert wird. Zuletzt wird konkret auf die Umsetzung der Vorgaben aus Art. 9 Abs. 1 bis 3 ATAD bezüglich hybrider Gestaltung mit hybriden Gesellschaften und Betriebsstätten in das nationale Steuerrecht Deutschlands in Form des § 4k Abs. 2 bis 5 EStG eingegangen und anschließend auf ihr Gelingen gewürdigt.

Andere Möglichkeiten der hybriden Gestaltung, wie z. B. durch den Einsatz hybrider Finanzinstrumente oder Rechtsgeschäfte oder andere Ursachen für Besteuerungskonflikte, wie z. B. durch eine mehrfache Steueransässigkeit einer Gesellschaft sind für diese Bachelorarbeit irrelevant. Auch sind weitere Tatbestände der ATAD grundsätzlich irrelevant, die sich thematisch mit der hybriden Gestaltung mit hybriden Gesellschaften und Betriebsstätten überschneiden, jedoch nicht durch § 4k EStG in das deutsche Steuerrecht umgesetzt wurden oder werden (z. B. Art. 9 Abs. 5 ATAD). Ausgenommen hiervon ist Art. 9a ATAD, auf den im Rahmen der Erläuterung einer für die Implementierung des § 4k EStG bedeutenden ATAD-Vorgabe kurz eingegangen wird. Die nationale Umsetzung des Art. 9a ATAD wird jedoch ebenfalls nicht thematisiert. Außerdem wird in dieser Bachelorarbeit nicht auf die Aufwendungsverrechnung über mehrere Veranlagungszeiträume eingegangen.

## **B. Besteuerungsinkongruenzen**

### **I. Ursachen von Besteuerungsinkongruenzen**

Ursächlich für die Besteuerungsinkongruenzen sind grundsätzlich mangelnde Abstimmungen zwischen den Steuersystemen verschiedener Staaten (Qualifikationskonflikte).<sup>16</sup> Diese resultieren daraus, dass jeder Staat das Recht hat, seine eigenen Steuerrechtssysteme selbst zu gestalten (Souveränitätsprinzip)<sup>17</sup> und auch Sachverhalte im Ausland, wenn eine steuerliche Verknüpfung mit dem Inland vorliegt, besteuern kann.<sup>18</sup> Wenn mehrere Staaten Steueransprüche auf einen gleichen Sachverhalt beanspruchen, kann es zu Doppelbesteuerungen aufgrund von Qualifikationskonflikten kommen.<sup>19</sup>

Qualifikationskonflikte können in „positive und negative Qualifikationskonflikte“ unterteilt werden.<sup>20</sup> Positive Qualifikationskonflikte sind Qualifikationskonflikte, die zu einer Doppelbesteuerung führen. Negative Qualifikationskonflikte sind Qualifikationskonflikte, die zu einer Minderbesteuerung, also einer insgesamt geringeren Steuerlast, führen.<sup>21</sup> Diese Minderbesteuerung wird von den Unternehmen durch ihre aggressive Steuerplanung ange-

<sup>16</sup> vgl. Musil/Weber-Grellet/Musil, 2. Aufl. 2022, RL (EU) 2016/1164 Art. 9 Rn. 1.

<sup>17</sup> vgl. Jacobs/Endres/Spengel in: Jacobs, Int. Unternehmensbesteuerung 8. Auflage 2016, S. 885.

<sup>18</sup> vgl. Brähler, Internationales Steuerrecht (2014), S. 3.

<sup>19</sup> vgl. Jacobs/Endres/Spengel in: Jacobs, Int. Unternehmensbesteuerung 8. Auflage 2016, S. 885.

<sup>20</sup> vgl. Vogel/Lehner, DBA 7. Auflage 2021, Grundlagen des Abkommensrechts, Rz. 96e.

<sup>21</sup> vgl. Vogel/Lehner, DBA 7. Auflage 2021, Grundlagen des Abkommensrechts, Rz. 96e.

strebt, da eine, wenn auch nur geringe Reduzierung der Gesamtsteuerquote einer erheblichen Umsatzsteigerung gleichen kann.<sup>22</sup> Jedoch führt die Minderbesteuerung auch zu einem Rückgang der Steuereinnahmen und ist somit aus fiskalischer Sicht unerwünscht.<sup>23</sup>

## II. BEPS-Effekte

### 1. Allgemeine Informationen

Unter BEPS versteht man die Gewinnverkürzung und Gewinnverlagerung, die von multinationalen Unternehmen praktiziert wird, um ihre Steuerlast möglichst gering zu halten.<sup>24</sup> Eine Möglichkeit, so einer Steuervermeidungspraktik nachzugehen, ist die hybride Gestaltung. Bei der hybriden Gestaltung werden mangelnde Abstimmungen verschiedener Steuersysteme mehrerer Staaten, die zu einer unterschiedlichen Einordnung eines Sachverhalts zwischen den jeweiligen Staaten führen, ausgenutzt, um Qualifikationskonflikte zu eigenen Gunsten zu erzeugen.<sup>25</sup> Hierbei wird grundsätzlich darauf abgezielt, einen Abzug von Betriebsausgaben in einem Staat ohne damit verbundene Besteuerung in einem anderen beteiligten Staat, auch deduction/no inclusion (D/NI) genannt, oder einen Abzug von Betriebsausgaben in beiden Staaten, auch double deduction (DD) genannt, zu erzeugen.<sup>26</sup> Diese Ergebnisse der Qualifikationskonflikte werden „Besteuerungsinkongruenzen“ genannt.<sup>27</sup> Bei der Erörterung, ob eine hybride Gestaltung vorliegt oder nicht, ist jedoch auch zu beachten, dass hybride Gestaltungen nach der OECD und der Anti Tax Avoidance Directive-Richtlinie nur vorliegen, wenn es sich um Gestaltungen zwischen verbundenen Unternehmen, einem Steuerpflichtigen und einer Betriebsstätte, zwei oder mehr Betriebsstätten desselben Unternehmens oder nahestehenden Personen handelt oder wenn eine strukturierte Gestaltung gegeben ist.<sup>28</sup>

### 2. Hybride Gesellschaften

#### a) Hintergrund

Eine Möglichkeit, internationale Gewinnverkürzung und Gewinnverlagerung durch hybride Gestaltung zu betreiben, ist der Einsatz hybrider Gesellschaften.

<sup>22</sup> vgl. *Brähler*, Internationales Steuerrecht (2014), S. 365; *Kaminskiy*, Korrespondenzregelungen zur Neutralisierung von Besteuerungsinkongruenzen aufgrund hybrider Gestaltungen (2020), 1. Kapitel, S. 62.

<sup>23</sup> vgl. *Kaminskiy*, Korrespondenzregelungen zur Neutralisierung von Besteuerungsinkongruenzen aufgrund hybrider Gestaltungen (2020), S. 61f.

<sup>24</sup> vgl. Bundesfinanzministerium, 06.04.2023, Überblick über das BEPS-Projekt von OECD und G20 <https://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Standardartikel/Themen/Steuern/2017-06-07-beps-gewinnkuerzung-und-gewinnverlagerung.html>, zuletzt abgerufen am 29.06.2023, siehe Anhang 2.

<sup>25</sup> vgl. *Kahlenberg/Oppel*, IStR 2017, 205 (205).

<sup>26</sup> vgl. OECD (2017), Neutralisierung der Effekte hybrider Gestaltungen, Aktionspunkt 2 – Abschlussbericht 2015, Tz. 10.

<sup>27</sup> vgl. *Kaminskiy* Korrespondenzregelungen zur Neutralisierung von Besteuerungsinkongruenzen aufgrund hybrider Gestaltungen (2020), S. 66.

<sup>28</sup> vgl. Art. 2 Abs. 9 Unterans. 2 Buchst. c der Richtlinie (EU) 2016/1164 des Rates vom 12. 7. 2016 zur Bekämpfung von Steuervermeidungspraktiken (ABl. L 193, Celex-Nr. 3 2016 L 1164); OECD (2017), Neutralisierung der Effekte hybrider Gestaltungen, Aktionspunkt 2 – Abschlussbericht 2015, S. 26, 58, 65, 78.

Hybride Gesellschaften sind Gesellschaften, die aufgrund mangelnder Abstimmung der Steuersysteme verschiedener Länder von zwei oder mehr Staaten steuerlich unterschiedlich qualifiziert werden. Diese unterschiedliche Qualifikation der Gesellschaften resultieren darin, dass diese bei grenzüberschreitenden Sachverhalten von einem beteiligten Staat steuerlich transparent und von einem anderen Staat steuerlich intransparent behandelt werden.<sup>29</sup> Diese mangelnde Abstimmung resultiert hauptsächlich aus subjektiven und materiellrechtlichen Qualifikationskonflikten zwischen den beteiligten Staaten.<sup>30</sup>

Subjektive Qualifikationskonflikte entstehen dadurch, dass es keine einheitlichen Regelungen zur Qualifizierung von Gesellschaften als Personen- oder Kapitalgesellschaften gibt.<sup>31</sup> Die Einordnung der inländischen und besonders der ausländischen Gesellschaften erfolgt somit ausschließlich nach dem nationalen Steuerrecht der Staaten. Aus deutscher Sicht werden Gesellschaften, die in Deutschland transparent und im Ausland intransparent besteuert werden, „hybride Rechtsträger“ genannt.<sup>32</sup> „Umgekehrte hybride Rechtsträger“ sind aus deutscher Sicht demnach Gesellschaften, die in Deutschland intransparent und im Ausland transparent besteuert werden.<sup>33</sup>

Materiellrechtliche Qualifikationskonflikte entstehen durch unterschiedliche Besteuerungskonzepte in den beteiligten Staaten.<sup>34</sup> Diese entstehen dadurch, dass die beteiligten Staaten eine Gesellschaft zwar einheitlich als Personen- oder Kapitalgesellschaft qualifiziert haben, jedoch unterschiedliche Besteuerungsprinzipien auf diese anwenden.<sup>35</sup> Hiervon sind oftmals insbesondere Personengesellschaften betroffen, deren Besteuerung sich in vielen Staaten stark an der Besteuerung von Kapitalgesellschaften orientiert.<sup>36</sup> Darüber hinaus geben manche Staaten ihren Gesellschaften die Möglichkeit, zwischen einer transparenten und intransparenten Besteuerung frei zu optieren.<sup>37</sup>

Zusammenfassend wird eine hybride Gesellschaft von einem Staat transparent wie eine Personengesellschaft besteuert, während das andere Land die Besteuerung derselben Gesellschaft intransparent wie bei einer Kapitalgesellschaft, durchführt.<sup>38</sup>

## **b) Tatbestände der hybriden Gesellschaft**

Die Anwendung von unterschiedlichen Besteuerungsprinzipien kann, wie bereits ausgeführt, zu D/NI- und DD-Inkongruenzen führen, die im Folgenden anhand von Beispielen visualisiert werden (vgl. Kapitel B II 1).

---

<sup>29</sup> vgl. *Kußmaul/Berens*, Ubg 2016, 331 (331).

<sup>30</sup> vgl. *Kaminskiy*, Korrespondenzregelungen zur Neutralisierung von Besteuerungsinkongruenzen aufgrund hybrider Gestaltungen (2020), S. 51.

<sup>31</sup> vgl. *Frotscher*, Internationales Steuerrecht, Rn. 514.

<sup>32</sup> vgl. Monatsbericht des BMF August 2021, S. 35.

<sup>33</sup> vgl. Monatsbericht des BMF August 2021, S. 37.

<sup>34</sup> vgl. *Kaminskiy*, Korrespondenzregelungen zur Neutralisierung von Besteuerungsinkongruenzen aufgrund hybrider Gestaltungen (2020), S. 53.

<sup>35</sup> vgl. *Kaminskiy*, Korrespondenzregelungen zur Neutralisierung von Besteuerungsinkongruenzen aufgrund hybrider Gestaltungen (2020), S. 53.

<sup>36</sup> vgl. Hey/Bauersfeld, IStR 2005, 649 (650).

<sup>37</sup> vgl. Hey/Bauersfeld, IStR 2005, 649 (651).

<sup>38</sup> vgl. *Jacobs/Endres/Spengel* in: *Jacobs*, Int. Unternehmensbesteuerung, 8. Auflage 2016, S. 1274.

### aa) D/NI-Inkongruenzen

Eine D/NI-Inkongruenz liegt vor, wenn bei einem grenzüberschreitenden Sachverhalt eine Zahlung im Ansässigkeitsstaat der Partei, die die Zahlung entrichtet, zum Betriebsausgabenabzug zugelassen wird, ohne dass der Ansässigkeitsstaat des Zahlungsempfängers die Zahlung als ordentliche Einnahme in die Besteuerung dieses Zahlungsempfängers aufnimmt.<sup>39</sup>

Beispielsweise liegt so ein Tatbestand vor, wenn eine Muttergesellschaft (A-Co) aus Staat A eine hybride Tochtergesellschaft (D-GmbH) in Deutschland unterhält und an diese ein Darlehen vergibt:

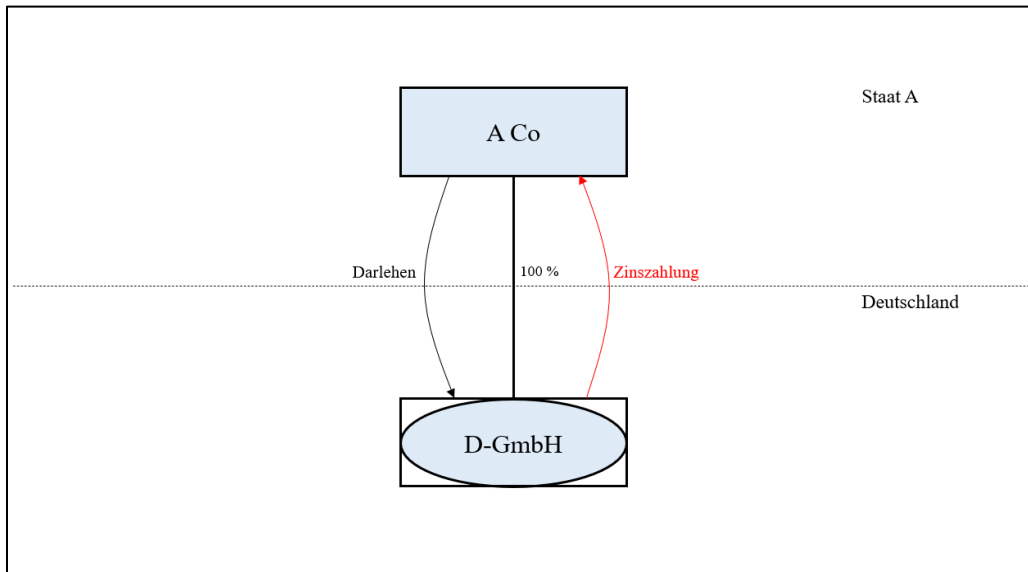


Abb. 1: D/NI-Inkongruenz bei einer hybriden Gesellschaft  
selbst erstellte Grafik in Anlehnung an: Zinowsky, IStR 2021, 500 (503)

In diesem Fall wird die Tochtergesellschaft in Staat A als transparentes Steuersubjekt und in Deutschland als intransparentes Steuersubjekt eingestuft. Diese Situation führt dazu, dass etwaige Zinszahlungen, die von der D-GmbH an die A-Co entrichtet werden, in Deutschland als Betriebsausgaben geltend gemacht werden können, während diese in Staat A nicht in die Besteuerung einfließen, weil die Staat A die D-GmbH nicht als eigenständiges Steuersubjekt qualifiziert, wodurch die Darlehensbeziehung als nicht existent angesehen wird und die Zinserträge nicht besteuert werden.<sup>40</sup>

Darüber hinaus könnte eine D/NI-Inkongruenz bei einer hybriden Gesellschaft vorliegen, wenn eine Zahlung an eine umgekehrt hybride Gesellschaft vorliegt:

<sup>39</sup> vgl. OECD (2017), Neutralisierung der Effekte hybrider Gestaltungen, Aktionspunkt 2 – Abschlussbericht 2015, Tz. 10.

<sup>40</sup> vgl. Beispiel angelehnt an: Zinowsky, IStR 2021, 500 (503).

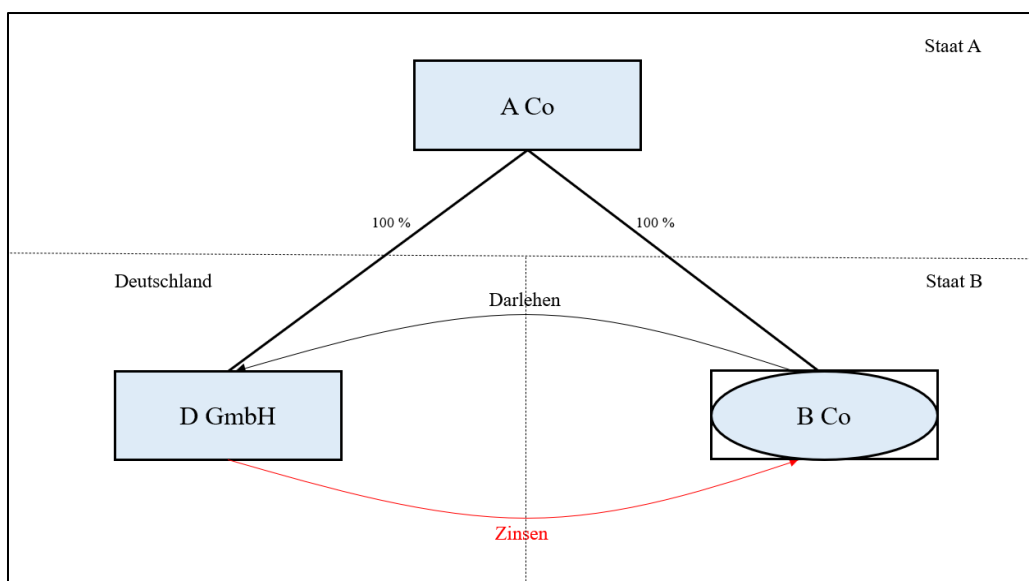


Abb. 2: D/NI-Inkongruenz bei einer Zahlung an eine umgekehrt hybride Gesellschaft  
selbst erstellte Grafik in Anlehnung an: Zinowsky, IStR 2021, 500 (506)

Im vorliegenden Beispiel unterhält die A Co eine Tochterkapitalgesellschaft in Form der D GmbH in Deutschland und ein hybrides Tochterunternehmen in Form der B Co, die in Staat B ansässig ist. Die B Co wird in ihrem Errichtungsstaat transparent und im Ansässigkeitsstaat des Investors (A Co) intransparent besteuert (umgekehrte hybride Gesellschaft). Die GmbH leistet Zinszahlungen für ein Darlehen an die B Co. Diese sind in Deutschland bei der D GmbH als Betriebsausgaben abziehbar. Da Staat B die B Co als transparent qualifiziert, rechnet er die Einkünfte Staat A zur Besteuerung zu. Staat A hingegen rechnet die Einkünfte Staat B zu, weil er in der B Co eine intransparent zu steuernde Gesellschaft sieht. Somit wird die Zinszahlung in Deutschland zum Abzug zugelassen, ohne dass eine korrespondierende Besteuerung dieser auf Ertragsebene erfolgt. Aus deutscher Sicht liegt hier somit eine Besteuerungsinkongruenz aufgrund eines Qualifikationskonflikts zwischen zwei ausländischen Rechtsordnungen vor.<sup>41</sup>

## bb) DD-Inkongruenzen

Eine DD-Inkongruenz hingegen entsteht dadurch, dass eine Zahlung in mehreren Staaten zum Abzug zugelassen wird, ohne dass diese mit Erträgen verrechnet werden, die auch in beiden Staaten in der Besteuerung berücksichtigt werden.<sup>42</sup>

Eine solche Inkongruenz liegt beispielsweise vor, wenn eine deutsche Muttergesellschaft (D-GmbH) eine hybride Tochtergesellschaft (A Co) in Staat A hat, welche in Deutschland transparent und in Staat A intransparent besteuert wird und die Tochtergesellschaft Betriebsausgaben hat, die sie steuerlich geltend macht. Im folgenden Beispiel hat die A-Co ein Darlehen bei einer Bank aufgenommen, auf das sie Zinszahlungen entrichtet:<sup>43</sup>

<sup>41</sup> Beispiel angelehnt an: Zinowsky, IStR 2021, 500 (506).

<sup>42</sup> vgl. OECD (2017), Neutralisierung der Effekte hybrider Gestaltungen, Aktionspunkt 2 – Abschlussbericht 2015, Tz. 10.

<sup>43</sup> vgl. Beispiel aus Bundestag-Drucksache 19/28652 vom 19. April 2021, S. 40f.

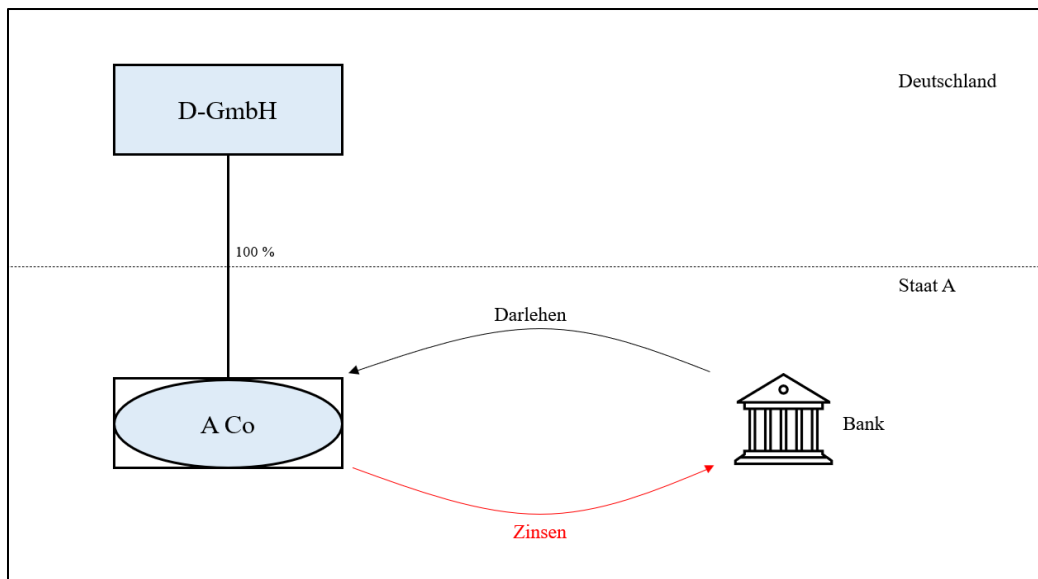


Abb. 3: DD-Inkongruenz bei einer hybriden Gesellschaft  
selbst erstellte Grafik in Anlehnung an: Bundestag-Drucksache 19/28652 vom 19. April 2021, S. 37

In Staat A wird aufgrund der intransparenten Besteuerung auf Ebene der A Co ein Abzug gewährt. Deutschland rechnet die geleistete Zinszahlung aufgrund der transparenten Betrachtung der A Co der D-GmbH zu, wodurch die zugrunde liegenden Betriebsausgaben, die nur einmal getätigt wurden, zweimal gewinnmindernd berücksichtigt werden können.<sup>44</sup>

### c) check-the-box-rule

Einer der bekanntesten Ursachen für einen solchen Qualifikationskonflikt zwischen den Mitgliedstaaten ist die check-the-box-rule in den USA. Die am 1. Januar 1997 in Kraft getretene check-the-box-rule erlaubt es den amerikanischen Unternehmen oder auch ausländischen Tochterkapitalgesellschaften (z. B. einer GmbH) zu wählen, ob sie für US-Steuerzwecke als transparent oder intransparent behandelt werden möchten.<sup>45</sup> Wird die Besteuerung in den USA so gewählt, dass diese nach dem jeweils anderen Prinzip erfolgt, wie es im Ausland der Fall ist, kann es zu einer Kollision des Transparenz- und Trennungsprinzips führen. Beispielsweise könnte eine GmbH, die in Deutschland intransparent besteuert wird, in den USA durch Ausübung des Wahlrechts als transparent angesehen werden, was dazu führt, dass die Muttergesellschaft in den USA die Verluste und Betriebsausgaben der GmbH mit den eigenen Gewinnen verrechnen könnte (double deduction).<sup>46</sup>

Auch in Deutschland gibt es eine vergleichbare Regelung in Form des § 1a KStG, nach der Personenhandels- und Partnerschaftsgesellschaften auf Antrag steuerlich in Richtung einer intransparenten Besteuerung optieren können. Hierdurch könnten diese auch für hybride Gestaltungen ausgenutzt werden. Diese Regelung unterscheidet sich von der check-the-box Regelung jedoch darin, dass sie kein umgekehrtes Wahlrecht für Kapitalgesellschaften zur transparenten Besteuerung gewährleistet.<sup>47</sup>

<sup>44</sup> vgl. Beispiel aus Bundestag-Drucksache 19/28652 vom 19. April 2021, S. 40f.

<sup>45</sup> vgl. Jacobs/Endres/Spengel, Jacobs, Int. Unternehmensbesteuerung, 8. Auflage 2016, S. 1276.

<sup>46</sup> vgl. Jacobs/Endres/Spengel, Jacobs, Int. Unternehmensbesteuerung, 8. Auflage 2016, S. 1277.

<sup>47</sup> vgl. Linn/Maywald, Der Rechtstypenvergleich nach MoPeG und KöMoG, IStR 2021, S. 827.



### 3. Hybride Betriebsstätten

#### a) Begriff

Besteuerungsinkongruenzen können auch durch hybride Betriebsstätten entstehen. Diese resultieren ebenfalls aus Unstimmigkeiten zwischen den nationalen Regelungen des Ansässigkeitsstaats des Mutterunternehmens/Stammhauses und des Ansässigkeitsstaats der Betriebsstätte.<sup>48</sup> Die OECD identifizierte fünf Grundtatbestände, in denen hybride Betriebsstätten auftreten können, die wiederum oftmals zu vergleichbare Besteuerungsinkongruenzen führen können:<sup>49</sup>

Diese sind die sog. „Disregarded Branch Structure“, das „Diverted Branch Payment“, das „Deemed Branch Payment“, das „DD Branch Payment“ und das „Imported Branch Payment“.<sup>50</sup>

#### b) Tatbestände der hybriden Betriebsstätten

##### aa) disregarded branch structure

Die sogenannte „disregarded branch structure“ („unberücksichtigte Betriebsstätte“), ist ein Tatbestand, bei dem der Ansässigkeitsstaat des Stammhauses (im Folgenden: „Stammhausstaat“) nach den eigenen Rechtsvorschriften eine Betriebsstätte im anderen beteiligten Staat erkennt, die Einkünfte dieser freistellt (Freistellungsmethode) und dem Ansässigkeitsstaat der mutmaßlichen Betriebsstätte (im Folgenden: „Betriebsstättenstaat“) zuordnet. Auf der anderen Seite erkennt der Betriebsstättenstaat bei sich jedoch keine Betriebsstätte an und stellt die Einkünfte dieser von der inländischen Besteuerung frei, da er die Einkünfte dem Stammhausstaat zurechnet.<sup>51</sup> Daher basiert dieser Tatbestand darauf, dass die Frage, ob eine Betriebsstätte vorliegt, von den beteiligten Staaten unterschiedlich beantwortet wird:<sup>52</sup>

<sup>48</sup> vgl. OECD (2017), Neutralising the Effects of Branch Mismatch Arrangements, Action 2, S. 10.

<sup>49</sup> vgl. OECD (2017), Neutralising the Effects of Branch Mismatch Arrangements, Action 2, Tz. 2.

<sup>50</sup> vgl. OECD (2017), Neutralising the Effects of Branch Mismatch Arrangements, Action 2, Tz. 2.

<sup>51</sup> vgl. Böhmer in: Wassermeyer/Andresen/Ditz, Betriebsstätten Handbuch, 2. Aufl. 2018, Base Erosion and Profit Shifting, Rz.14.35

<sup>52</sup> vgl. Kahlenberg, IStR 2018, 93 (96); OECD (2017), Neutralising the Effects of Branch Mismatch Arrangements, Action 2, Tz. 4.

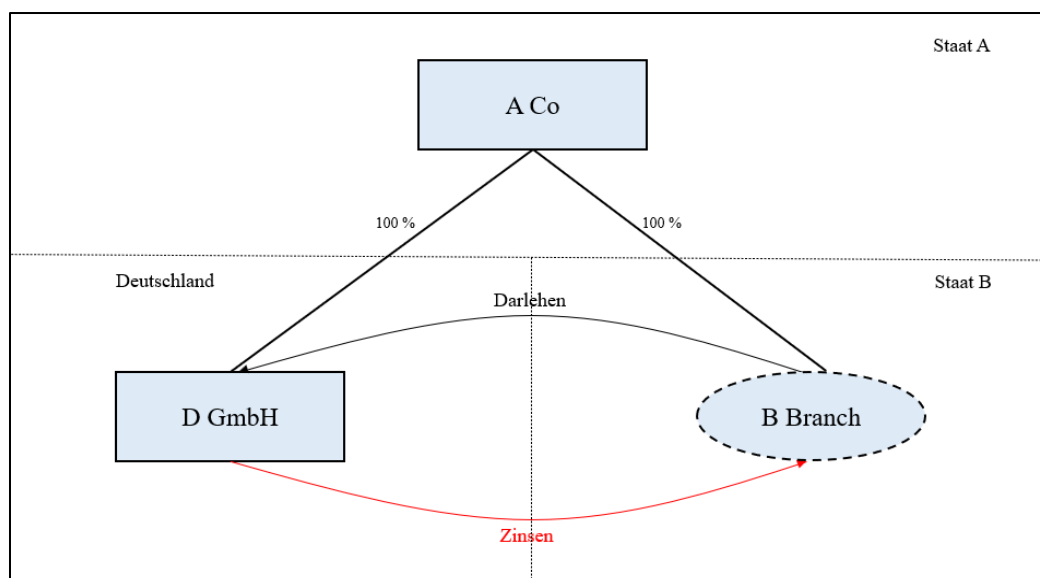


Abb. 4: D/NI-Inkongruenz bei einer unberücksichtigten Betriebsstätte selbst erstellte Grafik in Anlehnung an: OECD (2017), *Neutralising the Effects of Branch Mismatch Arrangements, Action 2, Figure 1, S. 14.*

In der vorliegenden Abbildung hat ein in Staat A ansässiges Stammhaus (A Co) eine Betriebsstätte (B Branch) in Staat B und eine Tochterkapitalgesellschaft (D GmbH) in Deutschland. Die B Branch vergibt an die D GmbH ein Darlehen und erhält im Gegenzug von der D GmbH Zinszahlungen. Da Staat A in Staat B nach den eigenen Rechtsvorschriften eine Betriebsstätte erkennt, stellt sie die vorliegenden Zinseinkünfte von der Besteuerung frei. Staat B hingegen sieht in der B Branch nach den eigenen Rechtsvorschriften keine Betriebsstätte und weist die vorliegenden Zinseinkünfte somit Staat A zur Besteuerung zu. Folglich liegt vorliegend keine tatsächliche Besteuerung der Zinseinkünfte vor. Des Weiteren lässt Deutschland einen Abzug der für das Darlehen entrichteten Zinszahlungen als Betriebsausgabe bei der D GmbH zu. Hierdurch liegt ein Abzug ohne korrespondierende Besteuerung der Zinseinkünfte (D/NI – Inkongruenz) vor.<sup>53</sup> Dadurch, dass hier ein Abzug auf der Ebene des Zahlenden (D GmbH) vorgenommen wird und eine Nichtberücksichtigung im Ansässigkeitsstaat des Zahlungsempfängers (B Branch) und dessen Stammhaus vorliegt ist dieser Fall mit dem Fall der D/NI-Inkongruenz aufgrund einer Zahlung an eine umgekehrt hybride Gesellschaft (vgl. Kapitel B II 2 b a) vergleichbar.<sup>54</sup>

## bb) Diverted Branch Payment

Der Tatbestand „Diverted Branch Payment“ umfasst steuerliche Zuordnungskonflikte bei Zahlungen, an denen eine Betriebsstätte beteiligt ist.<sup>55</sup> Hierbei basiert die Besteuerungsinkongruenz darauf, dass die besagte Zahlung im Stammhausstaat und Betriebsstättenstaat unterschiedlich eingeordnet wird. Bei diesem Tatbestand erkennen sowohl der Stammhausstaat als auch der Betriebsstättenstaat die Existenz der Betriebsstätte als solche an.<sup>56</sup>

<sup>53</sup> Beispiel in Anlehnung an: OECD (2017), *Neutralising the Effects of Branch Mismatch Arrangements, Action 2, Tz. 5.*

<sup>54</sup> vgl. Böhmer in: Wassermeyer/Andresen/Ditz, *Betriebsstätten Handbuch*, 2. Aufl. 2018, Base Erosion and Profit Shifting, Rz.14.35

<sup>55</sup> vgl. *Kahlenberg*, IStR 2018, 93 (97).

<sup>56</sup> vgl. OECD (2017), *Neutralising the Effects of Branch Mismatch Arrangements, Action 2, Tz. 8.*

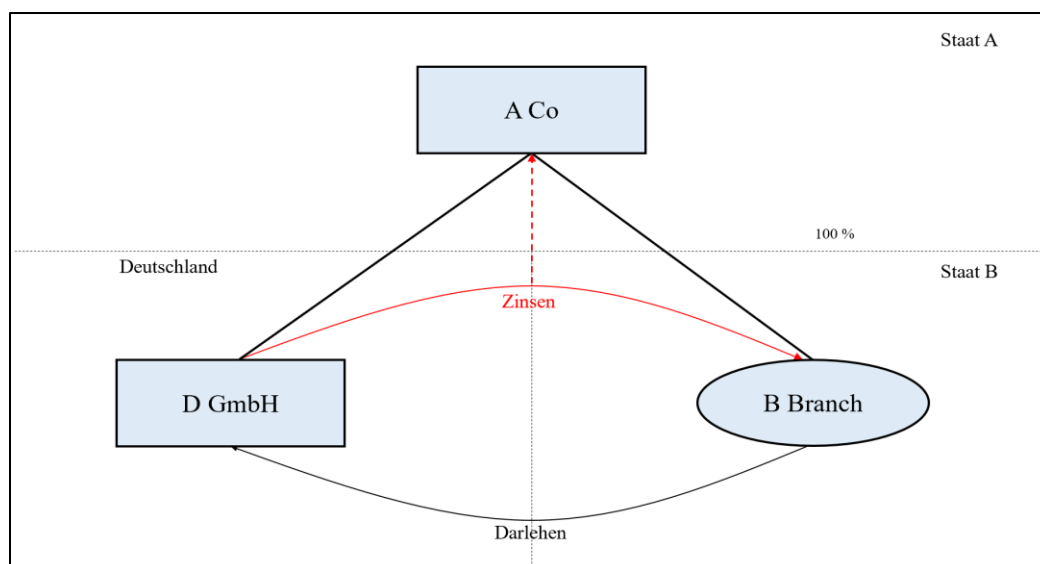


Abb. 5: D/NI-Inkongruenz bei einem Zuordnungskonflikt von Zahlungen an eine Betriebsstätte

selbst erstellte Grafik in Anlehnung an: OECD (2017), *Neutralising the Effects of Branch Mismatch Arrangements, Action 2, Figure 2, S. 15.*

Im vorliegenden Beispiel unterhält, wie auch im vorherigen Beispiel, ein in Staat A ansässiges Stammhaus (A Co) eine Betriebsstätte (B Branch) in Staat B und eine Tochterkapitalgesellschaft (D GmbH) in Deutschland. Die B Branch erhält von der D GmbH eine Zinszahlung für ein Darlehen, welche bei der D GmbH steuerlich abziehbar ist. Hier rechnet der Staat A die Zinszahlung Staat B als Steuersubstrat zu. Staat B hingegen rechnet die Zins Einkünfte Staat A zu und stellt diese ebenfalls von der Besteuerung frei.<sup>57</sup> Derartige Zuordnungskonflikte resultieren hauptsächlich aus unterschiedlichen nationalen Zuordnungsregeln.<sup>58</sup>

Folglich liegt auch hier ein Abzug ohne korrespondierende Besteuerung der Zinseinkünfte (D/NI – Inkongruenz) vor. Auch dieser Fall ist dadurch, dass auf der Ebene des Zahlenden (D GmbH) und eine Nichtberücksichtigung im Ansässigkeitsstaat des Zahlungsempfängers (B Branch) und dessen Stammhaus vorliegt, mit dem Fall der D/NI-Inkongruenz aufgrund einer Zahlung an eine umgekehrt hybride Gesellschaft (vgl. Kapitel B II 2 b a) vergleichbar.<sup>59</sup>

### cc) Deemed Branch Payment

Bei einem „Deemed Branch Payment“ liegt eine interne fiktive Zahlung von einer ausländischen Betriebsstätte an das Stammhaus vor, die im Ansässigkeitsstaat des Stammhauses nicht in der Besteuerung berücksichtigt wird.<sup>60</sup> Diese fiktive Zahlung resultiert daraus, dass die Betriebsstätte Leistungen an Dritte erbringt, die auf einem immateriellen Wirtschaftsgut des Stammhauses der zugrunde liegenden Betriebsstätte basiert. Hierdurch wird auf-

<sup>57</sup> Beispiel in Anlehnung an: OECD (2017), *Neutralising the Effects of Branch Mismatch Arrangements, Action 2, Tz. 8.*

<sup>58</sup> vgl. *Kahlenberg, IStR 2018, 93 (97).*

<sup>59</sup> vgl. Böhmer in: *Wassermeyer/Andresen/Ditz, Betriebsstätten Handbuch, 2. Aufl. 2018, Base Erosion and Profit Shifting, Rz. 14.35*

<sup>60</sup> vgl. OECD (2017), *Neutralising the Effects of Branch Mismatch Arrangements, Action 2, Tz. 10.*

grund eines sog. „Fremdvergleichsgrundsatzes“ im Betriebsstättenstaat steuerlich eine fiktive Kompensationszahlung an das Stammhaus gewinnmindernd berücksichtigt.<sup>61</sup> In Deutschland könnte sich eine solche fiktive Zahlung beispielsweise aus § 1 Abs. 4 S. 1 Nr. 2 AStG i. V. m. § 16 Abs. 2 S. 2 der Betriebsstättengewinnaufteilungsverordnung (BsGaV) ergeben.<sup>62</sup>

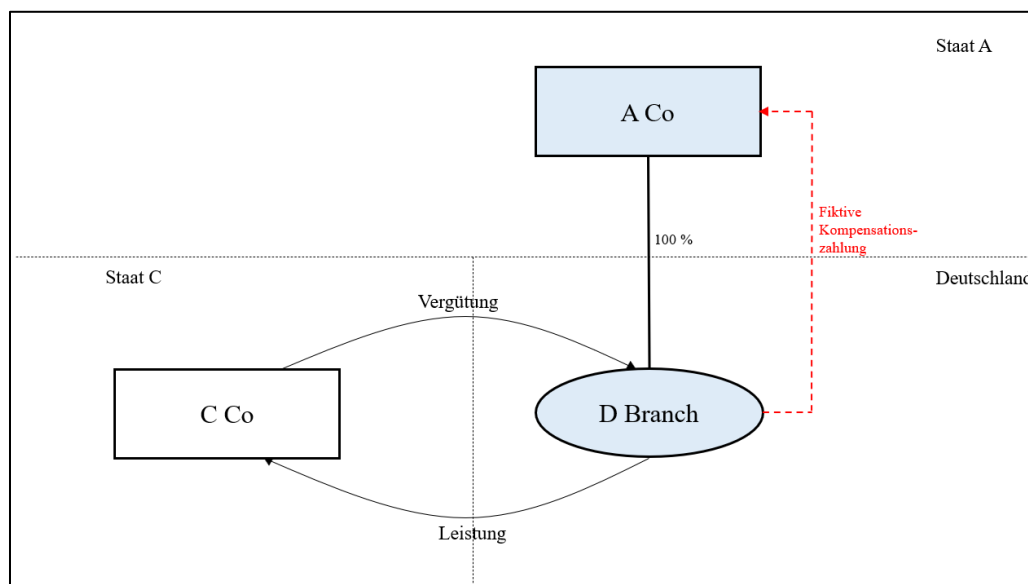


Abb. 6: D/Ni-Inkongruenz bei einer fiktiven Zahlung einer Betriebsstätte selbst erstellte Grafik in Anlehnung an: OECD (2017), *Neutralising the Effects of Branch Mismatch Arrangements, Action 2, Figure 3, S. 16*

Die Besteuerungsinkongruenz besteht im vorliegenden Beispiel daraus, dass diese fiktive Kompensationszahlung, die im Betriebsstättenstaat, also Deutschland, gewinnmindernd berücksichtigt wird, im Stammhausstaat nicht als fiktiver Ertrag in die Besteuerung mit aufgenommen wird, was bedeutet, dass auch hier ein Abzug bei gleichzeitiger steuerlicher Nichtberücksichtigung (D/Ni-Inkongruenz) vorliegt.<sup>63</sup>

#### dd) DD Branch Payment

„DD Branch Payments“ resultieren daraus, dass bestimmte Aufwendungen in mehr als einem Staat steuerlich gewinnmindernd berücksichtigt werden und dabei mit Erträgen verrechnet werden, die nicht in allen beteiligten Staaten besteuert werden.<sup>64</sup> Gründe für die doppelte Berücksichtigung können beispielsweise fehlende Doppelbesteuerungsabkommen und Konflikte bei der Betriebsstättendefinition zwischen den an der Gestaltung beteiligten Staaten sein.<sup>65</sup> Der Konflikt bei der Betriebsstättendefinition liegt hierbei im Vergleich zur „disregarded branch structure“ jedoch in umgekehrter Weise vor. Der Betriebsstättenstaat qualifiziert die zugrunde liegende hybride Betriebsstätte nach den eigenen Rechtsvorschriften als Betriebsstätte und der Ansässigkeitsstaat des Stammhauses nicht. Dies führt dazu, dass die mutmaßliche Betriebsstätte nach den Rechtsvorschriften der beteiligten Staaten

<sup>61</sup> vgl. Kahlenberg, IStR 2018, 93 (99).

<sup>62</sup> vgl. Bundesrat-Drucksache 245/21 vom 26.03.2021 S. 38.

<sup>63</sup> Beispiel in Anlehnung an: OECD (2017), *Neutralising the Effects of Branch Mismatch Arrangements, Action 2, Tz. 11.*

<sup>64</sup> vgl. OECD (2017), *Neutralising the Effects of Branch Mismatch Arrangements, Action 2, Tz. 15.*

<sup>65</sup> vgl. Kahlenberg, IStR 2018, 93 (99).

sowohl im Stammhausstaat als auch im Betriebsstättenstaat steuerpflichtig ist und Verluste in beiden Staaten steuerlich berücksichtigt werden können.<sup>66</sup>

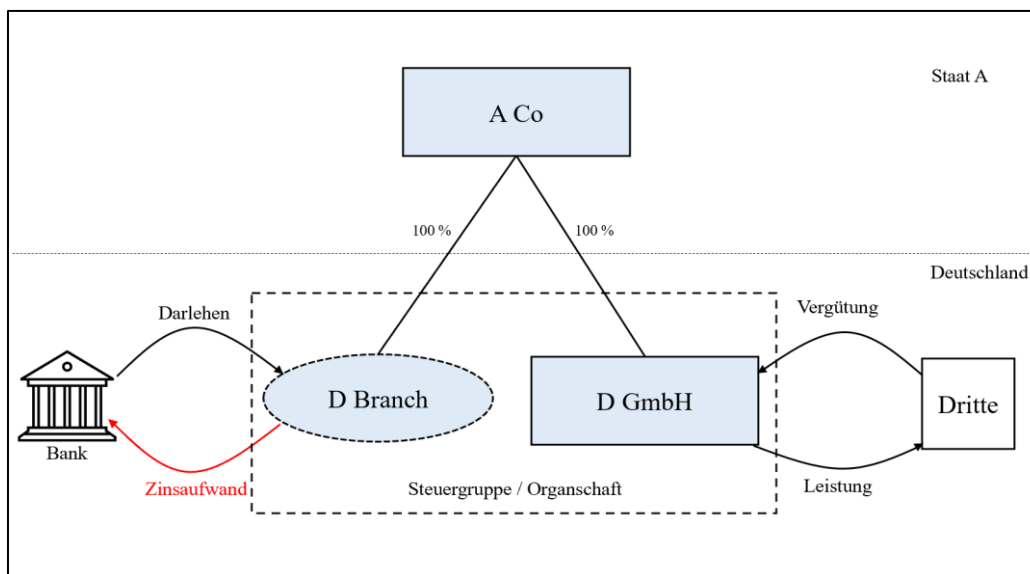


Abb. 7: DD-Inkongruenz bei einer hybriden Betriebsstätte selbst erstellte Grafik in Anlehnung an: OECD (2017), *Neutralising the Effects of Branch Mismatch Arrangements, Action 2, Figure 4, S. 18.*

Im vorliegenden Beispiel unterhält die A Co, welche in Staat A ansässig ist, eine hybride Betriebsstätte (D Branch) und eine Tochterkapitalgesellschaft in Form der D GmbH in Deutschland. Die D Branch leistet vorliegend lediglich Zinsaufwendungen an eine Bank, während die D GmbH Einkünfte aus einer gewinnbringenden Tätigkeit erzielt. Die D Branch und die D GmbH bilden zusammen eine Steuergruppe (Organschaft). Hierdurch werden die negativen Einkünfte der D Branch in Deutschland mit den positiven Erträgen der D GmbH verrechnet. Wenn Staat A die D Branch bei sich auf der Ebene des Stammhauses als steuerpflichtig ansieht, sind die Betriebsausgaben der D Branch auch in Staat A abziehbar. Die Erträge der D GmbH fließen in Staat A nicht in die Besteuerung mit ein, weil die D GmbH von beiden Staaten als Kapitalgesellschaft angesehen wird und dadurch intransparent besteuert wird.<sup>67</sup>

Somit werden die Aufwendungen der D Branch sowohl in Staat A auf Ebene der A Co, als auch in Deutschland auf Ebene der Organschaft mit der D GmbH, gewinnmindernd berücksichtigt.

#### 4. Importierte Besteuerungsin kongruenzen

##### a) Allgemeines

Die Effekte der hybriden Gestaltung können auch durch sogenannte „importierte Besteuerungsin kongruenzen“ ausgenutzt werden. Importierte Besteuerungsin kongruenzen treten zumeist im Zusammenhang mit Drittstaaten auf, die keine Maßnahmen gegen Besteuerungsin kongruenzen aufgrund von hybriden Gestaltungen umgesetzt haben und von sich aus keine entsprechenden Regelungen zur Beseitigung von Besteuerungsin kongruenzen

<sup>66</sup> vgl. OECD (2017), *Neutralising the Effects of Branch Mismatch Arrangements, Action 2, Tz. 19.*

<sup>67</sup> Beispiel in Anlehnung an: OECD (2017), *Neutralising the Effects of Branch Mismatch Arrangements, Action 2, Tz. 18f.*

aufgrund hybrider Gestaltung haben.<sup>68</sup> Diese ausländischen Besteuerungsin Kongruenzen werden dann über weitere nicht-hybride Vehikel, wie beispielsweise ein gewöhnliches Darlehen in das Gebiet eines Mitgliedstaats „importiert“.<sup>69</sup>

Im Folgenden wird beispielhaft anhand von jeweils eines Beispiels zu D/NI- und DD-Inkongruenzen veranschaulicht, wie so eine importierte Besteuerungsin Kongruenz aussehen kann. Grundsätzlich kann jedes der vorherigen und sonstigen Szenarien der hybriden Gestaltung für den Import einer Besteuerungsin Kongruenz genutzt werden, sofern sich die Ursache für die BEPS-Effekte ausschließlich zwischen Drittstaaten abspielen.

## b) Tatbestand einer importierten DD-Inkongruenz

Im folgenden Beispiel sind die A Co, B Co 1, B Co 2 und D GmbH miteinander verbundene Unternehmen, von denen nur die D GmbH in einem Mitgliedsstaat (Deutschland) ansässig ist:<sup>70</sup>

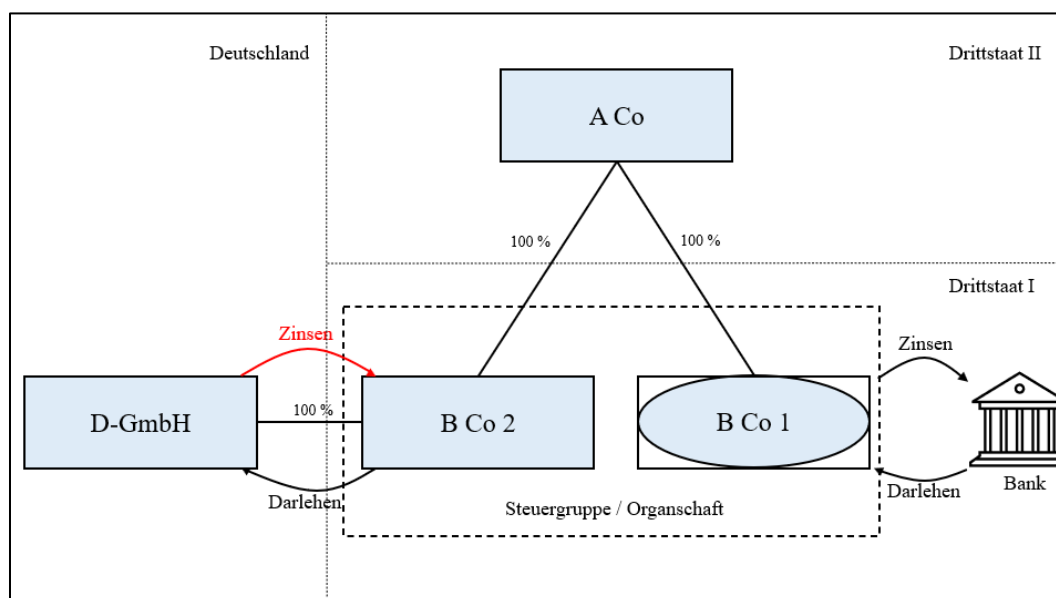


Abb. 8: Importierte DD-Inkongruenz

selbst erstellte Grafik in Anlehnung an: Kaminskiy, Korrespondenzregelungen zur Neutralisierung von Besteuerungsin Kongruenzen aufgrund hybrider Gestaltungen (2020), S. 149.

Die B Co 1 ist eine hybride Gesellschaft (oder Betriebsstätte, wie im Beispiel aus Kapitel B II 3 b dd) und bildet zusammen mit der B Co 2 eine Organschaft. Die B Co 1 und B Co 2 werden hierdurch zusammen konsolidiert. B Co 1 nimmt bei einer externen Bank ein Darlehen auf und entrichtet darauf Zinszahlungen. Dies führt entsprechend dem Beispiel aus Kapitel B II 3 b dd zu einer Besteuerungsin Kongruenz in Form einer DD-Inkongruenz. Auf der anderen Seite vergibt die B Co 2 an die D GmbH ein Darlehen zu vergleichbaren Konditionen. Die von der B Co 1 geleistete Zahlung wird sowohl in Drittstaat I auf Ebene der Organschaft als auch in Drittstaat II auf Ebene der A Co als Betriebsausgabe von dem steuerlichen Gewinn abgezogen. Die von der D GmbH an die B Co 2 geleistete Zinszahlung

<sup>68</sup> vgl. Kaminskiy, Korrespondenzregelungen zur Neutralisierung von Besteuerungsin Kongruenzen aufgrund hybrider Gestaltungen (2020), S. 145.

<sup>69</sup> vgl. OECD (2017), Neutralisierung der Effekte hybrider Gestaltungen, Aktionspunkt 2 – Abschlussbericht 2015, Tz. 234.

<sup>70</sup> vgl. Kaminskiy, Korrespondenzregelungen zur Neutralisierung von Besteuerungsin Kongruenzen aufgrund hybrider Gestaltungen (2020), S. 149.

ist bei der D GmbH steuerlich abziehbar. Hierdurch wird die Inkongruenz zwischen Drittstaat I und Drittstaat II durch ein Darlehen nach Deutschland, also in einen Mitgliedsstaat, eingeführt.<sup>71</sup>

### c) Tatbestand einer importierten D/NI-Inkongruenz

Das folgende Beispiel baut auf dem Beispiel aus Kapitel B II 3 b cc zu dem Tatbestand des „deemed branch payments“ auf:

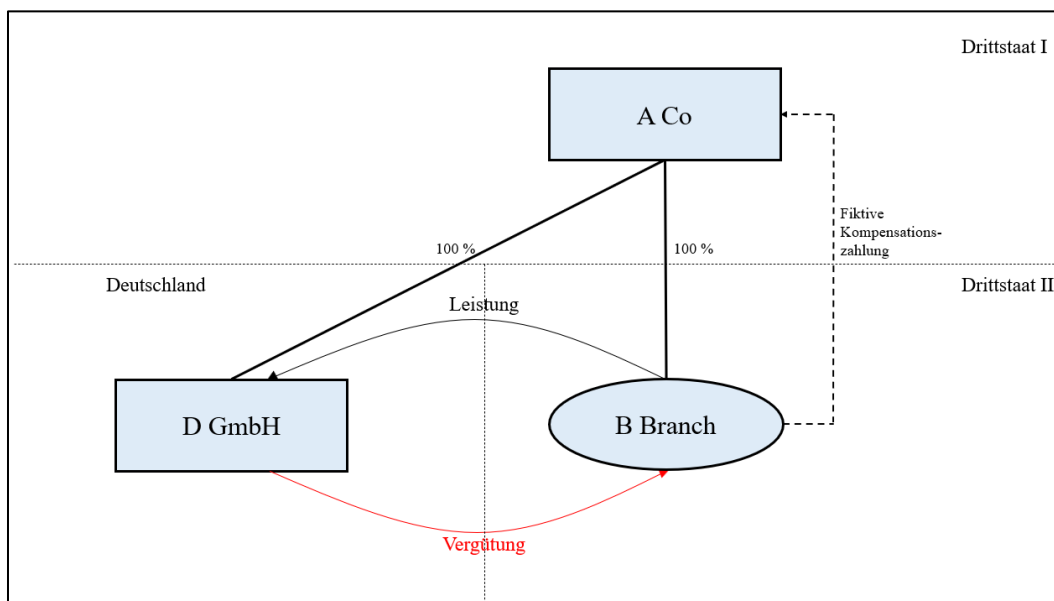


Abb. 9: Importierte D/NI-Inkongruenz

selbst erstellte Grafik in Anlehnung an: OECD (2017), *Neutralising the Effects of Branch Mismatch Arrangements, Action 2, Figure 5, S. 19.*

Im Gegensatz zu dem Beispiel aus Kapitel B II 3 b cc erbringt die B Branch in diesem Fall keine Leistung an einen Dritten, sondern an die D GmbH, die in diesem Fall eine Tochterkapitalgesellschaft der A Co ist. Diese Abwandlung ist für diesen Tatbestand ausschlaggebend, weil eine hybride Gestaltung auf der Ebene der D GmbH erst vorliegt, wenn sie mit den anderen Unternehmen verbunden ist oder eine andere der zuvor genannten Voraussetzungen erfüllt sind (vgl. Kapitel B II 1).<sup>72</sup> Der durch die fiktive Kompensationszahlung entstandene Steuerabzug wird somit in Staat C importiert, da sich die Inkongruenz in Drittstaat II durch die Verrechnung mit Erträgen aus der Serviceleistung aufhebt.<sup>73</sup>

<sup>71</sup> Beispiel in Anlehnung an: *Kaminskiy*, Korrespondenzregelungen zur Neutralisierung von Besteuerungsin kongruenzen aufgrund hybrider Gestaltungen (2020), S. 149f.

<sup>72</sup> vgl, Art. 2 Abs. 9 Unterans.2 Buchst. c der Richtlinie (EU) 2016/1164 des Rates vom 12. 7. 2016 zur Bekämpfung von Steuervermeidungspraktiken (ABl. L 193, Celex-Nr. 3 2016 L 1164); OECD (2017), Neutralisierung der Effekte hybrider Gestaltungen, Aktionspunkt 2 – Abschlussbericht 2015, S. 26, 58, 65, 78.

<sup>73</sup> Beispiel in Anlehnung an: OECD (2017), *Neutralising the Effects of Branch Mismatch Arrangements, Action 2, Tz. 21.*

## C. Maßnahmen der EU

### I. BEPS-Projekt

#### 1. Hintergrund

Das Problem der Steuervermeidung bewegte die OECD (Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung<sup>74</sup>) dazu, ein BEPS-Projekt ins Leben zu rufen, dessen Ziel ein international einheitliches Vorgehen zur Bekämpfung aggressiver Steuergestaltung multinationaler Unternehmen und Verhinderung von Wettbewerbsverzerrungen ist.<sup>75</sup> Die Ausarbeitungen dieses Projekts wurden im Jahr 2015 abgeschlossen.<sup>76</sup> Im Rahmen dieses Projekts hat die OECD einen 15 Punkte umfassenden Aktionsplan aus Regelungsempfehlungen erstellt mit dem Ziel, geeignete Maßnahmen festzulegen, um die Gewinnverkürzung und Gewinnverlagerung der multinationalen Unternehmen zu bekämpfen.<sup>77</sup> Die Steuervermeidung durch Hybride Gestaltung wurde im besagten Aktionsplan aufgrund ihrer hohen Bedeutung in der internationalen Steuergestaltung bereits in Aktionspunkt 2 thematisiert.<sup>78</sup> Die hohe Bedeutung der hybriden Gestaltung wird ferner durch den im Vergleich zu den anderen Aktionspunkten enormen Umfang des Abschlussberichts zu diesem Aktionspunkt verdeutlicht.<sup>79</sup> Dieser Abschlussbericht umfasste jedoch lediglich Regelungen zur Beseitigung von Besteuerungsinkongruenzen aufgrund von hybriden Finanzinstrumenten und Gesellschaften und nicht aufgrund von hybriden Betriebsstätten.<sup>80</sup>

Bei den Ergebnissen des BEPS-Projekts ist zu beachten, dass diese lediglich reine Empfehlungen an die Mitgliedstaaten darstellen, da die OECD keine Gesetzgebungskompetenz innehat.<sup>81</sup> Die Mitgliedsstaaten sind somit nicht verpflichtet, die Ergebnisse des BEPS-Projektes und die darin enthaltenen Regelungsempfehlungen in ihre nationalen Rechtsordnungen umzusetzen.<sup>82</sup>

#### 2. Regelungsempfehlungen im Einzelnen

Die Regelungsempfehlungen der OECD basieren auf Korrespondenzregelungen („linking rules“).<sup>83</sup> Korrespondenzregelungen sind Regelungen, nach denen ein Staat „die steuerliche Würdigung eines Sachverhalts von der steuerlichen Würdigung in einem anderen Staat

<sup>74</sup> vgl. Bundesfinanzministerium, 06.04.2023, Überblick über das BEPS-Projekt von OECD und G20 <https://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Standardartikel/Themen/Steuern/2017-06-07-beps-gewinnkuerzung-und-gewinnverlagerung.html>, zuletzt abgerufen am 29.06.2023, siehe Anhang 2.

<sup>75</sup> vgl. Haufe Online Redaktion: Die Auswirkungen von BEPS für deutsche Unternehmen, 21. Oktober 2015.

<sup>76</sup> vgl. *Kaminskiy* in: Frotscher/Geurts, EStG, § 4k EStG Rz. 20, Stand: 14.09.2021.

<sup>77</sup> vgl. *Jacobs/Endres/Spengel* in: *Jacobs*, Int. Unternehmensbesteuerung 8. Auflage 2016, S. 96f.

<sup>78</sup> vgl. *Kaminskiy*, in: Frotscher/Geurts, EStG, § 4k EStG Rz. 20, Stand: 14.09.2021.

<sup>79</sup> vgl. *Kaminskiy*, in: Frotscher/Geurts, EStG, § 4k EStG Rz. 20, Stand: 14.09.2021.

<sup>80</sup> vgl. *Kaminskiy*, Korrespondenzregelungen zur Neutralisierung von Besteuerungsinkongruenzen aufgrund Hybrider Gestaltungen, S. 76f.

<sup>81</sup> vgl. *Kraft*, IStR 2019, 631 (632).

<sup>82</sup> vgl. *Kofler/Schnitger* in *Kofler/Schnitger*, BEPS Handbuch, 1, Rz. 2. zit. nach *Kaminskiy* Korrespondenzregelungen zur Neutralisierung von Besteuerungsinkongruenzen aufgrund Hybride Gestaltungen, S. 79.

<sup>83</sup> vgl. OECD (2017), Neutralisierung der Effekte hybrider Gestaltungen, Aktionspunkt 2 – Abschlussbericht 2015, S. 12.



abhängig macht".<sup>84</sup> Diese Regelungen bestehen aus sogenannten „vorrangigen Gegenmaßnahmen“ und „nachrangigen Abwehrregelungen“. <sup>85</sup> Nach dieser Regelungshierarchie kommen nachrangige Abwehrregelungen immer erst dann zum Einsatz, wenn der jeweils andere Staat die ihm obliegende vorrangige Gegenmaßnahme nicht umgesetzt hat. Diese Hierarchie soll verhindern, dass mehrere Staaten gleiche Regelungen auf einen Sachverhalt anwenden, da dies zu Doppelbesteuerungen führen würde.<sup>86</sup> Die Korrespondenzregelungen wirken den Ursachen für die Existenz hybrider Gestaltungen nicht entgegen, sondern dienen dazu, die daraus resultierenden Besteuerungsin Kongruenzen zu beseitigen.<sup>87</sup>

Beim Vorliegen einer D/NI-Inkongruenz aufgrund einer von einer hybriden Gesellschaft getätigten nicht berücksichtigten Zahlung und einer Zahlung an eine umgekehrt hybride Gesellschaft soll der Abzug der Zahlungen als Betriebsausgabe im Ansässigkeitsstaat des Zahlenden versagt werden.<sup>88</sup> Bei einer von einer hybriden Gesellschaft entrichteten nicht berücksichtigten Zahlung soll die Zahlung nachrangig im Ansässigkeitsstaat des Zahlungsempfängers als ordentliche Einnahme erfasst und besteuert werden, falls keine vorrangige Maßnahme getroffen wurde.<sup>89</sup> Eine nachrangige Abwehrregelung bezüglich einer Zahlung an eine umgekehrt hybride Gesellschaft beinhaltet der Abschlussbericht der OECD jedoch nicht.<sup>90</sup>

Liegt eine DD-Inkongruenz aufgrund einer von einem hybriden Rechtsträger getätigten abzugsfähigen Zahlung vor, soll vorrangig der Ansässigkeitsstaat des Investors (z. B. der Muttergesellschaft) den Abzug der Zahlung als Betriebsausgabe versagen. Kommt dieser Staat dieser Empfehlung nicht nach, soll nachrangig der Ansässigkeitsstaat des Zahlenden den Betriebsausgabenabzug versagen.<sup>91</sup>

In Bezug auf den Tatbestand der importierten Besteuerungsin Kongruenzen umfasst die OECD in ihrem Abschlussbericht lediglich importierte D/NI-Inkongruenzen und keine importierten DD-Inkongruenzen.<sup>92</sup> Eine importierte D/NI-Inkongruenz ist, wie bereits ausgeführt (vgl. Kapitel B II 4 c), ein Tatbestand, in dem eine Besteuerungsin Kongruenz zwischen zwei ausländischen Staaten in den Ansässigkeitsstaat eines Zahlenden durch dessen Zahlung importiert wird.<sup>93</sup> In diesem Fall soll der Ansässigkeitsstaat dieses Zahlenden den Ab-

---

<sup>84</sup> *Fehling/Linn/Martin*, IStR 2022, 781 (782).

<sup>85</sup> vgl. *Kaminskiy*, Korrespondenzregelungen zur Neutralisierung von Besteuerungsin Kongruenzen aufgrund Hybrider Gestaltungen, S. 69.

<sup>86</sup> vgl. OECD (2017), Neutralisierung der Effekte hybrider Gestaltungen, Aktionspunkt 2 – Abschlussbericht 2015, S. 12.

<sup>87</sup> vgl. *Kaminskiy*, Korrespondenzregelungen zur Neutralisierung von Besteuerungsin Kongruenzen aufgrund Hybrider Gestaltungen, S. 78.

<sup>88</sup> vgl. OECD (2017), Neutralisierung der Effekte hybrider Gestaltungen, Aktionspunkt 2 – Abschlussbericht 2015, S. 57, 65.

<sup>89</sup> vgl. OECD (2017), Neutralisierung der Effekte hybrider Gestaltungen, Aktionspunkt 2 – Abschlussbericht 2015, S. 57.

<sup>90</sup> vgl. OECD (2017), Neutralisierung der Effekte hybrider Gestaltungen, Aktionspunkt 2 – Abschlussbericht 2015, Tabelle 1.1, S. 22.

<sup>91</sup> vgl. OECD (2017), Neutralisierung der Effekte hybrider Gestaltungen, Aktionspunkt 2 – Abschlussbericht 2015, S. 77.

<sup>92</sup> vgl. OECD (2017), Neutralisierung der Effekte hybrider Gestaltungen, Aktionspunkt 2 – Abschlussbericht 2015, Tabelle 1.1, S. 22.

<sup>93</sup> vgl. OECD (2017), Neutralisierung der Effekte hybrider Gestaltungen, Aktionspunkt 2 – Abschlussbericht 2015, Tz. 234.

zug der für den Import der Besteuerungsinkongruenz ursächlichen Zahlung als Betriebsausgabe versagen.<sup>94</sup> Eine nachrangige Abwehrregelung bezüglich importierter D/NI-Inkongruenzen beinhaltet der Abschlussbericht der OECD nicht.<sup>95</sup>

## II. Branch Mismatch-Bericht

### 1. Hintergrund

Als Ergänzung zu den Ergebnissen des BEPS-Projekts bezüglich der hybriden Gestaltung mit hybriden Gesellschaften hat die OECD am 27.07.2017 einen zusätzlichen Abschlussbericht in Form eines sog. „Branch Mismatch-Berichts“ veröffentlicht.<sup>96</sup>

Hintergrund dieses zusätzlichen Berichts ist, dass der bisherige Abschlussbericht nur Besteuerungsinkongruenzen aufgrund hybrider Finanzinstrumente und Gesellschaften umfasste.<sup>97</sup> Somit konnten die Maßnahmen gegen hybride Gesellschaften zunächst relativ simpel umgangen werden. Hierfür musste in der Gestaltung einfach auf eine Betriebsstätte statt einer Gesellschaft zurückgegriffen werden.<sup>98</sup> Daher empfiehlt dieser Abschlussbericht weitere Abwehrregeln, um diese auf die Tatbestände der hybriden Betriebsstätten zu übertragen. Aufgrund der Vergleichbarkeit der von den hybriden Betriebsstätten erzielten Effekte mit denen die von hybriden Gesellschaften erzielt werden können, greift die OECD für die Entwicklung der Maßnahmen hier auch auf Korrespondenzregeln zurück.<sup>99</sup>

### 2. Regelungsempfehlungen im Einzelnen

Die Regelungsempfehlungen zur Beseitigung von D/NI-Inkongruenzen aufgrund von unberücksichtigten Betriebsstätten (vgl. Kapitel B II 3 b aa) und Zuordnungskonflikten bei Zahlungen zwischen Stammhaus- und Betriebsstättenstaat (vgl. Kapitel B II 3 b bb) sind im Branch Mismatch-Bericht zusammen in der sog. „branch payee mismatch rule“ in Kapitel 2 verankert.<sup>100</sup> Liegt eine D/NI-Inkongruenz aufgrund einer dieser Tatbestände vor, so soll der Ansässigkeitsstaat des Zahlenden der zugrunde liegenden Aufwendung den Abzug der Zahlung als Betriebsausgabe versagen.<sup>101</sup> Diese Regelung ist aufgrund Vergleichbarkeit dieser Tatbestände zu dem Tatbestand der „umgekehrt hybriden Gesellschaften“ (vgl. Kapitel C I 2) auch identisch zu den Maßnahmen gegen diese.<sup>102</sup> Folglich geht aus der Regelungsempfehlung zu diesen Tatbeständen ebenso wie bei der Regelungsempfehlung zu den umgekehrt hybriden Rechtsträgern keine sekundäre Abwehrregelung hervor.<sup>103</sup>

Bei einer D/NI-Inkongruenz aufgrund eines „Deemed Branch Payments“ (vgl. Kapitel B II 3 b cc) soll, ähnlich wie bei den von hybriden Gesellschaften getätigten nicht berücksichtigten Zahlungen, der Staat des (fiktiven) Zahlungsschuldners den Betriebsausgabenabzug

<sup>94</sup> vgl. OECD (2017), Neutralisierung der Effekte hybrider Gestaltungen, Aktionspunkt 2 – Abschlussbericht 2015, S. 95.

<sup>95</sup> vgl. OECD (2017), Neutralisierung der Effekte hybrider Gestaltungen, Aktionspunkt 2 – Abschlussbericht 2015, Tabelle 1.1, S. 22.

<sup>96</sup> vgl. *Kahlenberg*, IStR 2018, 93 (93).

<sup>97</sup> vgl. OECD (2017), Neutralising the Effects of Branch Mismatch Arrangements, S. 9.

<sup>98</sup> vgl. *Kahlenberg*, IStR 2018, 93 (94).

<sup>99</sup> vgl. *Kahlenberg*, IStR 2018, 93 (96).

<sup>100</sup> vgl. OECD (2017), Neutralising the Effects of Branch Mismatch Arrangements, Tz. 42.

<sup>101</sup> vgl. OECD (2017), Neutralising the Effects of Branch Mismatch Arrangements, S. 27.

<sup>102</sup> vgl. OECD (2017), Neutralising the Effects of Branch Mismatch Arrangements, Tz. 7, 9.

<sup>103</sup> vgl. *Kahlenberg*, IStR 2018, 93 (97).

begrenzen.<sup>104</sup> Konträr zu den von hybriden Rechtsträgern getätigten, nicht berücksichtigten Zahlungen ist hier jedoch ebenfalls keine Regelungsempfehlung zu einer nachrangigen Abwehrregelung verankert.<sup>105</sup> Stattdessen wird den Staaten empfohlen, generell die Freistellungsmethode für die Einkünfte der Betriebsstätte dahingehend begrenzen, dass beispielsweise unterstellte fiktive Zahlungen steuerlich nicht unberücksichtigt bleiben.<sup>106</sup>

Gegen DD-Inkongruenzen aufgrund von „DD Branch Payments“ (vgl. Kapitel B II 3 b dd) wurden bereits im vorherigen Abschlussbericht der OECD ausreichende Maßnahmen ausgearbeitet, da der Anwendungsbereich gegen DD-Inkongruenzen sehr weit gefasst war und daher auch vergleichbare Inkongruenzen aufgrund von hybriden Betriebsstätten umfasste.<sup>107</sup> Daher werden diese im „Branch Mismatch-Bericht“ lediglich wiederholt: Der Stammhausstaat soll den steuerlichen Abzug der zugrunde liegenden Ausgaben vorrangig versagen. Kommt der Stammhausstaat dieser Regelungsempfehlung nicht nach, soll der Betriebsstättenstaat den Betriebsausgabenabzug versagen.<sup>108</sup>

Auch bei den „imported branch payments“ werden lediglich die Art von Inkongruenzen verursacht, die bereits im vorangegangenen Abschlussbericht unter Aktionspunkt 2 behandelt wurde.<sup>109</sup> Somit werden auch hier die Maßnahmen des Abschlussberichts wiederholt: Der Staat des Zahlenden soll den Betriebsausgabenabzug versagen, soweit diese mit Aufwendungen, deren Abzug zu einer Inkongruenz zwischen Drittländern führt, verrechnet werden.<sup>110</sup>

### III. Anti Tax Avoidance Directive

#### 1. Hintergrund und Entwicklung

Nach der Veröffentlichung der Regelungsempfehlungen zur Beseitigung von Besteuerungsinkongruenzen der OECD waren die Mitgliedstaaten zunächst nicht dazu verpflichtet, diese Regelungsempfehlungen in ihre nationalen Rechtsordnungen umzusetzen (vgl. Kapitel C I 1).<sup>111</sup> Somit haben die Ergebnisse des BEPS-Projektes die EU im Anschluss dazu bewegt, die wesentlichen Ergebnisse des Projekts in einer Richtlinie, der sog. „Anti Tax Avoidance Directive“ (ATAD)<sup>112</sup>, festzuhalten. Nach Erwägungsgrund 2 dieser Richtlinie lag die Motivation hinter dieser darin, „eine wirksame, rasche und koordinierte Umsetzung der Anti-BEPS-Maßnahmen auf EU-Ebene“<sup>113</sup> sicherzustellen. Aus Erwägungsgrund 1 der ATAD geht

<sup>104</sup> vgl. OECD (2017), *Neutralising the Effects of Branch Mismatch Arrangements*, S. 35.

<sup>105</sup> vgl. *Kahlenberg*, IStR 2018, 93 (99).

<sup>106</sup> vgl. *Niemann*, IStR 2018, 52 (54).

<sup>107</sup> vgl. OECD (2017), *Neutralising the Effects of Branch Mismatch Arrangements*, Action 2: Inclusive Framework on BEPS, Tz. 20.

<sup>108</sup> vgl. OECD (2017), *Neutralising the Effects of Branch Mismatch Arrangements*, Action 2: Inclusive Framework on BEPS, S. 43.

<sup>109</sup> vgl. OECD (2017), *Neutralising the Effects of Branch Mismatch Arrangements*, Action 2: Inclusive Framework on BEPS, Tz. 23.

<sup>110</sup> vgl. OECD (2017), *Neutralising the Effects of Branch Mismatch Arrangements*, Action 2: Inclusive Framework on BEPS, S. 49.

<sup>111</sup> vgl. Kofler/Schnitger in Kofler/Schnitger, *BEPS Handbuch*, 1, Rz. 2. zit. nach *Kaminskiy*, *Korrespondenzregelungen zur Neutralisierung von Besteuerungsinkongruenzen aufgrund Hybrider Gestaltungen*, S. 79.

<sup>112</sup> vgl. *Kaminskiy*, *Korrespondenzregelungen zur Neutralisierung von Besteuerungsinkongruenzen aufgrund hybrider Gestaltungen (2020)*, S. 80.

<sup>113</sup> Erwägungsgrund 2 der Richtlinie (EU) 2016/1164 des Rates vom 12. Juli 2016 mit Vorschriften zur Bekämpfung von Steuervermeidungspraktiken mit unmittelbaren Auswirkungen auf das Funktionieren des Binnenmarkts (ABl. L 193 S. 1).

hervor, dass primär eine Besteuerung an dem Ort, in dem Gewinne erwirtschaftet werden, sichergestellt werden soll.<sup>114</sup> Die erste Version der ATAD, die sog. ATAD I, die am 12.07.2016 veröffentlicht wurde, befasste sich vor allem mit der Hinzurechnungsbesteuerung und der Zinsschranke.<sup>115</sup> Sie enthielt in Art. 9 ATAD I auch eine Regelung bezüglich hybrider Gestaltungen.<sup>116</sup> Jedoch wich die ATAD I in Bezug auf hybride Gestaltungen von den Regelungsempfehlungen des BEPS-Projekts in wesentlicher Weise ab.<sup>117</sup>

Zunächst umfasste die damalige Definition des Begriffs „hybride Gestaltung“ gem. Art. 2 Abs. 9 ATAD I nur hybride Strukturen, die sich ausschließlich zwischen Mitgliedstaaten abspielten. Hierdurch fielen Sachverhalte, in denen Drittstaaten involviert waren, nicht in den Anwendungsbereich der ATAD I.<sup>118</sup> Der Grund hierfür ist, dass noch keine europäische Einigung zum Thema hybride Gestaltungen vorlag. Diese wurde erst am 21.02.2017 erzielt.<sup>119</sup> Darüber hinaus umfasste der damalige Art. 9 der ATAD I keine Regelungen bezüglich hybrider Gestaltungen mit Betriebsstätten und diversen anderen wesentlichen Arten der hybriden Gestaltung.<sup>120</sup> Eine weitere Abweichung zum OECD-Abschlussbericht besteht darin, dass in Art. 9 ATAD I keine nachrangigen Abwehrregelungen verankert wurden, die etwaige Besteuerungsinkongruenzen beseitigen sollten, wenn Staaten, denen eine vorrangige Gegenmaßnahme obliegt, diese noch nicht umgesetzt haben.<sup>121</sup> Außerdem war der Anwendungsbereich der Richtlinie gem. Art. 1 ATAD I auf Körperschaftsteuersubjekte begrenzt. Da hybride Gestaltungen beispielsweise in Form von einer unterschiedlichen Qualifikation von Gesellschaften als Personen- oder Kapitalgesellschaft auftreten, der Anwendungsbereich aber keine Personengesellschaften umfasst, könnte es für Konstellationen, an denen Personengesellschaften beteiligt sind, durch die Richtlinie keine Maßnahmen geben. Grund hierfür ist, dass diese beispielsweise in Deutschland und auch in einigen anderen Mitgliedstaaten nicht der Körperschaftsteuer unterliegen.<sup>122</sup> In Erwägungsgrund 13 der ATAD I wurde jedoch bereits angekündigt, dass detailliertere Regelungen folgen würden.<sup>123</sup>

Im darauffolgenden Jahr wurde am 29.05.2017 mit der ATAD II die Anpassung der ATAD veröffentlicht.<sup>124</sup> Zentrales Ziel der Erlassung der ATAD II war es, „die Resilienz des Binnenmarkts insgesamt gegenüber hybriden Gestaltungen zu stärken“.<sup>125</sup> Hierbei wurde der Anwendungsbereich und der ursprüngliche Art. 9 der ATAD I geändert.<sup>126</sup> Darüber hinaus

<sup>114</sup> vgl. Erwägungsgrund 1 der Richtlinie (EU) 2016/1164 des Rates vom 12. 7. 2016 zur Bekämpfung von Steuervermeidungspraktiken (ABl. L 193, Celex-Nr. 3 2016 L 1164).

<sup>115</sup> vgl. *Nünberg*, Beck'sches Steuer- und Bilanzrechtslexikon Edition 63 2023, Stand: 01.04.2023, Anti Tax Avoidance Directive, Rn. 12.

<sup>116</sup> vgl. Tcherveniachki, in: Flick/Wassermeyer/Baumhoff/Schönfeld, Außensteuerrecht, Kommentar, §4k EStG Rz. 3, Stand: 01.10.2021.

<sup>117</sup> vgl. Kaminskiy in: Frotscher/Geurts, EStG, § 4k EStG Rz. 27, Stand: 14.09.2021.

<sup>118</sup> vgl. Kaminskiy in: Frotscher/Geurts, EStG, § 4k EStG Rz. 26, Stand: 14.09.2021.

<sup>119</sup> vgl. *Kahlenberg/Oppel*, IStR 2017, 205 (205).

<sup>120</sup> vgl. Kaminskiy in: Frotscher/Geurts, EStG, § 4k EStG Rz. 27, Stand: 14.09.2021.

<sup>121</sup> vgl. Kaminskiy in: Frotscher/Geurts, EStG, § 4k EStG Rz. 27, Stand: 14.09.2021.

<sup>122</sup> vgl. *Oppel*, IStR 2016, 797 (803).

<sup>123</sup> vgl. Erwägungsgrund 13 der Richtlinie (EU) 2016/1164 des Rates vom 12. Juli 2016 mit Vorschriften zur Bekämpfung von Steuervermeidungspraktiken mit unmittelbaren Auswirkungen auf das Funktionieren des Binnenmarkts (ABl. L 193 S. 1).

<sup>124</sup> vgl. Richtlinie (EU) 2017/952 des Rates vom 29. Mai 2017 zur Änderung der Richtlinie (EU) 2016/1164 bezüglich hybrider Gestaltungen mit Drittländern (ABl. L 144 vom 7. Juni 2017, S. 1-11).

<sup>125</sup> vgl. Erwägungsgrund 27 der Richtlinie (EU) 2017/952 des Rates vom 29. Mai 2017 zur Änderung der Richtlinie (EU) 2016/1164 bezüglich hybrider Gestaltungen mit Drittländern (ABl. L 144 vom 7. Juni 2017, S. 1-11).

<sup>126</sup> vgl. *Kahlenberg/Oppel*, IStR 2017, 205 (206ff.).

wurde die Richtlinie noch um den Art. 9a, der explizit umgekehrte hybride Gestaltung regelt, und dem Art. 9b, der die Inkongruenzen bei der Steueransässigkeit behandelt, erweitert.<sup>127</sup>

Die ATAD II musste gem. Art. 2 Abs. 1 ATAD II i. V. m. Art. 11 Abs. 5a ATAD bis zum 31.12.2019 umgesetzt werden. Ausnahmen, wie etwa die Umsetzung des Art. 9a ATAD sollten gem. Art. 2 Abs. 3 ATAD II bis zum 31.12.2021 umgesetzt werden.

## 2. Anwendungsbereich

Der Anwendungsbereich der ATAD definiert sich nach Art. 1 Abs. 1 Alt. 1 ATAD. Hieraus ergibt sich, dass die Regelungen dieser Richtlinie für alle Steuerpflichtigen, die unabhängig von ihrer Rechtsform in einem oder mehreren Mitgliedstaaten der Körperschaftssteuer unterliegen, gelten soll.<sup>128</sup> Auf transparente Unternehmen, die in keinem Mitgliedstaat der Körperschaftsteuer unterliegen, soll die Richtlinie grundsätzlich nicht angewendet werden. Dies wird dadurch erklärt, dass sonst das Spektrum an nationalen Steuern, das von der Richtlinie umfasst werden würden, viel breiter wäre.<sup>129</sup> Jedoch bestimmt Art. 1 Abs. 1 Alt. 2 ATAD, dass die Richtlinie auch auf Betriebsstätten, die in mindestens einem Mitgliedstaat ansässig sind und einem Stammhaus angehören, das in einem Drittstaat ansässig ist, Anwendung findet. Außerdem umfasst Art. 1 Abs. 2 der ATAD für die Anwendung des Art. 9a ATAD zusätzlich Unternehmen, die von einem Mitgliedstaat als transparent angesehen werden.<sup>130</sup>

## 3. Begriffsbestimmungen

Die hybride Gestaltung selbst ist in dieser Richtlinie in Art. 2 Absatz 9 definiert. In diesem Absatz sind jegliche Tatbestände, die im Sinne der ATAD eine hybride Gestaltung begründen würden und auch weitere Begrifflichkeiten, die für die Auslegung der ATAD-Vorgaben relevant sind, aufgelistet und definiert.<sup>131</sup>

## 4. Mindestschutzniveau

Die ATAD bietet gem. Art. 3 ATAD nur ein Mindestschutzniveau, was bedeutet, dass die ATAD nur ein Mindestmaß an Schutz gegen BEPS-Effekte bietet.<sup>132</sup> Aus Erwägungsgrund 3 der ATAD geht hervor, dass die Richtlinie in 28 verschiedenen Staaten umgesetzt werden muss. Aus diesem Grund sollte sie einen allgemeinen Mindestschutz darstellen, da die jeweiligen Mitgliedstaaten am besten in der Lage seien, die Vorgaben der Richtlinie und die Empfehlungen der OECD an ihre eigenen Steuerrechtsordnungen anzupassen.<sup>133</sup> Die Mitgliedsstaaten können folglich über eigene, weitergehende Vorschriften einen höheren Schutz

<sup>127</sup> vgl. Nürnberg in: Beck'sches Steuer- und Bilanzrechtslexikon Edition 63 2023, Stand: 01.04.2023, Anti Tax Avoidance Directive, Rn. 27.

<sup>128</sup> vgl. Ditz/Wassermeyer in: Steuer Office Gold, Vor §§ 7-14, Rz. 16, Stand: 01.07.2021.

<sup>129</sup> vgl. Erwägungsgrund 4 der Richtlinie (EU) 2016/1164 des Rates vom 12. 7. 2016 zur Bekämpfung von Steuervermeidungspraktiken (ABl. L 193 S. 1, Celex-Nr. 3 2016 L 1164).

<sup>130</sup> vgl. Ditz/Wassermeyer in: Steuer Office Gold, Allgemeine Erläuterungen zu Vor §§ 7-14, Rz. 16, Stand: 01.07.2021.

<sup>131</sup> vgl. Musil/Weber-Grellet/*Musil*, 2. Aufl. 2022, RL (EU) 2016/1164 Art. 2 Rn. 21.

<sup>132</sup> vgl. Ditz/Wassermeyer in: Steuer Office Gold, HI3177985 Rz. 17, Stand: 01.07.2021.

<sup>133</sup> vgl. Erwägungsgrund 3 der Richtlinie (EU) 2016/1164 des Rates vom 12. 7. 2016 zur Bekämpfung von Steuervermeidungspraktiken (ABl. L 193 S. 1, Celex-Nr. 3 2016 L 1164).

für ihre nationalen Körperschaftsteuerbemessungsgrundlagen schaffen.<sup>134</sup> Ein weiterer Grund für die Aufnahme dieser Vorschrift war auch eine politische Motivation, da hierdurch die Einigungsbereitschaft der Mitgliedstaaten leichter hergestellt werden konnte.<sup>135</sup>

## 5. Art. 9 Abs. 1 bis 3 ATAD

### a) Beseitigung von DD-Inkongruenzen (Abs. 1)

Wie bereits ausgeführt, sind die Maßnahmen zur Beseitigung von Besteuerungsinkongruenzen durch hybride Gestaltungen in Art. 9 der ATAD verankert.<sup>136</sup> Die Regelung zur Beseitigung von DD-Inkongruenzen findet sich hier in Absatz 1 wieder. Diese setzt voraus, dass eine hybride Gestaltung vorliegt, deren Resultat ein doppelter Abzug ist, sodass diese Vorschrift sowohl hybride Gesellschaften als auch hybride Betriebsstätten und jegliche anderen Arten der hybriden Gestaltung umfasst.<sup>137</sup> Es hätte jedoch genügt, als Tatbestand für diese Vorschrift allein auf das Vorliegen eines doppelten Abzugs abzustellen. Nach Art. 2 Abs. 9 Unterabs. 1 Buchst. g ATAD ist eine „hybriden Gestaltung“ gegeben ist, wenn ein doppelter Abzug von Betriebsaufwendungen vorliegt.<sup>138</sup> Der Tatbestand „hybride Gestaltung“ wäre also mit dem Vorliegen eines doppelten Abzugs automatisch zu bejahen.<sup>139</sup>

Art. 9 Abs. 1 Unterabs. 1 Buchst. a ATAD besagt, dass vorrangig der Ansässigkeitsstaat des Investors beziehungsweise der Muttergesellschaft/des Stammhauses den Abzug der zugrunde liegenden Zahlung als Betriebsausgabe versagen soll. Als nachrangige Abwehrregel bestimmt Art. 9 Abs. 1 Unterabs. 1 Buchst. b ATAD, dass der Mitgliedstaat des Zahlenden den Abzug versagen soll, wenn die vorrangige Gegenmaßnahme aus Buchst. a nicht umgesetzt wurde.<sup>140</sup> Diese Regelung kommt insbesondere dann zur Anwendung, wenn der Staat, dem nach dieser Richtlinie die vorrangige Gegenmaßnahme obliegen würde, ein Drittstaat ist, der die Regelungsempfehlungen der OECD oder die Regelungen dieser Richtlinie nicht umgesetzt hat.<sup>141</sup>

Nach Art. 9 Abs. 1 S. 2 ATAD können die Zahlungen, die zu einer DD-Inkongruenz führen, mit Einkünften verrechnet werden, die in beiden Ländern besteuert werden.<sup>142</sup> Solche Einschränkungen des Betriebsausgabenabzugsverbots sind sachgerecht, weil die Ursachen, die zu einer doppelten Berücksichtigung der Ausgaben führen, sich oftmals auch auf die Ertragsseite in Form einer doppelten Besteuerung der Einkünfte auswirken.<sup>143</sup>

<sup>134</sup> vgl. Ditz/Wassermeyer in: Steuer Office Gold, HI3177985 Rz. 17, Stand: 01.07.2021.

<sup>135</sup> vgl. Musil/Weber-Grellet/*Musil*, 2. Aufl. 2022, RL (EU) 2016/1164 Art. 3 Rn. 1.

<sup>136</sup> vgl. Musil/Weber-Grellet/*Musil*, 2. Aufl. 2022, RL (EU) 2016/1164 Art. 9 Rn. 1.

<sup>137</sup> vgl. Art. 9 Abs. 1 der Richtlinie (EU) 2016/1164 des Rates vom 12. 7. 2016 zur Bekämpfung von Steuervermeidungspraktiken (ABl. L 193, Celex-Nr. 3 2016 L 1164).

<sup>138</sup> vgl. *Kaminskiy*, Korrespondenzregelungen zur Neutralisierung von Besteuerungsinkongruenzen aufgrund Hybrider Gestaltungen (2020), S. 95.

<sup>139</sup> vgl. *Kaminskiy*, Korrespondenzregelungen zur Neutralisierung von Besteuerungsinkongruenzen aufgrund Hybrider Gestaltungen (2020), S. 95.

<sup>140</sup> vgl. Art. 9 Abs. 1 Unterabs. 1 Buchst. b der Richtlinie (EU) 2016/1164 des Rates vom 12. 7. 2016 zur Bekämpfung von Steuervermeidungspraktiken (ABl. L 193, Celex-Nr. 3 2016 L 1164).

<sup>141</sup> vgl. *Kaminskiy*, Korrespondenzregelungen zur Neutralisierung von Besteuerungsinkongruenzen aufgrund Hybrider Gestaltungen (2020), S. 99.

<sup>142</sup> Musil/Weber-Grellet/*Musil*, 2. Aufl. 2022, RL (EU) 2016/1164 Art. 9 Rn. 8.

<sup>143</sup> vgl. *Kaminskiy*, Korrespondenzregelungen zur Neutralisierung von Besteuerungsinkongruenzen aufgrund Hybrider Gestaltungen (2020), S. 98 m. w. N.

Die Regelungen des Art. 9 Abs. 1 ATAD basieren auf den Regelungsempfehlungen aus Kapitel 6 des OECD-Abschlussberichts zu Aktionspunkt 2.<sup>144</sup> Im direkten Vergleich stimmen die Bestimmungen des Art. 9 Abs. 1 Unterabs. 1 Buchst. a und b ATAD, mit den Regelungsempfehlungen der OECD zur Beseitigung von DD-Inkongruenzen überein. Bei beiden soll der zur Inkongruenz führende Betriebsausgabenabzug vorrangig im Ansässigkeitsstaat des Investors und nachrangig im Ansässigkeitsstaat des Zahlenden versagt werden. Die Regelungsempfehlung zur Beseitigung einer DD-Inkongruenz aufgrund von hybriden Betriebsstätten sind in Kapitel 4 (dd branch payment) des „Branch Mismatch-Reports“ verankert.<sup>145</sup> Wie bereits ausgeführt, gleichen die Regelungsempfehlungen bezüglich einer DD-Inkongruenz aus dem Branch Mismatch-Report den Regelungsempfehlungen aus dem Abschlussbericht der OECD (vgl. Kapitel C II 2).<sup>146</sup> Hierdurch wurden auch diese durch Art. 9 Abs. 1 ATAD übereinstimmend durch die ATAD umgesetzt.

### **b) Beseitigung von D/NI-Inkongruenzen (Abs. 2)**

Die Beseitigung von D/NI-Inkongruenzen ist in Art. 9 Abs. 2 ATAD verankert. Die möglichen Gestaltungen für D/NI-Inkongruenzen im Sinne dieser Richtlinie gehen aus Art. 2 Nr. 9 Unterabs. 1 Buchst. a bis f ATAD hervor.<sup>147</sup> Hierbei beziehen sich Art. 2 Abs. 9 Unterabs. 1 Buchst. a ATAD auf hybride Finanzinstrumente und die Buchstaben b bis f auf (umgekehrt) hybride Gesellschaften und Betriebsstätten.<sup>148</sup>

Zur Beseitigung von D/NI-Inkongruenzen bestimmt Art. 9 Abs. 2 Buchst. a ATAD, dass der Abzug vorrangig in dem Mitgliedstaat, in dem der Zahlende ansässig ist, versagt wird.<sup>149</sup> Nachrangig soll gem. Art. 9 Abs. 2 Buchst. b ATAD der Mitgliedstaat, in dem der Zahlungsempfänger ansässig ist, die Zahlung in diesem Staat in die Besteuerung mit aufnehmen.<sup>150</sup> Auch bei dieser Regelung wird eine Verrechnung der Betriebsausgaben mit doppelt berücksichtigten Einnahmen gewährt. Dies geht hier im Umkehrschluss aus Art. 2 Nr. 9 Unterabs. 2 Buchst. b ATAD hervor. Nach dem Wortlaut dieser Vorschrift entsteht eine hybride Gestaltung nur so weit, wie es dem Steuerpflichtigen gestattet ist, die Zahlung als Betriebsausgabe mit Erträgen zu verrechnen, die steuerlich nicht doppelt berücksichtigt werden.<sup>151</sup>

<sup>144</sup> vgl. OECD (2017), Neutralisierung der Effekte hybrider Gestaltungen, Aktionspunkt 2 – Abschlussbericht 2015, S. 77.

<sup>145</sup> vgl. OECD (2017), Neutralising the Effects of Branch Mismatch Arrangements, S. 43 ff.

<sup>146</sup> vgl. OECD (2017), Neutralising the Effects of Branch Mismatch Arrangements, Tz. 20.

<sup>147</sup> vgl. Kaminskiy, Korrespondenzregelungen zur Neutralisierung von Besteuerungsin Kongruenzen aufgrund hybrider Gestaltungen (2020), S. 110.

<sup>148</sup> vgl. Art. 2 Nr. 9 Unterabs. 1 a bis f ATAD der Richtlinie (EU) 2016/1164 des Rates vom 12. 7. 2016 zur Bekämpfung von Steuervermeidungspraktiken (ABl. L 193, Celex-Nr. 3 2016 L 1164); Kaminskiy, Korrespondenzregelungen zur Neutralisierung von Besteuerungsin Kongruenzen aufgrund hybrider Gestaltungen (2020), S. 110.

<sup>149</sup> vgl. Art. 9 Abs. 2 Buchst. a der Richtlinie (EU) 2016/1164 des Rates vom 12. 7. 2016 zur Bekämpfung von Steuervermeidungspraktiken (ABl. L 193, Celex-Nr. 3 2016 L 1164); Musil/Weber-Grellet/*Musil*, 2. Aufl. 2022, RL (EU) 2016/1164 Art. 9 Rn. 12.

<sup>150</sup> vgl. Art. 9 Abs. 2 Buchst. b der Richtlinie (EU) 2016/1164 des Rates vom 12. 7. 2016 zur Bekämpfung von Steuervermeidungspraktiken (ABl. L 193, Celex-Nr. 3 2016 L 1164); Musil/Weber-Grellet/*Musil*, 2. Aufl. 2022, RL (EU) 2016/1164 Art. 9 Rn. 12.

<sup>151</sup> vgl. Art. 2 Nr. 9 Unterabs. 2 Buchst. b ATAD der Richtlinie (EU) 2016/1164 des Rates vom 12. 7. 2016 zur Bekämpfung von Steuervermeidungspraktiken (ABl. L 193, Celex-Nr. 3 2016 L 1164); Kaminskiy, Korrespondenzregelungen zur Neutralisierung von Besteuerungsin Kongruenzen aufgrund hybrider Gestaltungen (2020), S. 126.

Die Regelungsempfehlungen der OECD bezüglich einer D/NI-Inkongruenz aufgrund von hybriden und umgekehrt hybriden Gesellschaften sind in Kapitel 3 und 4 des Abschlussberichts verankert.<sup>152</sup> Auch hier stimmen die Maßnahmen aus Art. 9 Abs. 2 ATAD mit den Regelungsempfehlungen der OECD grundsätzlich überein.<sup>153</sup> In beiden soll der Betriebsausgabenabzug im Ansässigkeitsstaat des Zahlenden vorrangig versagt und im Ansässigkeitsstaat des Zahlungsempfängers nachrangig in der Besteuerung inkludiert werden. Der OECD-Abschlussbericht hat in seinen Regelungsempfehlungen bezüglich umgekehrt hybriden Gesellschaften jedoch keine nachrangige Abwehrregelung verankert<sup>154</sup>, wodurch die ATAD-Vorgaben durch die Anwendung dieses Absatzes in Bezug auf umgekehrt hybride Gesellschaften über die Empfehlungen der OECD hinausgehen. Es ist jedoch zu beachten, dass die Anwendung der nachrangigen Abwehrregelung in Bezug auf umgekehrt hybride Gestaltungen quasi unmöglich ist. Art. 9 Abs. 2 ATAD findet nur Anwendung, wenn im Sinne des Anwendungsbereichs dieser Vorschrift gem. Art. 1 Abs. 1 Alt. 1 ATAD ein Körperschaftsteuersubjekt vorliegt (vgl. Kapitel C III 2).<sup>155</sup> Da die hybride Gesellschaft beim Tatbestand einer umgekehrt hybriden Gesellschaft aus Sicht ihres Ansässigkeitsstaats kein Körperschaftsteuersubjekt ist, würde dieser Staat die Vorgaben des Art. 9 Abs. 2 ATAD, nicht auf einen solchen Tatbestand anwenden.<sup>156</sup> Dies wird in der ATAD jedoch durch den im Zuge der ATAD II neu eingefügten Art. 9a ATAD ausgeglichen. Gem. Art. 1 Abs. 2 ATAD umfasst der Anwendungsbereich des Art. 9a ATAD auch Unternehmen, die von einem Mitgliedstaat transparent besteuert werden (vgl. Kapitel C III 2).<sup>157</sup> Art. 9a Abs. 1 ATAD bestimmt, dass der Ansässigkeitsstaat der zugrunde liegenden umgekehrt hybriden Gesellschaft die Einkünfte dieser besteuern soll, wenn die Nichtbesteuerung dieser zu einer Besteuerungsinkongruenz führen würde. Voraussetzung hierbei ist, neben dem Vorliegen eines Anteils an Stimmrecht, Kapital oder Gewinnbeteiligung ausländischer verbundener Unternehmen an dieser Gesellschaft von mindestens 50 %, dass ein kontrahierender Staat diese Gesellschaft als eigenständiges Steuersubjekt qualifiziert. Es kommt für die Anwendung des Art. 9a ATAD also auf die Einstufung der hybriden Gesellschaft durch den Ansässigkeitsstaat des Investors an.<sup>158</sup> Betrachtet dieser Staat die hybride Gesellschaft als eigenständiges Steuersubjekt, während der Ansässigkeitsstaat der Gesellschaft diese steuerlich transparent behandelt, soll der Ansässigkeitsstaat der hybriden Gesellschaft die Erträge dieser besteuern.<sup>159</sup> Durch diese Regelung könnte beispielsweise auch eine deutsche vermögensverwaltende Personengesellschaft mit im Ausland ansässigen Investoren in Deutschland mit ihren Einkünften steuerpflichtig werden.<sup>160</sup>

Im Branch Mismatch-Bericht sind die Regelungsempfehlungen der OECD bezüglich D/NI-Inkongruenzen aufgrund von hybriden Betriebsstätten in Kapitel 2 („diverted branch pay-

<sup>152</sup> vgl. OECD (2017), Neutralisierung der Effekte hybrider Gestaltungen, Aktionspunkt 2 – Abschlussbericht 2015, S. 57, 65.

<sup>153</sup> vgl. *Kahlenberg/Oppel*, IStR 2017, 205 (209).

<sup>154</sup> vgl. OECD (2017), Neutralisierung der Effekte hybrider Gestaltungen, Aktionspunkt 2 – Abschlussbericht 2015, Tabelle 1.1 S. 22, 65.

<sup>155</sup> vgl. Ditz/Wassermeyer in: *Steuer Office Gold*, Rz. 16, Stand: 01.07.2021.

<sup>156</sup> vgl. *Kaminskiy*, Korrespondenzregelungen zur Neutralisierung von Besteuerungsinkongruenzen aufgrund Hybrider Gestaltungen (2020), S. 134.

<sup>157</sup> vgl. Ditz/Wassermeyer in: *Steuer Office Gold*, Allgemeine Erläuterungen zu Vor §§ 7–14, Rz. 16, Stand: 01.07.2021.

<sup>158</sup> vgl. *Musil/Weber-Grellet/Musil*, 2. Aufl. 2022, RL (EU) 2016/1164 Art. 9a Rn. 5.

<sup>159</sup> vgl. *Musil/Weber-Grellet/Musil*, 2. Aufl. 2022, RL (EU) 2016/1164 Art. 9a Rn. 6.

<sup>160</sup> vgl. *Musil/Weber-Grellet/Musil*, 2. Aufl. 2022, RL (EU) 2016/1164 Art. 9a Rn. 1.



ment“ und „disregared branch structure“) und Kapitel 3 („deemed branch payment“) verankert.<sup>161</sup> In diesen Fällen stimmt die vorrangige Maßnahme aus Art. 9 Abs. 2 Buchst. a ATAD mit den Regelungsempfehlungen der OECD überein. Eine nachrangige Abwehrregelung bezüglich D/NI-Inkongruenzen beinhaltet der Branch Mismatch-Report, wie bereits ausgeführt (vgl. Kapitel C II 2), nicht.<sup>162</sup> Somit gehen die ATAD-Vorgaben in Bezug auf hybride Betriebsstätten durch die Anwendung der nachrangigen Abwehrregelung aus Art. 9 Abs. 2 Buchst. b ATAD auf diese über die Regelungsempfehlungen der OECD hinaus.

### **c) Beseitigung von importierten Besteuerungsinkongruenzen (Abs. 3)**

Die Beseitigung von importierten Besteuerungsinkongruenzen aufgrund von hybriden Gestaltungen ist in Art. 9 Abs. 3 ATAD geregelt. Dieser Absatz setzt eine hybride Gestaltung im Sinne des Art. 2 Nr. 9 Unterabs. 1 ATAD voraus, wodurch sämtliche Besteuerungsinkongruenzen, die hierunter aufgeführt sind, den Anwendungsbereich des Art. 9 Abs. 3 ATAD eröffnen.<sup>163</sup>

Wenn eine Zahlung von einem Ansässigen eines Mitgliedstaats, bei dem die Zahlung als Betriebsausgabe abgezogen werden kann, direkt oder indirekt im Ansässigkeitsstaat des Empfängers als Ertrag mit abzugsfähigen Aufwendungen, deren Abzug zu einer Besteuerungsinkongruenz führt, verrechnet wird, soll der Ansässigkeitsstaat des Zahlenden als Rechtsfolge gem. Art. 9 Abs. 3 Halbs. 1 ATAD den Abzug der Zahlung als Betriebsausgabe versagen.<sup>164</sup> In Art. 9 Abs. 3 Halbs. 2 ATAD ist eine Ausnahmeregelung verankert. Diese besagt, dass der Abzug der Zahlung nicht versagt werden soll, wenn die zugrunde liegende Besteuerungsinkongruenz in einem der an der zur Inkongruenz führenden Transaktion beteiligten Staaten bereits durch entsprechende Regelungen beseitigt wurde.<sup>165</sup>

Die Regelungsempfehlungen bezüglich importierter Besteuerungsinkongruenzen durch hybride Gesellschaften gehen aus Kapitel 8 des Abschlussberichts der OECD zu Aktionspunkt 2 hervor.<sup>166</sup> Im Branch Mismatch-Bericht sind die Regelungsempfehlungen bezüglich importierter Besteuerungsinkongruenzen durch hybride Betriebsstätten in Kapitel 5 („imported branch mismatch“) verankert. Die Empfehlungen aus diesen beiden Berichten sind aufgrund der hohen Überschneidungen der Tatbestände identisch (vgl. Kapitel C II 2).<sup>167</sup> Wie in Art. 9 Abs. 3 Halbs. 1 ATAD umgesetzt, empfehlen die OECD-Berichte die Versagung des Abzugs der Zahlung, die zum Import einer Besteuerungsinkongruenz führen würde.<sup>168</sup> Somit hat die ATAD die Regelungsempfehlungen der OECD in Bezug auf die Beseitigung importierter Besteuerungsinkongruenzen übereinstimmend umgesetzt.

<sup>161</sup> vgl. OECD (2017), *Neutralising the Effects of Branch Mismatch Arrangements*, S. 27, 35.

<sup>162</sup> vgl. *Kahlenberg*, IStR 2018, 93 (98f.).

<sup>163</sup> vgl. *Kaminskiy*, *Korrespondenzregelungen zur Neutralisierung von Besteuerungsinkongruenzen aufgrund Hybrider Gestaltungen* (2020), S. 147.

<sup>164</sup> vgl. *Musil/Weber-Grellet/Musil*, 2. Aufl. 2022, RL (EU) 2016/1164 Art. 9 Rn. 16.

<sup>165</sup> vgl. Art. 9 Abs. 3 Halbs. 2 ATAD der Richtlinie (EU) 2016/1164 des Rates vom 12. 7. 2016 zur Bekämpfung von Steuervermeidungspraktiken (ABl. L 193, Celex-Nr. 3 2016 L 1164) und *Kaminskiy*, *Korrespondenzregelungen zur Neutralisierung von Besteuerungsinkongruenzen aufgrund Hybrider Gestaltungen* (2020), S. 151f.

<sup>166</sup> vgl. OECD (2017), *Neutralisierung der Effekte hybrider Gestaltungen*, Aktionspunkt 2 – Abschlussbericht 2015, S. 95.

<sup>167</sup> vgl. OECD (2017), *Neutralising the Effects of Branch Mismatch Arrangements*, Tz. 23.

<sup>168</sup> vgl. OECD (2017), *Neutralisierung der Effekte hybrider Gestaltungen*, Aktionspunkt 2 – Abschlussbericht 2015, S. 95.

## **d) Zwischenfazit im Hinblick auf die Regelungsempfehlungen der OECD**

Art. 9 ATAD wurde erlassen, um die Umsetzung der wesentlichen Ergebnisse des BEPS-Projekts für die Mitgliedstaaten verbindlich zu machen und eine einheitliche, aufeinander abgestimmte Implementierung der Korrespondenzregelungen in die nationalen Rechtsordnungen sicherzustellen.<sup>169</sup> Insgesamt stimmen die Regelungen des Art. 9 Abs. 1 bis 3 ATAD mit den Regelungsempfehlungen aus dem Abschlussbericht der OECD zu Aktionspunkt 2 des BEPS-Projekts und aus dem Branch Mismatch-Bericht inhaltlich überein. Bei wenigen Ausnahmen wichen die Bestimmungen der ATAD, beispielsweise durch die Anwendung einer nachrangigen Abwehrregelung auf die D/NI-Inkongruenzen der hybriden Betriebsstätten, von den Regelungsempfehlungen der OECD ab. Die Regelungen der ATAD sind sehr allgemein gehalten, da sie nur einen Rahmen in Form eines Mindestschutzniveaus vorgeben<sup>170</sup>, nach der sich die Mitgliedstaaten in der Umsetzung der Maßnahmen orientieren sollen. Die Mitgliedstaaten haben folglich, sofern ihre Maßnahmen im Sinne des Richtlinienziels sind, einen enormen Umsetzungsspielraum.

## **D. § 4k EStG**

### **I. Hintergrund**

Im Mittelpunkt der Umsetzung der ATAD-Richtlinie in die nationale Rechtsordnung Deutschlands stand die Erlassung einer neuen Vorschrift in Form des § 4k EStG. Die Erlassung dieser Vorschrift wurde erstmals in einem Referentenentwurf des BMF am 10.12.2019 angekündigt.<sup>171</sup> Die tatsächliche Umsetzung dieser Vorschrift zog sich jedoch bis zum 25.06.2021.<sup>172</sup> Die Erlassung des § 4k EStG zur Umsetzung der ATAD-Vorgaben aus Art. 9 ATAD erfolgte vor dem Hintergrund, dass die Vorgaben der ATAD II gem. Art. 2 Abs. 1 ATAD II i. V. m. Art. 11 Abs. 5a ATAD bis zum 31.12.2019 umgesetzt werden sollten (vgl. Kapitel C II 1), zu spät. Aufgrund dieser verspäteten Umsetzung wurde von der EU-Kommission am 30.01.2020 ein Vertragsverletzungsverfahren gegen Deutschland eingeleitet.<sup>173</sup>

Besonders im Hinblick auf die hybride Gestaltung mit hybriden Gesellschaften und Betriebsstätten hat diese Vorschrift eine enorme Bedeutung, weil es bis zur Erlassung dieser Vorschrift keine speziellen Regelungen gab, die diese Steuervermeidungspraktiken behandelten.<sup>174</sup> Die Maßnahmen zur Beseitigung einer D/NI-Inkongruenz durch hybride Gestaltung mit hybriden Gesellschaften oder Betriebsstätten sind in § 4k Abs. 2 und 3 EStG

<sup>169</sup> vgl. Erwägungsgrund 2 der Richtlinie (EU) 2016/1164 des Rates vom 12. Juli 2016 mit Vorschriften zur Bekämpfung von Steuervermeidungspraktiken mit unmittelbaren Auswirkungen auf das Funktionieren des Binnenmarkts (ABl. L 193 S. 1).

<sup>170</sup> vgl. Ditz/Wassermeyer in: Steuer Office Gold, HI3177985 Rz. 17, Stand: 01.07.2021.

<sup>171</sup> vgl. RefE, Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Anti-Steuervermeidungsrichtlinie, 10.12.2019, S.1.

<sup>172</sup> vgl. Brandis/Heuermann/Pohl, 166. EL Februar 2023, EStG § 4k, Rn. 8.

<sup>173</sup> vgl. Bundestag-Drucksache 19/18056 vom 17. März 2020, S. 1.

<sup>174</sup> vgl. Kaminskiy, Korrespondenzregelungen zur Neutralisierung von Besteuerungsin kongruenzen aufgrund Hybrider Gestaltungen (2020), S. 233f.

verankert.<sup>175</sup> Aus § 4k Abs. 4 EStG geht die Maßnahme zur Beseitigung einer DD-Inkongruenz hervor.<sup>176</sup> § 4k Abs. 5 EStG soll zur Beseitigung von importierten Besteuerungsinkongruenzen dienen.<sup>177</sup> Der § 4k EStG ist ein sog. „treaty override“.<sup>178</sup> Das bedeutet, dass er in seinem Anwendungsbereich etwaige Regelungen, die in einem Doppelbesteuerungsabkommen getroffen wurden, verdrängt und vorrangig anzuwenden ist. Dies geht aus § 4k Abs. 7 EStG hervor, nach dem die Bestimmungen des § 4k EStG „ungeachtet der Vorschriften eines Abkommens zur Vermeidung der Doppelbesteuerung anzuwenden“ sind.<sup>179</sup> Grundvoraussetzungen für die Anwendung der Maßnahmen des § 4k EStG ist das Vorliegen von „Aufwendungen“ (vgl. § 4k Abs. 1 EStG). Dieser Begriff ist jedoch weder gesetzlich noch durch die Rechtsprechung oder Literatur einheitlich definiert.<sup>180</sup> Es könnten demnach sämtliche Wertabflüsse wie zum Beispiel Abschreibungen von diesem Begriff umfasst werden.<sup>181</sup>

## II. Anwendungsbereich

### 1. Persönlicher Anwendungsbereich

#### a) Allgemeines

Die Vorschriften des § 4k EStG sind nach dem in Abs. 6 verankerten persönlichen Anwendungsbereich auf Sachverhalte anwendbar, die sich zwischen nahestehenden Personen, Unternehmen und ihren Betriebsstätten oder Personen, die im Rahmen einer „strukturierten Gestaltung“ handeln, abspielen.<sup>182</sup>

#### b) Nahestehende Personen, Unternehmen und Betriebsstätten

Für die Auslegung des Begriffs der „nahestehenden Personen“ ist grundsätzlich § 1 Abs. 2 AStG maßgeblich.<sup>183</sup> Die Definition der „nahestehenden Personen“ aus § 1 Abs. 2 AStG wurde im Jahr 2021 angepasst. Wie auch die Einführung des § 4k EStG, wurde die Anpassung des § 1 Abs. 2 AStG am 25.06.2021 mit dem ATADUmsG beschlossen. Mit der Anpassung wurde das Tatbestandsmerkmal der „nahestehenden Personen“ auf den von der ATAD vorgegebenen Anwendungsbereich für Maßnahmen gegen hybride Gestaltungen erweitert.<sup>184</sup> Gem. § 1 Abs. 2 AStG können Personen zunächst einander „nahestehend“ sein, wenn nach Nr. 1a der Vorschrift eine wesentliche Beteiligung vorliegt. Eine wesentliche Beteiligung liegt hiernach ab einer Beteiligung von mindestens 25 % an einer Personen- oder Kapitalgesellschaft vor.<sup>185</sup> Hierbei sind seit dem ATADUmsG auch Merkmale von Personen, die miteinander gemeinsam handeln, zusammenzurechnen, um Steuerumgehungen durch beispielsweise der Ausgabe von Mehrfachstimmrechten zu umgehen (§ 4k Abs.

<sup>175</sup> vgl. *Kaminskiy* in: Frotscher/Geurts, EStG, § 4k EStG Rz. 73, 125, Stand: 14.09.2021.

<sup>176</sup> vgl. *Kaminskiy* in: Frotscher/Geurts, EStG, § 4k EStG Rz. 142, Stand: 14.09.2021.

<sup>177</sup> vgl. *Kaminskiy* in: Frotscher/Geurts, EStG, § 4k EStG Rz. 167, Stand: 14.09.2021.

<sup>178</sup> vgl. Brandis/Heuermann/*Pohl*, 166. EL Februar 2023, EStG § 4k, Rn. 189.

<sup>179</sup> vgl. *Zinowsky*, Die Vernunft als Maßstab findet Eingang in das Einkommensteuerrecht, IStR 2021, S. 500.

<sup>180</sup> vgl. Brandis/Heuermann/*Pohl*, 166. EL Februar 2023, EStG § 4k Rn. 43.

<sup>181</sup> vgl. *Greinert/Siebing*, Ubg 2020, 589 (594)

<sup>182</sup> vgl. Bundestag-Drucksache 19/28652 vom 19. April 2021, S. 40.

<sup>183</sup> vgl. Bundestag-Drucksache 19/28652 vom 19. April 2021, S. 40.

<sup>184</sup> vgl. Rupp in: Steuer Office Gold, HI14623156, Stand: 06.09.2021.

<sup>185</sup> vgl. Brandis/Heuermann/*Pohl*, 166. EL Februar 2023, AStG § 1, Rn. 60.

6 S. 2 EStG).<sup>186</sup> Des Weiteren liegen „nahestehende Personen“ gem. § 1 Abs. 2 Nr. 1b AStG auch vor, wenn eine Person gegenüber einem Steuerpflichtigen (oder umgekehrt) einen Anspruch auf eine Beteiligung am Gewinn- oder Liquidationserlös in Höhe von mindestens 25 % hat.<sup>187</sup> Ferner liegen „nahestehende Personen“ gem. § 1 Abs. 2 Nr. 2 AStG vor, wenn ein beherrschender Einfluss vorliegt. Dieser liegt vor, wenn eine Person auf einen Steuerpflichtigen (oder umgekehrt) einen beherrschenden Einfluss ausüben kann. Die tatsächliche Ausübung dieses beherrschenden Einflusses ist hierbei unerheblich.<sup>188</sup> Außerdem könnte eine „nahestehende Person“ gem. § 1 Abs. 2 Nr. 3 AStG vorliegen, wenn eine wesentliche Beteiligung oder Beherrschung durch eine dritte Person gegeben ist. Gem. § 1 Abs. 2 Nr. 4 Var. 1 AStG könnte „nahestehende Personen“ auch gegeben sein, wenn eine Einflussnahme außerhalb der Geschäftsbeziehung vorliegt. Schlussendlich könnten „nahestehende Personen“ vorliegen, wenn gem. § 1 Abs. 2 Nr. 4 Var. 3 AStG ein eigenes Interesse an der Einkünfteerzielung des Anderen vorliegt. Hierbei ist unerheblich, ob das Interesse ein persönliches oder wirtschaftliches ist. Auch ein Interesse dieser anderen Person an der eigenen Einkünfteerzielung müsste vorliegen. Ein Handeln im Fremdinteresse würde diesen Tatbestand nicht erfüllen.<sup>189</sup> Gem. § 4k Abs. 6 S. 2 EStG werden für Zwecke der Anwendung des

§ 1 Abs. 2 AStG auf den § 4k EStG bei einer Person, die mit einer anderen Person gemeinsam handelt, die jeweils einschlägigen Merkmale des § 1 Abs. 2 AStG der anderen Person zugerechnet. Ziel dieser Regelung ist der Ausschluss von Gestaltungen, durch die der § 4k EStG umgangen werden könnte.<sup>190</sup>

Über nahestehende Personen hinaus umfasst der § 4k Abs. 6 EStG auch Rechtsbeziehungen zwischen Stammhäusern und ihren Betriebsstätten.<sup>191</sup>

### c) Strukturierte Gestaltung

Die „Strukturierte Gestaltung“ im Sinne des § 4k Abs. 6 EStG ist in Satz 3 der Vorschrift definiert. Demnach gibt es zwei Alternativen, in denen eine strukturierte Gestaltung vorliegen könnte. Zunächst könnte eine „strukturierte Gestaltung“ gegeben sein, wenn ein Steuervorteil aus einer etwaigen Besteuerungsinkongruenz in einer vertraglichen Vereinbarung „ganz oder zum Teil“<sup>192</sup> miteinberechnet wurde. Außerdem könnte eine „strukturierte Gestaltung“ vorliegen, wenn die Vertragsbedingungen indizieren, dass ein Steuervorteil zu erwarten war.<sup>193</sup> Begrifflichkeiten wie „zugrunde liegende Umstände“ oder wann ein Steuervorteil zu „erwarten“ war, wird hierbei nicht klar definiert.<sup>194</sup> Dem Gesetzgeber nach soll bei der Prüfung dieser Alternative ein „objektiver Maßstab“<sup>195</sup> zur Auslegung zugrunde gelegt werden. Hierdurch ist unerheblich, ob der betroffene Steuerpflichtige selbst Kenntnis über die Entstehung eines Steuervorteils oder Beteiligung an einer strukturierter Gestaltung hatte.<sup>196</sup>

<sup>186</sup> vgl. Brandis/Heuermann/Pohl, 166. EL Februar 2023, EStG § 4k, Rn. 175.

<sup>187</sup> vgl. Rupp in: Steuer Office Gold, HI14623156, Stand: 06.09.2021.

<sup>188</sup> vgl. Brandis/Heuermann/Pohl, 166. EL Februar 2023, AStG § 1, Rn. 63.

<sup>189</sup> vgl. Brandis/Heuermann/Pohl, 166. EL Februar 2023, AStG § 1, Rn. 67.

<sup>190</sup> vgl. Bundestag-Drucksache 19/28652 vom 19. April 2021, S. 40.

<sup>191</sup> vgl. Brandis/Heuermann/Pohl, 166. EL Februar 2023, AStG § 1, Rn. 180.

<sup>192</sup> Bundestag-Drucksache 19/28652 vom 19. April 2021, S. 40.

<sup>193</sup> vgl. Bundestag-Drucksache 19/28652 vom 19. April 2021, S. 40.

<sup>194</sup> vgl. Zinowsky, IStR 2021, 500 (501).

<sup>195</sup> Bundestag-Drucksache 19/28652 vom 19. April 2021, S. 40.

<sup>196</sup> vgl. Bundestag-Drucksache 19/28652 vom 19. April 2021, S. 40.

Bezüglich einer „strukturierten Gestaltung“ gibt es in § 4k Abs. 6 S. 4 EStG eine Ausnahmeregelung.<sup>197</sup> Diese besagt, dass ein Beteiligter nicht als „Teil einer strukturierten Gestaltung“ behandelt wird, wenn unter objektiven Maßstäben „vernünftigerweise“ nicht davon ausgegangen werden kann, dass ihm der Steuervorteil bekannt gewesen ist und wenn dieser nachweisen kann, dass er nicht an dem steuerlichen Vorteil beteiligt wurde.<sup>198</sup> Im Umkehrschluss sind damit jedoch alle Steuerpflichtigen, die im Sinne von § 4k Abs. 6 S. 3 Alt. 1 EStG an einem steuerlichen Vorteil beteiligt wurden, ausnahmslos als Beteiligte einer strukturierten Gestaltung anzusehen.<sup>199</sup>

## 2. Zeitlicher Anwendungsbereich

### a) Allgemeines

Der zeitliche Anwendungsbereich des § 4k EStG bestimmt sich nach § 52 Abs. 8c S. 1 EStG. Hiernach sind die Regelungen des § 4k EStG auf solche Aufwendungen anzuwenden, die nach dem 31.12.2019 entstanden sind.<sup>200</sup> Ausgenommen von diesem zeitlichen Geltungsbereich sind Dauerschuldverhältnisse, die nach dem 31.12.2019 nicht ohne wesentliche Nachteile hätten vermieden werden können.<sup>201</sup> Ein wesentlicher Nachteil im Sinne dieser Vorschrift liegt vor, „wenn sämtliche mit der Vermeidung der Aufwendungen verbundenen Kosten den steuerlichen Vorteil infolge der Besteuerungsinkongruenz übersteigen“ (§ 52 Abs. 8c S. 3 EStG). Aufwendungen aus Dauerschuldverhältnissen, die nach dem 31.12.2019 wesentlich geändert wurden, gelten i. S. d. Satzes 4 dieser Vorschrift als nach diesem Zeitpunkt entstanden und fallen unter den Anwendungsbereich des § 4k EStG.<sup>202</sup> Ein solcher zeitlicher Anwendungsbereich kann zu unzähligen praktischen Problemen führen. Die betroffenen Steuerpflichtigen müssten nämlich sämtliche Aufwendungen seit dem 01.01.2020 dahingehend prüfen, ob durch diese Besteuerungsinkongruenzen entstanden sind oder importiert wurden. Außerdem müssen sie Dauerschuldverhältnisse, die bereits vor dem 01.01.2020 entstanden sind, dahingehend prüfen, ob sie ohne wesentliche Nachteile hätten vermieden werden können und von diesem zeitlichen Anwendungsbereich ausgeschlossen sind oder nicht.<sup>203</sup>

Vor allem birgt dieser zeitliche Anwendungsbereich jedoch eine verfassungsrechtliche Problematik. Dadurch, dass der § 4k EStG durch das ATADUmsG erst am 25.06.2021 in das Einkommensteuergesetz eingefügt wurde<sup>204</sup>, liegt zeitlich gesehen eine Rückwirkung dieser Vorschrift vor. Eine Rückwirkung liegt im Steuerrecht immer dann vor, wenn sich die steuerlichen Folgen einer Norm nicht erst mit der Verkündung der Norm oder im Nachhinein, sondern bereits für Sachverhalte, die vor dem Zeitpunkt der Verkündung der Norm abgeschlossen wurden, auswirken.<sup>205</sup> Die Rückwirkung einer belastenden Steuernorm kollidiert grundsätzlich einerseits mit dem verfassungsrechtlich abgesicherten Vertrauensschutz (Art.

<sup>197</sup> vgl. Bundestag-Drucksache 19/28652 vom 19. April 2021, S. 41.

<sup>198</sup> vgl. Bundestag-Drucksache 19/28652 vom 19. April 2021, S. 41.

<sup>199</sup> vgl. *Zinowsky*, IStR 2021, 500 (501).

<sup>200</sup> vgl. Eggert, in Littmann/Bitz/Pust, Das Einkommensteuerrecht, § 4k EStG Rn. 30, Stand: 01.06.2022.

<sup>201</sup> vgl. Gosch in: Kirchhof/Seer, Einkommensteuergesetz, § 4k Betriebsausgaben bei Besteuerungsinkongruenzen, Rn. 2.

<sup>202</sup> vgl. Gosch in: Kirchhof/Seer, Einkommensteuergesetz, § 4k Betriebsausgaben bei Besteuerungsinkongruenzen, Rn. 2.

<sup>203</sup> vgl. *Zinowsky*, IStR 2021, 500 (500).

<sup>204</sup> vgl. RefE, Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Anti-Steuervermeidungsrichtlinie, 10.12.2019, S.1

<sup>205</sup> vgl. Brandis/Heuermann/Ratschow, 166. EL Februar 2023, EStG § 2 Rn. 28.

20 Abs. 3 GG) und andererseits mit den Freiheitsrechten aus Art. 14 Abs. 1, 12 Abs. 1 und 2 Abs. 1 GG.<sup>206</sup> Somit ist die Verfassungskonformität dieser Rückwirkung äußerst fraglich.

Das Bundesverfassungsgericht differenziert bei gesetzlichen Rückwirkungen zwischen einer „echten Rückwirkung“ und einer „unechten Rückwirkung“.<sup>207</sup>

### aa) Echte Rückwirkung

Nach der Auffassung des Bundesverfassungsgerichts liegt eine echte Rückwirkung vor, wenn eine eingeführte Rechtsnorm in bereits abgewickelte Sachverhalte der Vergangenheit eingreift.<sup>208</sup> Auf das Steuerrecht bezogen liegt eine echte Rückwirkung vor, wenn eine Steuerschuld zum Zeitpunkt der Verkündung des neuen Gesetzes bereits entstanden ist und durch das Gesetz nachträglich abgeändert wird.<sup>209</sup> In der Einkommensteuer liegt diese vor, wenn ein Gesetz auf einen bereits abgelaufenen Veranlagungszeitraum angewendet werden soll.<sup>210</sup> Grund für die Anknüpfung an die Veranlagungszeiträume ist, dass die Einkommensteuer gem. § 38 AO i. V. m. § 36 Abs. 1 EStG erst mit Ablauf des Veranlagungszeitraums entsteht.<sup>211</sup> Gem. § 25 Abs. 1 EStG läuft in der Einkommensteuer der Veranlagungszeitraum mit Ablauf des Kalenderjahres ab.

Zur Ermittlung, ob eine echte Rückwirkung vorliegt, tendiert das Bundesverfassungsgericht dazu, auf den Zeitpunkt der Verkündung oder Bekanntgabe einer Norm oder des Gesetzesbeschlusses des Bundestags abzustellen.<sup>212</sup> Referentenentwürfe, die zu einem früheren Zeitpunkt veröffentlicht wurden, erfüllen diese Voraussetzungen grundsätzlich nicht.<sup>213</sup> Echte Rückwirkungen sind verfassungsrechtlich grundsätzlich unzulässig, da das Vertrauen des Bürgers in den Fortbestand von Rechtsnormen für Tatbestände, die bereits abgewickelt sind, eine nachträgliche Verschlechterung grundsätzlich ausschließt.<sup>214</sup> In bestimmten Ausnahmefällen könnte eine echte Rückwirkung jedoch verfassungsrechtlich doch zulässig sein:

Beispielsweise könnte eine echte Rückwirkung zulässig sein, wenn die Neuregelung einer Vorschrift für die Betroffenen in dem Zeitpunkt, der von der Rückwirkung betroffen ist, absehbar gewesen ist und sie mit einer Neuregelung rechnen mussten.<sup>215</sup> Ferner sind echte Rückwirkungen zulässig, wenn bei diesen ungültiges Recht durch gültiges Recht ersetzt werden soll oder wenn sie dazu dienen, eine aktuell unklare Rechtslage zu beseitigen.<sup>216</sup> Außerdem könnte eine echte Rückwirkung zulässig sein, wenn zwingende Gemeinwohlgründe vorliegen, die den Vertrauensschutz der Betroffenen überwiegen oder wenn für die

<sup>206</sup> vgl. Tcherveniachki, in Flick/Wassermeyer/Baumhoff/Schönfeld, Außensteuerrecht, Kommentar, §4k EStG Rz. 10, Stand: 01.10.2021.

<sup>207</sup> vgl. Tcherveniachki, in Flick/Wassermeyer/Baumhoff/Schönfeld, Außensteuerrecht, Kommentar, §4k EStG Rz. 10, Stand: 01.10.2021.

<sup>208</sup> vgl. BVerfGE 97, 67 <79> zit. nach BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 07. Juli 2010 - 2 BvL 1/03 -, Rn. 67.

<sup>209</sup> vgl. BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 07. Juli 2010 - 2 BvL 1/03 -, Rn. 70.

<sup>210</sup> vgl. Brandis/Heuermann/Ettlich, 166. EL Februar 2023, EStG § 36 Rn. 31.

<sup>211</sup> vgl. BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 07. Juli 2010 - 2 BvL 1/03 -, Rn. 70.

<sup>212</sup> vgl. Dürig/Herzog/Scholz/Grzeszick, 99. EL September 2022, GG Art. 20, VII. Rechtsstaat, Rn. 81 m. w. N.

<sup>213</sup> vgl. Dürig/Herzog/Scholz/Grzeszick, 99. EL September 2022, GG Art. 20, VII. Rechtsstaat, Rn. 81 m. w. N.

<sup>214</sup> vgl. Dürig/Herzog/Scholz/Grzeszick, 99. EL September 2022, GG Art. 20, VII. Rechtsstaat, Rn. 80

<sup>215</sup> vgl. BVerfG 17.12.2013 - 1 BvL 5/08 m. w. N.

<sup>216</sup> vgl. BVerfG 17.12.2013 - 1 BvL 5/08 m. w. N.

Betroffenen durch die Rückwirkung kein erheblicher Nachteil entsteht und nur verfahrensrechtliche Vorschriften mit geringer Bedeutung von der Rückwirkung betroffen sind.<sup>217</sup> Grundsätzlich verliert das Vertrauen des Bürgers in den Fortbestand der bestehenden Rechtsordnung mit einem endgültigen Beschluss im Bundestag seine Schutzwürdigkeit, da den Betroffenen ab diesem Zeitpunkt eine Anpassung ihres Verhaltens an die neue Rechtslage zumutbar ist.<sup>218</sup>

## **bb) Unechte Rückwirkung**

Eine unechte Rückwirkung liegt laut dem Bundesverfassungsgericht vor, wenn sich die zugrunde liegende Änderung der Rechtslage auf Sachverhalte bezieht, die noch nicht abgeschlossen sind.<sup>219</sup> Im Einkommensteuerrecht liegt diese vor, wenn ein Gesetz seine Wirkung auf den laufenden Veranlagungszeitraum entfalten soll.<sup>220</sup>

Unechte Rückwirkungen gesetzlicher Normen sind „nicht grundsätzlich unzulässig“ und können somit unter milderer Voraussetzungen als verfassungskonform angesehen werden.<sup>221</sup> Sie sind jedoch nur mit dem verfassungsrechtlich geschützten Vertrauensschutz vereinbar, wenn die Änderung zur „Förderung des Gesetzeszwecks erforderlich und geeignet ist.“<sup>222</sup> Die Zulässigkeit einer unechten Rückwirkung wird daher durch eine Güterabwägung zwischen dem Recht des Staates, seine Gesetzgebung weiterzuentwickeln und an die Zeit anzupassen und dem verfassungsrechtlich geschützten Vertrauensschutz des Bürgers aus Art. 20 Abs. 3 GG, ermittelt.<sup>223</sup> In dieser Güterabwägung hat der Vertrauensschutz der Bürger grundsätzlich den Vorrang, wenn die für die Erreichung des Gemeinwohlzwecks beabsichtigte Rückwirkung sich als nicht verhältnismäßig erweist und der Gesetzeszweck somit nicht erreicht werden kann, die Rückwirkung für die Erreichung des Gesetzeszwecks nicht erforderlich ist oder die Interessen der Betroffenen in den Fortbestand der bestehenden Regelungen die Interessen des Gesetzgebers überwiegen.<sup>224</sup> Hauptkriterien für die Ermittlung des Gewichts des Vertrauensschutzes der Bürger in einer solchen Güterabwägung sind demnach die grundrechtlich geschützten Rechtsgüter und die Intensität der Nachteile durch die Rückwirkung sowie die Schutzwürdigkeit des Vertrauens der Bürger.<sup>225</sup>

## **b) Rückwirkung des § 4k EStG**

Bei der Würdigung der Verfassungskonformität der Rückwirkung des § 4k EStG ist zunächst fraglich, ob eine echte oder unechte Rückwirkung dieser Vorschrift vorliegt. Wie zuvor ausgeführt ist für diese Erörterung in der Einkommensteuer ausschlaggebend, auf welche Veranlagungszeiträume die Regelungen dieser Vorschrift Anwendung findet.<sup>226</sup> Ist der § 4k

<sup>217</sup> vgl. Dürig/Herzog/Scholz/Grzeszick, 99. EL September 2022, GG Art. 20, VII. Rechtsstaat, Rn. 87 m. w. N.

<sup>218</sup> vgl. Pahlke in: Schwarz/Pahlke/Keß, AO, § 4 AO, Rz. 87, Stand: 02.06.2016 m. w. N.

<sup>219</sup> vgl. BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 07. Juli 2010 - 2 BvL 1/03 -, Rn. 68.

<sup>220</sup> vgl. BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 07. Juli 2010 - 2 BvL 1/03 -, Rn. 70.

<sup>221</sup> vgl. BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 07. Juli 2010 - 2 BvL 1/03 -, Rn. 68.

<sup>222</sup> Pahlke in: Schwarz/Pahlke/Keß, AO, § 4 AO, Rz. 88, Stand: 02.06.2016.

<sup>223</sup> vgl. Dürig/Herzog/Scholz/Grzeszick, 99. EL September 2022, GG Art. 20, VII. Rechtsstaat, Rn. 88.

<sup>224</sup> vgl. Dürig/Herzog/Scholz/Grzeszick, 99. EL September 2022, GG Art. 20, VII. Rechtsstaat, Rn. 89 m. w. N.

<sup>225</sup> vgl. Dürig/Herzog/Scholz/Grzeszick, 99. EL September 2022, GG Art. 20, VII. Rechtsstaat, Rn. 90 m. w. N.

<sup>226</sup> vgl. Brandis/Heuermann/Ettlich, 166. EL Februar 2023, EStG § 36 Rn. 31.

EStG zum Zeitpunkt seiner Einführung auf einen abgeschlossenen Veranlagungszeitraum anzuwenden, liegt in ihm eine verfassungsrechtlich grundsätzlich unzulässige echte Rückwirkung vor (vgl. Kapitel D VII 1 a).<sup>227</sup> Ist die Vorschrift zum Zeitpunkt ihrer Einführung auf den laufenden Veranlagungszeitraum anzuwenden, liegt eine verfassungsrechtlich nicht grundsätzlich unzulässige unechte Rückwirkung vor (vgl. Kapitel D VII 1 b).<sup>228</sup> Zur Ermittlung, welche Art der Rückwirkung vorliegt, stellt der Gesetzgeber meist auf den Zeitpunkt des Gesetzesbeschlusses ab (vgl. Kapitel D VII 1 a).<sup>229</sup> Der § 4k EStG wurde durch das ATADUmsG am 25.06.2021 in das EStG eingeführt (vgl. Kapitel D I).<sup>230</sup> Er soll gem. § 52 Abs. 8c EStG auf Aufwendungen angewendet werden, die zeitlich nach dem 31.12.2019, also ab dem 01.01.2020 entstanden sind (siehe Kapitel D II 3).<sup>231</sup> Da Veranlagungszeiträume gem. § 25 Abs. 1 EStG mit dem Ablauf des Kalenderjahres enden, sind hierdurch die Veranlagungszeiträume 2020 und 2021 von der Rückwirkung betroffen. Folglich liegt eine verfassungsrechtlich grundsätzlich unzulässige echte Rückwirkung auf den Veranlagungszeitraum 2020 und eine verfassungsrechtlich nicht grundsätzlich unzulässige unechte Rückwirkung auf den Veranlagungszeitraum 2021 vor.<sup>232</sup>

Mithin ist zunächst fraglich, ob die zugrunde liegende echte Rückwirkung verfassungskonform ist. Hierfür ist ausschlaggebend, ob der Gesetzgeber ein besonderes Interesse hatte, die mit der Handlung intendierten Ziele auch nachträglich in Bezug auf in der Vergangenheit bereits abschließend verwirklichte Sachverhalte zu erreichen, das gleichzeitig das verfassungsrechtlich geschützte Vertrauen der betroffenen Steuerpflichtigen in den Fortbestand der Rechtsordnung überwiegt.<sup>233</sup>

Der Bund rechtfertigt die Rückwirkung des § 4k EStG, indem er sich auf die Vorgaben der ATAD-Richtlinie aus Art. 11 Abs. 5a ATAD und Art. 2 ATAD II stützt. Außerdem ist er der Auffassung, dass kein schutzwürdiges Vertrauen der betroffenen Steuerpflichtigen vorliegt, weil der Inhalt der Regelung durch die Veröffentlichung des Referentenentwurfs am 10.12.2019 bereits vor dem 01.01.2020 bekannt gewesen sei.<sup>234</sup> In Bezug auf die Anpassungen, die seit der Veröffentlichung des Referentenentwurfs getätigt wurden, spricht der Bund von „kleineren redaktionellen Anpassungen“.<sup>235</sup> Darüber hinaus gibt es die Auffassung, dass das Vertrauen der Steuerpflichtigen in den Fortbestand der Rechtslage ohnehin durch die Erlassung der ATAD bereits als zerstört angesehen werden müsste.<sup>236</sup>

Diese Auffassungen werden jedoch stark kritisiert. Zunächst könne die Zerstörung des Vertrauens der Betroffenen nicht durch den Erlass der ATAD-Richtlinie begründet werden, weil diese gem. Art. 3 ATAD nur ein Mindestschutzniveau gewährleistet, wodurch die Mitgliedstaaten einen weiten Umsetzungsspielraum haben<sup>237</sup>, auf den sich die Betroffenen nicht

<sup>227</sup> vgl. BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 07. Juli 2010 - 2 BvL 1/03 -, Rn. 70.

<sup>228</sup> vgl. BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 07. Juli 2010 - 2 BvL 1/03 -, Rn. 70.

<sup>229</sup> vgl. Dürig/Herzog/Scholz/Grzeszick, 99. EL September 2022, GG Art. 20, VII. Rechtsstaat, Rn. 81.

<sup>230</sup> vgl. Brandis/Heuermann/Pohl, 166. EL Februar 2023, EStG § 4k, Rn. 175.

<sup>231</sup> vgl. Eggert, in Littmann/Bitz/Pust, Das Einkommensteuerrecht, § 4k EStG Rn. 30, Stand: 01.06.2022.

<sup>232</sup> vgl. Tcherneniachki, in: Flick/Wassermeyer/Baumhoff/Schönfeld, Außensteuerrecht, Kommentar, §4k EStG Rz. 10, Stand: 01.10.2021.

<sup>233</sup> vgl. Hey, DStR 2007, 1 (7).

<sup>234</sup> vgl. Bundesrat-Drucksache 245/21 vom 26.03.2021 S. 46; Bundestag-Drucksache 19/28652 vom 19. April 2021, S. 42; RefE, Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Anti-Steuervermeidungsrichtlinie, S. 1, 10.12.2019.

<sup>235</sup> vgl. Bundestag-Drucksache 19/29848 vom 19. Mai 2021, S. 48.

<sup>236</sup> vgl. Rüsck, IStR 2021, 380 (381).

<sup>237</sup> vgl. Ditz/Wassermeyer in: Steuer Office Gold, Vor §§ 7-14 Rz. 17, Stand: 01.07.2021.



von vornherein einstellen konnten. Des Weiteren ist zweifelhaft, dass das Vertrauen der von der Rückwirkung Betroffenen als zerstört angesehen werden muss, weil der Inhalt der Regelungen bereits vor dem 31.12.2019 durch die Veröffentlichung des Referentenentwurfs am 10.12.2019 bekannt gewesen ist.<sup>238</sup> Grund hierfür ist einerseits, dass der Referentenentwurf noch nicht die finale Fassung des § 4k EStG beinhaltete, auch wenn die Unterschiede zur finalen Fassung von geringer Bedeutung sind.<sup>239</sup> Andererseits reichte nach bisheriger Rechtsprechung die Veröffentlichung eines Referentenentwurfs ohnehin nicht aus, um das Vertrauen der Betroffenen in den Fortbestand der Rechtslage zu zerstören. Erforderlich war vielmehr ein Kabinettsbeschluss, der zu diesem Zeitpunkt nicht vorlag.<sup>240</sup>

Es ist grundsätzlich fraglich, ob die Verpflichtung der Bundesregierung, bis zum 31.12.2019 eine den ATAD-Vorgaben entsprechenden Vorschrift in ihr nationales Recht umzusetzen, eine Rückwirkung zu Lasten der betroffenen Steuerpflichtigen rechtfertigen könne.<sup>241</sup> Nach dem Wortlaut des Art. 11 Abs. 5a der ATAD mussten die entsprechenden Vorgaben der ATAD bis zum 31.12.2019 erlassen und veröffentlicht werden. Der Referentenentwurf, der am 10.12.2019 veröffentlicht wurde, enthielt jedoch noch nicht die finale Fassung des § 4k EStG.<sup>242</sup> Das bedeutet, dass es sowohl an einer Erlassung als auch einer Veröffentlichung der finalen Fassung des § 4k EStG bis zur vorgegebenen Frist fehlt. Hierdurch ist anzuzweifeln, dass die ATAD-Vorgaben durch eine rückwirkende Anwendung des § 4k EStG nachträglich erfüllt werden können.<sup>243</sup>

Folglich wird eine vorliegende Rückwirkung des § 4k EStG überwiegend abgelehnt. Sollte es sich um eine verfassungswidrige Rückwirkung handeln, müsste der zeitliche Anwendungsbereich dieser Vorschrift geändert werden. Eine mögliche Änderung wäre, den § 4k EStG auf Aufwendungen ab dem 01.01.2022 anzuwenden.<sup>244</sup> Zur endgültigen Klärung der Frage, ob die Rückwirkung des § 4k EStG verfassungswidrig ist oder nicht, bleibt zum aktuellen Zeitpunkt ein Klageverfahren abzuwarten. Da sich die verfassungsrechtliche Streitigkeit lediglich auf den zeitlichen Anwendungsbereich des § 4k EStG bezieht, ist der Inhalt des § 4k EStG von dieser Streitigkeit nicht betroffen. Dieser wird unabhängig davon, ab welchem Veranlagungszeitraum er angewendet wird, Bestand haben.

---

<sup>238</sup> vgl. Deutscher Bundestag, Finanzausschuss, Wortprotokoll der 137. Sitzung, Protokoll-Nr. 19/137, 03. Mai, Anlage 5: Stellungnahme von Herrn Dr. Arne Schnitger, Pricewaterhouse Coopers GmbH, S. 9.

<sup>239</sup> vgl. Bundestag-Drucksache 19/29848 vom 19. Mai 2021, S. 48.

<sup>240</sup> vgl. Kaminskiy in: Frotscher/Geurts, EStG, § 4k EStG, Rz. 41, Stand: 14.09.2021; Tcherveniachki, in: Flick/Wassermeyer/Baumhoff/Schönfeld, Außensteuerrecht, Kommentar, §4k EStG Rz. 10, Stand: 01.10.2021m. w. N.

<sup>241</sup> vgl. Deutscher Bundestag, Finanzausschuss, Wortprotokoll der 137. Sitzung, Protokoll-Nr. 19/137, 03. Mai, Anlage 2: Stellungnahme von Herrn Prof. Dr. Xaver Ditz, Flick Gocke Schaumburg, S. 8.

<sup>242</sup> vgl. RefE, Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Anti-Steuervermeidungsrichtlinie, 10.12.2019.

<sup>243</sup> vgl. Institut der Wirtschaftsprüfer, Stellungnahme zum Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Anti-Steuervermeidungsrichtlinie (ATAD-Umsetzungsgesetz – ATADUmsG) vom 30.04.2021, S. 5.

<sup>244</sup> vgl. Institut der Wirtschaftsprüfer, Stellungnahme zum Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Anti-Steuervermeidungsrichtlinie (ATAD-Umsetzungsgesetz – ATADUmsG) vom 30.04.2021, S. 6.

### III. Abzugsbeschränkungen bei D/NI-Inkongruenzen

Zur Umsetzung des Art. 9 Abs. 2 Buchst. a i. V. m. Art. 2 Abs. 9 Unterabs. 1 Buchst. e und f ATAD wurde § 4k Abs. 2 S. 1 EStG in das EStG eingefügt.<sup>245</sup> Diese Regelung bezieht sich explizit auf Aufwendungen jeglicher Art, die in Deutschland abgezogen werden sollen, obwohl sie nicht in der steuerlichen Bemessungsgrundlage des anderen Staates berücksichtigt werden (D/NI-Inkongruenzen).<sup>246</sup> Diese Vorschrift regelt zunächst den Fall einer Zahlung eine inländischen hybride Gesellschaft, an der ausländische Gesellschafter beteiligt sind („Inbound-Hybrids“) oder (fiktiven) Zahlungen zwischen inländischen Betriebsstätten und ihrem ausländischen Stammhaus (deemed branch payment).<sup>247</sup> Damit setzt diese Vorschrift im Sinne der Regelungsempfehlungen der OECD (vgl. Kapitel C I 2 und C II 2) und den damit übereinstimmenden ATAD-Vorgaben (vgl. Kapitel C III 5 c) die vorrangige Gegenmaßnahme gegen D/NI-Inkongruenzen aufgrund von hybriden Gesellschaften und hybriden Betriebsstätten um.

Zur Eröffnung des Anwendungsbereichs dieser Vorschrift muss eine „vom deutschen Recht abweichende steuerliche Behandlung des Steuerpflichtigen“ (§ 4k Abs. 2 S. 1 EStG) vorliegen, welche im Ergebnis dazu führt, dass die Erträge keiner „tatsächlichen Besteuerung“ unterliegen.<sup>248</sup> Hierbei reicht eine bloße Niedrigbesteuerung nicht aus.<sup>249</sup> Die abweichende steuerliche Zuordnung oder Zurechnung muss der alleinige Grund für die Nichtbesteuerung sein.<sup>250</sup> Eine „abweichende steuerliche Behandlung“ ist gegeben, wenn der Ansässigkeitsstaat des Zahlungsempfängers die zahlende Gesellschaft oder Betriebsstätte steuerlich anders qualifiziert als der Ansässigkeitsstaat der Gesellschaft oder der Stammhausstaat.<sup>251</sup> Der Anwendungsbereich dieser Norm wird nicht durch eine Nichtbesteuerung aus anderen Gründen eröffnet.<sup>252</sup> Liegen diese Voraussetzungen für die Anwendungen des § 4k Abs. 2 S. 1 EStG vor, versagt Deutschland den Abzug der Aufwendungen.<sup>253</sup>

Bezogen auf die Fallbeispiele der D/NI-Sachverhalte aus Kapitel B II 2 b aa und B II 3 b cc (deemed branch payment) bedeutet das, dass Deutschland keinen Abzug der Zinsaufwendungen der D-GmbH bzw. der D Branch gestattet.

Für dieses Abzugsverbot ist in § 4k Abs. 2 S. 3 EStG ist eine Ausnahme verankert. Diese Vorschrift setzt Art. 9 i. V. m. Art. 2 Abs. 9 Unterabs. 2 Buchst. b der ATAD um.<sup>254</sup> Die Ausnahme besteht darin, dass ein Abzug gewährt wird, wenn den Aufwendungen Erträge desselben Steuerpflichtigen gegenüberstehen, die im Inland und auch nachweislich im jeweils anderen Staat besteuert werden.<sup>255</sup> Hintergrund dieser Regelung ist die Begriffsbestimmung nach Art. 2 Unterabs. 2 Buchst. b ATAD. Nach dieser entsteht eine hybride Gestaltung nur in Sachverhalten, in denen der Abzug der Betriebsausgaben im Land des Zahlenden mit Beträgen verrechnet wird, die steuerlich nicht doppelt berücksichtigt werden. Folglich steht diese Ausnahme im Einklang mit den ATAD-Vorgaben.

<sup>245</sup> vgl. Bundestag-Drucksache 19/28652 vom 19. April 2021, S. 35.

<sup>246</sup> vgl. Bundestag-Drucksache 19/28652 vom 19. April 2021, S. 35.

<sup>247</sup> vgl. Gosch in: Kirchhof/Seer, Einkommensteuergesetz, § 4k Betriebsausgaben bei Besteuerungsin kongruenzen, Rn. 10.

<sup>248</sup> vgl. Bundestag-Drucksache 19/28652 vom 19. April 2021, S. 35.

<sup>249</sup> vgl. Brandis/Heuermann/Pohl, 166. EL Februar 2023, EStG § 4k, Rn. 88.

<sup>250</sup> vgl. Gosch in: Kirchhof/Seer, Einkommensteuergesetz, § 4k Betriebsausgaben bei Besteuerungsin kongruenzen, Rn. 10.

<sup>251</sup> vgl. Bundestag-Drucksache 19/28652 vom 19. April 2021, S. 35.

<sup>252</sup> vgl. Brandis/Heuermann/Pohl, 166. EL Februar 2023, EStG § 4k, Rn. 88.

<sup>253</sup> vgl. Bundestag-Drucksache 19/28652 vom 19. April 2021, S. 35.

<sup>254</sup> vgl. Bundestag-Drucksache 19/28652 vom 19. April 2021, S. 36.

<sup>255</sup> vgl. Brandis/Heuermann/Pohl, 166. EL Februar 2023, EStG § 4k Rn. 104.

§ 4k Abs. 2 S. 2 EStG dient der Umsetzung des Artikel 9 Absatz 2 Buchstabe b i. V. m. Artikel 2 Absatz 9 Unterabsatz 1 Buchstabe e der ATAD und beseitigt D/NI – Inkongruenzen, die infolge der Anwendung des § 39 Abs. 2 Nr. 2 AO entstehen.<sup>256</sup> Diese Vorschrift beseitigt Besteuerungsin kongruenzen, die durch hybride Gesellschaften in einem Outbound-Fall, also wenn ein inländischer Gesellschafter an einer ausländischen hybriden Gesellschaft beteiligt ist, verursacht wurden.<sup>257</sup> Sie greift nur ein, wenn der ausländische Staat die Besteuerungsin kongruenz nicht bereits durch eine eigene Regelung neutralisiert hat.<sup>258</sup> Sie fungiert vor dem Hintergrund der von der OECD empfohlenen und von der ATAD vorgegebenen Korrespondenzregelungen folglich als nachrangige Abwehrregelung.<sup>259</sup> § 39 Abs. 2 Nr. 2 AO regelt die Zurechnung der Wirtschaftsgüter im Gesamthandsvermögen (Bruchteilsbetrachtung).<sup>260</sup> Diese Regelung könnte dazu führen, dass eine Leistungsbeziehung zwischen eines in Deutschland ansässigen Gesellschafters mit einer ausländischen, aus deutscher Sicht vermögensverwaltenden Personengesellschaft, die in ihrem Ansässigkeitsstaat intransparent besteuert wird, für steuerliche Zwecke als nicht existent angesehen wird<sup>261</sup>, wie im folgenden Beispiel veranschaulicht wird:

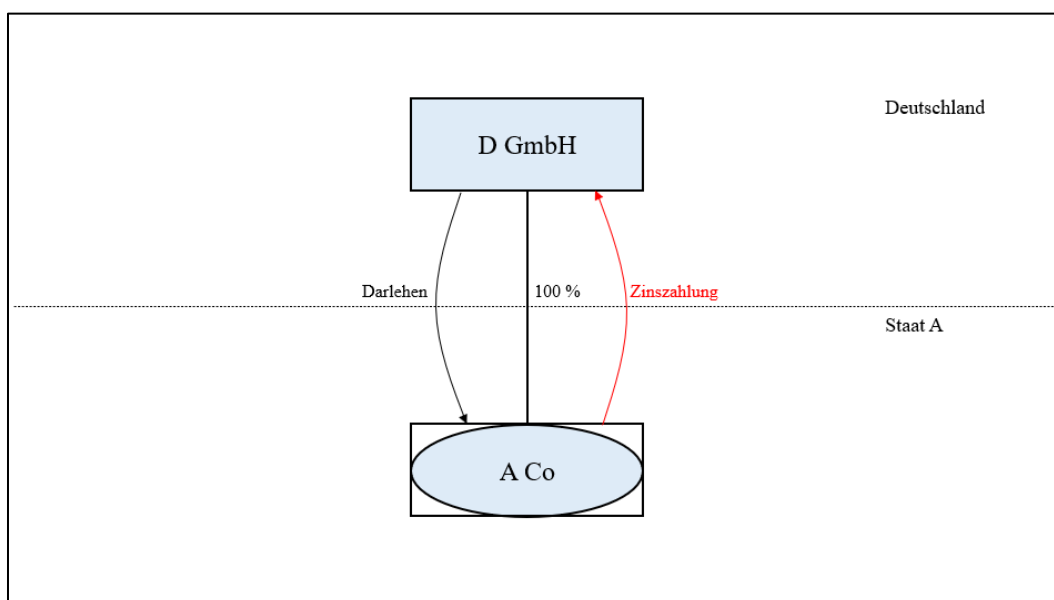


Abb. 10: D/NI-Inkongruenz in einem Outbound-Fall  
selbst erstellte Grafik in Anlehnung an: *Latrovalis/Link, Steueranwaltsmagazin 2+3/2020, 48 (53)*

Im vorliegenden Fall unterhält die D GmbH in Staat A eine Tochtergesellschaft in Form der A Co. Aus deutscher Sicht ist die A Co eine vermögensverwaltende Personengesellschaft. Staat A qualifiziert die A Co hingegen als intransparent. Die D GmbH vergibt an die A Co ein Darlehen und erhält von dieser dafür Zinszahlungen. Hier könnte die A Co aufgrund deren intransparenten Besteuerung in Staat A die darauf entfallenden Zinsen als Aufwand geltend machen, während die Zinserträge in Deutschland beim Gesellschafter gar nicht in die Besteuerung mit einfließen.<sup>262</sup>

<sup>256</sup> vgl. Brandis/Heuermann/Pohl, 166. EL Februar 2023, EStG, § 4k Rn. 98; Bundestag-Drucksache 19/28652 vom 19. April 2021, S. 35.

<sup>257</sup> vgl. Zinowsky, IStR 2021, 500 (504).

<sup>258</sup> vgl. Bundestag-Drucksache 19/28652 vom 19. April 2021, S. 36.

<sup>259</sup> vgl. Zinowsky, IStR 2021, 500 (504).

<sup>260</sup> vgl. Wacker, DStR 2005, 2014 (2014).

<sup>261</sup> vgl. Brandis/Heuermann/Pohl, 166. EL Februar 2023, EStG § 4k, Rn. 98.

<sup>262</sup> Beispiel in Anlehnung an: *Latrovalis/Link, Steueranwaltsmagazin 2+3/2020, 48 (53)*

Wenn Staat A die Besteuerungsinakongruenz nicht durch eine dem § 4k Abs. 2 S. 1 EStG entsprechenden Maßnahme versagt, setzt der § 4k Abs. 2 S. 2 EStG den § 39 Abs. 2 Nr. 2 AO in Bezug auf die zu einer Besteuerungsinakongruenz führenden schuldrechtlichen Beziehungen außer Kraft. Die Leistungsbeziehung zwischen dem Gesellschafter und der vermögensverwaltenden Personengesellschaft werden steuerlich anerkannt und die im vorliegenden Beispiel von der A Co erhaltenen Zinserträge werden auf Ebene der D GmbH in Deutschland in die steuerliche Bemessungsgrundlage mit aufgenommen.<sup>263</sup>

Zur Neutralisierung der D/NI-Inkongruenzen, die nicht unter § 4k Abs. 1 und 2 EStG fallen, wurde der Absatz 3 des § 4k EStG mit in das Gesetz eingefügt. Im Gegensatz zu Absatz 2, welcher Zahlungen von einem hybriden Rechtsträger oder einer Betriebsstätte erfasst, beseitigt der Absatz 3 Inkongruenzen, die durch eine Zahlung an einen hybriden Rechtsträger oder eine Betriebsstätte verursacht werden.<sup>264</sup> Diese Vorschrift dient zur Umsetzung des Art. 9 Abs. 2 Buchst. a i. V. m. Art. 2 Abs. 9 Unterabs. 1 Buchst. b, c und d der ATAD.<sup>265</sup> Sie wird folglich insbesondere bei Zuordnungskonflikten im Zusammenhang mit Zahlungen an umgekehrt hybride Gesellschaften (vgl. Kapitel B II 2 b aa), disregarded branch structures (vgl. Kapitel B II 3 b aa) und diverted branch payments (vgl. Kapitel B II 3 b bb) angewendet.<sup>266</sup> In all diesen Tatbeständen liegt ein Konflikt zwischen zwei ausländischen Rechtsordnungen aus Sicht des Zahlenden vor. Diese Konflikte führen dazu, dass steuerlich ein Abzug der zugrunde liegenden Zahlung auf der Ebene des Zahlenden vorliegt, ohne dass diese Zahlung als Ertrag in einem anderen Staat besteuert wird.

Der § 4k Abs. 3 EStG gibt in diesen Fällen die Anweisung zu berücksichtigen, was auf der Empfängerseite der Zahlung passiert. Wird die Zahlung keiner tatsächlichen Besteuerung unterworfen, so wird der Abzug der Aufwendungen in Deutschland versagt.<sup>267</sup> Bezogen auf die Fallbeispiele aus Kapitel B II 2 b aa (Zahlung an eine umgekehrt hybride Gesellschaft), Kapitel B II 3 b aa (disregarded branch structure) und Kapitel B II 3 b bb (diverted branch payment) bedeutet das, dass Deutschland in allen Fällen den Abzug der Zahlungen als Betriebsausgabe auf der Ebene der D GmbH versagt, um die aus diesen Tatbeständen resultierenden D/NI-Inkongruenzen zu beseitigen.

#### **IV. Abzugsbeschränkungen bei D/D-Inkongruenzen**

Die Maßnahme zur Beseitigung von DD-Inkongruenzen geht aus § 4k Abs. 4 EStG hervor. Diese Vorschrift bildet die zentrale Norm zur Verhinderung des doppelten Abzugs von Betriebsausgaben und setzt die Vorschriften aus Art. 9 Abs. 1 Buchst. a i. V. m. Art. 2 Abs. 9 Unterabs. 1 Buchst. g ATAD um. Im Gegensatz zu den vorherigen Absätzen des § 4k EStG setzt dieser Absatz grundsätzlich kein hybrides Element als Ursache für die Besteuerungsinakongruenz voraus.<sup>268</sup> Zunächst könnte dies darauf schließen lassen, dass der Anwendungsbereich hierdurch weiter ist als von der ATAD vorgegeben, da die ATAD eine hybride Gestaltung als Tatbestandsvoraussetzung erfordert (vgl. Art. 9 Abs. 1 ATAD). Jedoch liegt eine hybride Gestaltung gem. Art. 2 Abs. 9 Buchst. g ATAD im Sinne der ATAD-Richtlinie

<sup>263</sup> vgl. Gosch in: Kirchhof/Seer, Einkommensteuergesetz, § 4k Betriebsausgaben bei Besteuerungsinakongruenzen, Rn. 11.

<sup>264</sup> vgl. Brandis/Heuermann/Pohl, 166. EL Februar 2023, EStG § 4k, Rn. 109.

<sup>265</sup> vgl. Bundestag-Drucksache 19/28652 vom 19. April 2021, S. 37.

<sup>266</sup> vgl. Gosch in: Kirchhof/Seer, Einkommensteuergesetz, § 4k Betriebsausgaben bei Besteuerungsinakongruenzen, Rn. 13.

<sup>267</sup> vgl. Bundestag-Drucksache 19/28652 vom 19. April 2021, S. 37.

<sup>268</sup> vgl. Bundestag-Drucksache 19/28652 vom 19. April 2021, S. 37.

automatisch mit dem Vorliegen eines doppelten Abzugs von Aufwendungen vor (vgl. Kapitel C III 5 a).<sup>269</sup> Hierdurch lässt sich schlussfolgern, dass der Anwendungsbereich durch das Abstellen auf einen doppelten Abzug von Aufwendungen den Vorgaben der ATAD übereinstimmend entspricht. Einzige Voraussetzung für die Anwendung dieses Absatzes neben der Nichtanwendbarkeit der vorherigen Absätze ist, dass Aufwendungen sowohl im Inland als auch in einem anderen Staat gewinnmindernd berücksichtigt werden.<sup>270</sup>

Oft basiert so eine doppelte Berücksichtigung auf einer Zahlung einer hybriden Gesellschaft oder Betriebsstätte an einen Dritten (vgl. Kapitel B II 2 b und B II 3 b dd). Zur Neutralisierung des doppelten Betriebsausgabenabzugs ordnet der § 4k Abs. 4 S. 1 EStG als Rechtsfolge an, dass Aufwendungen bis zu der Höhe, in der sie im Ausland berücksichtigt wurden, im Inland nicht geltend gemacht werden können.<sup>271</sup> Bezogen auf die Fallbeispiele zu den DD-Inkongruenzen aus Kapitel B II 2 b bb und B II 3 b dd („dd branch payment“) bedeutet das, dass Deutschland in diesen Fällen den Abzug des Zinsaufwands auf Ebene der D-GmbH bzw. der D Branch versagt, wodurch diese keinen gewinnmindernde Effekt auf die steuerliche Bemessungsgrundlage in Deutschland haben.

Gem. § 4k Abs. 4 S. 2 EStG liegt bei einem im Inland unbeschränkt Steuerpflichtigen eine Berücksichtigung der Aufwendungen im anderen Staat auch dann vor, wenn dieser andere Staat nach einer dem § 4k Abs. 1 bis 4 EStG entsprechenden Vorschrift den Abzug der Aufwendungen versagt.<sup>272</sup> Diese Regelung verhindert, dass das Abzugsverbot der Aufwendungen des unbeschränkt Steuerpflichtigen in Deutschland ausgeschlossen ist, wenn der andere Staat im Zuge seiner eigenen Umsetzung der ATAD ebenfalls ein Abzugsverbot für diese Betriebsausgaben vorsieht.<sup>273</sup> Bei unbeschränkt Steuerpflichtigen wird hier somit einfach unterstellt, dass das Ausland kein Abzugsverbot für die zugrunde liegende Aufwendungen vorsieht.<sup>274</sup> Diese Regelung könnte zunächst zu einer doppelten Nichtabzugsfähigkeit der Aufwendungen führen. Dies sollte aber, wenn der kontrahierende Staat ein Mitgliedstaat ist, grundsätzlich nicht der Fall sein, da dieser Staat sich in der Umsetzung der ATAD-Vorgaben ebenfalls an der Richtlinie orientieren sollte.<sup>275</sup> Nach den Vorgaben der ATAD, soll bei einer DD-Inkongruenz der Ansässigkeitsstaat des Investors, also im vorliegenden Fall Deutschland, den Abzug der Aufwendungen vorrangig versagen und der Ansässigkeitsstaat des Zahlenden erst nachrangig (Art. 9 Abs. 1 ATAD). Somit sichert diese Regelung lediglich das Recht Deutschlands ab, als Ansässigkeitsstaat des Investors bei einer DD-Inkongruenz den Abzug immer vorrangig zu versagen. Bei beschränkt Steuerpflichtigen würde in so einem Fall hingegen, wenn der Ansässigkeitsstaat des Steuerpflichtigen einen Abzug entsprechend den ATAD-Vorgaben vornimmt, keine DD-Inkongruenz im Sinne des Satz 1 dieser Regelung vorliegen.<sup>276</sup> Somit bildet § 4k Abs. 4 S. 1 EStG in Verbindung mit Satz 2 dieser Vorschrift im Sinne der Regelungsempfehlungen der OECD und der ATAD-Vorgaben die vorrangige Gegenmaßnahme gegen DD-Inkongruenzen. Alleinstehend bildet § 4k Abs. 4 S. 1 EStG ebenfalls die nachrangige Abwehrregelung.

Ob ein Betriebsausgabenabzug eines unbeschränkt Steuerpflichtigen in diesem Fall doch noch erlaubt sein könnte, hängt letztlich von der Ausnahmeregelung, die in

<sup>269</sup> vgl. *Kaminskiy*, Korrespondenzregelungen zur Neutralisierung von Besteuerungsin kongruenzen aufgrund Hybrider Gestaltungen (2020), S. 95.

<sup>270</sup> vgl. *Kaminskiy* in: Frotscher/Geurts, EStG, § 4k EStG, Rz. 147, Stand: 14.09.2021.

<sup>271</sup> vgl. *Kaminskiy* in: Frotscher/Geurts, EStG, § 4k EStG, Rz. 152, Stand: 14.09.2021.

<sup>272</sup> vgl. Brandis/Heuermann/Pohl, 166. EL Februar 2023, EStG § 4k Rn. 139.

<sup>273</sup> vgl. Bundestag-Drucksache 19/28652 vom 19. April 2021, S. 38.

<sup>274</sup> vgl. *Kaminskiy* in: Frotscher/Geurts, EStG, § 4k EStG, Rz. 155, Stand: 14.09.2021.

<sup>275</sup> vgl. *Latrovalis/Link*, Steueranwaltsmagazin 2+3/2020, 48 (54f.)

<sup>276</sup> vgl. Bundestag-Drucksache 19/28652 vom 19. April 2021, S. 38.

§ 4k Abs. 4 S. 3 EStG verankert ist, ab. § 4k Abs. 4 S. 3 EStG wurde zur Umsetzung des Art. 9 Abs. 1 Unterabs. 2 ATAD i. V. m. Art. 2 Abs. 9 Unterabs. 2 Buchst. b der ATAD in das EStG eingefügt. Dieser erlaubt den Betriebsausgabenabzug in den Fällen, in denen den Aufwendungen Erträge desselben Steuerpflichtigen gegenüberstehen, die nachweislich sowohl im Inland als auch im Ausland einer tatsächlichen Besteuerung unterliegen.<sup>277</sup> Des Weiteren gibt es in Satz 4 eine weitere Ausnahmeregelung. Diese greift ein, wenn zwischen Deutschland und dem anderen Staat zur Vermeidung der Doppelbesteuerung die Anrechnungs- oder Abzugsmethode gilt.<sup>278</sup> Im Falle einer doppelten Besteuerung der Einkünfte wird bei der Anrechnungsmethode die im Ausland gezahlte Steuer auf die inländische zu zahlende Steuerlast angerechnet (Outbound-Fall).<sup>279</sup> Bei der Abzugsmethode wird die im Ausland gezahlte Steuer im Inland von der steuerlichen Bemessungsgrundlage wie eine normale Betriebsausgabe abgezogen.<sup>280</sup> In diesen Fällen versagt der § 4k Abs. 4 S. 4 EStG nur den Abzug der Betriebsausgaben, wenn diese Aufwendungen auch Erträge in einem anderen Staat mindern, die nicht der inländischen Besteuerung unterliegen.<sup>281</sup>

## V. Abzugsbeschränkungen bei importierten Besteuerungssinkongruenzen

Die Regelung zur Beseitigung von importierten Besteuerungssinkongruenzen sind in § 4k Abs. 5 EStG verankert.<sup>282</sup> Dieser Absatz wurde zur Umsetzung des Art. 9 Abs. 3 der ATAD in das EStG eingefügt und umfasst jegliche Fälle, in denen eine Zahlung ins Ausland, die im Inland zum Abzug zugelassen ist, „unmittelbar oder mittelbar“ (§ 4k Abs. 5 S. 1 EStG) mit Aufwendungen, durch deren Abzug DD- oder D/NI-Besteuerungssinkongruenzen im Ausland entstehen, verrechnet wird.<sup>283</sup> In dieser Vorschrift soll hauptsächlich die Umgehung der Rechtsfolgen der vorherigen Regelungen des § 4k EStG aus den Absätzen 1 bis 4 durch Gestaltungen zwischen Drittstaaten, die keine Anti-Hybrid-Regelungen in ihren Rechtsordnungen umgesetzt haben, vermieden werden.<sup>284</sup>

Für das Betriebsausgabenabzugsverbot nach § 4k Abs. 5 EStG gibt es folgende Voraussetzungen: Zunächst müsste eine Besteuerungssinkongruenz zwischen ausländischen Staaten vorliegen.<sup>285</sup> Diese ist gegeben, wenn der ausländische Gläubiger des Steuerpflichtigen Aufwendungen hat, die einem Abzugsverbot nach § 4k Abs. 1 bis 4 EStG unterliegen würden, wenn dieser ausländische Gläubiger in Deutschland unbeschränkt steuerpflichtig wäre.<sup>286</sup> Es müssen also Aufwendungen vorliegen, die selbst keinem Abzugsverbot aus § 4k EStG unterliegen, jedoch mit Erträgen aus Aufwendungen eines in Deutschland ansässigen Steuerpflichtigen verrechnet werden, die in Deutschland grundsätzlich als Betriebsausgabe abgezogen werden dürfen.<sup>287</sup> § 4k Abs. 5 EStG hat hierbei keine räumlichen Einschränkungen.

<sup>277</sup> vgl. Bundestag-Drucksache 19/28652 vom 19. April 2021, S. 39.

<sup>278</sup> vgl. Kaminskiy in: Frotscher/Geurts, EStG, § 4k EStG, Rz. 165, Stand: 14.09.2021.

<sup>279</sup> vgl. Egner, Internationale Steuerlehre, 2. Aufl. 2019, S. 14f.

<sup>280</sup> vgl. Egner, Internationale Steuerlehre, 2. Aufl. 2019, S. 15f.

<sup>281</sup> vgl. Schmidt/Loschelder, 42. Aufl. 2023, EStG § 4k Rn. 31.

<sup>282</sup> vgl. Bundestag-Drucksache 19/28652 vom 19. April 2021, S. 39.

<sup>283</sup> vgl. Gosch in: Kirchhof/Seer, Einkommensteuergesetz, § 4k Betriebsausgaben bei Besteuerungssinkongruenzen, Rn. 19.

<sup>284</sup> vgl. Tcherveniachki, in: Flick/Wassermeyer/Baumhoff/Schönfeld, Außensteuerrecht, Kommentar, §4k EStG Rz. 84, Stand: 01.10.2021.

<sup>285</sup> vgl. Tcherveniachki, in: Flick/Wassermeyer/Baumhoff/Schönfeld, Außensteuerrecht, Kommentar, §4k EStG, Rz. 85, Stand: 01.10.2021.

<sup>286</sup> vgl. Eggert, in: Littmann/Bitz/Pust, Das Einkommensteuerrecht, § 4k EStG Rn. 125, Stand: 01.06.2022.

<sup>287</sup> vgl. Kaminskiy in: Frotscher/Geurts, EStG, § 4k EStG, Rz. 173, Stand: 14.09.2021.

Es ist unerheblich, ob die zugrunde liegende Besteuerungsinkongruenz ihre Ursache in einer hybriden Gestaltung zwischen Mitgliedstaaten oder Drittstaaten hat.<sup>288</sup> Da die Mitgliedstaaten jedoch aufgrund der ATAD-Richtlinie zur Umsetzung der Anti-Hybrid-Regelungen verpflichtet sind, dürften überwiegend Gestaltungen zwischen Drittstaaten praxisrelevant sein.<sup>289</sup> Dies bringt Schwierigkeiten bei der Anwendung für die betroffenen Steuerpflichtigen mit sich, weil sie Aufwendungen zwischen zwei ausländischen Rechtsordnungen miteinander abgleichen müssen, um zu prüfen, ob eine Besteuerungsinkongruenz im Ausland vorliegt.<sup>290</sup>

Da alle Besteuerungsinkongruenzen des § 4k Abs. 1 bis 4 EStG für die Anwendung des Absatz 5 relevant sind, umfasst diese Vorschrift sowohl DD- als auch D/NI-Inkongruenzen.<sup>291</sup> Hierdurch geht dieser Absatz über die Regelungen der ATAD-Vorgaben aus Art. 9 Abs. 3 ATAD hinaus.<sup>292</sup> Dies steht der Erreichung des Richtlinienziels jedoch nicht entgegen.

Als weitere Voraussetzung für die Anwendung dieser Vorschrift müssten Aufwendungen vorliegen, die zum Import der Besteuerungsinkongruenz geeignet sind und auch zu einem solchen Import führen. Grundsätzlich sind hierbei alle Arten von Ausgaben für den Import einer Besteuerungsinkongruenz geeignet.<sup>293</sup> Liegen diese Voraussetzungen vor, wird der Abzug der zugrunde liegenden Betriebsausgaben des Steuerpflichtigen, die zum Import der Besteuerungsinkongruenz führen, versagt.<sup>294</sup> In Bezug auf die Fallbeispiele aus Kapitel B II 4 b und c bedeutet das, dass Deutschland den Abzug der zum Import der Besteuerungsinkongruenz führenden Zahlungen auf Ebene der D GmbH in beiden Fällen versagt. Hierdurch wurde die Maßnahme aus Art. 9 Abs. 3 Halbs. 1 ATAD (vgl. Kapitel C III 5 c) übereinstimmend umgesetzt.

In § 4k Abs. 5 S. 2 EStG ist für die Versagung des Betriebsausgabenabzugs jedoch eine Ausnahmeregelung verankert. Nach dieser Vorschrift soll es für Aufwendungen, die als Erträge mit Aufwendungen des Gläubigers, des weiteren Gläubigers oder einer anderen Person verrechnet werden, nicht gelten, wenn auf der Ebene dieser Parteien die Besteuerungsinkongruenz durch eine beispielsweise dem § 4k EStG entsprechenden Regelung beseitigt wurde.<sup>295</sup> In den Fallbeispielen aus Kapitel B II 4 b und c wäre diese Voraussetzung erfüllt, wenn die Besteuerungsinkongruenz in den Drittstaaten durch eigene entsprechende Maßnahmen beseitigt worden wäre. Diese Regelung basiert auf der Ausnahmeregelung aus Art. 9 Abs. 3 Halbs. 2 ATAD (vgl. Kapitel C III 5 c) und setzt diese übereinstimmend um. Sie greift jedoch nicht, wenn die Aufwendungen des Steuerpflichtigen mit Erträgen, die von einem ausländischen Schuldner generiert wurden, verrechnet werden und auf Ebene des ausländischen Schuldners aufgrund einer dem § 4k Abs. 5 EStG entsprechenden Regelung der Betriebsausgabenabzug nachgelagert versagt wird.<sup>296</sup>

<sup>288</sup> vgl. Kaminskiy, in: Frotscher/Geurts, EStG, § 4k EStG, Rz. 175, Stand: 14.09.2021.

<sup>289</sup> vgl. Tcherveniachki, in: Flick/Wassermeyer/Baumhoff/Schönfeld, Außensteuerrecht, Kommentar, §4kEStG Rz. 84, Stand: 01.10.2021.

<sup>290</sup> vgl. Kaminskiy, in: Frotscher/Geurts, EStG, § 4k EStG, Rz. 177, Stand: 14.09.2021.

<sup>291</sup> vgl. Bundestag-Drucksache 19/28652 vom 19. April 2021, S. 40.

<sup>292</sup> vgl. Gosch in: Kirchhof/Seer, Einkommensteuergesetz, § 4k Betriebsausgaben bei Besteuerungsinkongruenzen, Rn. 18.

<sup>293</sup> vgl. Kaminskiy, in: Frotscher/Geurts, EStG, § 4k EStG, Rz. 178f., Stand: 14.09.2021.

<sup>294</sup> vgl. Bundestag-Drucksache 19/28652 vom 19. April 2021, S. 40.

<sup>295</sup> vgl. Bundestag-Drucksache 19/28652 vom 19. April 2021, S. 40.

<sup>296</sup> vgl. Tcherveniachki, in: Flick/Wassermeyer/Baumhoff/Schönfeld, Außensteuerrecht, Kommentar, §4k EStG, Rz. 86, Stand: 01.10.2021.

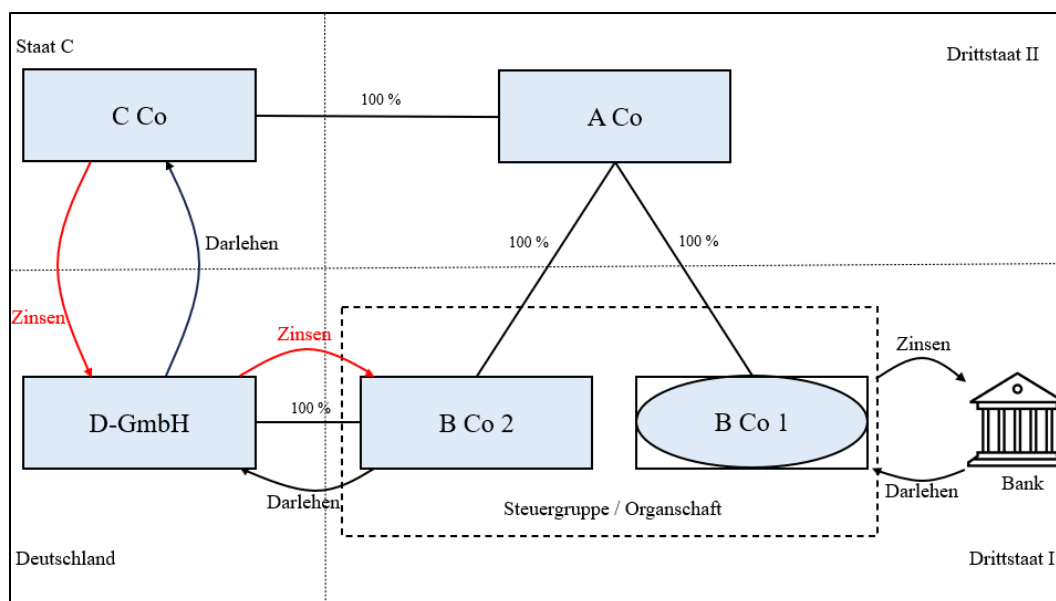


Abb. 11: nachgelagerte Beseitigung einer importierten Besteuerungsinkongruenz  
Selbst erstellte Grafik in Anlehnung an: Kaminskiy, Korrespondenzregelungen zur Neutralisierung von Besteuerungsinkongruenzen aufgrund hybrider Gestaltungen (2020), S. 149

Das vorliegende Beispiel ist eine Erweiterung des Beispiels aus Kapitel B II 4 b. Die nach Deutschland importierte Besteuerungsinkongruenz wird über eine weitere Darlehensbeziehung, also auf dieselbe Weise, in einen weiteren Staat (Staat C) verlagert. Staat C könnte diese Besteuerungsinkongruenz durch eine eigene, dem § 4k Abs. 5 EStG entsprechende Regelung beseitigen. Ob Staat C jedoch hinsichtlich der Inkongruenz aktiv wird, ist für Deutschland nach § 4k Abs. 5 EStG unerheblich. Deutschland würde in jedem Fall, solange keiner der Gläubigerstaaten der D GmbH die Inkongruenz beseitigt, den Abzug der Zinszahlungen als Betriebsausgabe versagen. Grund hierfür ist, dass Deutschland für die Versagung des Betriebsausgabenabzugs einen „Vorrang“ gegenüber dem nachgelagerten Staat hat.<sup>297</sup> In solch einem Sachverhalt könnte es demnach potenziell zu Doppelbesteuerungen kommen, sofern der nachgelagerte Staat nicht auf die Beseitigung der Besteuerungsinkongruenz verzichtet.<sup>298</sup>

## E. Abschließende Beurteilung der Umsetzung der ATAD II in Form des § 4k EStG

Der § 4k Abs. 2 bis 5 EStG ist mit dem Ziel der Umsetzung der Vorgaben des Art. 9 Abs. 1 bis 3 ATAD in das EStG eingefügt worden und ist inhaltlich somit auf der Grundlage der Richtlinie zu würdigen. Hintergrund dieser Regelungen ist, dass Konzerne durch hybride Gestaltungen mit hybriden Gesellschaften und Betriebsstätten mangelnde Abstimmungen zwischen Steuersystemen verschiedener Länder ausnutzten, um negative Qualifikationskonflikte zu erzielen.<sup>299</sup> Um diesen Steuervermeidungspraktiken entgegenzuwirken, wurden von der OECD Maßnahmen in Form von Korrespondenzregelungen herausgearbeitet,

<sup>297</sup> vgl. Bundestag-Drucksache 19/28652 vom 19. April 2021, S. 40.

<sup>298</sup> vgl. Tcherveniachki, in Flick/Wassermeyer/Baumhoff/Schönfeld, Außensteuerrecht, Kommentar, §4k EStG, Rz. 87, Stand: 01.10.2021.

<sup>299</sup> vgl. Ebke in: MüKoHGB, 4. Aufl. 2020, HGB § 319a Rn. 20 und Empfehlung der Kommission vom 6. Dezember 2012 betreffend aggressive Steuerplanung (2012/772/EU), Erwägungsgrund 1 und 2.



die von der EU-Kommission bei der Erlassung des Art. 9 ATAD größtenteils übereinstimmend übernommen wurden (vgl. Kapitel C III 5 d). Auf dieser Grundlage bauen die inhaltlichen Regelungen des § 4k EStG auf.

In Bezug auf den Anwendungsbereich des § 4k EStG ist vor allem der zeitliche Anwendungsbereich kritisch anzusehen. In diesem liegt eine verfassungsrechtlich umstrittene rückwirkende Anwendung dieser Vorschrift vor<sup>300</sup>, nach der gem. § 52 Abs. 8c S. 1 EStG alle Aufwendungen ab dem 01.01.2020 in den Anwendungsbereich dieser Vorschrift fallen. Dieser Umstand kann zu vielen praktischen Schwierigkeiten führen, da die Unternehmen jegliche Aufwendungen ab dem Anwendungszeitraum der Regelung bis zur Erlassung der Vorschrift überprüfen müssen und auch Dauerschuldverhältnisse im Hinblick darauf prüfen müssen, ob diese ohne wesentliche Nachteile im Sinne des § 52 Abs. 8c S. 2 EStG hätten vermieden werden können.<sup>301</sup> Zur Klärung, ob diese rückwirkende Anwendung im Einklang mit den Grundrechten der von der Regelung betroffenen Steuerpflichtigen ist, bleibt zum aktuellen Zeitpunkt noch ein Klageverfahren abzuwarten.

Des Weiteren beinhaltet diese Vorschrift viele undefinierte Begrifflichkeiten. Zu nennen ist hierbei insbesondere der Begriff der „Aufwendungen“, da dieser die Grundvoraussetzung für die Anwendung dieser Vorschrift ist, jedoch sehr weit ausgelegt werden kann (vgl. Kapitel D I).<sup>302</sup> Er muss nicht nur tatsächliche „Zahlungen“ umfassen, wie es in der Richtlinie formuliert ist, sondern könnte auch beispielsweise Abschreibungen miteinbeziehen.<sup>303</sup> Neben diesen unbestimmten Begrifflichkeiten könnten sich praktische Schwierigkeiten auch dadurch ergeben, dass für die Anwendung des §4k EStG Kenntnisse über ausländische Steuerrechtsordnungen erforderlich sind, um zu beurteilen, ob eine hybride Gestaltung bzw. eine Besteuerungsinkongruenz überhaupt vorliegt.<sup>304</sup> Schwierigkeiten bei der Anwendung in der Praxis ergeben sich auch daraus, dass der § 4k Abs. 2 bis 5 EStG mit seinen umfassenden Tatbeständen und Ausnahmen komplexe Regelungen darstellt. Ähnlich wie auch Art. 9 Abs. 1 bis 3 ATAD ist der § 4k Abs. 2 bis 5 EStG in seiner Formulierung sehr abstrakt gehalten. Die Maßnahmen sind ähnlich wie Generalklauseln formuliert.<sup>305</sup> Hierdurch können diese auf eine Vielzahl der möglichen Konstellationen von hybriden Gestaltungen mit hybriden Gesellschaften und Betriebsstätten angewendet werden und möglichst viele der hierdurch entstehenden Besteuerungsinkongruenzen beseitigen und die Umgehung dieser Maßnahmen erschweren.

Grundsätzlich orientieren sich die Regelungen der Absätze 2 bis 5 des § 4k EStG eng an den Formulierungen der ATAD. Der Gesetzgeber hat die Vorgabe der EU bezüglich des Regelungssystems der Korrespondenzregelungen, das aus vorrangigen Gegenmaßnahmen und nachrangigen Abwehrregelungen besteht<sup>306</sup>, eingehalten.

Um die konkreten Maßnahmen des § 4k Abs. 2 bis 5 EStG im Hinblick auf ihr Gelingen zu analysieren, wurden in dieser Bachelorarbeit zunächst die Tatbestände der hybriden Ge-

<sup>300</sup> vgl. Tcherveniachki, in Flick/Wassermeyer/Baumhoff/Schönfeld, Außensteuerrecht, Kommentar, §4k EStG, Rz. 12, Stand: 01.10.2021.

<sup>301</sup> vgl. Zinowsky, IStR 2021, 500 (500).

<sup>302</sup> vgl. Brandis/Heuermann/Pohl, 166. EL Februar 2023, EStG § 4k, Rn. 189.

<sup>303</sup> vgl. Greinert/Siebing, Ubg 2020, 589 (594).

<sup>304</sup> vgl. Deutscher Bundestag, Finanzausschuss, Wortprotokoll der 137. Sitzung, Protokoll-Nr. 19/137, 03. Mai, Anlage 2: Stellungnahme von Herrn Prof. Dr. Xaver Ditz, Flick Gocke Schaumburg, S. 8.

<sup>305</sup> vgl. Latrovalis/Link, Steueranwaltsmagazin 2+3/2020, 48 (58).

<sup>306</sup> vgl. Kaminsky, Korrespondenzregelungen zur Neutralisierung von Besteuerungsinkongruenzen aufgrund Hybrider Gestaltungen, S. 69.

staltung mit hybriden Gesellschaften und Betriebsstätten, aus denen Besteuerungsin Kongruenzen resultieren, in Fallbeispielen veranschaulicht. Diese wurden so konzipiert, dass im weiteren Verlauf der Abschlussarbeit die Bestimmungen des § 4k Abs. 2 bis 5 EStG auf diese angewendet werden können, um die jeweiligen Besteuerungsin Kongruenzen durch seine entsprechenden Maßnahmen zu beseitigen. Die Ergebnisse dieser Vorgehensweise haben gezeigt, dass diese Vorschrift inhaltlich größtenteils mit den Vorgaben aus Art. 9 Abs. 1 bis 3 ATAD übereinstimmt und die Inkongruenzen, die aus den jeweiligen Tatbeständen der hybriden Gesellschaft und Betriebsstätte resultieren, hinreichend beseitigt. Inhaltlich wurden die Vorgaben der ATAD-Richtlinie, insbesondere durch die Regelung in § 4k Abs. 2 S. 2 EStG (vgl. Kapitel D III) und § 4k Abs. 5 S. 1 EStG (vgl. Kapitel D V), um weitere Regelungen ergänzt und an das deutsche Steuerrecht angepasst. Die Erlassung zusätzlicher Regelungen in dieser Form zur Neutralisierung der BEPS-Effekte durch die Mitgliedstaaten selbst ist vor dem Hintergrund, dass die ATAD nur ein Mindestschutzniveau darstellt (Art. 3 ATAD) und die Erlassung zusätzlicher, weitergehender Regelungen zum Schutz des inländischen Steueraufkommens einer gelungenen Umsetzung der ATAD-Richtlinie nicht im Widerspruch stehen, von der EU beabsichtigt (vgl. Kapitel C III 4).<sup>307</sup>

Vor diesem Hintergrund lässt sich schlussfolgern, dass die Umsetzung des § 4k EStG im Hinblick auf die Beseitigung der Besteuerungsin Kongruenzen, die durch die hybride Gestaltung mit hybriden Gesellschaften und Betriebsstätten entstehen oder durch nicht-hybride Aufwendungen nach Deutschland importiert werden, inhaltlich im Sinne der ATAD-Richtlinie grundsätzlich gelungen ist. Bezüglich der zeitlichen Rückwirkung der Vorschrift auf alle Aufwendungen, die ab dem 01.01.2020 entstanden sind, sind jedoch noch verfassungsrechtliche Bedenken vorhanden, die in Zukunft zu Rechtsstreitigkeiten führen könnten.

---

<sup>307</sup> vgl. Erwägungsgrund 3 der Richtlinie (EU) 2016/1164 des Rates vom 12. Juli 2016 mit Vorschriften zur Bekämpfung von Steuervermeidungspraktiken mit unmittelbaren Auswirkungen auf das Funktionieren des Binnenmarkts, ABl. L 193 S. 1, Celex-Nr. 3 2016 L 1164.

**Anhang**

Anhang 1: zitierte Website der OECD .....	44
Anhang 2: zitierte Website des BMF .....	49

## Anhang 1: zitierte Website der OECD

Gewinnverkürzung und Gewinnverlagerung (BEPS) - Organisation for...

<https://www.oecd.org/berlin/themen/beps/>

### Kampf gegen Gewinnverkürzung und Gewinnverlagerung (BEPS)



## Worum geht es?

---

Multinationale Unternehmen konnten ihre Gewinne bisher unabhängig vom Ort der Erwirtschaftung versteuern. So konnten sie ihre Steuerlast verringern oder die Besteuerung ganz umgehen. Dabei machten sie sich fehlende Transparenz und Koordination zwischen den verschiedenen nationalen Steuersystemen zu Nutze.

Unternehmen verschieben so ihre Einkünfte auch auf Gesellschaften in Steueroasen, wo tatsächlich nur geringe wirtschaftliche Tätigkeit stattfindet. Im Englischen wird diese Art der Steuervermeidung durch die Verkürzung und Verlagerung von Gewinnen **Base Erosion and Profit Shifting**, kurz **BEPS**, genannt.

Diese Taktik war nicht strafbar. Sie untergräbt jedoch das Vertrauen in Steuergerechtigkeit und verzerrt den Wettbewerb zwischen Unternehmen sowie zwischen verschiedenen Volkswirtschaften. Schätzungen zufolge **gehen den Steuerbehörden weltweit so jährlich 100 bis 240 Milliarden US-Dollar verloren**.

Zum Teil ist BEPS ein Versäumnis der Steuerbehörden, zum Teil aber auch ein Geschäftsmodell der betreffenden Regierungen. Staaten, die attraktive Steuerregeln zum Standortfaktor machen, untergraben damit jedoch die Besteuerung wirtschaftlicher Aktivitäten andernorts.

Im Rahmen des 'OECD/G20 Inclusive Framework on BEPS' arbeiten heute mehr als 135 Länder zusammen, um diese Form der Steuervermeidung zu beenden.

➤ häufige Fragen zu BEPS (engl.)

## Die Rolle der OECD

---

Im September 2013 haben die Staats- und Regierungschefs der G20 einen **BEPS-Aktionsplan** beschlossen, um gemeinsam gegen Gewinnverkürzung und –verlagerung vorzugehen. Zwei Jahre später folgte dann, unter Mitarbeit von mehr als 100 Ländern und Wirtschaftsgebieten, ein 15-Punkte-Programm. Darin verpflichten sich die teilnehmenden Länder zu der Umsetzung folgender Mindeststandards:

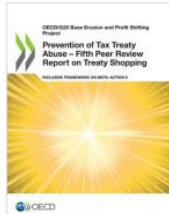
1. **Offenlegung schädlicher Steuerpraktiken** und größere Transparenz bei den internationalen Regeln zur Gewinnbesteuerung.
2. **Neue Leitlinien zur Verhinderung von Abkommensmissbrauch**: Unternehmen sollen Gewinne da steuerlich ausweisen, wo diese tatsächlich erwirtschaftet werden.
3. **Standardisierte länderbezogene Berichtserstattung**: Für multinationale Unternehmen mit konsolidierten Geschäftseinkünften von jährlich mindestens 750 Mio. Euro gilt Berichtspflicht. Sie müssen künftig in allen Staaten, in denen sie geschäftlich tätig sind, die Steuerverwaltung über ihre Aktivitäten und Steuerzahlungen informieren.
4. **Effektive Streitschlichtung**: Ein Forum, dem alle OECD- und G20-Länder angehören, soll in Streitfällen über Doppelbesteuerungsabkommen schneller und effektiver zwischen den Staaten vermitteln.

Die Standards der OECD gegen BEPS sind völkerrechtlich nicht bindend. Allerdings können einzelne Staaten gegen die unterzeichnenden Regierungen bei Nichteinhaltung Sanktionen verhängen. Zudem wird die Umsetzung der Standards durch Länderberichte und andere Überwachungsmechanismen gewährleistet.

- › Arbeitsweise (engl.)
- › 15-Punkte-Programm zu BEPS (engl.)



## Aktuelle OECD-Studien zum Thema Steuern



([https://www.oecd-ilibrary.org/taxation/prevention-of-tax-treaty-abuse-fifth-peer-review-report-on-treaty-shopping\\_9afac47c-en](https://www.oecd-ilibrary.org/taxation/prevention-of-tax-treaty-abuse-fifth-peer-review-report-on-treaty-shopping_9afac47c-en))

Prevention of Tax Treaty Abuse – Fifth Peer Review Report on Treaty Shopping: Inclusive Framework on BEPS: Action 6  
([https://www.oecd-ilibrary.org/taxation/prevention-of-tax-treaty-abuse-fifth-peer-review-report-on-treaty-shopping\\_9afac47c-en](https://www.oecd-ilibrary.org/taxation/prevention-of-tax-treaty-abuse-fifth-peer-review-report-on-treaty-shopping_9afac47c-en))

Die Mitglieder des OECD/G20 Inclusive Framework on BEPS haben sich dazu verpflichtet, ihre Steuerabkommen durch Maßnahmen zur Missbrauchsbekämpfung im Rahmen des Mindeststandards der BEPS Action 6 zu aktualisieren.

› weitere neue Studien

© OECD

**Terms and Conditions**

**Privacy Policy**

**A-Z (engl.)**

**Kontakt**



## Anhang 2: zitierte Website des BMF

Bundesfinanzministerium - Überblick über das BEPS-Projekt von OE...

<https://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Standardartikel/...>



[Unsere  
Meilensteine](#)

[> Themen](#) [> Steuern](#) [> Internationales Steuerrecht](#) [> BEPS](#)

06.04.2023

### Überblick über das BEPS-Projekt von OECD und G20

Die Bundesregierung engagiert sich seit Jahren intensiv bei der Bekämpfung des schädlichen Steuerwettbewerbs zwischen den Staaten und der aggressiven Steuervermeidung multinationaler Unternehmen. Ein großer Erfolg ist das sogenannte BEPS-Projekt.

#### Worum geht es bei BEPS?

BEPS steht für Base Erosion and Profit Shifting, auf Deutsch Gewinnkürzung und Gewinnverlagerung. Damit ist gemeint, dass die Steuerrechtssysteme der Staaten unzureichend aufeinander abgestimmt sind beziehungsweise einige Staaten unfairen Steuerwettbewerb betreiben und daher Steuerschlupflöcher entstehen. International tätige Unternehmen können dies ausnutzen und ihre Steuerlast mit aggressiver Steuerplanung auf ein Minimum drücken. Dies schadet dem Wettbewerb der Unternehmen untereinander. Denn kleine und mittelständische Unternehmen können derartige Möglichkeiten nicht nutzen. BEPS führt aber auch zu empfindlichen Steuerausfällen. Das deutsche Steueraufkommen wird geschmälert, wenn die Unternehmensgewinne durch Steuergestaltungen in Steueroasen verschoben werden, wo sie keiner Besteuerung unterliegen.

Daher haben sich die Staaten der Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung (OECD) und der Gruppe der Zwanzig (G20) sowie Schwellen- und Entwicklungsländer im BEPS-Projekt zusammengeschlossen, um die internationalen Steuerstandards zu stärken, Regeln für den internationalen Steuerwettbewerb zu setzen und ihre jeweiligen Steuerrechtssysteme besser miteinander zu verzahnen. Deutschland zählte von Anfang an zu den wichtigsten Unterstützern dieses Vorhabens. Übergeordnetes Ziel war es, dass die Besteuerung am Ort der unternehmerischen Tätigkeit und wirtschaftlichen Wertschöpfung erfolgt. Zu diesem Zweck sollen der schädliche Steuerwettbewerb zwischen den Staaten eingeschränkt werden und künstliche Verlagerungen mit dem alleinigen Ziel der Steuerersparnis nicht mehr möglich sein.

#### Die Ergebnisse des BEPS-Projekts

Am 5. Oktober 2015 hat die OECD die BEPS-Empfehlungen veröffentlicht. Auf der Grundlage eines Aktionsplans mit 15 Maßnahmen wurden konkrete und umsetzbare Empfehlungen erarbeitet. Vorangegangen sind intensive Diskussionen zwischen den beteiligten Staaten und zahlreichen internationalen Organisationen.

Eine Übersicht über die 15 Aktionspunkte finden Sie [hier](#).

## Umsetzung der Ergebnisse und Weiterentwicklung der internationalen Zusammenarbeit

Zur Überwachung der Umsetzung durch die Staaten und zur Weiterentwicklung der internationalen Zusammenarbeit wurde auf Ebene der [OECD](#) mit dem Inclusive Framework on [BEPS](#) ein neues Gremium geschaffen, an dem Industrie-, Schwellen- und Entwicklungsländer gleichberechtigt teilnehmen.

### EU-weite Regelungen

Für eine konsistente und einheitliche Umsetzung der [BEPS](#)-Ergebnisse innerhalb Europas kommt der Europäischen Union eine bedeutende Rolle zu. So wurden bereits einige [BEPS](#)-Empfehlungen durch [EU](#)-Richtlinien für die europäischen Mitgliedstaaten verbindlich umgesetzt.

Mit dem Gesetz zur Umsetzung der Änderungen der [EU](#)-Amtshilferichtlinie und von weiteren Maßnahmen gegen Gewinnkürzungen und -verlagerungen vom 20. Dezember 2016 ([BGBl. I S. 3000](#)) wurden insbesondere die beiden Änderungen der [EU](#)-Amtshilferichtlinie vom 8. Dezember 2015 und vom 25. Mai 2016 hinsichtlich des automatischen Informationsaustausches über Tax Rulings und der [EU](#)-einheitlichen Einführung des Country-by-Country-Reporting umgesetzt. Somit hat Deutschland die [BEPS](#)-Empfehlungen, die der Stärkung der Transparenz zwischen den Steuerverwaltungen dienen, fristgerecht national umgesetzt. Im Übrigen verfügt Deutschland schon jetzt über robuste Regelungen zur Verhinderung unerwünschter Steuergestaltungen. Beispiele hierfür sind die Entstrickungsbesteuerung, die Zinsschranke und die Hinzurechnungsbesteuerung.

In der [EU](#)-Anti-Tax-Avoidance-Directive („[ATAD](#)“) wurden [EU](#)-weit einheitliche und verbindliche Vorgaben zur Umsetzung wichtiger [BEPS](#)-Empfehlungen geregelt. Soweit Deutschland noch keine den [ATAD](#)-Vorgaben entsprechenden Regelungen im nationalen Recht vorgesehen hatte, wurden diese mit dem [Gesetz zur Umsetzung der Anti-Steuervermeidungsrichtlinie](#) ([ATADUmsG](#) vom 25. Juni 2021, [BGBl. I S. 2035](#)) in das deutsche Steuerrecht implementiert. Dies betrifft insbesondere die Umsetzung des [BEPS](#)-Aktionspunktes 2 zur Neutralisierung von Besteuerungssinkongruenzen im Zusammenhang mit hybriden Gestaltungen.

### Zwei Säulen für eine faire Besteuerung der digitalisierten Wirtschaft

Um die verbliebenen [BEPS](#)-Risiken zu adressieren, hat das Inclusive Framework on [BEPS](#) die Arbeiten zu einer fairen Besteuerung der digitalisierten Wirtschaft vorangetrieben und die sogenannte Zwei-Säulen-Lösung erarbeitet. Zu dieser konnte eine breite internationale Einigung erzielt werden.

Mehr zur Zwei-Säulen-Lösung und zum Stand der Umsetzung finden Sie in unseren [FAQ zur globalen Mindestbesteuerung](#).

### Mehr zum Thema

### Fragen und Antworten zur globalen Mindestbesteuerung

Was wird bei der Unternehmensbesteuerung konkret geändert? Welche Unternehmen sind betroffen? Und wie wird sichergestellt, dass die Mindeststeuer ...

### **Reform der internationalen Unternehmensbesteuerung kommt**

138 Staaten haben sich auf eine faire Aufteilung von Besteuerungsrechten und eine globale effektive Mindestbesteuerung mit einem einheitlichen ...

### **Fragen und Antworten zum BEPS-Projekt**

Was ist das BEPS-Projekt? Wer ist daran beteiligt? Welche Rolle spielt Deutschland dabei? Welche Maßnahmen zur Abwehr von Steuervermeidung wurden ...

### **Übersicht über die 15 Aktionspunkte**

Das gemeinsame Projekt der OECD und G20 gegen Gewinnkürzung und Gewinnverlagerung multinationaler Unternehmen („Base Erosion and Profit Shifting - ...

### **Das BEPS-MLI: Wichtiges Element des BEPS-Projekts der OECD**

Das Mehrseitige Übereinkommen vom 24. November 2016 zur Umsetzung steuerabkommensbezogener Maßnahmen zur Verhinderung der Gewinnverkürzung und ...

### **Themenseite zum BEPS-Projekt**

BEPS

### **OECD: Base Erosion and Profit Shifting (englische Internetseite)**

## Literaturverzeichnis

Beck'sches Steuer- und Bilanzrechtslexikon, Edition 63, C.H. Beck, München 2023,  
(zit.: *Nürnberg*, Anti Tax Avoidance Directive)

Brähler, Gernot: Internationales Steuerrecht, 8. Auflage, Springer Gabler,  
Wiesbaden 2014

Brandis, Peter/Heuermann, Bernd (Hrsg.): Ertragsteuerrecht, Kommentar, 166. EL Feb-  
ruar, Verlag Franz Vahlen 2023, München  
(zit.: Brandis/Heuermann/*Pohl*, EStG § 4k)  
(zit.: Brandis/Heuermann/*Ratschow*, EStG § 2)  
(zit.: Brandis/Heuermann/*Ettlich*, EStG § 36)

Brühl, Manuel/Weiss, Martin: „Check the box“ from good old Germany – Die Option zur  
Besteuerung als Körperschaft nach dem Entwurf des KöMoG, DStR 2021 S. 889f.

Dürig, Günter/ Herzog, Roman/ Scholz, Rupert (Hrsg.): Grundgesetz, Kommentar 99. EL  
September 2022, C.H. Beck, München 2022  
(zit.: Dürig/Herzog/Scholz/*Grzeszick*, GG)

Egner, Thomas: Internationale Steuerlehre, 2. Auflage, Springer Gabler, Wiesbaden 2019

Fehling, Daniel/ Linn, Alexander/ Martini, Ruben: Linking Rules, IStR 2022, S. 781

Flick, Hans/ Wassermeyer, Franz/ Baumhoff, Hubertus/ Schönfeld, Jens (Hrsg.):  
Außensteuerrecht, Kommentar, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln, Stand: 01.10.2021  
(zit.: *Tcherveniachki*, §4k EStG)

Frotscher, Gerrit/ Geurts, Matthias (Hrsg.): Einkommensteuergesetz, Kommentar,  
Haufe Verlag, Freiburg, Stand: 14.09.2021 (zit.: *Kaminskiy*, EStG § 4k)

Frotscher, Gerrit: Internationales Steuerrecht, 5. Auflage, C.H. Beck, München 2020

Greinert, Markus/ Siebing, Theresa: Hybride Gestaltungen – Ein kritischer Überblick über  
§ 4k EStG -E, Ubg 2020, S. 589

Hey Johanna/ Bauersfeld, Heide: Die Besteuerung der Personen(handels)gesellschaften  
in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union, der Schweiz und den USA, IStR  
2005, S. 649

Hey, Johanna: Vom Eintreten des Bundesfinanzhofs für mehr Steuerplanungssicherheit –  
Zugleich zum Gedenken an Gerd Rose, DStR 2007, S. 1

Jacobs, Otto H./ Endres, Dieter/ Spengel, Christoph: Jacobs: Int. Unternehmensbesteue-  
rung 8. Auflage, C.H. Beck, München 2016

Kahlenberg, Christian: Hybride Betriebsstätten im Fokus der OECD – Folgerungen aus  
dem OECD-Bericht zu den sog. Branch Mismatches IStR, 2018, S. 93

- Kahlenberg, Christian/ Oppel, Florian: Anti-BEPS-Richtlinie: Erweiterung um Regelungen zur Neutralisierung von hybriden Gestaltungen mit Drittstaaten, IStR 2017, S. 205
- Kaminskiy, Vitali: Korrespondenzregelungen zur Neutralisierung von Besteuerungsinkongruenzen aufgrund hybrider Gestaltungen, 1. Auflage, Nomos, Baden-Baden 2020
- Kirchhof, Paul/ Seer, Roman (Hrsg.): Einkommensteuergesetz, Kommentar, 22. Auflage, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln 2023  
(zit. *Gosch*, EStG § 4k)
- Kofler, Georg/ Schnitger, Arne: BEPS Handbuch, C.H. Beck, München 2019 zit. nach Kaminskiy, Vitali: Korrespondenzregelungen zur Neutralisierung von Besteuerungsinkongruenzen aufgrund hybrider Gestaltungen, 1. Auflage, Nomos, Baden-Baden 2020
- Kraft, Gerhard: Seminar B: Form and substance, IStR 2019, S. 631
- Kußmaul, Heinzl/Berens, Bela: Der Abschlussbericht der OECD zur Neutralisierung der Effekte hybrider Gestaltungen – Empfehlungen zur Formulierung nationaler Regelungen, Ubg 2016, S. 331
- Latrovalis, Stefanie/Link, Mathias: Hybride Gestaltungen nach dem Entwurf des ATAD-Umsetzungsgesetzes, Steueranwaltsmagazin 2+3/2020, S. 48
- Linn, Alexander/Maywald, Andreas: Der Rechtstypenvergleich nach MoPeG und KöMoG, IStR 2021, S. 825
- Linn, Alexander: Die Anti-Tax-Avoidance-Richtlinie der EU – Anpassungsbedarf in der Hinzurechnungsbesteuerung?, IStR 2016, S. 645
- Littmann, Eberhard/ Bitz, Horst/ Pust, Hartmut, Das Einkommensteuerrecht, Kommentar, Loseblattwerk mit 165. Aktualisierung, Schäffer-Poeschel Verlag, Stuttgart 2023, (zit.: *Eggert*, § 4k EStG)
- Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch: 4. Auflage, C.H. Beck, München 2020  
(zit.: *MüKoHGB/Ebke*, HGB)
- Musil, Andreas/Weber-Grellet, Heinrich (Hrsg.): Europäisches Steuerrecht, Kommentar, 2. Auflage 2022, C.H. Beck, München  
(zit.: *Musil/Weber-Grellet/Musil* RL (EU) 2016/1164)
- Niemann, Philip: Neue Vorgaben zu Besteuerungsinkongruenzen im Zusammenhang mit Betriebsstätten („Branch Mismatch Arrangements“), IStR 2018, S. 52
- OECD (2017), Neutralisierung der Effekte hybrider Gestaltungen, Aktionspunkt 2 – Abschlussbericht 2015, OECD/G20 Projekt Gewinnverkürzung und Gewinnverlagerung, OECD Publishing, Paris
- OECD (2017), Neutralising the Effects of Branch Mismatch Arrangements, Action 2: Inclusive Framework on BEPS, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris

- Oppel, Florian: BEPS in Europa: (Schein-) Harmonisierung der Missbrauchsabwehr durch neue Richtlinie 2016/1164 mit Nebenwirkungen, IStR 2016, S. 797
- Rüsch, Gary: Die Konkurrenz von § 4k EStG zu § 4h und § 4i EStG, IStR 2021, S. 380
- Schaumburg, Harald/ Englisch, Joachim (Hrsg.): Europäisches Steuerrecht, 2. Auflage, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln 2020 (zit. *Fehling*, ATAD)
- Schwarz, Bernhard/ Pahlke, Armin/ Keß, Thomas: Abgabenordnung, Loseblattwerk mit 213. Aktualisierung Haufe Verlag, Freiburg 2023 (zit.: *Pahlke*, § 4 AO)
- Staats, Wendelin: Zur Neutralisierung hybrider Gestaltungen – Der OECD-Bericht zu Maßnahme 2 des BEPS-Aktionsplans, IStR 2014, S. 749
- Steuer Office Gold, Haufe Verlag, Freiburg, Stand 01.07.2021,  
(zit.: *Ditz/Wassermeyer*: Allgemeine Erläuterungen zu Vor §§ 7–14)
- Vogel, Klaus/ Lehner, Moris (Hrsg.): Doppelbesteuerungsabkommen, Kommentar, 7. Auflage, C.H. Beck, München 2021  
(zit.: *Vogel/Lehner*, Grundlagen des Abkommensrechts)
- Wacker, Roland: Vermögensverwaltende Gesamthand und Bruchteilsbetrachtung - eine Zwischenbilanz, DStR 2005, 2014
- Wassermeyer, Franz/ Andresen, Ulf/ Ditz, Xaver (Hrsg.): Betriebsstätten Handbuch, 2. Auflage, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln 2018  
(zit. *Böhmer*, Base Erosion and Profit Shifting)
- Weber-Grellet, Heinrich (Hrsg.): Einkommensteuergesetz, Kommentar, 42. Auflage, C.H. Beck, München 2023 (zit.: *Loeschelder*, EStG § 4k)
- Zinowsky, Tim: Die Vernunft als Maßstab findet Eingang in das Einkommensteuerrecht, IStR 2021, S. 500



# Der Zuzug einer Gesellschaft aus einem Drittstaat nach Deutschland – Herausforderungen durch die modifizierte Sitztheorie und Lösungsmöglichkeiten

Bachelorarbeit

an der

FH Aachen

Fachbereich Wirtschaftswissenschaften

Wirtschaftsrecht (LL.B.)

Erstprüferin: Prof. Dr. jur. habil. Kathrin Kroll-Ludwigs

Eingereicht am: 06.07.2023

vorgelegt von

Anna-Luisa Görlich

aus Köln

## **Abstract**

Die Mobilität von Gesellschaften ist in der heutigen globalisierten Weltwirtschaft unumgänglich. Hierfür ist es unabdingbar, dass auch die rechtlichen Rahmenbedingungen geschaffen und gegeben sind.

Im Rahmen der Bachelorarbeit „Der Zuzug einer Gesellschaft aus einem Drittstaat nach Deutschland – Herausforderungen durch die modifizierte Sitztheorie und Lösungsmöglichkeiten“ erarbeitet die Verfasserin Anna-Luisa Görlich die Unterschiede betreffend dem Zuzug einer Gesellschaft aus einem Mitgliedstaat der Europäischen Union und einem Drittstaat nach Deutschland. Dabei wird insbesondere auf die rechtlichen Folgen der Anwendung der modifizierten Sitztheorie auf Drittstaatengesellschaften eingegangen. Es werden Lösungsmöglichkeiten für die sich ergebenden Herausforderungen dargestellt, welche auch einen Bezug zum Umwandlungsrecht aufweisen. Abschließend wird diskutiert, ob das autonome deutsche Kollisionsrecht nicht auch für Gesellschaften aus Drittstaaten an die Gründungstheorie anknüpfen sollte.

Im Ergebnis zeigt diese Arbeit, dass die Rechtsprechung des EuGH für den Zuzug einer Gesellschaft aus einem Mitgliedstaat in einen anderen Mitgliedstaat faktisch die Gründungstheorie anwendet. Da der BGH sich in seiner „Trabrennbahn“-Entscheidung nicht der Rechtsprechung des EuGH auch für Gesellschaften aus Drittstaaten angeschlossen hat, führt dies zu einem gespaltenen Gesellschaftskollisionsrecht und zum anderem zu unüberbrückbaren Hindernissen. Auch alternative Lösungsmöglichkeiten für den Zuzug von Gesellschaften aus Drittstaaten können nicht überzeugen. Ein Wechsel des Anknüpfungspunktes zur Gründungstheorie scheint unumgänglich.



# Inhaltsverzeichnis

<b>Abkürzungsverzeichnis</b> .....	<b>VII</b>
<b>A. Einleitung</b> .....	<b>1</b>
I. Ausgangskonstellation und Problematik .....	1
II. Zielsetzung .....	2
III. Themeneingrenzung .....	2
IV. Gang der Arbeit .....	3
<b>B. Begrifflichkeiten und Grundlagen</b> .....	<b>3</b>
I. Begrifflichkeiten .....	3
1. Drittstaat .....	3
2. Satzungssitz und Verwaltungssitz.....	4
a) Satzungssitz.....	4
b) Verwaltungssitz .....	4
3. Primärrecht und Sekundärrecht.....	5
II. Grundlagen .....	6
1. Überblick zum Internationalen Gesellschaftsrecht .....	6
2. Niederlassungsfreiheit für Gesellschaften .....	7
3. Sitztheorie und Gründungstheorie .....	8
a) Sitztheorie .....	8
b) Gründungstheorie .....	9
III. Zwischenfazit.....	10
<b>C. Auf den Zuzug von Gesellschaften aus EU- bzw. Drittstaaten anwendbares Recht</b> .....	<b>10</b>
I. Primärrecht .....	10
1. Niederlassungsfreiheit.....	10
a) Schutzbereich der Niederlassungsfreiheit .....	10
aa) Primäre Niederlassungsfreiheit.....	11
bb) Sekundäre Niederlassungsfreiheit.....	11
b) Eingriff in die Niederlassungsfreiheit.....	12
c) Rechtfertigung.....	13
2. Urteile des EuGH zur Niederlassungsfreiheit .....	14
a) Einleitung .....	14

## IV

aa)	Urteile des EuGH als ungeschriebenes Primärrecht .....	14
bb)	Auswahl der folgenden Urteile.....	15
b)	Die Sitztheorie in Wegzugsfällen .....	15
aa)	Die zentralen Urteile: Daily Mail, Cartesio und National Grid Indus .....	15
bb)	Kernaussagen und Bedeutung.....	16
c)	Die Gründungstheorie in Zuzugsfällen .....	17
aa)	Einleitung.....	17
bb)	Centros.....	18
(1)	Sachverhalt.....	18
(2)	Entscheidung .....	18
(3)	Bedeutung .....	19
cc)	Überseering.....	19
(1)	Sachverhalt.....	19
(2)	Entscheidung .....	20
(3)	Bedeutung .....	20
dd)	Inspire Art.....	21
(1)	Sachverhalt.....	21
(2)	Entscheidung .....	21
(3)	Bedeutung .....	22
d)	Zusammenfassung.....	22
II.	Sekundärrecht .....	23
1.	Die Umwandlungsrichtlinie .....	23
2.	Umwandlungsgesetz, §§ 190 ff. UmwG.....	23
III.	Deutsches IPR .....	24
1.	Einleitung.....	24
2.	Trabrennbahnurteil als Leitentscheidung .....	24
a)	Sachverhalt.....	24
b)	Entscheidung .....	25
3.	Die modifizierte Sitztheorie.....	25
a)	Von der traditionellen zur modifizierten Sitztheorie .....	25
b)	Modifizierte Sitztheorie .....	26

c)	Bestätigung der modifizierten Sitztheorie in Folgeentscheidungen des BGH .....	27
d)	Folgen der Anwendung der modifizierten Sitztheorie .....	28
4.	Zusammenfassung und Folgen für den Zuzug einer Gesellschaft aus einem Drittstaat nach Deutschland .....	29
IV.	Zwischenfazit.....	29
<b>D.</b>	<b>Mögliche Lösungen für den Zuzug einer Gesellschaft aus einem Drittstaat nach Deutschland .....</b>	<b>30</b>
I.	Rechtssichere Lösungen .....	30
1.	Auflösung mit Neugründung .....	30
a)	Funktionaler grenzüberschreitender Rechtsformwechsel.....	30
aa)	Überblick.....	30
bb)	Rechtsprechung des EuGH.....	31
cc)	Subsumtion .....	32
b)	Bewertung .....	32
2.	Asset Deal.....	33
a)	Funktionsweise.....	33
b)	Bewertung .....	33
3.	Anwachsung .....	34
a)	Funktionsweise.....	34
b)	Bewertung .....	35
4.	Grenzüberschreitende Verschmelzung.....	36
a)	Funktionsweise.....	36
b)	Bewertung .....	36
5.	Statutenwechsel ipso iure.....	38
a)	Funktionsweise.....	38
b)	Bewertung .....	39
6.	Sonderfall: Grenzüberschreitender Formwechsel zwischen zwei Personengesellschaftsformen .....	39
II.	Übergang von der modifizierten Sitztheorie zur Gründungstheorie.....	40
III.	Zwischenfazit.....	44
<b>E.</b>	<b>Fazit.....</b>	<b>45</b>
	<b>Literaturverzeichnis .....</b>	<b>48</b>

**Rechtsprechungsverzeichnis ..... 55**

## Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AG	Aktiengesellschaft
AktG	Aktiengesetz
Art.	Artikel
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BB	Betriebs-Berater
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
B.V.	Besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid (niederländische Kapitalgesellschaft mit beschränkter Haftung)
bzw.	beziehungsweise
DB	Der Betrieb
DStR	Deutsches Steuerrecht
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
EL	Ergänzungslieferung
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht und Kurzkommentare
EWR	Europäischer Wirtschaftsraum
GbR	Gesellschaft bürgerlichen Rechts
gem.	gemäß
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GWR	Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht
h.L.	herrschende Lehre
h.M.	herrschende Meinung

## VIII

HGB	Handelsgesetzbuch
Hs.	Halbsatz
IPR	Internationales Privatrecht
IPrax	Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts
i.V.m.	in Verbindung mit
LG	Landgericht
lit.	Litera
Ltd.	Limited Company
ltzt.	letzte (r)
MAH	Münchener Anwaltshandbuch
MittBayNot	Mitteilungen des Bayerischen Notarvereins, der Notarkasse und der Landesnotarkammer Bayern
MüKo	Münchener Kommentar
MünchHdB	Münchener Handbuch
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NotBZ	Zeitschrift für die notarielle Beratungs- und Beurkundungspraxis
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
OHG	Offene Handelsgesellschaft
OLG	Oberlandesgericht
u.a.	unter anderem
UK	Vereinigtes Königreich (United Kingdom)
UmwG	Umwandlungsgesetz
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
zit.	zitiert
ZPO	Zivilprozessordnung

## A. Einleitung

### I. Ausgangskonstellation und Problematik

„Eine gute Theorie ist das Praktischste, was es gibt.“<sup>1</sup> Dieses Zitat von *Kirchhoff* bringt den Streit um die Bestimmungen der Anknüpfungen im Internationalen Gesellschaftsrecht bis heute auf den Punkt. Inmitten der zwei Theorien im Internationalen Gesellschaftsrecht steht die Debatte um die Frage, wie eine Gesellschaft zu beurteilen ist: Ist eine Gesellschaft anhand ihres Gründungsrechts oder nach dem Recht an ihrem tatsächlichen Verwaltungssitz zu beurteilen? Und welche Folgen hat es für die Gesellschaft, wenn sie ihren Sitz verlegt?

Die Mobilität von Gesellschaften und ihre Wettbewerbsfähigkeit sind die entscheidenden Faktoren für ihre wirtschaftliche Entwicklung. Einer Gesellschaft, die ihren Sitz verlegt, geht es nicht nur um eine ökonomische Standortwahl, sondern auch um eine weitergehende Internationalisierung des Unternehmens. Die Globalisierung und Internationalisierung des Wirtschaftslebens tragen entscheidend dazu bei, dass immer mehr Unternehmen eine Sitzverlegung in Betracht ziehen.<sup>2</sup> Diese Entwicklung lässt vermuten, dass die praktische Relevanz der Fragestellung in Zukunft immer weiter zunehmen wird.

Nicht nur für die Gesellschaften selbst ist die grenzüberschreitende Mobilität von hohem Stellenwert. Die grenzüberschreitende Mobilität von Gesellschaften, unabhängig ihrer Größe und ihrer Rechtsform, ist auch für den Erfolg der immer intensiv verflochteneren Weltwirtschaft von elementarer Bedeutung.<sup>3</sup>

In den letzten Jahren hat die Diskussion um die Behandlung von Gesellschaften in grenzüberschreitenden Sachverhalten stetig zugenommen.<sup>4</sup> Dies zeigt sich insbesondere durch das veränderte Verständnis des EuGH bezüglich der Niederlassungsfreiheit für Gesellschaften gem. Art. 49, 54 AEUV. Somit hat sich der EuGH als treibende Kraft des Internationalen Gesellschaftsrecht auf Europäischer Ebene hervor getan. Gesellschaften, die ihren satzungsmäßigen Sitz, ihre Hauptverwaltung oder ihre Hauptniederlassung innerhalb der Union haben, haben einen breiten Rahmen für ihre Mobilität erhalten.

Eine zentrale Frage auf dem Themengebiet des Internationalen Gesellschaftsrecht bleibt bestehen: Wie sind Gesellschaften zu beurteilen, die nicht aus dem Mitgliedstaat der Europäischen Union (EU) stammen, sondern aus einem Drittstaat? Gesellschaften, die nicht der Jurisdiktion des EuGH unterliegen und nach Deutschland zuziehen wollen, stehen vor Herausforderungen.

Die Angst davor, dass Gesellschaften, die in ihrem eigenen Staat keine wirtschaftliche Aktivität aufnehmen wollen, nicht immer seriös sind, sondern dass es bei solchen Gesellschaften viel eher um einen Fall von Rechtsmissbrauch handeln könnte oder darum, dass die Gesellschaften sich ihren Gläubigern entziehen möchten, ist groß.<sup>5</sup> Der Gedanke, dass die Gesellschaften optimale rechtliche Strukturen schaffen möchten, um bestmöglich für

---

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.

<sup>1</sup> Gustav Robert Kirchhoff (1824 – 1887), dt. Physiker.

<sup>2</sup> MünchHdB GesR VIII/*Johannsen-Roth* § 42 Rn. 16.

<sup>3</sup> *Prinz*, DB 2022, M4-M5.

<sup>4</sup> *Forsthoff*, EuZW 2015, 248 (248).

<sup>5</sup> *MüKo/Kindler*, BGB Band 13, Teil 10. Internationales Handels- und Gesellschaftsrecht Rn. 823.

ihre unternehmerische Tätigkeit aufgestellt zu sein, spielt nur eine untergeordnete Rolle.<sup>6</sup> Als Reaktion werden alle Gesellschaften mit strengen rechtlichen Konsequenzen konfrontiert. Es gilt, sich dem entgegenzustellen und nach Lösungsmöglichkeiten zu suchen. Die Angst vor Rechtsmissbrauch ist mit dem Ziel einer globalisierten Weltwirtschaft in Einklang zu bringen. Unternehmen, für die ein Zuzug nach Deutschland in Betracht kommen, dürfen durch die rechtlichen Rahmenbedingungen und Herausforderungen nicht übermäßig abgeschreckt werden.

Es stellt sich damit die Frage, ob gute Theorien, auch immer für die Praxis von Nutzen sind.

## II. Zielsetzung

Die vorliegende Bachelorarbeit verfolgt das Ziel, eine Darstellung des anwendbaren Rechts im Zusammenhang mit dem Zuzug einer Gesellschaft nach Deutschland darzustellen. Es wird aufgezeigt, was unter dem „Zuzug einer Gesellschaft“ zu verstehen ist.

Ein besonderer Fokus liegt auf der Darstellung der Unterschiede, die sich abhängig davon ergeben, ob es sich um eine Gesellschaft eines Mitgliedstaats der EU oder um eine Gesellschaft aus einem Drittstaat handelt. Es werden die Herausforderungen aufgezeigt, die sich für Gesellschaften aus Drittstaaten bei einem Zuzug nach Deutschland ergeben. Es wird sich der Frage gewidmet, ob ein rechtssicherer Zuzug für eine Gesellschaft auf Basis der modifizierten Sitztheorie überhaupt möglich ist und ob Lösungsmöglichkeiten für einen rechtssicheren Zuzug bestehen. Dabei wird auch Bezug auf das Umwandlungsrecht genommen.

Abschließend wird diskutiert, ob im deutschen autonomen Kollisionsrecht ein Wechsel der Anknüpfung für Gesellschaften vollzogen werden sollte: Sollte die modifizierte Sitztheorie zu Gunsten der Gründungstheorie aufgegeben werden?

## III. Themeneingrenzung

Das Themengebiet des Zuzugs einer Gesellschaft aus einem Drittstaat ist sehr weitreichend, weshalb eine Eingrenzung des Themas, welches im Rahmen dieser Bachelorarbeit behandelt wird, von Nöten ist.

Eine Eingrenzung der Themenstellungen ist insbesondere deswegen unumgänglich, da seit dem Austritt Großbritanniens aus der EU auch die zahlreichen dort gegründeten Limited Company (Ltd.) als Gesellschaften aus einem Drittstaat zu behandeln sind.<sup>7</sup> Da die gesellschaftsrechtlichen Fragen im Zusammenhang mit dem Brexit in der Literatur noch nicht ausreichend erörtert worden sind und im Hinblick auf das ausgehandelte EU-UK Handels- und Kooperationsabkommens<sup>8</sup> noch viele Fragen offen sind,<sup>9</sup> werden diese sich ergebenden Besonderheiten in der vorliegenden Arbeit ausgeschlossen.

Zudem werden auch Besonderheiten, die sich durch weitere völkerrechtliche Übereinkommen ergeben<sup>10</sup> und bestimmte Anknüpfungspunkte für Gesellschaften<sup>11</sup> aus diesen Staaten

<sup>6</sup> Schön, ZGR 2013, 333 (354, 359).

<sup>7</sup> Blücher/Spiering, GWR 2023, 97 (100).

<sup>8</sup> Abkommen über Handel und Zusammenarbeit zwischen der Europäischen Union und der Europäischen Atomgemeinschaft einerseits und dem Vereinigten Königreich Großbritannien und Nordirland andererseits vom 01.05.2021.

<sup>9</sup> Kumpan/Pauschinger, EuZW 2023, 446 (448).

<sup>10</sup> Wie z.B.: Gesetz zu dem Freundschafts-, Handels- und Schifffahrtsvertrag vom 29.10.1954 zwischen der Bundesrepublik Deutschland und den Vereinigten Staaten von Amerika vom 07.05.1956, BGBl. 1956 II 488.

<sup>11</sup> MüKo/Kindler, BGB Band 13, Teil 10. Internationales Handels- und Gesellschaftsrecht Rn. 429.



vorsehen, nicht mit einbezogen. Des Weiteren geht diese Bachelorarbeit nicht auf das Abkommen über den Europäischen Wirtschaftsraum<sup>12</sup> ein.

Außerdem werden die dargestellten Lösungsmöglichkeiten, die aufgrund der Herausforderungen durch die modifizierte Sitztheorie entstehen, immer vor dem Hintergrund betrachtet, dass es sich vorliegend um eine Kapitalgesellschaft handelt. Die Problematiken, die sich für den Zuzug von Personengesellschaften aus einem Drittstaat nach Deutschland ergeben könnten, werden nur nebensächlich betrachtet.

#### **IV. Gang der Arbeit**

Die vorliegende Bachelorarbeit wird auf der Grundlage von einschlägiger Rechtsprechung und Fachliteratur erarbeitet.

Die Gliederung der Bachelorarbeit erfolgt in fünf Kapitel. Nach der Einleitung in Kapitel A werden in Kapitel B Begrifflichkeiten und Grundlagen dargestellt, die für das Verständnis der Bachelorarbeit elementar sind. Das Kapitel C stellt das anwendbare Recht auf den Zuzug einer Gesellschaft dar und ist in drei verschiedene Unterkapitel aufgebrochen. Die ersten beiden Unterkapitel legen die Grundsteine zum Verständnis des anwendbaren Rechts und das letzte Unterkapitel das konkret anzuwendende Recht auf die vorliegende Ausgangskonstellation. Es wird präzisiert, was unter dem Zuzug einer Gesellschaft aus einem Drittstaat zu verstehen ist und welche Herausforderungen sich durch das anwendbare Recht und konkret durch die modifizierte Sitztheorie ergeben. Darauf folgt Kapitel D, welches im ersten Teil Lösungsmöglichkeiten hinsichtlich der rechtlichen Herausforderungen für eine Gesellschaft bei einem konkreten Zuzug aufzeigen soll. Diese werden in ihrer Funktionsweise dargestellt und auch mit ihren möglichen Vorteilen und Nachteilen, sowie auf Basis von umwandlungsrechtlichen Bezügen bewertet. Der zweite Teil des Kapitel D diskutiert einen generellen Übergang zur Gründungstheorie in Deutschland. In Kapitel E schließt die Thesis mit einem Schlussfazit ab.

Die Bachelorarbeit befindet sich auf dem Stand vom 06. Juli 2023.

### **B. Begrifflichkeiten und Grundlagen**

#### **I. Begrifflichkeiten**

##### **1. Drittstaat**

Ein Drittstaat gehört weder einem Mitgliedstaat der EU noch dem Europäischen Wirtschaftsraum (EWR) an.<sup>13</sup> Zudem hat Deutschland mit einem Drittstaat auch keine völkerrechtlichen Verträge über die Regelung von internationalprivatrechtlichen Verhältnisse abgeschlossen, insbesondere wurden keine völkerrechtlichen Verträge über die Anerkennung von Gesellschaften geschlossen.<sup>14</sup> Es handelt sich somit um sogenannte „nicht-privilegierte Drittstaaten“.<sup>15</sup>

Als Drittstaatengesellschaft gelten somit im Folgenden alle ausländischen Gesellschaften aus einem Drittstaat, die gem. Art. 3 EGBGB nach dem autonomen deutschen Kollisionsrecht zu beurteilen sind.

---

<sup>12</sup> Abkommen über den Europäischen Wirtschaftsraum vom 02.05.1992 (EWRAbk), ABl. 1994 L 1 S. 3.

<sup>13</sup> *Wall* in: Hausmann/Odersky IPR, § 18 Rn. 116.

<sup>14</sup> MünchHdB GesR VIII/*Lieder* § 5 Rn. 22.

<sup>15</sup> MünchHdB GesR VIII/*Lieder* § 5 Rn. 22.

## 2. Satzungssitz und Verwaltungssitz

### a) Satzungssitz

Der satzungsmäßige Sitz einer Gesellschaft ist der in der Satzung genannte formelle Sitz, der Satzungssitz (vgl. im deutschen Recht: § 5 AktG, § 4a GmbHG: „Der Sitz der Gesellschaft ist der Ort im Inland, den die Satzung bestimmt.“).<sup>16</sup> Vereinzelt sind im Kontext des Internationalen Privatrechts (IPR) auch die Begriffe „Registrierungsort“ oder „Registersitz“ zu finden, die gleichbedeutend mit der Begrifflichkeit des Satzungssitzes sind.<sup>17</sup>

Zu beachten ist, dass das Recht, unter dem die Gesellschaft gegründet wurde, nicht immer mit dem Satzungssitz zusammenfallen muss, sondern sich dieses im Rahmen einer Satzungssitzverlegung auch ändern kann.<sup>18</sup>

### b) Verwaltungssitz

Der Verwaltungssitz einer Gesellschaft wird nach deutschem Recht und der von dem BGH verwendeten Formel definiert als

„der Tätigkeitsort, der Geschäftsführung und der dazu berufenen Vertretungsorgane, also der Ort, wo die grundlegenden Entscheidungen der Unternehmensleitung effektiv in laufende Geschäftsführungsakte umgesetzt werden.“<sup>19</sup>.

Dieser Ort wird unter der Berücksichtigung aller Umstände und Indizien des Einzelfalls ermittelt, in der Regel handelt es sich um den Ort, an dem der Schwerpunkt des körperchaftlichen Lebens stattfindet.<sup>20</sup> Dies ist der Ort, an dem die tatsächliche Willensbildung der Geschäftsführung erfolgt und von wo aus die wesentlichen Unternehmenstätigkeiten der Gesellschaft geführt werden.<sup>21</sup> Deshalb wird dieser Sitz auch als tatsächlicher oder effektiver Verwaltungssitz einer Gesellschaft bezeichnet.<sup>22</sup> Jede Gesellschaft kann nur einen tatsächlichen Verwaltungssitz haben, weshalb in Zweifelsfällen der tatsächliche Verwaltungssitz in dem Staat liegt, nach dessen Recht die Gesellschaft erkennbar organisiert ist.<sup>23</sup> Um weitere Kriterien zur Bestimmung des tatsächlichen Verwaltungssitzes zu haben, kann auch darauf abgestellt werden, auf welche Rechtsordnung die Gesellschaft am stärksten einwirkt.<sup>24</sup> Denn diese Rechtsordnung ist am stärksten von den Aktivitäten der Gesellschaft betroffen und somit für Dritte leicht festzustellen.<sup>25</sup> Des Weiteren kann betrachtet werden, ob die Gesellschafter bei der Gründung eine Rechtswahl getroffen haben, wo die Gesellschaft gegründet wurde, an welchem Ort der Gesellschaftszweck schwerpunktmäßig verfolgt wird oder ob die Gesellschaft zu einer Rechtsordnung ein besonderes Verhältnis durch die vorangegangenen Geschäftsaktivitäten hat.<sup>26</sup>

<sup>16</sup> *Kotzur/van de Loo* in: Geiger u.a., EUV/AEUV, Art. 54 AEUV Rn. 7.

<sup>17</sup> MAH GmbH-Recht/*Dostal*, § 26 Rn. 93.

<sup>18</sup> BeckOK BGB/*Mäsch*, EGBGB Art. 12 Rn. 23.

<sup>19</sup> BGH, Urteil vom 21.03.1986, V ZR 10/85, NJW 1986, 2194 (2195).

<sup>20</sup> MHLS/*Leible*, Systematische Darstellung 2 Rn. 84; *Servatius* in: Henssler/Strohn, Internationales Gesellschaftsrecht Rn. 15.

<sup>21</sup> MHLS/*Leible*, Systematische Darstellung 2 Rn. 84; *Servatius* in: Henssler/Strohn, Internationales Gesellschaftsrecht Rn. 15.

<sup>22</sup> BayObLG, Beschluss vom 18.07.1985, BReg. 3 Z 62/85, BayObLGZ 1985, 272 (279).

<sup>23</sup> OLG München, Urteil vom 06.05.1986, 5 U 2562/85, NJW 1986, 2197 (2198).

<sup>24</sup> *Gössl* in: Jung/Krebs/Stiegler GesR in Europa, § 11 Rn. 51.

<sup>25</sup> *Gössl* in: Jung/Krebs/Stiegler GesR in Europa, § 11 Rn. 51.

<sup>26</sup> *Gössl* in: Jung/Krebs/Stiegler GesR in Europa, § 11 Rn. 51.

Die Feststellung anhand welcher konkreten Einzelmerkmalen, wo und ob ein tatsächlicher Verwaltungssitz vorliegt, erfolgt *lex fori*.<sup>27</sup> Deshalb ist es im Verfahren vor deutschen Gerichten entscheidend, was das deutsche Verständnis des tatsächlichen Verwaltungssitz ist.<sup>28</sup> Es ist unerheblich, wie die Frage nach ausländischem Recht zu beurteilen wäre.<sup>29</sup>

### 3. Primärrecht und Sekundärrecht

Das Unionsrecht besteht aus dem Primärrecht, auch als Verfassungsrecht der Union bezeichnet und dem von den Organen der EU gesetzte Recht, dem Sekundärrecht, auch als abgeleitetes Recht bezeichnet, welche gemeinsam eine selbstständige autonome Rechtsordnung und das geschriebene Unionsrecht darstellen.<sup>30</sup>

Aus Art. 1 Abs. 3 EUV und Art. 1 Abs. 2 AEUV ergibt sich, dass die Grundlage der Union und damit das niedergeschriebene Primärrecht, der EUV und der AEUV sind. Gemäß Art. 51 EUV gehören dazu auch die den Verträgen beigefügten Protokolle, nach Art. 49 Abs. 2 EUV die Beitrittsverträge, nach Art. 48 EUV die künftigen Vertragsänderungen sowie über Art. 6 Abs. 1 EUV die Charta der Grundrechte der Europäischen Union.<sup>31</sup> Dem Primärrecht gehören nach h.L. auch die allgemeinen Rechtsgrundsätze des EuGH, das ungeschriebene Primärrecht, an.<sup>32</sup>

Das sekundäre Unionsrecht umfasst die in Art. 288 AEUV genannten Rechtshandlungen: Verordnungen, welche unmittelbar in jedem Mitgliedstaat gelten, Richtlinien, welche mittelbar in innerstaatliches Recht umgesetzt werden müssen, Beschlüsse, Empfehlungen und Stellungnahmen.<sup>33</sup>

Es ergibt sich aus Art. 263, 267 Abs. 1 lit. b), Art. 288 Abs. 1 und Art. 216 Abs. 2 AEUV, dass das sekundäre Unionsrecht im Rang unter dem primären Unionsrecht und unter internationalen Übereinkünften der Union steht, sowie an diesen zu messen ist.<sup>34</sup> Die sekundärrechtlichen Rechtshandlungen selbst haben kein normenhierarchisches Verhältnis zueinander.<sup>35</sup>

Die Geltung des Primärrechts für die Mitgliedstaaten ergibt sich aus Art. 52, 53 EUV.<sup>36</sup> Das Sekundärrecht ist für die Mitgliedstaaten dann gültig, wenn es in Kraft tritt, nicht aufgehoben oder für ungültig erklärt wurde.<sup>37</sup>

---

<sup>27</sup> MüKo/Kindler, BGB Band 13, Teil 10. Internationales Handels- und Gesellschaftsrecht Rn. 461; Spahlinger in: Spahlinger/Wegen, Int. Gesellschaftsrecht Rn. 81, 83.

<sup>28</sup> MüKo/Kindler, BGB Band 13, Teil 10. Internationales Handels- und Gesellschaftsrecht Rn. 461; Spahlinger in: Spahlinger/Wegen, Int. Gesellschaftsrecht Rn. 81, 83.

<sup>29</sup> MüKo/Kindler, BGB Band 13, Teil 10. Internationales Handels- und Gesellschaftsrecht Rn. 461; Spahlinger in: Spahlinger/Wegen, Int. Gesellschaftsrecht Rn. 81, 83.

<sup>30</sup> Ruffert in: Callies/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 1 AEUV Rn. 4.

<sup>31</sup> Ruffert in: Callies/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 1 AEUV Rn. 8, 9; Schroeder in: Streinz EUV/AEUV, Art. 288 AEUV Rn. 17.

<sup>32</sup> Ruffert in: Callies/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 1 AEUV Rn. 10; siehe dazu: C.2.a).aa).

<sup>33</sup> Schroeder in: Streinz EUV/AEUV, Art. 288 AEUV Rn. 23.

<sup>34</sup> Nettessheim in: GHN, Art. 288 AEUV Rn. 227; Schroeder in: Streinz EUV/AEUV, Art. 288 AEUV Rn. 24.

<sup>35</sup> Nettessheim in: GHN, Art. 288 AEUV Rn. 227; Schroeder in: Streinz EUV/AEUV, Art. 288 AEUV Rn. 24.

<sup>36</sup> Ehlers in: Schulze/Janssen/Kadelbach Europarecht, § 11 Rn. 4.

<sup>37</sup> Ehlers in: Schulze/Janssen/Kadelbach Europarecht, § 11 Rn. 4.

## II. Grundlagen

### 1. Überblick zum Internationalen Gesellschaftsrecht

Das Internationale Gesellschaftsrecht ist ein Teil des IPR, welches zwar nicht immer einheitlich definiert wird, aber im engeren Sinne die Gesamtheit der Rechtsnormen umfasst, die einen privatrechtlichen Lebenssachverhalt mit Auslandsberührung einer der berührten Rechtsordnungen zuweist, um diesen rechtlich beurteilen zu können (vgl. Art. 3 EGBGB).<sup>38</sup> Da es um die Auswahl mehrerer in Betracht kommenden Rechtsordnungen geht, wird es auch als Kollisionsrecht bezeichnet.<sup>39</sup> Die Normen des IPR werden deswegen als Kollisionsnormen verstanden.<sup>40</sup> Diese knüpfen an bestimmte Merkmale des Tatbestandes einer Norm an und bestimmen als Rechtsfolge die für den Sachverhalt einschlägige Rechtsordnung.<sup>41</sup> Die Kollisionsnormen bilden nur das jeweilige Sachstatut und niemals eine Rechtsfolge auf der Ebene des materiellen Rechts.<sup>42</sup> Das IPR verfolgt immer das Ziel, ein Rechtsverhältnis derjenigen Rechtsordnung zu unterstellen, dass die engste Verbindung aufweist.<sup>43</sup> Schon *Savigny*<sup>44</sup> formulierte als Ziel des IPR „daß bei jedem Rechtsverhältnis dasjenige Rechtsgebiet aufgesucht werde, welchem dieses Rechtsverhältniß seiner eigenthümlichen Natur angehört oder unterworfen ist.“<sup>45</sup>

Übertragen auf das Internationale Gesellschaftsrecht stellt sich also die Frage, welchem Sachrecht die gesellschaftsrechtlichen Verhältnisse bei Sachverhalten mit Auslandsbezug zu entnehmen sind.<sup>46</sup> Es gilt zu klären, welche Rechtsordnung auf das Gesellschaftsstatut, dem *lex societatis* von Gesellschaften und juristische Personen (im Folgenden: Gesellschaften) anzuwenden ist.<sup>47</sup>

Gesellschaften können anders als natürliche Personen nicht aus sich heraus existieren und benötigen daher eine rechtliche Anerkennung und einen rechtlichen Rahmen (Geschöpftheorie).<sup>48</sup> Somit sind Gesellschaften die Geschöpfe einer bestimmten Rechtsordnung, welche ihnen die Voraussetzungen verleiht, unter welchen die Gesellschaft „entsteht, lebt und vergeht“<sup>49</sup>.<sup>50</sup> Liegen ausschließlich nationale Sachverhalte vor, richtet sich die Anerkennung nach dem jeweiligen Sachrecht, tritt ein Auslandsbezug ein, so stellt sich immer die vorgelagerte Frage, welches Sachrecht Anwendung findet.<sup>51</sup>

Die Antwort auf die Frage, welches Recht auf das Gesellschaftsstatut anzuwenden ist, geben weder die Kollisionsnormen des Art. 3 ff. EGBGB noch das sekundäre Unionsrecht.<sup>52</sup>

---

<sup>38</sup> *Kreuzer/Wagner/Reder* in: Dausen/Ludwigs EU-WirtschaftsR-HdB, R. Europäisches Internationales Privatrecht Rn. 1.

<sup>39</sup> BeckOK BGB/Lorenz, EGBGB Einleitung zum Internationalen Privatrecht Rn. 1.

<sup>40</sup> BeckOK BGB/Lorenz, EGBGB Einleitung zum Internationalen Privatrecht Rn. 1.

<sup>41</sup> BeckOK BGB/Lorenz, EGBGB Einleitung zum Internationalen Privatrecht Rn. 1.

<sup>42</sup> BeckOK BGB/Lorenz, EGBGB Einleitung zum Internationalen Privatrecht Rn. 2 ff.; MüKo/Hein, BGB Band 12, EGBGB Art. 3 Rn. 7.

<sup>43</sup> BeckOK BGB/Lorenz, EGBGB Einleitung zum Internationalen Privatrecht Rn. 2 ff.; MüKo/Hein, BGB Band 12, EGBGB Art. 3 Rn. 7.

<sup>44</sup> Friedrich Karl von Savigny (1779-1861).

<sup>45</sup> *Savigny*, System des heutigen Römischen Rechts, S. 108.

<sup>46</sup> MüKo/Kindler, BGB Band 13, Teil 10. Internationales Handels- und Gesellschaftsrecht Rn. 1.

<sup>47</sup> MAH GmbH-Recht/Dostal, § 26 Rn. 30.

<sup>48</sup> EuGH, Urteil vom 27.09.1988, Rs. 81/87, ECLI:EU:C:1988:456 – Daily Mail, EuZW-Sonderausgabe 2017, 25, Rn. 19.

<sup>49</sup> BGH, Urteil vom 11.07.1957, II ZR 318/55, NJW 1957, 1433 (1434).

<sup>50</sup> *Junker*, IPR, § 13 Rn. 36.

<sup>51</sup> *Kessler* in: Saenger u.a., Handels- und Gesellschaftsrecht, § 8 Rn. 55.

<sup>52</sup> *Junker*, IPR, § 13 Rn. 37.

Die Rom-I-VO<sup>53</sup> nimmt Fragen betreffen des Gesellschaftsrecht in Art. 1 Abs. 2 lit. f Rom-I-VO aus, gleichermaßen wie die Rom-II-VO<sup>54</sup> in Art. 1 Abs. 2 lit. d Rom-II-VO und die EUerbVO<sup>55</sup> in Art. 1 Abs. 2 lit. h, i EUerbVO.

Ist die Anknüpfung zudem keiner primären unionsrechtlichen Vorgabe und keinem völkerrechtliche Übereinkommen zu entnehmen, dann bleibt es dem autonomen deutschen Recht, konkret der Rechtsprechung überlassen, das Gesellschaftsstatut zu bestimmen.<sup>56</sup> Die Bestimmung des Gesellschaftsstatut kann über zwei verschiedene Anknüpfungen erfolgen, über den tatsächlichen Verwaltungssitz oder den Satzungssitz einer Gesellschaft.<sup>57</sup>

## 2. Niederlassungsfreiheit für Gesellschaften

Die Niederlassungsfreiheit aus Art. 49 AEUV stellt eine der vier Grundfreiheiten (vgl. Art. 26 Abs. 2 AEUV) der Europäischen Union dar.<sup>58</sup> Hinzukommt die Arbeitnehmerfreizügigkeit (Art. 45 AEUV), die mit der Niederlassungsfreiheit die sogenannte Personenverkehrsfreiheit bildet, die Warenverkehrsfreiheit (Art. 34 AEUV), die Dienstleistungsfreiheit (Art. 56 AEUV) und die Kapitalverkehrsfreiheit (Art. 63 AEUV).<sup>59</sup>

Die Niederlassungsfreiheit aus Art. 49 AEUV garantiert Staatsangehörigen eines jeden Mitgliedstaats in sachlicher Hinsicht ein Recht auf freie Niederlassung im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats und bietet Unionsbürgern die Möglichkeit, in „stabiler und kontinuierlicher Weise am Wirtschaftsleben eines anderen Mitgliedstaates als seinen Herkunftsstaat es teilzunehmen“<sup>60, 61</sup>. Der EuGH versteht unter einer Niederlassung im Sinne des Art. 49 AEUV die tatsächliche Ansiedlung der betreffenden Gesellschaft und „die tatsächliche Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit mittels einer festen Einrichtung in einem anderen Mitgliedstaat auf unbestimmte Zeit“<sup>62, 63</sup>.

Das Gleichstellungsprinzip aus Art. 54 Abs. 1 AEUV eröffnet einen eigenen Rechtsrahmen für die Mobilität von Gesellschaften in der EU, denn neben natürlichen Personen werden auch Gesellschaften nach Art. 54 Abs. 2 AEUV von der Niederlassungsfreiheit aus Art. 49 AEUV erfasst.<sup>64</sup> Der Begriff der Gesellschaft wird unionsautonom in Art. 54 Abs. 2 AEUV festgelegt und umfasst alle wirtschaftlichen Vereinigungen, unabhängig ihrer Rechtsform, die einen wirtschaftlichen Erwerbszweck verfolgen.<sup>65</sup> Die Gesellschaften müssen gem. Art 54 Abs. 1 AEUV nach dem Recht eines Mitgliedstaats gegründet sein und ihren satzungsmäßigen Sitz, ihre Hauptverwaltung oder ihre Hauptniederlassung innerhalb der EU haben.

---

<sup>53</sup> Verordnung (EG) Nr. 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17.06.2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht; im folgenden: Rom-I-VO.

<sup>54</sup> Verordnung (EG) Nr. 864/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11.07.2007 über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht; im Folgenden: Rom-II-VO.

<sup>55</sup> Verordnung (Eu) Nr. 650/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 04.07.2012 über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen und die Annahme und Vollstreckung öffentlicher Urkunden in Erbsachen sowie zur Einführung eines Europäischen Nachlasszeugnisses; im Folgenden: EUerbVO.

<sup>56</sup> *Junker*, IPR, § 13 Rn. 37.

<sup>57</sup> *Saenger* in: *Saenger u.a., Handels- und Gesellschaftsrecht*, § 8 Rn. 12 f; siehe vertiefend: B.II.3.

<sup>58</sup> *Kessler* in: *Saenger u.a., Handels- und Gesellschaftsrecht*, § 8 Rn. 40.

<sup>59</sup> *Kessler* in: *Saenger u.a., Handels- und Gesellschaftsrecht*, § 8 Rn. 40.

<sup>60</sup> EuGH, Urteil vom 30.11.1995, C-55/94, ECLI:EU:C:1995:411 – Gebhard, juris, Rn. 25.

<sup>61</sup> *Kessler* in: *Saenger u.a., Handels- und Gesellschaftsrecht*, § 8 Rn. 44.

<sup>62</sup> EuGH, Urteil vom 25.07.1991, C-221/89, ECLI:EU:C:1991:320 – Factortame, juris, Rn. 20.

<sup>63</sup> *Kindler*, EuZW 2012, 888 (891).

<sup>64</sup> *Müller-Graff* in: *Streinz EUV/AEUV*, Art. 54 AEUV Rn. 1.

<sup>65</sup> *Ludwigs* in: *Dausen/Ludwigs EU-WirtschaftsR-HdB*, E. I. Grundregeln Rn. 75.

Somit sind nach Art. 49, 54 AEUV Beschränkungen der freien Niederlassung von Unionsbürgern und von Gesellschaften eines Mitgliedstaats im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats nach Art. 50 – 55 AEUV verboten.<sup>66</sup>

Erfasst von der Niederlassungsfreiheit aus Art. 49, 54 AEUV ist insbesondere der Zuzug einer Gesellschaft in einen anderen Mitgliedstaat, allerdings nicht der Wegzug aus ihrem Gründungsstaat.<sup>67</sup>

Drittstaatengesellschaften sind durch die unionsrechtliche Niederlassungsfreiheit nicht geschützt.<sup>68</sup>

### 3. Sitztheorie und Gründungstheorie

#### a) Sitztheorie

Die zentrale Anknüpfung der Sitztheorie, um das Gesellschaftsstatut zu bestimmen, ist der tatsächliche Verwaltungssitz einer Gesellschaft.<sup>69</sup> Demnach unterliegt die Sitztheorie einem materiellen Ansatz, da die Gesellschaft an ihrem tatsächlichen Verwaltungssitz die engste Verbindung zu demjenigen Staat hat, dessen Sachrecht auf die Gesellschaft angewendet wird.<sup>70</sup> Durch die Anknüpfung an den tatsächlichen Verwaltungssitz wird eine zusätzliche Bedingung für die Rechtsfähigkeit und Parteifähigkeit geschaffen, denn die Gesellschaft muss zudem nach den einschlägigen Regelungen in ihrem Gründungsstaat gegründet worden sein.<sup>71</sup> Die Sitztheorie baut daher auf der Annahme eines einheitlichen Gesellschaftsstatuts (Einheitstheorie) auf.<sup>72</sup>

Um den Staat zu schützen, der durch die Tätigkeit der Gesellschaft am meisten betroffen ist, soll das Recht dieses Staates auf die Gesellschaft Anwendung finden.<sup>73</sup> Dies folgt aus dem Umstand, dass dort auch meistens mehr Direktoren, leitende Angestellte, Begünstigte, Anteilseigner und Gläubiger tätig sind.<sup>74</sup> Diese Annahme wird in Folge der fortschreitenden Internationalisierung des Wirtschaftslebens nicht mehr immer der Realität entsprechen.<sup>75</sup> Die Sitztheorie setzt diese Annahme voraus bzw. geht davon aus, dass sie in den überwiegenden Fällen weiter zutrifft.<sup>76</sup>

Durch die Anknüpfung an den tatsächlichen Verwaltungssitz wird einerseits die Rechtssicherheit gefördert, und andererseits bietet die daraus folgende Anwendung der Sitztheorie einem Staat die Möglichkeit darüber zu wachen, welche Gesellschaftsformen in seinem Hoheitsbereich zugelassen sind.<sup>77</sup> So können inländische gesellschaftsrechtliche Statuten nicht durch weniger strenge ausländische unterlaufen werden.<sup>78</sup>

---

<sup>66</sup> MüKo/Kindler, BGB Band 13, Teil 10. Internationales Handels- und Gesellschaftsrecht Rn. 111.

<sup>67</sup> Wall in: Hausmann/Odersky IPR, § 18 Rn. 32, 51; siehe dazu: C.I.2.

<sup>68</sup> MünchHdB GesR VIII/Lieder § 5 Rn. 22; zum Begriffe siehe: B.I.2.b).

<sup>69</sup> BGH, Urteil vom 30.01. 1970, V ZR 139/68, NJW 1970, 998 (999); Grüneberg/Thorn, EGBGB Art. 12 Rn. 1; Servatius in: Henssler/ Strohn, Internationales Gesellschaftsrecht Rn. 5.

<sup>70</sup> Spahlinger in: Spahlinger/Wegen, Int. Gesellschaftsrecht Rn. 35.

<sup>71</sup> MüKo/Kindler, BGB Band 13, Teil 10. Internationales Handels- und Gesellschaftsrecht Rn. 423.

<sup>72</sup> MüKo/Kindler, BGB Band 13, Teil 10. Internationales Handels- und Gesellschaftsrecht Rn. 423.

<sup>73</sup> MüKo/Kindler, BGB Band 13, Teil 10. Internationales Handels- und Gesellschaftsrecht Rn. 424.

<sup>74</sup> MüKo/Kindler, BGB Band 13, Teil 10. Internationales Handels- und Gesellschaftsrecht Rn. 424.

<sup>75</sup> Eidenmüller/Rehm, ZGR 1997, 89 (89 ff.).

<sup>76</sup> Eidenmüller/Rehm, ZGR 1997, 89 (89 ff.).

<sup>77</sup> MüKo/Kindler, BGB Band 13, Teil 10. Internationales Handels- und Gesellschaftsrecht Rn. 423; Tiedje in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, Art. 54 AEUV Rn. 35.

<sup>78</sup> MüKo/Kindler, BGB Band 13, Teil 10. Internationales Handels- und Gesellschaftsrecht Rn. 423; Tiedje in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, Art. 54 AEUV Rn. 35.

Bei der Verlegung des tatsächlichen Verwaltungssitzes unter Anwendung der Sitztheorie findet ein Statutenwechsel statt.<sup>79</sup> Der Statutenwechsel findet selbst dann statt, wenn das materielle Gesellschaftsrecht des Satzungssitzes und das des neuen tatsächlichen Verwaltungssitzes eine grenzüberschreitende Sitzverlegung unter Wahrung der Identität der Gesellschaft zulassen.<sup>80</sup> Die Gesellschaft besteht nicht nach dem Recht ihres Satzungssitzes fort, sondern muss sich dem Gesellschaftsrecht des neuen Verwaltungssitzes anpassen.<sup>81</sup> Es kann zu einem Verlust der Rechtsfähigkeit und damit auch zu einem Verlust der Parteifähigkeit kommen, wenn das materielle Recht der beteiligten Staaten keine identitätswahrende Verlegung des tatsächlichen Verwaltungssitzes ermöglichen.<sup>82</sup>

## b) Gründungstheorie

Im Unterschied zur Sitztheorie knüpft die Gründungstheorie an dasjenige Recht an, nach dem die Gesellschaft gegründet worden ist.<sup>83</sup> Entscheidend ist also die Rechtsordnung des Staates, an dem sich regelmäßig der Satzungssitz befindet.<sup>84</sup>

Im Zeitpunkt der Gründung wählen die Gesellschafter das anwendbare Gesellschaftsstatut.<sup>85</sup> Findet die Gründungstheorie Anwendung, kann die Gesellschaft von da an immer klar und eindeutig danach bestimmt werden, da durch die Gründung eine Rechtswahl getroffen wird.<sup>86</sup> Die Gründungstheorie verwirklicht deshalb vor allem den Willen der Gründungsgesellschafter, wodurch das Parteiinteresse in den Vordergrund gestellt wird.<sup>87</sup> Ist eine Gesellschaft einmal wirksam gegründet worden, so führen spätere Veränderungen, zum Beispiel die Veränderungen des tatsächlichen Verwaltungssitzes, nicht zu einem Wechsel des Gesellschaftsstatuts.<sup>88</sup> Bei einer grenzüberschreitenden Verlegung des tatsächlichen Verwaltungssitzes bleibt das Recht des Gründungsstaates erhalten, da das Gesellschaftsstatut umgewandelt werden kann, die Gesellschaft dadurch ihre Rechtsfähigkeit behält und so die Mobilität von Gesellschaften gefördert werden kann.<sup>89</sup>

Allerdings können Gesellschaften nach dem Recht eines Staates gegründet werden, zu dem sonst keinerlei Verbindung besteht.<sup>90</sup> Dadurch kommt es zu sogenanntem „*legal form shopping*“<sup>91</sup> in den Staaten mit den gründerfreundlichsten Gesellschaftsformen, da es nicht von Relevanz ist, ob wirtschaftliche Aktivitäten im In- oder Ausland entfaltet werden.<sup>92</sup> Es kann jedoch zur Beeinträchtigung von Verkehrsinteressen, insbesondere des Gläubigerschutzes, kommen.<sup>93</sup> Schutzvorschriften, beispielsweise hinsichtlich des Mindestkapitals,

<sup>79</sup> BGH, Urteil vom 21.03.1986, V ZR 10/85, NJW 1986, 2194 (2195).

<sup>80</sup> BGH, Urteil vom 21.03.1986, V ZR 10/85, NJW 1986, 2194 (2195).

<sup>81</sup> BGH, Urteil vom 21.03.1986, V ZR 10/85, NJW 1986, 2194 (2195).

<sup>82</sup> BGH, Urteil vom 01.07.2002, II ZR 380/00, NJW 2002, 3539 (3540); siehe hierzu: C.III.3.a).

<sup>83</sup> BGH, Urteil vom 12.07.2011, II ZR 28/10, NJW 2011, 3372, Rn. 25; Grüneberg/Thorn, EGBGB Art. 12 Rn. 1.

<sup>84</sup> BGH, Urteil vom 12.07.2011, II ZR 28/10, NJW 2011, 3372, Rn. 25; Grüneberg/Thorn, EGBGB Art. 12 Rn. 1.

<sup>85</sup> Wall in: Hausmann/Odersky IPR, § 18 Rn. 14.

<sup>86</sup> Wall in: Hausmann/Odersky IPR, § 18 Rn. 14.

<sup>87</sup> Wall in: Hausmann/Odersky IPR, § 18 Rn. 16.

<sup>88</sup> MHLS/Leible, Systematische Darstellung 2 Rn. 7.

<sup>89</sup> Junker, IPR, § 13 Rn. 40.

<sup>90</sup> MüKo/Kindler, BGB Band 13, Teil 10. Internationales Handels- und Gesellschaftsrecht Rn. 371.

<sup>91</sup> Spahlinger in: Spahlinger/Wegen, Int. Gesellschaftsrecht Rn. 60.

<sup>92</sup> MüKo/Kindler, BGB Band 13, Teil 10. Internationales Handels- und Gesellschaftsrecht Rn. 371.

<sup>93</sup> Junker, IPR, § 13 Rn. 41.

finden keine Anwendung.<sup>94</sup> Auch die Ordnungsinteressen des Staates, in dem der tatsächliche Verwaltungssitz der Gesellschaft liegt, können berührt sein.<sup>95</sup>

### III. Zwischenfazit

Eine identitätswahrende Sitzverlegung kann nur eine des Verwaltungs- und nicht des Satzungssitzes sein.<sup>96</sup> Bei der Gründung einer Gesellschaft bestimmt die Wahl des Satzungssitzes das anwendbare Recht und die Identität der Gesellschaft.<sup>97</sup> Diese Identität und dadurch auch das anwendbare Recht sollen bei der Sitzverlegung beibehalten werden, um keinen Rechtsformwechsel durchführen zu müssen.<sup>98</sup>

Durch die fehlenden kollisionsrechtlichen Regelungen im Internationalen Gesellschaftsrecht erhalten die Anknüpfungspunkte der Sitz- und Gründungstheorie sowie ihre Rechtsfolgen erst bei grenzüberschreitenden Sachverhalten Bedeutung.<sup>99</sup> Wenn Staaten nicht einheitlich der Sitztheorie oder der Gründungstheorie folgen, entstehen Widersprüche, die kaum aufzulösen sind.<sup>100</sup>

## C. Auf den Zuzug von Gesellschaften aus EU- bzw. Drittstaaten anwendbares Recht

Im Folgenden wird dargestellt, welches Recht auf den Zuzug einer Gesellschaft konkret Anwendung finden kann. Es werden primärrechtliche Grundlagen insbesondere die divergierende Rechtsprechung des EuGH in Bezug auf die Niederlassungsfreiheit aus Art. 49, 54 AEUV für Gesellschaften, sowie sekundärrechtliche Ansätze aufgezeigt. Dies führt zur Rechtsprechung des BGH im Rahmen des „autonomen“ deutschen IPR in Bezug auf Drittstaatengesellschaften hin.

### I. Primärrecht

#### 1. Niederlassungsfreiheit

##### a) Schutzbereich der Niederlassungsfreiheit

Die Niederlassungsfreiheit umfasst im Wesentlichen zwei Bereiche. Einerseits ist gem. Art. 49 Abs. 1 S.1 AEUV die Ausübung der wirtschaftlichen Tätigkeit durch eine Hauptniederlassung geschützt (sogenannte „primäre Niederlassungsfreiheit“).<sup>101</sup> Andererseits ist nach Art. 49 Abs. 1 S.2 AEUV die Gründung von Zweigniederlassungen unter Wahrung des Unternehmensschwerpunktes im Heimatstaat erfasst (sogenannte „sekundäre Niederlassungsfreiheit“).<sup>102</sup>

Der Schutzbereich der Niederlassungsfreiheit ist in räumlicher Hinsicht auf den in den Art. 52 EUV beschriebenen Geltungsbereich begrenzt.<sup>103</sup> Deswegen findet Art. 49 AEUV keine Anwendung auf niederlassungsbezogene Tätigkeiten in einem Drittstaat findet, auch wenn ein Unionsbürger oder eine Gesellschaft im Sinne des Art. 54 AEUV versucht, sich auf diese

<sup>94</sup> Junker, IPR, § 13 Rn. 41.

<sup>95</sup> Junker, IPR, § 13 Rn. 41.

<sup>96</sup> Leible, ZGR 2004, 531 (535).

<sup>97</sup> Spahlinger in: Spahlinger/Wegen, Int. Gesellschaftsrecht Rn. 60.

<sup>98</sup> MHLS/Leible, Systematische Darstellung 2 Rn. 7.

<sup>99</sup> Kessler in: Saenger u.a., Handels- und Gesellschaftsrecht, § 8 Rn. 56.

<sup>100</sup> Kessler in: Saenger u.a., Handels- und Gesellschaftsrecht, § 8 Rn. 56.

<sup>101</sup> Ludwigs in: Dausen/Ludwigs EU-WirtschaftsR-HdB, E. I. Grundregeln Rn. 58 f.

<sup>102</sup> Ludwigs in: Dausen/Ludwigs EU-WirtschaftsR-HdB, E. I. Grundregeln Rn. 58 f.

<sup>103</sup> Korte in: Callies/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 49 AEUV Rn. 48.



Grundfreiheit zu berufen.<sup>104</sup> Um den Schutzbereich der Niederlassungsfreiheit aus Art. 49, 54 AEUV zu eröffnen, ist ein grenzüberschreitender Unionsbezug stets erforderlich.<sup>105</sup>

Grundsätzlich folgt der Gewährleistungsgehalt der Niederlassungsfreiheit für Gesellschaften aufgrund des Gleichstellungsprinzips aus Art. 54 Abs. 1 AEUV demjenigen für natürliche Personen.<sup>106</sup> Es ergeben sich jedoch spezifische Fragen, die auf Gesellschaft bezogen sind, sowohl im Hinblick auf die primäre Niederlassungsfreiheit als auch auf die sekundäre Niederlassungsfreiheit.<sup>107</sup>

#### **aa) Primäre Niederlassungsfreiheit**

Die Beschränkung der primären Niederlassungsfreiheit ist gem. Art. 49 Abs. 1 S.1 AEUV verboten. Davon ist grundsätzlich auch die Beseitigung von Beschränkungen der Sitzverlegung von Gesellschaften umfasst, damit das Gleichstellungsprinzip des Art. 54 AEUV vollständig entfaltet werden kann.<sup>108</sup>

Wenn eine nach mitgliedstaatlichem Recht gegründete Gesellschaft ihren tatsächlichen Verwaltungssitz bzw. ihre Hauptniederlassung in einen anderen Mitgliedstaat verlegt, ist die primäre Niederlassungsfreiheit des Art. 49 Abs. 1 S.1 AEUV einschlägig.<sup>109</sup> Diese gewährt das Recht, den wirtschaftlichen Schwerpunkt eines Unternehmens in einem anderen Mitgliedstaat zu etablieren.<sup>110</sup>

#### **bb) Sekundäre Niederlassungsfreiheit**

Gesellschaften machen von ihrer Niederlassungsfreiheit meist durch das Errichten von Agenturen, Zweigniederlassungen oder Tochtergesellschaften Gebrauch, welches ein unbestrittenes Recht darstellt und in Art. 49 Abs. 1 S.2 AEUV ausdrücklich vorgesehen ist.<sup>111</sup> Die sekundäre Niederlassungsfreiheit gilt für alle Betriebsteile, die von einer zuerst gegründeten Niederlassung aus aufgebaut werden, selbst wenn diese Teile ausnahmsweise den Unternehmensschwerpunkt darstellen oder über diese Teile sogar die gesamte Geschäftstätigkeit der Gesellschaft abgewickelt wird.<sup>112</sup>

Die sekundäre Niederlassungsfreiheit gem. Art. 49 Abs. 1 S.2 AEUV umfasst sowohl die Gründung rechtlich selbstständiger Tochterunternehmen als auch unselbstständiger Unternehmenseinheiten oder Zweigniederlassungen.<sup>113</sup> Es entsteht die Möglichkeit der diskriminierungsfreien und behinderungsfreien Gründung von rechtlich selbstständigen oder unselbstständigen Betriebsstätten gem. Art. 49 Abs. 1 S.2 i.V.m. Art. 54 AEUV sowie das Recht, Art und den Umfang der wirtschaftlichen Tätigkeit innerhalb der EU zu bestimmen.<sup>114</sup> Für Gesellschaften wird dadurch die Möglichkeit geschaffen, ohne ihre Hauptniederlassung aufzugeben, Zweigniederlassungen in anderen Mitgliedstaaten zu errichten.

---

<sup>104</sup> Korte in: Callies/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 49 AEUV Rn. 48.

<sup>105</sup> Müller-Graff in: Streinz EUV/AEUV, Art. 49 AEUV Rn. 20.

<sup>106</sup> Müller-Graff in: Streinz EUV/AEUV, Art. 54 AEUV Rn. 13.

<sup>107</sup> Müller-Graff in: Streinz EUV/AEUV, Art. 54 AEUV Rn. 13.

<sup>108</sup> Müller-Graff in: Streinz EUV/AEUV, Art. 54 AEUV Rn. 14.

<sup>109</sup> Stiegler in: Jung/Krebs/Stiegler GesR in Europa, § 10 Rn. 17.

<sup>110</sup> Stiegler in: Jung/Krebs/Stiegler GesR in Europa, § 10 Rn. 17.

<sup>111</sup> Khan/Eisenhut in: Vedder/Heintschel von Heinegg, Europ. Unionsrecht, Art. 54 AEUV Rn. 6.

<sup>112</sup> Jung in: Schwarze u.a. EU-Kommentar, Art. 54 AEUV Rn. 46.

<sup>113</sup> Schlag in: Schwarze u.a. EU-Kommentar, Art. 49 AEUV Rn. 20.

<sup>114</sup> Jung in: Schwarze u.a. EU-Kommentar, Art. 54 AEUV Rn. 46.

Die Wahrnehmung der sekundäre Niederlassungsfreiheit wird von Art. 49 Abs. 1 S.2 AEUV von der Ansässigkeit einer Gesellschaft in einem Mitgliedstaat abhängig gemacht, um die tatsächliche und dauerhafte Verbindung mit einem Mitgliedstaat sicherstellen zu können.<sup>115</sup>

### **b) Eingriff in die Niederlassungsfreiheit**

Die von dem Schutzbereich der Niederlassungsfreiheit erfassten Gesellschaften aus Art. 49 Abs. 1 S.1 i.V.m. Art. 54 AEUV, deren Beschränkung der freien Niederlassung verboten ist, werden bei der Ausübung der Niederlassungsfreiheit sowohl durch ein Diskriminierungsverbot als auch durch ein Beschränkungsverbot geschützt.<sup>116</sup> Grundsätzlich gelten durch die Gleichstellung von natürlichen Personen und Gesellschaften im Rahmen des Diskriminierungs- und Beschränkungsverbots die gleichen nachfolgend dargestellten Maßstäbe.<sup>117</sup> Jedoch ist festzuhalten, dass erhebliche Schwierigkeiten aufgrund der Natur der Gesellschaften als Rechtsgebilde weitgehend ungeklärt sind.<sup>118</sup>

Während Art. 49 AEUV den Begriff der Diskriminierung selbst nicht verwendet, ordnet er positiv eine Gleichbehandlung von Inländern in Art. 49 Abs. 2 AEUV an.<sup>119</sup> Die Niederlassungsfreiheit als Diskriminierungsverbot gewährt EU-Ausländern bei einem gleichartigen Sachverhalt das Recht auf Inländergleichbehandlung und richtet sich somit gegen jegliche rechtliche Schlechterbehandlung im Vergleich zu Inländern.<sup>120</sup>

Als Eingriff in die Niederlassungsfreiheit kommen offene und verdeckte Diskriminierungen in Betracht.<sup>121</sup> Offene Diskriminierungen sind alle staatlichen Handlungen, die nach dem Gesellschaftsstatut einer Gesellschaft differenzieren und durch Regelungen und Maßnahmen das geschützte Verhalten erschweren oder unmöglich machen.<sup>122</sup> Die Niederlassungsfreiheit verbietet verdeckte Diskriminierungen, welche ausländische Gesellschaften wegen ihres Gesellschaftsstatuts anhand von Regelungen und Maßnahmen benachteiligen.<sup>123</sup> Diese Regelungen und Maßnahmen werden gleichermaßen auf In- und EU-Ausländer angewendet, führen aber in Wirklichkeit zu einer Benachteiligung von EU-Ausländern.<sup>124</sup>

Der EuGH weitet das Diskriminierungsverbot zu einem allgemeinen Verbot für Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit aus und untersagt Regelungen und Maßnahmen, die die Ausübung der Niederlassungsfreiheit „behindern oder weniger attraktiv machen“<sup>125</sup>.<sup>126</sup> Die Mitgliedstaaten sind die Adressaten des Beschränkungsverbots und haben die Verpflichtung, ihre nationalen Rechtsvorschriften im Einklang mit den Vorgaben der Niederlassungsfreiheit auszugestalten und anzuwenden.<sup>127</sup> Solche nationalen Rechtsvorschriften werden von dem allgemeinen Beschränkungsverbot erfasst, wenn sie in ihrer Wirkung den

<sup>115</sup> Forsthoff in: GHN, Art. 54 AEUV Rn. 17; Müller-Graff in: Streinz EUV/AEUV, Art. 49 AEUV Rn. 32.

<sup>116</sup> Kalss/Klampfl in: Dausen/Ludwigs EU-WirtschaftsR-HdB, E. III. Gesellschaftsrecht Rn. 54.

<sup>117</sup> Forsthoff in: GHN, Art. 49 AEUV Rn. 88; Jung in: Schwarze u.a. EU-Kommentar, Art. 54 AEUV Rn. 24.

<sup>118</sup> Forsthoff in: GHN, Art. 49 AEUV Rn. 88; Jung in: Schwarze u.a. EU-Kommentar, Art. 54 AEUV Rn. 24.

<sup>119</sup> Müller-Graff in: Streinz EUV/AEUV, Art. 49 AEUV Rn. 41.

<sup>120</sup> für viele: Müller-Graff in: Streinz EUV/AEUV, Art. 49 AEUV Rn. 41; Kalss/Klampfl in: Dausen/Ludwigs EU-WirtschaftsR-HdB, E. III. Gesellschaftsrecht Rn. 55.

<sup>121</sup> Müller-Graff in: Streinz EUV/AEUV, Art. 49 AEUV Rn. 44 ff.

<sup>122</sup> Müller-Graff in: Streinz EUV/AEUV, Art. 49 AEUV Rn. 44 ff.

<sup>123</sup> Müller-Graff in: Streinz EUV/AEUV, Art. 49 AEUV Rn. 48 ff.; Schlag in: Schwarze u.a. EU-Kommentar, Art. 49 AEUV Rn. 35 ff.

<sup>124</sup> Müller-Graff in: Streinz EUV/AEUV, Art. 49 AEUV Rn. 48 ff.; Schlag in: Schwarze u.a. EU-Kommentar, Art. 49 AEUV Rn. 35 ff.

<sup>125</sup> EuGH, Urteil vom 30.11.1995, C-55/94, ECLI:EU:C:1995:411 – Gebhard, juris, Rn. 37.

<sup>126</sup> Forsthoff in: GHN, Art. 49 AEUV Rn. 88.

<sup>127</sup> Stiegler in: Jung/Krebs/Stiegler GesR in Europa, § 10 Rn. 27.

Marktzugang oder die Wettbewerbsgleichheit von Gesellschaften innerhalb der EU beeinträchtigen.<sup>128</sup> Die Bestimmung der Reichweite des Beschränkungsverbots ist nicht eindeutig geklärt und kann gerade im Gesellschaftsrecht in vielen Fällen nicht klar von der verdeckten Diskriminierung abgegrenzt werden.<sup>129</sup>

Ein Eingriff in die Niederlassungsfreiheit stellen somit nicht nur alle staatlichen Maßnahmen dar, die offen oder verdeckt durch ihre Anknüpfung das durch die Niederlassungsfreiheit aus Art. 49, 54 AEUV geschützte Verhalten diskriminieren, sondern vielmehr auch solche, die dieses allgemein beschränken.

### c) Rechtfertigung

Es besteht kein grundsätzliches Verbot für Eingriffe in die Niederlassungsfreiheit. Sie können gerechtfertigt sein, sofern ein legitimer Grund vorliegt.<sup>130</sup> In Betracht kommen geschriebene Rechtfertigungsgründe aus Art. 52 Abs. 1 AEUV sowie ungeschriebene Rechtfertigungsgründe.<sup>131</sup>

Die geschriebenen Rechtfertigungsgründe des Art. 52 Abs. 1 AEUV gelten nach dem Gleichstellungsprinzip aus Art. 54 AEUV auch für die Niederlassungsfreiheit von Gesellschaften.<sup>132</sup> Gemäß Art. 52 Abs. 1 AEUV kann aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit eine „Sonderregelung für Ausländer“ gerechtfertigt sein. Die Aufzählung der genannten Schutzgüter in Art. 52 Abs. 1 AEUV ist abschließend.<sup>133</sup> Sie können offene sowie verdeckte Diskriminierungen und Beschränkungen rechtfertigen.<sup>134</sup>

Nach der Rechtsprechung des EuGH können verdeckte Diskriminierungen und Beschränkungen auch aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt sein, welche ungeschriebene Rechtfertigungsgründe darstellen.<sup>135</sup> Im Gesellschaftsrecht können zwingende Gründe des Allgemeininteresses Interessen der Gläubiger, der Minderheitsgesellschafter, der Arbeitnehmer und des Fiskus sein.<sup>136</sup> Der EuGH hat in der Entscheidung „Gebhard“<sup>137</sup> vier Voraussetzungen festgelegt, die für eine Rechtfertigung erfüllt sein müssen:

„Sie müssen in nichtdiskriminierender Weise angewandt werden, sie müssen aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt sein, sie müssen geeignet sein, die Verwirklichung des mit ihnen verfolgten Zieles zu gewährleisten, und sie dürfen nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung dieses Zieles erforderlich ist.“<sup>138</sup>

Da der Schutzgehalt der Niederlassungsfreiheit für alle Gesetze, Verwaltungsvorschriften und Gerichtsentscheidungen zu beachten ist, bestehen generelle Ausnahmen einzelner Rechtsbereiche wie dem internationalem Gesellschaftsrecht nicht.<sup>139</sup> Regelungen und

<sup>128</sup> Ludwigs in: Dauses/Ludwigs EU-WirtschaftsR-HdB, E. I. Grundregeln Rn. 92.

<sup>129</sup> Jung in: Schwarze u.a. EU-Kommentar, Art. 54 AEUV Rn. 21; Kalss/Klampfl in: Dauses/Ludwigs EU-WirtschaftsR-HdB, E. III. Gesellschaftsrecht Rn. 56.

<sup>130</sup> Forsthoff in: GHN, Art. 49 AEUV Rn. 122.

<sup>131</sup> Stiegler in: Jung/Krebs/Stiegler GesR in Europa, § 10 Rn. 28.

<sup>132</sup> EuGH, Urteil vom 10.07.1986, C-79/85, ECLI:EU:C:1986:308 – Segers, NJW 1987, 571, Rn. 17.

<sup>133</sup> Forsthoff in: GHN, Art. 49 AEUV Rn. 122; Forsthoff in: GHN, Art. 52 AEUV Rn. 3.

<sup>134</sup> Forsthoff in: GHN, Art. 49 AEUV Rn. 122; Forsthoff in: GHN, Art. 52 AEUV Rn. 3.

<sup>135</sup> EuGH, Urteil vom 30.11.1995, C-55/94, ECLI:EU:C:1995:411 – Gebhard, juris, Rn. 37; Forsthoff in: GHN, Art. 49 AEUV Rn. 122; Forsthoff in: GHN, Art. 54 AEUV Rn. 17.

<sup>136</sup> Jung in: Schwarze u.a. EU-Kommentar, Art. 54 AEUV Rn. 26.

<sup>137</sup> EuGH, Urteil vom 30.11.1995, C-55/94, ECLI:EU:C:1995:411 – Gebhard, juris.

<sup>138</sup> EuGH, Urteil vom 30.11.1995, C-55/94, ECLI:EU:C:1995:411 – Gebhard, juris, Rn. 37.

<sup>139</sup> Müller-Graff in: Streinz EUV/AEUV, Art. 49 AEUV Rn. 35; Müller-Graff in: Streinz EUV/AEUV, Art. 54 AEUV Rn. 15.

Maßnahmen, die zu einer Diskriminierung oder einer Beschränkung führen, sind an der Niederlassungsfreiheit zu messen, außer sie sind durch einen geschriebenen oder ungeschriebenen Rechtfertigungsgrund gerechtfertigt.<sup>140</sup>

## 2. Urteile des EuGH zur Niederlassungsfreiheit

### a) Einleitung

Der EuGH hat durch seine Rechtsprechung zur Reichweite der Niederlassungsfreiheit für Gesellschaften als „Motor des europäischen Gesellschaftsrechts“<sup>141</sup> in den letzten Jahren zu einer erheblichen Weiterentwicklung des Gesellschaftskollisionsrechts beigetragen.<sup>142</sup> Auf diese Weise hat der EuGH zu einer Ausweitung der Mobilität von Gesellschaften innerhalb der EU mitgewirkt.<sup>143</sup>

### aa) Urteile des EuGH als ungeschriebenes Primärrecht

Im internationalem Gesellschaftsrecht fehlt es bislang an unionsrechtlichen Regelungen auf Ebene des Primärrechts, des Sekundärrechts oder – für die vorliegende Arbeit nicht relevanten – völkerrechtlichen Abkommen.<sup>144</sup> Denn wie bereits dargestellt, gibt es keine geschriebenen Rechtsakte, die das auf das Gesellschaftsstatut anwendbare Recht einheitlich bestimmen.<sup>145</sup> Und das, obwohl die Niederlassungsfreiheit von Gesellschaften aus Art. 49, 54 AEUV ein anerkannter, wenn auch unter den Mitgliedstaaten aufgrund der zwei verschiedenen Anknüpfungspunkte umstrittener Grundstein des Primärrechts ist.<sup>146</sup>

Die Rechtsprechung des EuGH ist in diesem Fall besonders bedeutsam.<sup>147</sup> Aus der in Art.19 Abs. 1 S.2 EUV verwendeten Formulierung, dass der Gerichtshof zur „Wahrung des Rechts bei der Auslegung und Anwendung der Verträge“ verpflichtet ist, ergibt sich, dass auch ungeschriebene Elemente des Unionsrecht existieren.<sup>148</sup> Darüber haben in der Rechtsprechung der Unionsgerichtsbarkeit eine Vielzahl allgemeiner Rechtsgrundsätze Anerkennung gefunden.<sup>149</sup> Diese geben dem EuGH einen Anhaltspunkt und ein Richtmaß, um Regelungslücken im geschriebenen Unionsrecht zu füllen.<sup>150</sup> Auch wenn es an einer eingehenden Begründung für diese Kompetenz fehlt, ging der EuGH von seiner Pflicht aus allgemeinen Rechtsgrundsätze zu entwickeln und anzuwenden, da ansonsten der Vorwurf der Rechtsverweigerung zuziehen würde.<sup>151</sup> Die allgemeinen Rechtsgrundsätze stehen auf unionsrechtlicher Ebene im Rang vom Primärrecht.<sup>152</sup>

Aufgrund der Normenhierarchie des Art. 3 EGBGB ergibt sich somit für das deutsche Recht, dass sich das anwendbare Recht gem. Art. 3 ltzt. Hs. EGBGB nur dann für die Fallgestaltung des internationalen Privatrechts, bzw. hier genauer für das internationalen Gesellschaftsrechts bestimmt, wenn nicht gem. Art. 3 Nr.1 EGBGB unmittelbar anwendbaren

<sup>140</sup> Müller-Graff in: Streinz EUV/AEUV, Art. 49 AEUV Rn. 35; Müller-Graff in: Streinz EUV/AEUV, Art. 54 AEUV Rn. 15.

<sup>141</sup> Wachter, NZG 2017, 1308 (1312).

<sup>142</sup> MAH GmbH-Recht/Dostal, § 26 Rn. 100.

<sup>143</sup> MAH GmbH-Recht/Dostal, § 26 Rn. 100.

<sup>144</sup> MüKo/Hein, BGB Band 12, EGBGB Art. 3 Rn. 94.

<sup>145</sup> MüKo/Hein, BGB Band 12, EGBGB Art. 3 Rn. 94.

<sup>146</sup> MüKo/Hein, BGB Band 12, EGBGB Art. 3 Rn. 94.

<sup>147</sup> Streinz: Europarecht, § 2 Rn. 464.

<sup>148</sup> Schroeder in: Streinz EUV/AEUV, Art. 288 AEUV Rn. 18.

<sup>149</sup> Wegener in: Callies/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 19 EUV Rn. 57.

<sup>150</sup> Schwarze/Wunderlich in: Schwarze u.a. EU-Kommentar, Art. 19 AEUV Rn. 23.

<sup>151</sup> Streinz: Europarecht, § 2 Rn. 464.

<sup>152</sup> EuGH, Urteil vom 12.11.1969, C-29/69, ECLI:EU:C:1969:57 – Stauder, juris, Rn. 7; für viele: Schroeder in: Streinz EUV/AEUV, Art. 288 AEUV Rn. 18.

Regelungen der Europäischen Union oder gem. Art. 3 Nr.2 EGBGB Regelungen in völkerrechtlichen Vereinbarungen maßgeblich sind.<sup>153</sup>

Somit kommt der Rechtsprechung des EuGH, aufgrund ihres Primärrechtrangs innerhalb der unionsrechtlichen Ebene, ebenfalls der Anwendungsvorrang zu.

## **bb) Auswahl der folgenden Urteile**

Im Rahmen der Rechtsprechung des EuGH sowie in der Literatur wird zwischen Anwendbarkeit und Reichweite der Niederlassungsfreiheit bei Wegzugsfällen und bei Zuzugsfällen unterschieden.<sup>154</sup>

Die Frage, wie diese Fälle im Zusammenhang mit der Niederlassungsfreiheit nach Art. 49, 54 AEUV zu beurteilen sind, war Gegenstand zahlreicher Urteile des EuGH, die sich mit beiden Formen der Sitzverlegung beschäftigten.<sup>155</sup>

Aufgrund der Vielzahl der einschlägigen Entscheidungen des EuGH muss für den Zweck dieser Arbeit eine Auswahl getroffen werden. Deswegen wird nur auf diejenigen Urteile eingegangen, die die größten Aussagegehalte für die zugrundeliegende Problematik haben. Da der vorliegenden Arbeit der Zuzug einer Gesellschaft als Ausgangskonstellation zugrunde liegt, werden auch die Urteile des EuGH diesbezüglich nachfolgend genau beleuchtet. Die Urteile betreffend der Wegzugskonstellation werden der Vollständigkeit halber nur in Grundzügen dargestellt und ihre wichtigsten Kernaussagen herausgestellt.

## **b) Die Sitztheorie in Wegzugsfällen**

### **aa) Die zentralen Urteile: Daily Mail, Cartesio und National Grid Indus**

Der EuGH entschied 1988 im Rahmen der „Daily Mail“<sup>156</sup>-Entscheidung erstmals über die Niederlassungsfreiheit bei grenzüberschreitender Sitzverlegung. Die britische Ltd. Daily Mail plante, unter Beibehaltung ihres satzungsmäßigen Sitzes in London, ihren Verwaltungssitz in die Niederlande zu verlegen.<sup>157</sup> Aufgrund eines damals geltenden Steuergesetzes in Großbritannien, dass die Zustimmung des britischen Finanzministeriums erforderte, wurde die Verlegung abgelehnt.<sup>158</sup> Die Gesellschaft Daily Mail sah darin einen Verstoß gegen ex. Art. 52, 58 EGV (Art. 49, 54 AEUV).<sup>159</sup>

Erst 20 Jahre nach „Daily Mail“ konnte sich der EuGH im Rahmen der „Cartesio“<sup>160</sup>-Entscheidung mit einem Wegzugsfall und der Frage, die ihn in „Daily Mail“ nur in seinem *obiter dictum* beschäftigte, ob der Wegzugsstaat der inländischen Gesellschaft die Rechtspersönlichkeit versagen kann, wenn sie ihren tatsächlichen Verwaltungssitz verlegen möchte, erneut befassen.<sup>161</sup> Die nach ungarischem Recht gegründete

<sup>153</sup> MAH GmbH-Recht/Dostal, § 26 Rn. 38.

<sup>154</sup> Tiedje in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, Art. 54 AEUV Rn. 49.

<sup>155</sup> Heckschen, GWR 2020, 449 (449).

<sup>156</sup> EuGH, Urteil vom 27.09.1988, Rs. 81/87, ECLI:EU:C:1988:456 – Daily Mail, EuZW-Sonderausgabe 2017, 25.

<sup>157</sup> EuGH, Urteil vom 27.09.1988, Rs. 81/87, ECLI:EU:C:1988:456 – Daily Mail, EuZW-Sonderausgabe 2017, 25 (25).

<sup>158</sup> EuGH, Urteil vom 27.09.1988, Rs. 81/87, ECLI:EU:C:1988:456 – Daily Mail, EuZW-Sonderausgabe 2017, 25 (25).

<sup>159</sup> EuGH, Urteil vom 27.09.1988, Rs. 81/87, ECLI:EU:C:1988:456 – Daily Mail, EuZW-Sonderausgabe 2017, 25 (25).

<sup>160</sup> EuGH, Urteil vom 16.12.2008, C-210/06, ECLI:EU:C:2008:723 – Cartesio, NJW 2009, 569.

<sup>161</sup> Lutter/Bayer/Schmidt, EuropUR Rn. 7.42.

Kommanditgesellschaft Cartesio wollte ihren Verwaltungssitz unter Beibehaltung des ungarischen Gesellschaftsstatuts nach Italien verlegen.<sup>162</sup> Die nach ungarischem Recht notwendige Eintragung der Sitzverlegung in das Handelsregister wurde durch das zuständige Registergericht verweigert, da das ungarische Recht eine solche identitätswahrende Verlegung des Verwaltungssitzes nicht erlaube.<sup>163</sup> Die Frage, ob eine identitätswahrende Verlegung des Sitzes in das Ausland mit ex. Art. 43, 48 EGV (heutige Art. 49, 54 AEUV) vereinbar ist, wurde dem EuGH vorgelegt.<sup>164</sup>

Im Rahmen der „National-Grid-Indus“<sup>165</sup>-Entscheidung aus dem Jahr 2011 äußerte sich der EuGH erneut bezüglich der Frage einer grenzüberschreitenden Verwaltungssitzverlegung von Gesellschaften. Die National Grid Indus B.V., eine niederländische Gesellschaft mit beschränkter Haftung, verlegte ihren Verwaltungssitz nach Großbritannien. Nach niederländischem Recht war dies möglich, da die Niederlande der Gründungstheorie folgen und lediglich einen inländischen Satzungssitz vorschreiben.<sup>166</sup> Allerdings erhob die niederländische Finanzverwaltung eine Wegzugsbesteuerung, gegen die die Gesellschaft Klage einreichte.<sup>167</sup> Der Gerichtshof Amsterdam legte unter anderem eine Frage, die aus gesellschaftsrechtlicher Sicht von besonderem Interesse ist, dem EuGH vor.<sup>168</sup> Der EuGH war mit der Vorlagefrage befasst, ob eine Gesellschaft, die nach dem Recht eines Mitgliedsstaats gegründet wurde und ihren Verwaltungssitz gesellschaftsrechtlich zulässigerweise verlegt, sich auf die Niederlassungsfreiheit nach ex. Art 43, 48 EGV (heutige Art, 49, 54 AEUV) berufen kann.<sup>169</sup>

## **bb) Kernaussagen und Bedeutung**

Eine Gesellschaft darf durch ihren Sitzstaat nicht daran gehindert werden, eine Niederlassung in einem anderen Mitgliedstaat zu errichten. Jedoch wird die unmittelbare Anwendbarkeit der Art. 49, 54 AEUV in „Daily Mail“ dahingehend eingeschränkt, dass der Schutzbereich der Art. 49, 54 AEUV sich nicht auf einen Wegzug unter Beibehaltung der Rechtsform erstreckt.<sup>170</sup>

Der Staat, in dem eine Gesellschaft gemäß seinem Recht gegründet wurde, kann auf der Ebene des Kollisionsrechts weiterhin an der Sitztheorie festhalten und auf Ebene des Sachrechts auch Sanktionen für eine Verwaltungssitzverlegung vorsehen.<sup>171</sup> In der „Cartesio“-Entscheidung bestätigte der EuGH die zentrale Aussage aus seinem „Daily Mail“-Urteil und damit die propagierende Geschöpftheorie.<sup>172</sup> Demnach kann jeder Mitgliedstaat autonom darüber entscheiden, ob er den Wegzug einer Gesellschaft zulassen möchte, denn „Jenseits

<sup>162</sup> EuGH, Urteil vom 16.12.2008, C-210/06, ECLI:EU:C:2008:723 – Cartesio, NJW 2009, 569 (569).

<sup>163</sup> EuGH, Urteil vom 16.12.2008, C-210/06, ECLI:EU:C:2008:723 – Cartesio, NJW 2009, 569 (569).

<sup>164</sup> EuGH, Urteil vom 16.12.2008, C-210/06, ECLI:EU:C:2008:723 – Cartesio, NJW 2009, 569 (569).

<sup>165</sup> EuGH, Urteil vom 29.11.2011, C-371/10, ECLI:EU:C:2011:785 – National Grid Indus, NZG 2012, 114.

<sup>166</sup> EuGH, Urteil vom 29.11.2011, C-371/10, ECLI:EU:C:2011:785 – National Grid Indus, NZG 2012, 114 (114).

<sup>167</sup> EuGH, Urteil vom 29.11.2011, C-371/10, ECLI:EU:C:2011:785 – National Grid Indus, NZG 2012, 114 (114).

<sup>168</sup> EuGH, Urteil vom 29.11.2011, C-371/10, ECLI:EU:C:2011:785 – National Grid Indus, NZG 2012, 114 (114); *Stiegler* in: Jung/Krebs/Stiegler GesR in Europa, § 10 Rn. 40.

<sup>169</sup> EuGH, Urteil vom 29.11.2011, C-371/10, ECLI:EU:C:2011:785 – National Grid Indus, NZG 2012, 114, Rn. 21.

<sup>170</sup> EuGH, Urteil vom 27.09.1988, Rs. 81/87, ECLI:EU:C:1988:456 – Daily Mail, EuZW-Sonderausgabe 2017, 25, Rn. 24.

<sup>171</sup> MüKo/Weller, GmbHG, Einleitung Rn. 390.

<sup>172</sup> MüKo/Hein, BGB Band 12, EGBGB Art. 3 Rn. 95; *Kindler*, EuZW 2012, 888 (888); *Schall/Barth*, NZG 2012, 414 (415).

der jeweiligen nationalen Rechtsordnung, die ihre Gründung und Existenz regelt, haben sie [Gesellschaften] keine Realität.“<sup>173</sup>.

Der EuGH macht in der „Cartesio“-Entscheidung deutlich, dass die Frage, ob die in Art. 49 AEUV verankerte Niederlassungsfreiheit anwendbar ist, auf die sich eine Gesellschaft gem. Art. 54 AEUV beruft, nur eine Vorfrage sein kann.<sup>174</sup> Denn bei dem gegenwärtigen Stand des Unionsrecht insbesondere in Ermangelung einer „einheitlichen gemeinschaftlichen Definition der Gesellschaften, denen die Niederlassungsfreiheit zugutekommt“<sup>175</sup>, kann dies nur nach geltenden nationalem Recht beantwortet werden.<sup>176</sup> Die Frage kann zudem nur dadurch beantwortet werden, ob die Gesellschaft in der Ausübung ihrer Niederlassungsfreiheit aus Art. 49 Abs. 1 AEUV eingeschränkt wird.<sup>177</sup>

In dem Urteil „National Grid Indus“ bekräftigte der EuGH nochmals seine Aussage zu der Zulässigkeit von Wegzugshindernissen.<sup>178</sup> Ein Mitgliedstaat kann bestimmen, welche Voraussetzungen eine Gesellschaft aufweisen muss, um als Gesellschaft des innerstaatlichen Rechts zu gelten, sodass sie von der Niederlassungsfreiheit erfasst ist.<sup>179</sup> Zudem kann er die Anknüpfungen bestimmen, nach denen diese Eigenschaften erhalten bleiben.<sup>180</sup> Dem Herkunftsmitgliedstaat allein obliegen die Bestimmungen der Voraussetzungen, unter denen eine Gesellschaft nach Verlegung des tatsächlichen Verwaltungssitzes noch als Gesellschaft aus dem Herkunftsmitgliedstaat anzusehen ist.<sup>181</sup>

Hieraus kann geschlossen werden, dass gesellschaftsrechtliche Wegzugsbeschränkungen im Hinblick auf die Verwaltungssitzverlegung aus dem Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit ausgenommen sind.<sup>182</sup>

## **c) Die Gründungstheorie in Zuzugsfällen**

### **aa) Einleitung**

Wie bereits angedeutet, divergiert die Rechtsprechung des EuGH im Rahmen der Zuzugs-sachverhalte. Die nachfolgend dargestellten Entscheidungen des EuGH in den Rechtssachen „Centros“, „Überseering“ und „Inspire Art“ zeigen diese Unterschiede deutlich auf.

---

<sup>173</sup> EuGH, Urteil vom 27.09.1988, Rs. 81/87, ECLI:EU:C:1988:456 – Daily Mail, EuZW-Sonderausgabe 2017, 25, Rn. 19; bestätigt in: EuGH, Urteil vom 16.12.2008, C-210/06, ECLI:EU:C:2008:723 – Cartesio, NJW 2009, 569, Rn. 104.

<sup>174</sup> EuGH, Urteil vom 16.12.2008, C-210/06, ECLI:EU:C:2008:723 – Cartesio, NJW 2009, 569, Rn. 109; bestätigt in: EuGH, Urteil vom 29.11.2011, C-371/10, ECLI:EU:C:2011:785 – National Grid Indus, NZG 2012, 114, Rn. 26; vertiefend: MüKo/Weller, GmbHG, Einleitung Rn. 392 f.

<sup>175</sup> EuGH, Urteil vom 16.12.2008, C-210/06, ECLI:EU:C:2008:723 – Cartesio, NJW 2009, 569, Rn. 109.

<sup>176</sup> EuGH, Urteil vom 16.12.2008, C-210/06, ECLI:EU:C:2008:723 – Cartesio, NJW 2009, 569, Rn. 109; bestätigt in: EuGH, Urteil vom 29.11.2011, C-371/10, ECLI:EU:C:2011:785 – National Grid Indus, NZG 2012, 114, Rn. 26; vertiefend: MüKo/Weller, GmbHG, Einleitung Rn. 392 f.

<sup>177</sup> EuGH, Urteil vom 16.12.2008, C-210/06, ECLI:EU:C:2008:723 – Cartesio, NJW 2009, 569, Rn. 109; bestätigt in: EuGH, Urteil vom 29.11.2011, C-371/10, ECLI:EU:C:2011:785 – National Grid Indus, NZG 2012, 114, Rn. 26; vertiefend: MüKo/Weller, GmbHG, Einleitung Rn. 392 f.

<sup>178</sup> MüKo/Kindler, BGB Band 13, Teil 10. Internationales Handels- und Gesellschaftsrecht Rn. 133.

<sup>179</sup> EuGH, Urteil vom 29.11.2011, C-371/10, ECLI:EU:C:2011:785 – National Grid Indus, NZG 2012, 114, Rn. 26 f.

<sup>180</sup> EuGH, Urteil vom 29.11.2011, C-371/10, ECLI:EU:C:2011:785 – National Grid Indus, NZG 2012, 114, Rn. 26 f.

<sup>181</sup> EuGH, Urteil vom 29.11.2011, C-371/10, ECLI:EU:C:2011:785 – National Grid Indus, NZG 2012, 114, Rn. 31.

<sup>182</sup> MüKo/Weller, GmbHG, Einleitung Rn. 395; Zimmer/Naendrup, NJW 2009, 545 (545).

Der EuGH eröffnete durch seine Zuzugs-Rechtsprechung einen umfassenden rechtlichen Mobilitätsrahmen für Gesellschaften innerhalb der EU.<sup>183</sup>

Für die Zuzugsfälle ist charakteristisch, dass die Gesellschaft trotz der Verlegung ihres Verwaltungssitzes nicht gleichzeitig ihren Satzungssitz verlegt und damit auch ihre ursprünglich gewählte Rechtsform und Rechtsidentität beibehalten möchte.<sup>184</sup>

## **bb) Centros**

### **(1) Sachverhalt**

In dem Fall „Centros“<sup>185</sup> aus dem Jahr 1999 hat ein dänisches Ehepaar in England die Centros Ltd. mit dortigem Satzungssitz und einem Gesellschaftskapital in Höhe von 100 Pfund gegründet.<sup>186</sup> Das dänische Ehepaar beabsichtigte, die gesamte Geschäftstätigkeit über eine Zweigniederlassung in Dänemark auszuüben, wo sich auch der tatsächliche Verwaltungssitz der Centros Ltd. befand und beantragten die Registereintragung.<sup>187</sup> Die dänischen Registerbehörden sahen eine Umgehung der dänischen Mindestkapitalvorschriften für Gesellschaften mit beschränkter Haftung und den Willen, durch die fehlende Geschäftstätigkeit in England in Dänemark nicht eine Zweigniederlassung sondern einen Hauptsitz errichten zu wollen.<sup>188</sup> Sie verweigerten die für die Ausübung der Geschäftstätigkeit notwendige Eintragung.<sup>189</sup> Das Ehepaar berief sich auf die Niederlassungsfreiheit.<sup>190</sup> Es stellte sich die Frage, ob die Verweigerung der Eintragung einen Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit darstellt.<sup>191</sup>

### **(2) Entscheidung**

Der EuGH entschied, dass sich die Niederlassungsfreiheit unmittelbar auf den Zuzugsfall beziehe und sah in der Weigerung der dänischen Behörden, die Niederlassung einzutragen, einen nicht gerechtfertigten Verstoß gegen die sekundäre Niederlassungsfreiheit gem. den heutigen Art. 49, 54 AEUV.<sup>192</sup>

Die Verweigerung der Eintragung unter Berufung auf das inländische Gesellschaftsrecht stelle selbst dann einen Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit der heutigen Art. 49, 54 AEUV dar, wenn die Gesellschaft an ihrem Hauptsitz keine Geschäftstätigkeit entfaltet.<sup>193</sup> Die missbräuchliche, betrügerische Berufung auf das Gemeinschaftsrecht sei nicht gestattet, doch das gezielte Ausnutzen verschiedener Rechtssysteme und deren Regelungsunterschiede im mitgliedstaatlichen Gesellschaftsrecht allein stelle noch keinen Missbrauch dar.<sup>194</sup> Es stelle selbst keinen Missbrauch dar, wenn die Gründung im Ausland allein dazu dient, die inländischen Mindestkapitalvorschriften zu umgehen.<sup>195</sup> Die Gründe, aus denen

---

<sup>183</sup> BeckOGK/*Großerichter/Zwirlein-Forschner* Internationales Gesellschaftsrecht, Allgemeiner Teil Rn. 147.

<sup>184</sup> *Wall* in: Hausmann/Odersky IPR, § 18 Rn. 35.

<sup>185</sup> EuGH, Urteil vom 09.03.1999, C-212/97, ECLI:EU:C:1999:126 – Centros, juris.

<sup>186</sup> EuGH, Urteil vom 09.03.1999, C-212/97, ECLI:EU:C:1999:126 – Centros, juris, Rn. 3.

<sup>187</sup> EuGH, Urteil vom 09.03.1999, C-212/97, ECLI:EU:C:1999:126 – Centros, juris, Rn. 6.

<sup>188</sup> EuGH, Urteil vom 09.03.1999, C-212/97, ECLI:EU:C:1999:126 – Centros, juris, Rn. 7.

<sup>189</sup> EuGH, Urteil vom 09.03.1999, C-212/97, ECLI:EU:C:1999:126 – Centros, juris, Rn. 7.

<sup>190</sup> EuGH, Urteil vom 09.03.1999, C-212/97, ECLI:EU:C:1999:126 – Centros, juris, Rn. 10.

<sup>191</sup> EuGH, Urteil vom 09.03.1999, C-212/97, ECLI:EU:C:1999:126 – Centros, juris, Rn. 12.

<sup>192</sup> EuGH, Urteil vom 09.03.1999, C-212/97, ECLI:EU:C:1999:126 – Centros, juris, Rn. 30, 35.

<sup>193</sup> EuGH, Urteil vom 09.03.1999, C-212/97, ECLI:EU:C:1999:126 – Centros, juris, Rn. 29.

<sup>194</sup> EuGH, Urteil vom 09.03.1999, C-212/97, ECLI:EU:C:1999:126 – Centros, juris, Rn. 24, 27.

<sup>195</sup> EuGH, Urteil vom 09.03.1999, C-212/97, ECLI:EU:C:1999:126 – Centros, juris, Rn. 18, 26.



eine Gesellschaft in einen bestimmten Mitgliedstaat gegründet wird, seien für die Ausübung der Niederlassungsfreiheit irrelevant.<sup>196</sup>

Das Recht, eine Gesellschaft nach dem Recht eines Mitgliedstaates zu gründen und eine Zweigniederlassung in anderen Mitgliedstaaten zu errichten, folgt unmittelbar aus der gewährleisteten Niederlassungsfreiheit der heutigen Art. 49, 54 AEUV.<sup>197</sup>

### **(3) Bedeutung**

Die Bedeutung und Reichweite der „Centros“-Entscheidung wurde in der Literatur recht unterschiedlich angesehen. Das Urteil wird in der teilweise in einen Gesamtzusammenhang gebracht, den es 1999 noch nicht geben konnte,<sup>198</sup> ist trotzdem in seiner Bedeutung wie nachfolgend dargestellt einzuordnen.

Nach einer Ansicht habe der EuGH die Anknüpfung an den tatsächlichen Verwaltungssitz als unionsrechtswidrig erklärt und sich somit zumindest indirekt für die Gründungstheorie ausgesprochen.<sup>199</sup>

Nach der anderen Ansicht bleiben die Sitztheorie und die folgenden Rechte vollkommen unberührt, denn der EuGH stelle lediglich darauf ab, dass die Gesellschaft rechtmäßig errichtet worden sei.<sup>200</sup> Der EuGH habe diese kollisionsrechtliche Frage nicht problematisieren müssen und hätte auch keine Veranlassung dazu gehabt, da sowohl das englische als auch das dänische Recht der Gründungstheorie folgen und die Rechtsfähigkeit der Gesellschaft als solche anerkennen.<sup>201</sup>

Der zweiten Ansicht ist zuzustimmen, sodass sich die „Centros“-Entscheidung vielmehr so einordnen lässt, als dass der EuGH sich zum IPR und der kollisionsrechtlichen Behandlungen nicht geäußert hat und vielmehr einen Einzelfall entschieden hat.<sup>202</sup>

## **cc) Überseering**

### **(1) Sachverhalt**

In der Entscheidung „Überseering“<sup>203</sup> aus dem Jahr 2002 wurde eine Schadensersatzklage der nach niederländischem Recht gegründeten Gesellschaft Überseering B.V. als unzulässig abgewiesen. Die Gesellschaft verlegte nach anfänglicher Geschäftstätigkeit in den Niederlanden ihren tatsächlichen Verwaltungssitz nach Deutschland und erwarb ein dort gelegenes Grundstück.<sup>204</sup> Die Überseering beauftragte eine deutsche GmbH mit der Sanierung des sich auf dem Grundstück befindenden Gebäudes, welche nach Ansicht der Überseering mangelhaft durchgeführt worden ist, und erhob Schadensersatzklage vor dem LG.<sup>205</sup> Sowohl das LG als auch das OLG Düsseldorf wiesen die Klage als unzulässig ab, da aufgrund der in Deutschland herrschenden Sitztheorie der zugezogenen Überseering sowohl ihre

<sup>196</sup> EuGH, Urteil vom 09.03.1999, C-212/97, ECLI:EU:C:1999:126 – Centros, juris, Rn. 26.

<sup>197</sup> EuGH, Urteil vom 09.03.1999, C-212/97, ECLI:EU:C:1999:126 – Centros, juris, Rn. 27.

<sup>198</sup> MüKo/Kindler, BGB Band 13, Teil 10. Internationales Handels- und Gesellschaftsrecht Rn. 121.

<sup>199</sup> Behrens, IPRax 1999, 323 (326); Freitag, EuZW 1999, 267 (269); Göttische, DStR 1999, 1403 (1408); ausführlich: MüKo/Kindler, BGB Band 13, Teil 10. Internationales Handels- und Gesellschaftsrecht Rn. 121 f.

<sup>200</sup> Forsthoff, EuR 2000, 167 (196); Roth, ZGR 2000, 311 (326 f.).

<sup>201</sup> Görk, MittBayNot 1999, 298 (302); Kindler, NJW 1999, 1993 (1997).

<sup>202</sup> Lange, DNotZ 1999, 593 (607).

<sup>203</sup> EuGH, Urteil vom 05.11.2002, C-208/00, ECLI:EU:C:2002:632 – Überseering, juris.

<sup>204</sup> EuGH, Urteil vom 05.11.2002, C-208/00, ECLI:EU:C:2002:632 – Überseering, juris, Rn. 50.

<sup>205</sup> EuGH, Urteil vom 05.11.2002, C-208/00, ECLI:EU:C:2002:632 – Überseering, juris, Rn. 2

Rechtsfähigkeit als auch die Parteifähigkeit gem. § 50 ZPO abzusprechen sei.<sup>206</sup> Für die rechtliche Anerkennung hätte eine Neugründung der Gesellschaft nach deutschem Recht erfolgen müssen.<sup>207</sup>

Der BGH legte dem EuGH die Frage vor, ob die Regelungen bezüglich der Rechts- und Parteifähigkeit mit der Niederlassungsfreiheit vereinbar seien oder ob die Niederlassungsfreiheit es den Mitgliedstaaten auferlegt, die Rechts- und Parteifähigkeit nach dem Recht des Gründungsstaates zu beurteilen.<sup>208</sup>

## (2) Entscheidung

Der EuGH sah die dargestellte Anwendung der Sitztheorie als nicht europarechtskonform an. Die Weigerung der deutschen Gerichte der niederländischen Gesellschaft die Rechts- und Parteifähigkeit zuzusprechen, verstößt nach der Ansicht des EuGH gegen die Niederlassungsfreiheit gem. ex. Art. 43, 48 EGV (Art. 49, 54 AEUV).<sup>209</sup>

Die Tatsache, dass eine Gesellschaft abseits ihrer nationalen Rechtsordnung, welche die Gründung und Existenz der Gesellschaft regelt, keine Realität hat, bedeutet im Umkehrschluss, dass das Erfordernis, dieselbe Gesellschaft in Deutschland neu zugründen, eine unzulässige „Negierung der Niederlassungsfreiheit“<sup>210, 211</sup>

Der Mitgliedstaat, in dem sich der Verwaltungssitz der Gesellschaft befindet, ist dazu verpflichtet, die Rechtsfähigkeit und die Parteifähigkeit zu achten, welche die Gesellschaft nach dem Recht ihres Gründungsstaates besitzt.<sup>212</sup>

## (3) Bedeutung

In der „Überseering“-Entscheidung wird eine klare Unterscheidung zwischen den Beschränkungen durch den Wegzugstaat einer Gesellschaft und durch den Zuzugsstaat in Abgrenzung zu der „Daily Mail“-Entscheidung vorgenommen.<sup>213</sup>

Einige Stimmen der Literatur erblicken in dem Urteil den Übergang von der Sitztheorie zu der Gründungstheorie.<sup>214</sup> Diese Annahme überzeugt nicht. Der EuGH bezieht sich lediglich auf die Frage der Zulässigkeit der Versagung der Anerkennung der Rechtsfähigkeit und der Parteifähigkeit einer in einem anderen Mitgliedstaat wirksam gegründeten Gesellschaft durch den Mitgliedstaat, in den die Gesellschaft ihren tatsächlichen Verwaltungssitz verlegt.<sup>215</sup> Er traf damit keine ausdrückliche Aussage zum IPR, sondern nur die mittelbare Aussage, dass sich eine juristische Person nur einmalig konstituieren kann.<sup>216</sup> Die Identität einer Gesellschaft, hier der Überseering B.V., ist notwendigerweise an das Recht des Staates gebunden, in dem die Gründung stattgefunden hat.<sup>217</sup> Ein grenzüberschreitendes Tätigwerden ist vor diesem

<sup>206</sup> EuGH, Urteil vom 05.11.2002, C-208/00, ECLI:EU:C:2002:632 – Überseering, juris, Rn. 3 – 5, 9.

<sup>207</sup> EuGH, Urteil vom 05.11.2002, C-208/00, ECLI:EU:C:2002:632 – Überseering, juris, Rn. 3 – 5, 9.

<sup>208</sup> EuGH, Urteil vom 05.11.2002, C-208/00, ECLI:EU:C:2002:632 – Überseering, juris, Rn. 17, 20.

<sup>209</sup> EuGH, Urteil vom 05.11.2002, C-208/00, ECLI:EU:C:2002:632 – Überseering, juris, Rn. 80.

<sup>210</sup> EuGH, Urteil vom 05.11.2002, C-208/00, ECLI:EU:C:2002:632 – Überseering, juris, Rn. 81.

<sup>211</sup> EuGH, Urteil vom 05.11.2002, C-208/00, ECLI:EU:C:2002:632 – Überseering, juris, Rn. 81.

<sup>212</sup> EuGH, Urteil vom 05.11.2002, C-208/00, ECLI:EU:C:2002:632 – Überseering, juris, Rn. 95.

<sup>213</sup> MHLS/Leible, Systematische Darstellung 2 Rn. 29; Wall in: Hausmann/Odersky IPR, § 18 Rn. 46.

<sup>214</sup> Geyrhalter/Gänßler, NZG 2003, 409 (411).

<sup>215</sup> Behrens, IPRax 2003, 193 (203); Geyrhalter/Gänßler, NZG 2003, 409 (411); Kindler, NJW 2003, 1073 (1077).

<sup>216</sup> Zimmer, BB 2003, 1 (2).

<sup>217</sup> Behrens, IPRax 2003, 193 (203); Eidenmüller, ZIP 2002, 2233 (2244).

Hintergrund nur unter der Bedingung möglich, dass die Gesellschaft in der gewählten Rechtsform von allen Mitgliedstaaten anerkannt wird.<sup>218</sup>

Deshalb lässt sich ausschließlich faktisch auf die Anwendung des Gründungsrechts und somit der Gründungstheorie schließen.<sup>219</sup>

## **dd) Inspire Art**

### **(1) Sachverhalt**

In dem Urteil „Inspire Art“<sup>220</sup> aus dem Jahr 2003 ging es um die nach englischem Recht gegründete Inspire Art Ltd. mit Satzungssitz in Folkestone.<sup>221</sup> Sie errichtete eine Zweigniederlassung in Amsterdam, um dort ihre Geschäftstätigkeit ausschließlich auszuüben.<sup>222</sup> Die Inspire Art ließ sich ohne den Zusatz, dass es sich um eine ausländische Gesellschaft handelt, in das niederländische Handelsregister eintragen.<sup>223</sup> Jedoch wäre dies – neben anderen besonderen Anforderungen wie eine Mindestkapitalaufbringung – nach dem „Gesetz über formal ausländische Gesellschaften“<sup>224</sup> vorgeschrieben gewesen.<sup>225</sup> Die Handelskammer hielt den Zusatz für erforderlich und beantragte bei dem Bezirksgericht Amsterdam, dass die Eintragung der Inspire Art durch den Vermerk „formal ausländische Gesellschaft“ ergänzt wird.<sup>226</sup> Die Inspire Art Ltd. machte geltend, dass sie vollständig eingetragen sei, da sie nicht unter das „Gesetz über formal ausländische Gesellschaften“ falle.<sup>227</sup> Sie trug hilfsweise vor, dass das Gesetz gegen das Gemeinschaftsrecht, insbesondere gegen die ex. Art. 43, 48 EGV (heutigen Art. 49, 54 AUEV) verstoßen würde.<sup>228</sup> Diese Frage wurde durch das Bezirksgericht Amsterdam dem EuGH zur Vorabentscheidung vorgelegt.<sup>229</sup>

### **(2) Entscheidung**

Der EuGH entschied, dass die Regelungen des niederländischen Gesetzes eine nicht zu rechtfertigende Beschränkung der sekundären Niederlassungsfreiheit aus den heutigen Art. 49, 54 AEUV der Inspire Art Ltd. darstellen.<sup>230</sup> Die in dem niederländischen Gesetz enthaltenen Normen sowie solche bezüglich der Anerkennung der Rechts- und Parteifähigkeit dürfen auf eine in einem anderen Mitgliedstaat wirksam gegründete Gesellschaft nicht angewendet werden.<sup>231</sup>

Mit Verweis auf das „Centros“-Urteil bestätigt der EuGH erneut, dass die Gründung einer Gesellschaft „um in den Genuss vorteilhafter Rechtsvorschriften zu kommen, keinen Missbrauch darstellt“<sup>232</sup>, selbst wenn keine wirtschaftliche Tätigkeit im Gründungsstaat

<sup>218</sup> *Großrichter*, DStR 2003, 159 (166); *Kersting*, NZG 2003, 9 (12).

<sup>219</sup> *Behrens*, IPRax 2003, 193 (206); *Eidenmüller*, ZIP 2002, 2233 (2244); *Heidenhain*, NZG 2002, 1141 (1143).

<sup>220</sup> EuGH, Urteil vom 30.09.2003, C-167/01, ECLI:EU:C:2003:512 – Inspire Art, juris.

<sup>221</sup> EuGH, Urteil vom 30.09.2003, C-167/01, ECLI:EU:C:2003:512 – Inspire Art, juris, Rn. 34.

<sup>222</sup> EuGH, Urteil vom 30.09.2003, C-167/01, ECLI:EU:C:2003:512 – Inspire Art, juris, Rn. 34.

<sup>223</sup> EuGH, Urteil vom 30.09.2003, C-167/01, ECLI:EU:C:2003:512 – Inspire Art, juris, Rn. 35

<sup>224</sup> EuGH, Urteil vom 30.09.2003, C-167/01, ECLI:EU:C:2003:512 – Inspire Art, juris, Rn. 2.

<sup>225</sup> EuGH, Urteil vom 30.09.2003, C-167/01, ECLI:EU:C:2003:512 – Inspire Art, juris, Rn. 22 – 33.

<sup>226</sup> EuGH, Urteil vom 30.09.2003, C-167/01, ECLI:EU:C:2003:512 – Inspire Art, juris, Rn. 36.

<sup>227</sup> EuGH, Urteil vom 30.09.2003, C-167/01, ECLI:EU:C:2003:512 – Inspire Art, juris, Rn. 37.

<sup>228</sup> EuGH, Urteil vom 30.09.2003, C-167/01, ECLI:EU:C:2003:512 – Inspire Art, juris, Rn. 37.

<sup>229</sup> EuGH, Urteil vom 30.09.2003, C-167/01, ECLI:EU:C:2003:512 – Inspire Art, juris, Rn. 39.

<sup>230</sup> EuGH, Urteil vom 30.09.2003, C-167/01, ECLI:EU:C:2003:512 – Inspire Art, juris, Rn. 143.

<sup>231</sup> EuGH, Urteil vom 30.09.2003, C-167/01, ECLI:EU:C:2003:512 – Inspire Art, juris, Rn. 105.

<sup>232</sup> EuGH, Urteil vom 30.09.2003, C-167/01, ECLI:EU:C:2003:512 – Inspire Art, juris, Rn. 96

entfaltet wird.<sup>233</sup> Um Missbrauch vorzubeugen, dürfe ein Mitgliedstaat die Niederlassungsfreiheit einer Gesellschaft aus einem anderen Mitgliedstaat nicht durch Gesetz solchen Regelungen unterwerfen, die faktisch zur Anwendung des inländischen Gründungsrechts führen.<sup>234</sup> Der EuGH betont damit in „Inspire Art“ erneut die Differenzierung in der Rechtsprechung zwischen der Zuzugs- und Wegzugsfreiheit.<sup>235</sup>

### (3) Bedeutung

In der „Inspire Art“-Entscheidung hat der EuGH sich im Rahmen des Zuzugs einer Gesellschaft, die in der Union errichtet wurde, jeder Beschränkungsmöglichkeit entgegengestellt.<sup>236</sup>

Eine bloße Anerkennung der Gesellschaft durch den Zuzugsstaat reicht nach „Inspire Art“ nicht mehr aus, sondern es muss eine umfassende Behandlung nach dem Gründungsstatut erfolgen.<sup>237</sup> Jede Durchbrechung des Gesellschaftsstatuts beschränkt die Niederlassungsfreiheit einer Gesellschaft und bedarf deshalb der Rechtfertigung.<sup>238</sup>

Damit ist auch eine Entscheidung gegen die Anwendung der Sitztheorie in Zuzugskonstellationen gefallen.<sup>239</sup> In „Centros“ und „Überseering“ hat sich abgezeichnet, dass die Mitgliedstaaten auf Gesellschaften, die nach dem Recht eines anderen Mitgliedstaates wirksam gegründet worden sind, das Recht dieses Mitgliedstaates, also dem Herkunftsstaat, auf die Gesellschaft anzuwenden zu haben.<sup>240</sup> Die h.M. hat keinen Zweifel mehr daran, dass in Folge der „Inspire Art“-Entscheidung im Rahmen des Zuzugs einer Gesellschaft aus einem anderen Mitgliedstaat die Gründungstheorie heranzuziehen ist.<sup>241</sup>

### d) Zusammenfassung

Zusammenfassend lässt sich aus dem prägenden „Entscheidungstrias“<sup>242</sup> „Centros“, „Überseering“ und „Inspire Art“ herausstellen, dass die aus der Niederlassungsfreiheit folgende Anerkennungspflicht des Zuzugsstaates nach h.M. die Kehrtwende zur Anwendung der Gründungstheorie erforderte.<sup>243</sup> Die Pflicht zur Anwendung der Gründungstheorie betrifft ohne Zweifel die Anerkennung der Rechts- und Parteifähigkeit jeder Gesellschaft, die innerhalb der Union gegründet wurde.<sup>244</sup> Die Auswirkungen der Sitztheorie, also die Versagung der Rechts- und Parteifähigkeit durch die Anknüpfung an den tatsächlichen Verwaltungssitz, stellen eine ungerechtfertigte Beschränkung der Niederlassungsfreiheit aus Art. 49, 54 AEUV dar.<sup>245</sup>

---

<sup>233</sup> EuGH, Urteil vom 30.09.2003, C-167/01, ECLI:EU:C:2003:512 – Inspire Art, juris, Rn. 96, 139.

<sup>234</sup> EuGH, Urteil vom 30.09.2003, C-167/01, ECLI:EU:C:2003:512 – Inspire Art, juris, Rn. 98.

<sup>235</sup> EuGH, Urteil vom 30.09.2003, C-167/01, ECLI:EU:C:2003:512 – Inspire Art, juris, Rn. 103.

<sup>236</sup> Bayer, BB 2003, 2357 (2363).

<sup>237</sup> MüKo/Kindler, BGB Band 13, Teil 10. Internationales Handels- und Gesellschaftsrecht Rn. 126.

<sup>238</sup> Leible/Hoffmann, EuZW 2003, 677 (681); Zimmer, NJW 2003, 3585 (3591).

<sup>239</sup> Bayer, BB 2003, 2357 (2363).

<sup>240</sup> Kieninger, ZEuP 2004, 685 (690).

<sup>241</sup> Bayer, BB 2003, 2357 (2363; Behrens, IPRax 2004, 20 (25 ff.); Kieninger, ZEuP 2004, 685 (690 ff.); Zimmer, NJW 2003, 3585 (3591); a.A.: Kindler, NZG 2003, 1086.

<sup>242</sup> Lutter/Bayer/Schmidt, EuropUR Rn. 7.27.

<sup>243</sup> Lutter/Bayer/Schmidt, EuropUR Rn. 7.30.

<sup>244</sup> Lutter/Bayer/Schmidt, EuropUR Rn. 7.61.

<sup>245</sup> MüKo/Weller, GmbHG, Einleitung Rn. 371.

Innerhalb der EU sind zuziehende Gesellschaften gem. Art. 49, 54 AEUV vor nicht gerechtfertigten beschränkenden Maßnahmen des Aufnahmestaates geschützt, selbst wenn die Gesellschaft am Ort des Satzungssitzes keine Geschäftstätigkeit entfaltet.<sup>246</sup>

## II. Sekundärrecht

### 1. Die Umwandlungsrichtlinie

Durch die Umwandlungsrichtlinie<sup>247</sup> (UmwRL) wird ein spezieller europäischer Rechtsrahmen für grenzüberschreitende Spaltungen und grenzüberschreitende Formwechsel geschaffen, sowie eine Novellierung für grenzüberschreitenden Verschmelzungen.<sup>248</sup>

Die Regelungen der Art. 86a ff. Gesellschaftsrechtsrichtlinie<sup>249</sup> (GesR-RL), die im Rahmen von Art. 1 UmwRL neu eingeführt worden sind,<sup>250</sup> finden keine Anwendung auf den der Arbeit zugrunde liegenden Sachverhalt. Zum einen beziehen die Art. 86a ff. GesR-RL sich auf innereuropäische grenzüberschreitende Spaltungen, Formwechsel und Verschmelzungen (vgl. Art. 86a I GesR-RL). Zum anderen ist eine Richtlinie gem. Art. 288 III AEUV stets umsetzungsbedürftig.

Das UmRUG welches im deutschem Recht die UmwRL umsetzt und einige Änderungen<sup>251</sup> im UmwG erfordert hat, beschränkt die Anwendung der neu geschaffene Regelungen ebenfalls auf grenzüberschreitende Spaltungen, Formwechsel und Verschmelzungen von Gesellschaften aus der EU bzw. dem EWR.<sup>252</sup>

### 2. Umwandlungsgesetz, §§ 190 ff. UmwG

Das Umwandlungsgesetz als solches ist nicht einer Rechtsquelle des Sekundärrechts zuzuordnen.<sup>253</sup> Jedoch enthält das Gesetz zur Umsetzung der UmwRL (UmRUG) zahlreiche Eingriffe in das UmwG.<sup>254</sup>

Im Rahmen eines Zuzugs einer Gesellschaft mit Drittstaat-Bezug ist auch der Gedanke an ein Formwechselverfahren nach den §§ 190 ff. UmwG nicht ungeachtet zu lassen. Im Rahmen der Niederlassungsfreiheit gilt es berücksichtigen, dass sie Mitgliedstaaten zu einer Zulassung von grenzüberschreitenden Formwechseln verpflichtet.<sup>255</sup>

In Bezug auf ein Formwechselverfahren mit einer Drittstaatengesellschaft ist diese Verpflichtung nicht ersichtlich.<sup>256</sup> Es gibt keine sachrechtlichen Regelungen hinsichtlich einer grenzüberschreitenden Umwandlung in Drittstaaten, wodurch dies im Grundsatz

---

<sup>246</sup> Lutter/Bayer/Schmidt, EuropUR Rn. 7.61.

<sup>247</sup> Richtlinie (EU) 2019/2121 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27.11.2019 zur Änderung der Richtlinie (EU) 2017/1132 in Bezug auf grenzüberschreitende Umwandlungen, Verschmelzungen und Spaltungen.

<sup>248</sup> Heckschen, GWR 2020, 449 (451); Schmidt, NZG 2022, 579 (579).

<sup>249</sup> Richtlinie (EU) 2017/1132 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14.06.2017 über bestimmte Aspekte des Gesellschaftsrechts.

<sup>250</sup> Heckschen, GWR 2020, 449 (451).

<sup>251</sup> zu den Änderungen: Goette, DStR 2023, 157; Heckschen/Hilser, DStR 2022, 1005.

<sup>252</sup> Heckschen/Hilser, DStR 2022, 1005 (1007).

<sup>253</sup> MHLS/Schmidt, § 4a Rn. 33.

<sup>254</sup> BT-Drs. 20/3822, S.1.

<sup>255</sup> EuGH, Urteil vom 12.07.2012, C-378/10, ECLI:EU:C:2012:440 – VALE, NJW 2012, 2715, Rn. 30.

<sup>256</sup> Heckschen/Hilser, DStR 2022, 1005 (1007).

gesellschaftsrechtlich nicht möglich ist.<sup>257</sup> Der erfolgende Statutenwechsel kann nur nach allgemeinen kollisionsrechtlichen Grundsätzen durchgeführt werden.<sup>258</sup>

### III. Deutsches IPR

#### 1. Einleitung

Beeinflusst von den europarechtlichen Entwicklungen, insbesondere durch die Rechtsprechung des EuGH zur Niederlassungsfreiheit,<sup>259</sup> gab der BGH zumindest für Gesellschaften aus EU-Mitgliedstaaten die Sitztheorie auf und ging zur Anwendung der Gründungstheorie über, da andererseits die Niederlassungsfreiheit beschränkt würde.<sup>260</sup>

Die Vorschriften des EGBGB und damit das autonome deutsche Kollisionsrecht bzw. hier des Gesellschaftskollisionsrechts kommen nur in den Bereichen zur Anwendung, die nicht der Vereinheitlichung durch die EU unterliegen.<sup>261</sup> Das folgt daraus, dass das Kollisionsrechts mehrfach gespalten ist und sich durch die hierarchisch abgestuften Rechtsquellen des

Art. 3 EGBGB im Rahmen des Gesellschaftsrechts mehrere Kollisionsnormen auf verschiedenen Ebenen finden.<sup>262</sup> Es ist je nach Anwendungsbereich der Kollisionsnormen zu differenzieren ist, zum Beispiel zwischen EU- oder Drittstaatengesellschaften.<sup>263</sup>

Wie nachfolgend dargestellt, folgt der BGH in Bezug auf Gesellschaften aus Drittstaaten nach wie vor seiner eigenen Linie und wendet weiterhin die Sitztheorie an, wenn auch in einer modifizierten Form.<sup>264</sup> Als Leitentscheidung diesbezüglich gilt das „Trabrennbahn“-Urteil<sup>265</sup> des BGH aus 2008, welches die Anwendung bekräftigt hat.<sup>266</sup>

#### 2. Trabrennbahnurteil als Leitentscheidung

##### a) Sachverhalt

Die Klägerin, eine in der Schweiz ordnungsgemäß gegründete AG, die in dieser Rechtsform auch aufgetreten ist, hat von den Beklagten unter anderem Miete wegen der Überlassung von Grundstücken verlangt.<sup>267</sup> Die Parteien haben durch den Instanzenzug hindurch darum gestritten, ob die Klägerin ihren Verwaltungssitz in der Schweiz oder in Deutschland hat und welche Folgen sich für die Prozessführung vor deutschen Gerichten ergeben.<sup>268</sup> Die Beklagten haben sich auf die Sitztheorie berufen, mit der Folge, dass die AG mit Verlegung ihres Verwaltungssitzes nach Deutschland aufgelöst werde, nicht als juristische Person angesehen werde und deswegen auch nicht vor deutschen Gerichten klagen könne.<sup>269</sup> Die Klägerin ist der Ansicht, sie müsse genauso behandelt werden, wie eine Gesellschaft, die in einem Staat der EU oder des EWR gegründet worden sei, weshalb sie wegen der dort geltenden Niederlassungsfreiheit ihren Verwaltungssitz nach Deutschland verlegen könne

<sup>257</sup> *Heckschen/Hilser*, DStR 2022, 1005 (1007).

<sup>258</sup> *Heckschen/Hilser*, DStR 2022, 1005 (1008).

<sup>259</sup> Siehe: C.I.2.

<sup>260</sup> *MüKo/Hein*, BGB Band 12, EGBGB Art. 3 Rn. 102.

<sup>261</sup> *MüKo/Weller*, GmbHG, Einleitung Rn. 364.

<sup>262</sup> *MüKo/Weller*, GmbHG, Einleitung Rn. 364.

<sup>263</sup> *MüKo/Weller*, GmbHG, Einleitung Rn. 364.

<sup>264</sup> MAH GmbH-Recht/*Dostal*, § 26 Rn. 176; *MüKo/Hein*, BGB Band 12, EGBGB Art. 3 Rn. 101.

<sup>265</sup> BGH, Urteil vom 27.10.2008, II ZR 158/06, BGHZ 178, 192.

<sup>266</sup> *Lutter/Bayer/Schmidt*, EuropUR Rn. 7.67.

<sup>267</sup> BGH, Urteil vom 27.10.2008, II ZR 158/06, BGHZ 178, 192, Rn. 1.

<sup>268</sup> BGH, Urteil vom 27.10.2008, II ZR 158/06, BGHZ 178, 192, Rn. 1, 6.

<sup>269</sup> Vorinstanz zu BGH, Urteil vom 27.10.2008, II ZR 158/06, BGHZ 178: OLG Hamm, Urteil vom 26.05.2006, 30 U 166/05, juris, Rn. 76.

und deswegen im Inland mit ihren Status als ausländische Gesellschaft anerkannt werden müsse.<sup>270</sup>

## **b) Entscheidung**

Der BGH hat mit seinem Urteil zur Rechtsfähigkeit der Schweizer AG die Anwendung der Sitztheorie gegenüber Drittstaatengesellschaften bestätigt.<sup>271</sup> Denn die Gründungstheorie findet im konkreten Verhältnis zwischen Deutschland und der Schweiz, welche als Drittstaat zu behandeln ist, nach geltendem Recht keine Anwendung.<sup>272</sup> Für Auslandsgesellschaften aus einem Mitgliedstaat der EU oder dem EWR schließt sich der BGH auf Grundlage der EuGH Entscheidungen „Centros“, „Überseering“ und „Inspire Art“ der Gründungstheorie an.<sup>273</sup>

Demnach ist die Rechtsfähigkeit einer in der Schweiz gegründete AG nach ihrem tatsächlichen Verwaltungssitz zu beurteilen.<sup>274</sup> Erfüllt die Drittstaatengesellschaft nicht die gesellschaftsrechtlichen Anforderungen an die Gründung von Kapitalgesellschaften, so wird diese in Deutschland nach der Rechtsprechung des BGH als GbR oder OHG bzw. bei einer Einpersonengründung als Kaufmann umqualifiziert.<sup>275</sup> Denn um in Deutschland als Kapitalgesellschaft rechtsfähig zu sein, hätte sich die Drittstaatengesellschaft in das Handelsregister eintragen lassen müssen, was gegebenenfalls eine Neugründung voraussetzen würde, um die gesellschaftsrechtlichen Anforderungen zu erfüllen.<sup>276</sup> Das bedeutet, dass die schweizerische AG mit Verwaltungssitz in Deutschland nicht als AG rechtsfähig wäre, sondern lediglich eine rechtsfähige Personengesellschaft.<sup>277</sup>

## **3. Die modifizierte Sitztheorie**

### **a) Von der traditionellen zur modifizierten Sitztheorie**

Das deutsche Gesellschaftsrecht ist geprägt von dem *numerus clausus* der Gesellschaftsformen.<sup>278</sup> Verlegt eine Drittstaatengesellschaft ihren Verwaltungssitz nach Deutschland, wird das Gesellschaftsstatut nach dem autonomen deutschen Kollisionsrecht und der Sitztheorie beurteilt.<sup>279</sup> Die ausländische Gesellschaft ist dem *numerus clausus* nicht bekannt, weshalb das ausländische Gesellschaftsstatut im Inland nicht anerkannt wird.<sup>280</sup> Das hatte nach der „traditionellen“ Sitztheorie zur Folge, dass die Drittstaatengesellschaft als rechtlich inexistent betrachtet wurde.<sup>281</sup> Der Drittstaatengesellschaft wurde die Rechtsfähigkeit abgesprochen, wodurch nicht nur die Teilnahme am Rechtsverkehr verwehrt war und alle abgeschlossenen Rechtsgeschäfte unwirksam waren, sondern auch die vor Gericht notwendige Parteifähigkeit gem. § 50 Abs. 1 ZPO fehlte.<sup>282</sup> Die Gesellschaft musste sich

---

<sup>270</sup> Vorinstanz zu BGH, Urteil vom 27.10.2008, II ZR 158/06, BGHZ 178: OLG Hamm, Urteil vom 26.05.2006, 30 U 166/05, juris, Rn. 172.

<sup>271</sup> BGH, Urteil vom 27.10.2008, II ZR 158/06, BGHZ 178, 192, Rn. 19, 21.

<sup>272</sup> BGH, Urteil vom 27.10.2008, II ZR 158/06, BGHZ 178, 192, Rn. 13 f.

<sup>273</sup> BGH, Urteil vom 27.10.2008, II ZR 158/06, BGHZ 178, 192, Rn. 19.

<sup>274</sup> BGH, Urteil vom 27.10.2008, II ZR 158/06, BGHZ 178, 192, Rn. 21.

<sup>275</sup> BGH, Urteil vom 27.10.2008, II ZR 158/06, BGHZ 178, 192, Rn. 23.

<sup>276</sup> BGH, Urteil vom 27.10.2008, II ZR 158/06, BGHZ 178, 192, Rn. 21.

<sup>277</sup> BGH, Urteil vom 27.10.2008, II ZR 158/06, BGHZ 178, 192, Rn. 23.

<sup>278</sup> MAH PersGesR/Mutter/Müller, § 1 Rn. 1.

<sup>279</sup> Eberhard in: Beck Hdb. PersG, § 28 Rn. 14.

<sup>280</sup> Weller, IPRax 2009, 202 (207).

<sup>281</sup> Eberhard in: Beck Hdb. PersG, § 28 Rn. 14.

<sup>282</sup> Eberhard in: Beck Hdb. PersG, § 28 Rn. 14.

erst nach deutschem Recht neu konstituieren, um Träger von Rechten und Pflichten sein zu können.<sup>283</sup>

Der BGH hat 2002 aufgrund der Entscheidung des EuGH in „Überseering“<sup>284</sup> in seiner „Jersey“-Entscheidung<sup>285</sup> kongruent mit der überwiegenden Literaturansicht<sup>286</sup> die gravierenden Rechtsfolgen der „traditionellen“ Sitztheorie abgemildert.<sup>287</sup>

## b) Modifizierte Sitztheorie

Der BGH entschied in der „Jersey“-Entscheidung, dass eine nach ausländischem Recht gegründete Gesellschaft mit tatsächlichem Verwaltungssitz in Deutschland nicht mehr nicht-erkannt wird, sondern als rechtsfähige Personengesellschaft anzusehen ist, wodurch ihr aktive und passive Parteifähigkeit nach § 50 Abs. 1 ZPO zukommt („modifizierte“ Sitztheorie).<sup>288</sup>

Der Zusammenschluss der Gesellschafter ist nach der modifizierten Sitztheorie mit der Verlegung des Verwaltungssitzes *ex nunc* nach dem anwendbarem inländischen Gesellschaftsrecht als deutsche Rechtsform zu klassifizieren.<sup>289</sup> Da auf Grundlage von bloßem rechtserheblichen Zusammenwirken nur die Personengesellschaften GbR (§ 705 BGB) und OHG (§§ 1, 105, 123 Abs. 2 HBG) entstehen können, kommen auch nur diese in Betracht.<sup>290</sup> Der Gesellschaftszweck entscheidet, ob es sich um eine GbR oder OHG handelt.<sup>291</sup> Denn für einen Rechtsformwechsel in eine vergleichbare deutsche Kapitalgesellschaft, wie die GmbH oder die AG, werden formbedürftige Akte, wie zum Beispiel die notarielle Beurkundung des Gesellschaftsvertrags oder die konstitutive Eintragung in das Handelsregister vorausgesetzt (vgl. §§ 2 Abs. 1, 11 Abs. 1 GmbHG, §§ 23 Abs. 1, 41 Abs. 1 AktG).<sup>292</sup>

Die Verlegung des Verwaltungssitzes führt zu einem Wechsel des auf die Gesellschaft anwendbaren Gesellschaftsstatuts, was wiederum automatisch *ex lege* eine Umwandlung der ausländischen Gesellschaft in eine inländische Personengesellschaft mit sich zieht.<sup>293</sup> Die Gesellschaft wird durch Angleichung in eine Gesellschaftsform angepasst, die dem *numerus clausus* der Gesellschaftstypen des deutschen Sachrechts entspricht.<sup>294</sup> Dieser Vorgang der „modifizierten Sitztheorie“ wird in der Literatur auch als „Wechselbalgtheorie“ bezeichnet.<sup>295</sup> Wenn der Vorgang bildlich gesprochen abbildet wird, wird den Gesellschaftern als „Eltern“ der ausländischen Gesellschaft eine Personengesellschaft nach deutschem Recht untergeschoben und die ausländische Kapitalgesellschaft so entzogen.<sup>296</sup>

<sup>283</sup> BGH, Urteil vom 21.03.1986, V ZR 10/85, NJW 1986, 2194 (2195).

<sup>284</sup> Siehe: C.I.2.c).cc).

<sup>285</sup> BGH, Urteil vom 01. 07.2002, II ZR 380/00, NJW 2002, 3539.

<sup>286</sup> Für viele: Goette, DStR 2002, 1678 (1680); Müller, ZIP 1997, 1049 (1051).

<sup>287</sup> MAH GmbH-Recht/Dostal, § 26 Rn. 164.

<sup>288</sup> BGH, Urteil vom 01. 07.2002, II ZR 380/00, NJW 2002, 3539 (3539 f.); zum Begriff: Gottschalk, ZIP 2009, 948.

<sup>289</sup> MAH GmbH-Recht/Dostal, § 26 Rn. 285.

<sup>290</sup> Goette, DStR 2002, 1678 (1680); MüKo/Weller, GmbHG, Einleitung Rn. 351.

<sup>291</sup> Weller, Festschrift für Wulf Goette zum 65. Geburtstag 2011, 583 (598).

<sup>292</sup> MünchHdB GesR VIII/Johannsen-Roth § 42 Rn. 4.

<sup>293</sup> Leible/Hoffmann, DB 2002, 2203 (2204); Weller, Festschrift für Wulf Goette zum 65. Geburtstag 2011, 583 (592).

<sup>294</sup> Wall in: Hausmann/Odersky IPR, § 18 Rn. 21; Weller, Festschrift für Wulf Goette zum 65. Geburtstag 2011, 583 (591 ff.).

<sup>295</sup> Forsthoff, DB 2002, 2471 (24769); Goette S.5 zit. nach: Festschrift für Wulf Goette zum 65. Geburtstag 2011, 583 (584).

<sup>296</sup> Forsthoff, DB 2002, 2471 (24769); Weller, Festschrift für Wulf Goette zum 65. Geburtstag 2011, 583 (584).



### c) Bestätigung der modifizierten Sitztheorie in Folgeentscheidungen des BGH

Unmittelbar nach der „Trabrennbahn“-Entscheidung führt der BGH nur knapp ein Jahr später in seinem Beschluss<sup>297</sup> über eine in Singapur gegründete Ltd. seine Rechtsprechungslinie fort.<sup>298</sup> Die wesentliche Fragestellung war, ob die Gesellschafter der nach dem Recht Singapurs gegründeten und dort als Ltd. registrierten beschränkt haftenden Gesellschaft, mit tatsächlichem Sitz in Deutschland sich auf die Haftungsbeschränkungen auf das Gesellschaftsvermögen berufen können.<sup>299</sup>

Der BGH hält an der modifizierten Sitztheorie fest.<sup>300</sup> Für eine Kapitalgesellschaft aus einem nicht-privilegierten Drittstaat mit einem Verwaltungssitz in Deutschland ist damit das deutsche Recht maßgeblich.<sup>301</sup> Es wird weiter ausgeführt, dass Gesellschaften, die sich nicht auf die Niederlassungsfreiheit berufen können, bei Verlegung ihres tatsächlichen Verwaltungssitzes nach Deutschland als Personengesellschaft des deutschen Rechts behandelt werden.<sup>302</sup> Ohne eine Eintragung in das Handelsregister nach § 11 Abs. 1 GmbHG kann keine Haftungsbeschränkung auf das Gesellschaftsvermögen nach § 13 Abs. 2 GmbHG eintreten.<sup>303</sup> Die für die Gesellschaft Handelnden haften nach § 11 Abs. 2 GmbHG persönlich und die Gesellschafter nach § 128 HGB entsprechend.<sup>304</sup>

Auch in seinem Beschluss<sup>305</sup> über eine auf den Bahamas gegründeten Ltd. zur Restgesellschaft und ihrer Vertretung stellt der BGH fest, wie die Rechtsfähigkeit der Ltd. zu beurteilen ist.<sup>306</sup> Der BGH bestätigt seine Rechtsprechung zu dem Gesellschaftsstatut einer Gesellschaft, die sich nicht auf Niederlassungsfreiheit berufen kann und aus einem Drittstaat stammt.<sup>307</sup> Hat sich der tatsächliche Verwaltungssitz der Ltd. zuletzt in Deutschland befunden, bestimmt sich die Rechtsfähigkeit der Ltd. nach deutschem Recht.<sup>308</sup> Durch die Anwendung der modifizierten Sitztheorie wäre die Gesellschaft in Deutschland als OHG oder GbR zu behandeln und<sup>309</sup> es wäre auf Basis des vorliegenden Sachverhalts auch keine Restgesellschaft entstanden.<sup>310</sup>

Der BGH hat in seiner Entscheidung<sup>311</sup> über eine britische Ltd. seine Rechtsprechungslinie ein weiteres Mal bestätigt.<sup>312</sup> Auf die britische Gesellschaft findet die Niederlassungsfreiheit aus Art. 49, 54 AEUV keine Anwendung mehr.<sup>313</sup> Großbritannien ist als Drittstaat zu behandeln.<sup>314</sup> Auf die britische Gesellschaft ist deshalb nun nicht mehr die Gründungstheorie anzuwenden. Das Gesellschaftsstatut ist nach der modifizierten Sitztheorie über den

<sup>297</sup> BGH, Beschluss vom 08.10.2009, IX ZR 227/06, juris.

<sup>298</sup> Wöhlert, GWR 2009, 417 (417).

<sup>299</sup> BGH, Beschluss vom 08.10.2009, IX ZR 227/06, juris, Rn. 1.

<sup>300</sup> Lieder/Kliebisch, EWIR 2010, 117 (117).

<sup>301</sup> Wöhlert, GWR 2009, 417 (417).

<sup>302</sup> BGH, Beschluss vom 22.11.2016, II ZB 19/15, BGHZ 212, 381.

<sup>303</sup> BGH, Beschluss vom 08.10.2009, IX ZR 227/06, juris, Rn. 5.

<sup>304</sup> BGH, Beschluss vom 08.10.2009, IX ZR 227/06, juris, Rn. 5.

<sup>305</sup> BGH, Beschluss vom 22.11.2016, II ZB 19/15, BGHZ 212, 381.

<sup>306</sup> Otte-Gräbener, GWR 2017, 139 (139).

<sup>307</sup> Bayer/Unglaube, EWIR 2017, 231 (232).

<sup>308</sup> BGH, Beschluss vom 22.11.2016, II ZB 19/15, BGHZ 212, 381, Rn. 21 f.

<sup>309</sup> BGH, Beschluss vom 22.11.2016, II ZB 19/15, BGHZ 212, 381, Rn. 22.

<sup>310</sup> Otte-Gräbener, GWR 2017, 139 (139).

<sup>311</sup> BGH, Beschluss vom 16.02.2021, II ZB 25/17, juris.

<sup>312</sup> Schollmeyer, NZG 2021, 692 (696).

<sup>313</sup> BGH, Beschluss vom 16.02.2021, II ZB 25/17, juris, Rn. 7, 9.

<sup>314</sup> BGH, Beschluss vom 16.02.2021, II ZB 25/17, juris, Rn. 7, 9.

tatsächlichen Verwaltungssitz zu bestimmen, die Trabrennbahn-Rechtsprechung findet entsprechend Anwendung.<sup>315</sup>

#### **d) Folgen der Anwendung der modifizierten Sitztheorie**

Wie vorangegangen dargestellt, kann die zugezogene Gesellschaft nun als eigenständiges Rechtssubjekt am Rechtsverkehr teilnehmen und vor Gericht auftreten.<sup>316</sup> Dennoch wirft die modifizierte Sitztheorie in kollisionsrechtlicher als auch sachlicher Hinsicht drastische Folgen auf.<sup>317</sup>

Auf kollisionsrechtlicher Ebene führt die Umwandlung der ausländischen (Kapital-)Gesellschaft in eine Personengesellschaft des deutschen Rechts zu dem Problem der „hinkenden Rechtsverhältnisse“.<sup>318</sup> Diese „hinkenden Rechtsverhältnisse“ sind Rechtserscheinungen, die von einem Recht als gültig und von dem anderen Recht als ungültig angesehen werden.<sup>319</sup> Denn aus der Sicht des Gründungsstaates der Gesellschaft bleibt die Gesellschaft als solche bestehen, vorausgesetzt dieser folgt der Gründungstheorie.<sup>320</sup> Es kommt nicht zu einem Wechsel des Gesellschaftsstatuts<sup>321</sup>, sondern zu einer Verdopplung der Gesellschaftsstatuten.<sup>322</sup> Die modifizierte Sitztheorie führt dazu, dass ein und dieselbe Gesellschaft in dem Zuzugsstaat eine vom Gründungsstaat abweichendes eigenes „Rechtsformleben“ führt.<sup>323</sup> Die Duplizierung der Gesellschaftsstatuten führt dazu, dass für ein und dasselbe Gebilde in Hinsicht auf die Prozessfähigkeit und Vollstreckbarkeit zwei verschiedene Parteien existieren.<sup>324</sup> Das stellt eine Gefahr für die eindeutige Bestimmung der internationalen Zuständigkeit und dadurch für die Rechtshängigkeit und Rechtskraft dar.<sup>325</sup>

Auf sachrechtlicher Ebene ist die Gesellschaft zwar trotz Eingangsstatutenwechsel als GbR oder OHG rechtsfähig und damit aktiv und passiv parteifähig nach § 50 Abs. 1 ZPO.<sup>326</sup> Allerdings trifft die Gesellschafter eine persönliche und unbeschränkte Haftung für die Gesellschaftsverbindlichkeiten nach §§ 128, 130 HGB für die OHG und nach der Akzessorietätstheorie für die GbR nach § 128 HGB analog.<sup>327</sup> Die Vertretungsmacht der Organe bestimmt sich ebenfalls nach den Vorschriften über die Personengesellschaften nach deutschem Recht.<sup>328</sup> Die Satzung der ausländischen Gesellschaft, welche im Rahmen der Zwei-Stufen-Theorie<sup>329</sup> des IPR im Rahmen der §§ 710 BGB, 125 HGB als gesellschaftsvertragliche Vertretungsregel anzusehen ist, kann vom gesetzlichen Prinzip der Gesamtvertretung bei der GbR bzw. der Einzelvertretung bei der OHG abweichen.<sup>330</sup> Hatte die ausländische

<sup>315</sup> Schollmeyer, NZG 2021, 692 (696).

<sup>316</sup> Weller, Festschrift für Wulf Goette zum 65. Geburtstag 2011, 583 (592).

<sup>317</sup> Weller, Festschrift für Wulf Goette zum 65. Geburtstag 2011, 583 (592).

<sup>318</sup> Weller, Festschrift für Wulf Goette zum 65. Geburtstag 2011, 583 (593); MüKo/Weller, GmbHG, Einleitung Rn. 352.

<sup>319</sup> Hausmann in: Hausmann/Odersky IPR, § 3 Rn. 95.

<sup>320</sup> Dubovizkaja, GmbHR 2003, 694 (695); Roth, IPRax 2003, 117 (124).

<sup>321</sup> 225: Henssler/Strohn GesR, Internationales Gesellschaftsrecht A. Mobilität der Gesellschaften Rn. 16

<sup>322</sup> Behrens, IPRax 2003, 193 (200); Sagasser/Clasen in: Sagasser/Bula/Brünger Umwandlungen, § 32 Rn. 102.

<sup>323</sup> Behrens, IPRax 2003, 193 (200); Weller, Festschrift für Wulf Goette zum 65. Geburtstag 2011, 583 (593).

<sup>324</sup> Binz/Mayer, BB 2005, 2361 (2364); Lutter/Bayer/Schmidt, EuropUR Rn. 7.68.

<sup>325</sup> Binz/Mayer, BB 2005, 2361 (2364).

<sup>326</sup> MüKo/Weller, GmbHG, Einleitung Rn. 350.

<sup>327</sup> MüKo/Weller, GmbHG, Einleitung Rn. 350.

<sup>328</sup> BGH, Urteil vom 27.10.2008, II ZR 158/06, BGHZ 178, 192, Rn. 19; MüKo/Weller, GmbHG, Einleitung Rn. 350.

<sup>329</sup> MüKo/Hein, BGB Band 12, Einleitung zum Internationalen Privatrecht Rn. 294.

<sup>330</sup> Weller, Festschrift für Wulf Goette zum 65. Geburtstag 2011, 583 (594).

(Kapital-)Gesellschaft einer Fremdgeschäftsführung Vertretungsmacht eingeräumt, kann dieser organschaftliche Beststellungsakt wegen der geltenden Selbstorganschaft im deutschen Recht nicht als eine Einräumung von organschaftlicher Vertretungsmacht in der GbR bzw. OHG gewertet werden.<sup>331</sup>

#### **4. Zusammenfassung und Folgen für den Zuzug einer Gesellschaft aus einem Drittstaat nach Deutschland**

In Bezug auf die vorhergehende Darstellung kann konstatiert werden, dass der BGH auf Drittstaatengesellschaften mit effektiven Verwaltungssitz im Inland an der modifizierten Sitztheorie, ihrem Dasein als „Wechselbalgtheorie“ und ihren Folgen festhält.<sup>332</sup>

Durch die Rechtsprechung des BGH in den Entscheidungen in Rechtssachen „Trabrennbahn“, „Singapur“, „Bahamas“ und im Rahmen der Entscheidung über eine britische Ltd. ist die Anwendung der modifizierten Sitztheorie gefestigt worden.<sup>333</sup>

Die zugezogene Drittstaatengesellschaft wird aufgrund des *numerus clausus* nicht als ausländische Gesellschaft anerkannt. Die Gesellschaft ist nicht mehr ein rechtliches nullum,<sup>334</sup> jedoch nur als eine rechts- und parteifähige Personengesellschaft zu qualifizieren.<sup>335</sup> Eine persönliche und unbeschränkte Haftung für Gesellschaftsverbindlichkeiten ist durch diesen automatischen Statutenwechsel unumgänglich.<sup>336</sup>

#### **IV. Zwischenfazit**

Im Rahmen einer primärrechtskonformen Auslegung des deutschen Kollisionsrechts hat der BGH die Sitztheorie nur so weit aufgegeben, als dass die Niederlassungsfreiheit dies erfordert.<sup>337</sup> Die Gründungstheorie gilt für den Zuzug von Gesellschaften, die in einem Mitgliedstaat der EU gegründet worden sind. Dies hat die Rechtsprechung des EuGH in den Entscheidungen „Centros“, „Überseering“ und „Inspire Art“ gezeigt.<sup>338</sup>

Die Rechtsprechung des EuGH gilt nicht für Drittstaatengesellschaften.<sup>339</sup> Auch auf sekundärrechtlicher Ebene fehlt es an rechtlichen Rahmenbedingungen für den Zuzug einer Gesellschaft aus Drittstaaten.<sup>340</sup>

Die modifizierte Sitztheorie ist *de lege lata* weiterhin und grundsätzlich auf Drittstaatengesellschaften anzuwendenden, wie der BGH es schon in seiner Trabrennbahn-Entscheidung bestätigt hat.<sup>341</sup> Eine Drittstaatengesellschaft, die ihren Verwaltungssitz nach Deutschland verlegt ist *ipso iure* in eine deutsche Personengesellschaft umzuqualifizieren.<sup>342</sup>

Ein grenzüberschreitender Formwechsel aus einem Drittstaat ist damit *de lege lata* auch nicht rechtssicher durchführbar.<sup>343</sup> Bei gewillkürter grenzüberschreitender

<sup>331</sup> Weller, Festschrift für Wulf Goette zum 65. Geburtstag 2011, 583 (595).

<sup>332</sup> Wall in: Hausmann/Odersky IPR, § 18 Rn. 116.

<sup>333</sup> Heckschen/Hilser, DStR 2022, 1005 (1008); Stiegler in: Jung/Krebs/Stiegler GesR in Europa, § 10 Rn. 110.

<sup>334</sup> Heckschen/Hilser, DStR 2022, 1005 (1008); MüKo/Weller, GmbHG, Einleitung Rn. 351.

<sup>335</sup> BGH, Urteil vom 01. 07.2002, II ZR 380/00, NJW 2002, 3539 (3539 f.).

<sup>336</sup> Servatius in: Henssler/ Strohn, Internationales Gesellschaftsrecht Rn. 16; MüKo/Weller, GmbHG, Einleitung Rn. 350.

<sup>337</sup> Wall in: Hausmann/Odersky IPR, § 18 Rn. 115.

<sup>338</sup> Wöhlert, GWR 2009, 417 (417).

<sup>339</sup> MünchHdB GesR VIII/Lieder § 5 Rn. 22.

<sup>340</sup> Siehe C.II.

<sup>341</sup> MüKo/Weller, GmbHG, Einleitung Rn. 353.

<sup>342</sup> MüKo/Weller, GmbHG, Einleitung Rn. 353.

<sup>343</sup> Heckschen/Hilser, DStR 2022, 1005 (1008).

Verwaltungssitzverlegung sind die mobilitätswilligen Gesellschaften gezwungen, die Änderungen ihres Rechtskleids durch verschiedene Gestaltungsvarianten zu subsumieren.<sup>344</sup>

In dem nachfolgenden Kapitel werden aufgrund dessen verschiedenen Lösungsmöglichkeiten für den Zuzug einer Gesellschaft aus einem Drittstaat nach Deutschland aufgezeigt. Es wird insbesondere die Möglichkeit diskutiert, auch für Drittstaatengesellschaften statt an die modifizierte Sitztheorie, an die Gründungstheorie anzuknüpfen.

## **D. Mögliche Lösungen für den Zuzug einer Gesellschaft aus einem Drittstaat nach Deutschland**

### **I. Rechtssichere Lösungen**

#### **1. Auflösung mit Neugründung**

##### **a) Funktionaler grenzüberschreitender Rechtsformwechsel**

Aus funktionaler Sicht betrachtet, entspricht eine Auflösung mit einer Neugründung im Zuzugsstaat einem grenzüberschreitenden Rechtsformwechsel.<sup>345</sup>

Eine funktionale Auflösung kann im wirtschaftlichen Ergebnis dadurch herbeigeführt werden, dass die Gesellschaft im ursprünglichen Registrierungsstaat vollständig liquidiert wird und dann im Zielstaat neu gegründet wird.<sup>346</sup> Im Zuge der Neugründung kann, wenn noch vorhandenes Vermögen aus der Liquidation hervorgeht, über die Sachgründung oder im Rahmen eines Sachagios bei einer Bargründung eingebracht werden.<sup>347</sup>

Unter dem Begriff des grenzüberschreitenden Formwechsel ist der Formwechsel eines bestehenden Rechtsträgers zu verstehen, dessen Gesellschaftsstatut sich nach dem Recht des Wegzugsstaat bestimmt, in einen in dem nach dem Recht des „Aufnahmestaat“ bestehenden Rechtsträger unter der gleichzeitigen Verlegung des Satzungssitzes.<sup>348</sup>

##### **aa) Überblick**

Die die bloße Verlegung des Satzungssitzes hat noch keinen identitätswahrenden Formwechsel zur Folge, weshalb eine Neugründung in Deutschland zu erfolgen hat.<sup>349</sup>

Ein grenzüberschreitender und identitätswahrenden Formwechsel von einer Drittstaaten-gesellschaftsform in eine deutsche Gesellschaftsform ist dem deutschen Sachrecht unbekannt.<sup>350</sup>

In seinen Urteilen „Vale“<sup>351</sup> und „Polbud“<sup>352</sup> hat der EuGH entschieden, dass die Niederlassungsfreiheit aus Art. 49, 54 AEUV bei einem identitätswahrenden Satzungssitzwechsel Anwendung findet.<sup>353</sup>

<sup>344</sup> Heckschen/Hilser, DStR 2022, 1005 (1008).

<sup>345</sup> Heckschen/Hilser, DStR 2022, 1005 (1008).

<sup>346</sup> Heckschen/Hilser, DStR 2022, 1005 (1009).

<sup>347</sup> Heckschen/Hilser, DStR 2022, 1005 (1009).

<sup>348</sup> Widmann/Mayer/Vossius UmwG § 191 Rn. 27.

<sup>349</sup> MünchHdB GesR VIII/Johannsen-Roth § 42 Rn. 10.

<sup>350</sup> MünchHdB GesR VIII/Johannsen-Roth § 42 Rn. 10.

<sup>351</sup> EuGH, Urteil vom 12.07.2012, C-378/10, ECLI:EU:C:2012:440 – VALE, NJW 2012, 2715.

<sup>352</sup> EuGH, Urteil vom 25.10.2017, C-106/16, ECLI:EU:C:2017:804 – Polbud, NJW 2017, 3639.

<sup>353</sup> MüKo/Weller, GmbHG, Einleitung Rn. 389.

Die Urteile werden nachfolgend aufgezeigt, um einen Überblick über die Voraussetzungen zu geben.

## **bb) Rechtsprechung des EuGH**

Eine Gesellschaft ist nach dem Urteil in Rechtssache „Vale“ dann in eine Gesellschaft umzuwandeln, wenn der Zuzugsstaat vergleichbare Umwandlungsmöglichkeiten für die Rechtsform kennt.<sup>354</sup> Dabei kann der Zuzugsstaat darauf bestehen, seine kollisionsrechtliche Anknüpfung zur Geltung zu bringen und verlangen, dass auch der tatsächliche Verwaltungssitz in den Zuzugsstaat verlegt wird.<sup>355</sup> Voraussetzung ist, dass die Gesellschaft im Zielland auch wirtschaftliche Aktivitäten erbringt.<sup>356</sup> Für diese Umwandlung ist eine sukzessive Anwendung von zwei nationalen Rechtsordnungen erforderlich.<sup>357</sup> Der Heimatmitgliedstaat und der Aufnahmestaat können das für den Rechtsformwechsel maßgebliche innerstaatliche Recht bestimmen.<sup>358</sup>

Hierbei muss in beiden Mitgliedstaaten der unionsrechtliche Äquivalenzgrundsatz und der Effektivitätsgrundsatz beachtet werden.<sup>359</sup> Nach dem Äquivalenzgrundsatz dürfen die Modalitäten des nationalen Rechts für grenzüberschreitende Vorgänge nicht ungünstiger sein als diejenigen, die vergleichbare Situationen im innerstaatlichen Rahmen regeln.<sup>360</sup> Der Aufnahmestaat darf die Eintragung einer Gesellschaft als „Rechtsvorgängerin“ nicht verweigern, wenn eine Eintragung der Vorgängergesellschaft im Handelsregister bei innerstaatlichen Umwandlungen vorgesehen ist und kein sachlicher Grund ersichtlich ist, die Eintragung innerstaatlichen Umwandlungen vorzubehalten.<sup>361</sup>

In „Polbud“ mildert der EuGH seine Rechtsprechung weiter ab. Es wird keine wirtschaftliche Aktivität mehr im Zielstaat vorausgesetzt.<sup>362</sup> Der Anspruch setzt nur noch die Zulässigkeit der „Selbstinkorporation“<sup>363</sup> der wegziehenden Gesellschaft als eine Gesellschaft im Zielland voraus.<sup>364</sup> Die Gesellschaft muss die für die Gründung einer Gesellschaft erforderlichen Voraussetzungen im Zielland und das erforderliche Kriterium für die Verbundenheit mit einer Gesellschaftsform der Rechtsordnung des Ziellands erfüllen.<sup>365</sup>

Die Beachtung des Effektivitätsgrundsatzes wird in „Polbud“ deutlich. Eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit ist nach dem Effektivitätsgrundsatz nur dann statthaft, wenn diese durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt ist.<sup>366</sup> Bei einem grenzüberschreitenden Rechtsformwechsel stellt eine Regelung, in dem der Gründungsstaat, die eine Gesellschaft bei einer Satzungssitzverlegung in das EU-Ausland stets zur

---

<sup>354</sup> EuGH, Urteil vom 12.07.2012, C-378/10, ECLI:EU:C:2012:440 – VALE, NJW 2012, 2715, Rn. 56.

<sup>355</sup> EuGH, Urteil vom 12.07.2012, C-378/10, ECLI:EU:C:2012:440 – VALE, NJW 2012, 2715, Rn. 34.

<sup>356</sup> EuGH, Urteil vom 12.07.2012, C-378/10, ECLI:EU:C:2012:440 – VALE, NJW 2012, 2715, Rn. 34.

<sup>357</sup> EuGH, Urteil vom 12.07.2012, C-378/10, ECLI:EU:C:2012:440 – VALE, NJW 2012, 2715, Rn. 37, 44.

<sup>358</sup> EuGH, Urteil vom 12.07.2012, C-378/10, ECLI:EU:C:2012:440 – VALE, NJW 2012, 2715, Rn. 62.

<sup>359</sup> EuGH, Urteil vom 12.07.2012, C-378/10, ECLI:EU:C:2012:440 – VALE, NJW 2012, 2715, Rn. 48.

<sup>360</sup> EuGH, Urteil vom 12.07.2012, C-378/10, ECLI:EU:C:2012:440 – VALE, NJW 2012, 2715, Rn. 54.

<sup>361</sup> EuGH, Urteil vom 12.07.2012, C-378/10, ECLI:EU:C:2012:440 – VALE, NJW 2012, 2715, Rn. 56.

<sup>362</sup> EuGH, Urteil vom 25.10.2017, C-106/16, ECLI:EU:C:2017:804 – Polbud, NJW 2017, 3639, Rn. 37.

<sup>363</sup> Schall, ZfPW 2018, 176 (186).

<sup>364</sup> EuGH, Urteil vom 25.10.2017, C-106/16, ECLI:EU:C:2017:804 – Polbud, NJW 2017, 3639, Rn. 35.

<sup>365</sup> EuGH, Urteil vom 25.10.2017, C-106/16, ECLI:EU:C:2017:804 – Polbud, NJW 2017, 3639, Rn. 35.

<sup>366</sup> EuGH, Urteil vom 25.10.2017, C-106/16, ECLI:EU:C:2017:804 – Polbud, NJW 2017, 3639, Rn. 46.

Liquidation verpflichtet, eine unverhältnismäßige Beschränkung dar.<sup>367</sup> Ist der Zielstaat aufnahmebereit, darf der Gründungsmitgliedstaat die Gesellschaft nicht durch innerstaatliche Verpflichtungen zur Liquidation daran hindern, sich in eine Gesellschaft nach dem innerstaatlichen Recht des Aufnahmestaats umzuwandeln.<sup>368</sup>

### cc) Subsumtion

Auch wenn die Rechtsprechung des EuGH zur Niederlassungsfreiheit aus Art. 49, 54 AEUV keine Anwendung auf Drittstaatsverhältnisse findet, sind die Entscheidungen „Vale“ und „Polbud“ als Modell des grenzüberschreitenden Formwechsels als präferierte Verlegungstechnik ausgewählt worden.<sup>369</sup>

Die Rechtsprechung des EuGH zeigt, dass ein grenzüberschreitendes Formwechselverfahren für Kapitalgesellschaften möglich ist.<sup>370</sup> Dabei kommt als Zielrechtsform zum einen das Pendant der bisherigen Gesellschaftsform in Betracht, zum anderen auch eine andere Gesellschaftsform.<sup>371</sup> Das Verfahren ist durch die Literatur und durch die gefestigte Rechtsprechung weitgehend sicher ausgestaltet.<sup>372</sup> Hinzu kommt die UmwRL, die einen sekundärrechtlichen Rahmen für grenzüberschreitende Umwandlungen, Verschmelzungen und Spaltungen geschaffen hat.<sup>373</sup>

Ein grenzüberschreitender Rechtsformwechsel ist auf europäischer Ebene möglich, weshalb ein kodifizierter Rechtsrahmen auch für Drittstaatengesellschaften wünschenswert ist. Das deutsche autonome Kollisionsrecht könnte sich die rechtssichere Ausgestaltung auf europäischer Ebene als Vorbild für Drittstaatsverhältnisse nehmen.

### b) Bewertung

Ungeachtet dessen, ob ein grenzüberschreitender Rechtsformwechsel mit Drittstaatengesellschaften zulässig und durchführbar ist, liegt der Vorteil bei dieser Möglichkeit darin, dass die Identität des Rechtsträgers bleibt und damit auch die Gesellschaft als Trägerin von Rechten und Pflichten.<sup>374</sup>

Entscheidet sich die Gesellschaft hingegen für eine Auflösung mit einer Neugründung, so besteht der Nachteil darin, dass es zu einer fehlenden Rechtsträgeridentität kommt und zum Beispiel die vertraglichen Beziehungen neu aufgenommen werden müssen.<sup>375</sup>

Bei einem grenzüberschreitenden Rechtsformwechsel, wechselt die Gesellschaft nur die „Nationalität ihres Rechtskleid“<sup>376, 377</sup> Dadurch würde aus einer Ltd. eine GmbH werden, ohne dass eine Rechtsnachfolge im eigentlichen Sinne oder ein Übertragungsvorgang stattfindet.<sup>378</sup> Es ändert sich lediglich das Rechtskleid desselben Rechtsträgers mit derselben

---

<sup>367</sup> EuGH, Urteil vom 25.10.2017, C-106/16, ECLI:EU:C:2017:804 – Polbud, NJW 2017, 3639, Rn. 58.

<sup>368</sup> EuGH, Urteil vom 25.10.2017, C-106/16, ECLI:EU:C:2017:804 – Polbud, NJW 2017, 3639, Rn. 43.

<sup>369</sup> Schmidt/Lutter/Ringe AktG Internationales Gesellschaftsrecht Rn. 60.

<sup>370</sup> Knaier, DNotZ 2021, 148 (154).

<sup>371</sup> Knaier, DNotZ 2021, 148 (154).

<sup>372</sup> Knaier, DNotZ 2021, 148 (154).

<sup>373</sup> Knaier, DNotZ 2021, 148 (154).

<sup>374</sup> Widmann/Mayer/Vossius UmwG § 191 Rn. 27.

<sup>375</sup> Heckschen/Hilser, DStR 2022, 1005 (1009).

<sup>376</sup> Zwirlein/Großrichter/Gätsch, NZG 2017, 1041 (1043).

<sup>377</sup> Zwirlein/Großrichter/Gätsch, NZG 2017, 1041 (1043).

<sup>378</sup> Zwirlein/Großrichter/Gätsch, NZG 2017, 1041 (1043).

Gesellschaftsform.<sup>379</sup> Die Identitätswahrung zeichnet sich dadurch aus, dass es eben nicht zu einer „Auflösung der ursprünglichen juristischen Person und zur Schaffung einer neuen juristischen Person“<sup>380</sup> kommt. In der Literatur wird dies auch als Kontinuitätsprinzip bezeichnet.<sup>381</sup>

Da die Identität des Rechtsträger gewahrt wird, kommt es ebenfalls nicht zu einer Überleitung von Vertragsverhältnissen durch aufwendige Vertragsübernahmen (vgl. §§ 414 ff. BGB).<sup>382</sup> Die Gesellschaft bleibt Inhaberin der Vermögensgegenstände und Forderungen sowie Schuldnerin sämtlicher Verbindlichkeiten.<sup>383</sup> Das entspricht dem Willen der Gesellschafter und den Interessen der Beteiligten.<sup>384</sup>

## 2. Asset Deal

### a) Funktionsweise

Bei einem grenzüberschreitendem Asset Deal überträgt die Gesellschaft ihre Vermögensgegenstände („Assets“), also sämtliche Aktiva und Passiva, auf eine bestehende oder eine neu gegründete Gesellschaft in Deutschland.<sup>385</sup> Mittels der Singularsukzession werden sämtliche Vermögenspositionen nach den materiellen Übertragungsvorschriften des deutschen Rechts (§§ 929 ff. BGB; §§ 873, 925 BGB; §§ 398, 413 BGB; §§ 414, 415 BGB) übertragen.<sup>386</sup> Die Übertragung beweglicher und unbeweglicher Sachen richtet sich nach dem Prinzip der *lex rei sitea*.<sup>387</sup> Wenn sämtliches Vermögen übertragen ist, kann die übertragende Gesellschaft liquidiert und im entsprechenden Register gelöscht werden.<sup>388</sup>

Die übertragende Gesellschaft erhält Geschäftsanteile an der Zielgesellschaft im Rahmen einer Sachkapital- oder Barkapitalerhöhung mit Agio. Im Rahmen der Liquidation der übertragenden Gesellschaft werden die Anteile der Gesellschafter ausgekehrt.

### b) Bewertung

Der Nachteil eines grenzüberschreitendes Asset Deal besteht wie bei einer grenzüberschreitenden Auflösung mit Neugründung darin, dass die Rechtsträgeridentität fehlt. Hinzu kommt, dass die übertragende Gesellschaft durch ein gesondertes Verfahren aufgelöst und liquidiert werden muss.<sup>389</sup>

Zudem kann die Singularsukzession, wenn die Gesellschaft über eine Vielzahl an Vermögensgegenständen verfügt, ein Hindernis darstellen, welches nicht überbrückbar ist.<sup>390</sup> Sämtliche Vermögensgegenstände müssen im Wege der Einzelrechtsnachfolge übertragen werden.<sup>391</sup>

---

<sup>379</sup> Weller, Festschrift für Uwe Blaurock zum 70. Geburtstag 2013, 497 (511).

<sup>380</sup> EuGH, Urteil vom 16.12.2008, C-210/06, ECLI:EU:C:2008:723 – Cartesio, NJW 2009, 569, Rn. 117.

<sup>381</sup> Weller, Festschrift für Uwe Blaurock zum 70. Geburtstag 2013, 497 (511).

<sup>382</sup> Weller, Festschrift für Uwe Blaurock zum 70. Geburtstag 2013, 497 (511).

<sup>383</sup> Thiermann, EuZW 2012, 209 (211).

<sup>384</sup> Thiermann, EuZW 2012, 209 (211). I

<sup>385</sup> MünchHdB GesR VIII/Lieder § 5 Rn. 25.

<sup>386</sup> Lieder/Bialluch, NotBZ 2017, 209 (215).

<sup>387</sup> Lieder/Bialluch, NotBZ 2017, 209 (215).

<sup>388</sup> Lieder/Bialluch, NotBZ 2017, 209 (215).

<sup>389</sup> Lieder/Bialluch, NotBZ 2017, 209 (215).

<sup>390</sup> Heckschen/Hilser, DStR 2022, 1005 (1009).

<sup>391</sup> Heckschen/Hilser, DStR 2022, 1005 (1009).

Als bedeutendster Nachteil ist anzusehen, dass die Gesellschaft zu der Übertragung jedes einzelnen Vertragsverhältnisses im Weg der Gesamtrechtsnachfolge auf den neuen Rechtsträger die Zustimmung der anderen Vertragspartei benötigt, da es sich um eine Vertragsübernahme handelt.<sup>392</sup> Mit jedem einzelnen Vertragspartner müssen Übertragungsvereinbarungen getroffen werden.<sup>393</sup>

Ein Asset Deal ist aufgrund der Vielzahl an Transaktionen, die durchgeführt werden müssen, mit erheblichen Mehrkosten verbunden.<sup>394</sup> Der Asset Deal ist damit eher als Option für einen wirtschaftlichen Neuanfang als für eine wirtschaftlichen Umstrukturierung anzusehen.<sup>395</sup>

### 3. Anwachsung

#### a) Funktionsweise

Das grenzüberschreitende Anwachsungsmodell beruht auf dem Grundgedanken, dass eine Personengesellschaft zumindest aus zwei Gesellschaftern bestehen muss.<sup>396</sup> Bei dem Ausscheiden des vorletzten Gesellschafters wächst das Vermögen auf den verbleibenden Gesellschafter an.<sup>397</sup>

Im ersten Schritt wird im Ausgangsstaat die Kapitalgesellschaft in eine Personengesellschaft umgewandelt.<sup>398</sup> Im zweiten Schritt tritt eine Kapitalgesellschaft aus dem Zielstaat als Gesellschafter in die Personengesellschaft ein.<sup>399</sup> Im dritten und letzten Schritt treten alle Gesellschafter, außer dem neu eingetretenen Gesellschafter, aus der Gesellschaft aus.<sup>400</sup> Im Wege der Gesamtrechtsnachfolge (= Anwachsung) geht das gesamte Vermögen, das heißt Aktiva und Passiva, gem. § 738 Abs. 1 S.2 BGB auf den verbleibenden Gesellschafter über.<sup>401</sup> Über die Verweisungsnormen §§ 105 Abs. 3, 161 Abs. 2 HGB gilt dies auch für die Personenhandelsgesellschaftsformen KG und OHG.<sup>402</sup> Der Anteil am Gesellschaftsvermögen des ausscheidenden Gesellschafters wächst *ispo iure* den übrigen Gesellschafter zu.<sup>403</sup> Die Gesellschaft erlischt liquidationslos, ohne dass ein Auflösungsbeschluss der Gesellschafter erforderlich ist.<sup>404</sup> Der verbleibende Gesellschafter tritt in die Rechtsstellung der liquidierten Personengesellschaft ein.<sup>405</sup>

Zu unterscheiden ist zudem nochmal zwischen der gerade beschriebenen sogenannten „einfachen Anwachsung“ und der in der Praxis deutlich verbreiteteren „erweiterten Anwachsung“.<sup>406</sup> Die Gesellschafter werden in dem übernehmenden Rechtsträger zusammengeführt.<sup>407</sup> Sie treten dafür nicht aus der Gesellschaft aus, sondern bringen ihre bisherigen Anteile an dem übertragenden Rechtsträger gegen Gewährung neuer Anteile am

---

<sup>392</sup> Seeger, DStR 2016, 1817 (1822).

<sup>393</sup> Zwirlein/Großrichter/Gätsch, NZG 2017, 1041 (1043).

<sup>394</sup> Schmidt, M., Grenzüberschreitender Formwechsel, S. 44.

<sup>395</sup> Schmidt, M., Grenzüberschreitender Formwechsel, S. 44.

<sup>396</sup> Heckschen/Hilser, DStR 2022, 1005 (1009).

<sup>397</sup> Heckschen/Hilser, DStR 2022, 1005 (1009).

<sup>398</sup> Heckschen/Hilser, DStR 2022, 1005 (1009).

<sup>399</sup> Heckschen/Hilser, DStR 2022, 1005 (1009).

<sup>400</sup> Heckschen/Hilser, DStR 2022, 1005 (1009).

<sup>401</sup> Schmidt, M., Grenzüberschreitender Formwechsel, S. 40.

<sup>402</sup> MünchHdB GesR VIII/Johannsen-Roth § 42 Rn. 40.

<sup>403</sup> Schmidt, M., Grenzüberschreitender Formwechsel, S. 42.

<sup>404</sup> Freiherr v. Proff, DStR 2016, 2227 (2228).

<sup>405</sup> MünchHdB GesR VIII/Johannsen-Roth § 42 Rn. 40.

<sup>406</sup> zu den Gründen etwa: Freiherr v. Proff, DStR 2016, 2227.

<sup>407</sup> MünchHdB GesR VIII/Johannsen-Roth § 42 Rn. 52.



übernehmenden Rechtsträger gem. §§ 398, 413 BGB ein.<sup>408</sup> Parallel zu der Übertragung der Anteile erhöht die übernehmende Gesellschaft ihr Kapital gegen eine Sacheinlage.<sup>409</sup> Dabei werden den Gesellschaftern der übertragenden Gesellschaft Anteile an der übernehmenden Gesellschaft gewährt.<sup>410</sup> Somit fallen dann die Anteile in einer Person zusammen und die Aktiva und Passiva der übertragenden Personengesellschaft können in den übernehmenden Gesellschaft anwachsen.<sup>411</sup>

## b) Bewertung

Das Modell der grenzüberschreitenden Anwachsung ist, unabhängig davon, ob eine einfache oder der erweiterte Anwachsung erfolgt, in seiner Gestaltung sehr flexibel.<sup>412</sup> Außerdem ist es deutlich weniger formstreu als beispielsweise die grenzüberschreitende Verschmelzung.<sup>413</sup>

Bei einer grenzüberschreitenden Anwachsung kommen nur diejenigen Rechtsordnungen zur Anwendung, die auch berührt werden.<sup>414</sup> Demnach richteten sich die Zulässigkeit und die Voraussetzungen einer grenzüberschreitenden Anwachsung nach dem Gesellschaftsstatut der übertragenden Gesellschaft.<sup>415</sup>

Ein weiterer Vorteil besteht darin, dass die grenzüberschreitende Anwachsung ohne vorangegangene Liquidation vollzogen werden kann, da die verbleibende Gesellschaft durch die Anwachsung erlischt.<sup>416</sup> Außerdem muss kein formelles Umwandlungsverfahren durchlaufen werden.<sup>417</sup> Denn bestimmt sich das anwendbare Recht nach einem deutschen Gesellschaftsstatut, so werden die Vorschriften des UmwG nicht analog herangezogen, da es an der planwidrigen Regelungslücke fehlt.<sup>418</sup> Die grenzüberschreitende Anwachsung wird außerhalb der Register vollzogen, weshalb die Gesellschafter den Zeitpunkt des Wirksamwerdens der grenzüberschreitenden Anwachsung selbst bestimmen können.<sup>419</sup>

Der schwerwiegendste Nachteil besteht darin, dass sämtliche Gesellschafter einheitlich zusammenwirken müssen.<sup>420</sup> Möchte ein Gesellschafter nicht austreten, wird die grenzüberschreitende Anwachsung erheblich erschwert, wenn nicht sogar verhindert.<sup>421</sup>

Darüber hinaus ist im Ausgangsstaat zu überprüfen, ob ein derartiger Formwechsel zugelassen ist und welche Rechtsfolgen damit verbunden sind. Denn es ist darauf zu achten, dass das Rechts des Drittstaats die durch das deutsche Personengesellschaftsrecht eintretende Gesamtrechtsnachfolge anerkennt.<sup>422</sup> Ansonsten kommt es zu Problemen mit der Übertragung von in dem Drittstaat belegenen Vermögensgegenständen.<sup>423</sup> Denn dann unterliegen die in Deutschland belegenen Vermögensgegenstände dem Anwachsungsmechanismus, jedoch nicht die in dem Herkunftsland der Drittstaatengesellschaft belegenen

<sup>408</sup> MünchHdB GesR VIII/*Johannsen-Roth* § 42 Rn. 52.

<sup>409</sup> MünchHdB GesR VIII/*Johannsen-Roth* § 42 Rn. 52.

<sup>410</sup> MünchHdB GesR VIII/*Johannsen-Roth* § 42 Rn. 52.

<sup>411</sup> MünchHdB GesR VIII/*Johannsen-Roth* § 42 Rn. 52.

<sup>412</sup> *Lieder/Bialluch*, NotBZ 2017, 209 (215).

<sup>413</sup> *Lieder/Bialluch*, NotBZ 2017, 209 (215).

<sup>414</sup> MünchHdB GesR VIII/*Johannsen-Roth* § 42 Rn. 44.

<sup>415</sup> MünchHdB GesR VIII/*Johannsen-Roth* § 42 Rn. 44.

<sup>416</sup> *Sagasser/Bula/Abele in: Sagasser/Bula/Brünger Umwandlungen*, § 29 Rn. 6.

<sup>417</sup> *Lieder/Bialluch*, NotBZ 2017, 209 (215).

<sup>418</sup> MünchHdB GesR VIII/*Johannsen-Roth* § 42 Rn. 44.

<sup>419</sup> *Lieder/Bialluch*, NotBZ 2017, 209 (215).

<sup>420</sup> *Lieder/Bialluch*, NotBZ 2017, 209 (215).

<sup>421</sup> *Lieder/Bialluch*, NotBZ 2017, 209 (215).

<sup>422</sup> MünchHdB GesR VIII/*Johannsen-Roth* § 42 Rn. 48.

<sup>423</sup> *Fisch*, NZG 2016, 448 (448).

Gegenstände.<sup>424</sup> Bei der erweiterten Anwachsung ist zusätzlich darauf zu achten, dass die Kapitalschutzvorschriften im Rahmen der Sachkapitalerhöhung eingehalten werden.<sup>425</sup>

Außerdem ist der Nachweis des Rechtsübergang auf den Alleingesellschafter der vormaligen Gesellschaft schwer darzulegen.<sup>426</sup> Durch die fehlende Registereintragung der Anwachsung ist der Zielrechtsträger nicht mit einer erforderlichen Rechtssicherheit erkennbar.<sup>427</sup>

Hinzukommt, dass durch die Verwaltungssitzverlegung der Drittstaatengesellschaft die persönliche Haftung der Gesellschafter nach § 128 Abs. 1 HGB aufrechterhalten bleibt, sowie der dadurch stattfindende Statutenwechsel dadurch erfolgt, dass die modifizierte Sitztheorie zur Anwendung kommt.<sup>428</sup>

Trotz alledem stellt die grenzüberschreitende Anwachsung, vorausgesetzt der übertragende Rechtsträger erlangt die Rechtsform einer Personengesellschaft, die technisch einfachste Form dar, um eine Drittstaatengesellschaft rechtssicher umzustrukturieren.<sup>429</sup>

#### **4. Grenzüberschreitende Verschmelzung**

##### **a) Funktionsweise**

Eine Gesellschaft, die im Ergebnis einen Rechtsformwechsel anstrebt, kann das Ergebnis des Statutenwechsels auch über einer grenzüberschreitende Verschmelzung herbeiführen.

Unter einer Verschmelzung ist die Vereinigung der Vermögensmassen von zwei oder mehr Kapitalgesellschaften zu verstehen (vgl. §§ 2, 20 Abs. 1 Nr. 1 – 3 UmwG).<sup>430</sup> Eine der beteiligten Gesellschaften gibt dabei ihre rechtliche Existenz auf, ohne abgewickelt zu werden.<sup>431</sup> Gleichzeitig werden die Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft zu Gesellschaftern der aufzunehmenden oder neu zu bildenden Gesellschaft.<sup>432</sup> Das bedeutet, dass in dem Zuzugsstaat muss eine Mantelgesellschaft erworben werden oder eine neue Gesellschaft, die die Gesellschaft aufnimmt, gegründet werden muss.<sup>433</sup> Die Gesellschaft, die ihr „Rechtskleid“ wechseln soll, wird auf die neue Gesellschaft verschmolzen.<sup>434</sup>

##### **b) Bewertung**

Für die grenzüberschreitende Verschmelzung ist vorgelagert die Frage aufzuwerfen, ob die Verschmelzung unter der Beteiligung von einer Drittstaatengesellschaft nach dem deutschen Recht zulässig ist.<sup>435</sup>

Denn auf die Besonderheiten, die sich bei einer grenzüberschreitenden Verschmelzung durch den Schutzbereich der Niederlassungsfreiheit aus Art. 49, 54 AEUV ergeben, kann sich die Drittstaatengesellschaft nicht berufen.<sup>436</sup> Auch die Niederlassungsfreiheit aus Art. 49, 54 AEUV der Inlandsgesellschaft ist nicht verletzt.<sup>437</sup> Der persönliche Schutzbereich ist

<sup>424</sup> *Fisch*, NZG 2016, 448 (448).

<sup>425</sup> *Schmidt, M.*, Grenzüberschreitender Formwechsel, S. 43.

<sup>426</sup> *Lieder/Bialluch*, NotBZ 2017, 209 (215).

<sup>427</sup> *Lieder/Bialluch*, NotBZ 2017, 209 (215).

<sup>428</sup> MünchHdB GesR VIII/*Johannsen-Roth* § 42 Rn. 48.

<sup>429</sup> *Widmann/Mayer/Vossius* UmwG § 191 Rn.43.

<sup>430</sup> *MüKo/Kindler*, BGB Band 13, Teil 10. Internationales Handels- und Gesellschaftsrecht Rn. 783.

<sup>431</sup> *MüKo/Kindler*, BGB Band 13, Teil 10. Internationales Handels- und Gesellschaftsrecht Rn. 783.

<sup>432</sup> *MHLS/Leible*, Systematische Darstellung 2 Rn. 222.

<sup>433</sup> *Heckschen/Hilser*, DStR 2022, 1005 (1010).

<sup>434</sup> *Heckschen/Hilser*, DStR 2022, 1005 (1010).

<sup>435</sup> *Günes*, IStR 2013, 213 (213).

<sup>436</sup> MünchHdB GesR VIII/*Lieder* § 5 Rn. 22.

<sup>437</sup> MünchHdB GesR VIII/*Johannsen-Roth* § 42 Rn. 27.

zwar eröffnet, aber die Niederlassungsfreiheit aus Art. 49, 54 AEUV beinhaltet in sachlicher Hinsicht nicht das Recht auf eine Verschmelzung mit einer Drittstaatengesellschaft.<sup>438</sup> Die Niederlassungsfreiheit kann also nicht zur Begründung eines Rechts auf grenzüberschreitende Verschmelzung mit einer Drittstaatengesellschaft herangezogen werden.<sup>439</sup> Der Verschmelzungsvorgang stellt in sachlicher Hinsicht einen Vorgang des Kapitalverkehrs dar.<sup>440</sup> Die Zulässigkeit der Verschmelzung mit einer Drittstaatengesellschaft aus der Kapitalverkehrsfreiheit gem. Art. 63 AEUV ist nicht gegeben.<sup>441</sup> Damit kann die Zulässigkeit einer grenzüberschreitenden Verschmelzung unter der Beteiligung von Drittstaatengesellschaften nicht aus europarechtlichen Normen bzw. Grundfreiheiten abgeleitet werden.<sup>442</sup>

Das deutsche Sachrecht bestimmt diesen Vorhang maßgeblich allein. Hierbei kommt es auf § 1 Abs. 1 UmwG an.<sup>443</sup> Gemäß dem Wortlaut von § 1 Abs. 1 UmwG können nur „Rechtsträger mit einem Sitz im Inland“ an einer Umwandlungsmaßnahme beteiligt sein.<sup>444</sup> Das UmwG ist systematisch nach h.L. so zu verstehen, dass § 1 Abs. 1 UmwG auf den Satzungssitz abstellt.<sup>445</sup> Auch §§ 122a, 122b UmwG finden nur für die grenzüberschreitende Verschmelzung einer deutschen Kapitalgesellschaft mit einer Kapitalgesellschaft aus dem EU Raum *lex specialis* Anwendung.<sup>446</sup> Daher fallen rein nationale Verschmelzungen oder Verschmelzungen mit Drittstaatengesellschaften nicht unter §§ 122a ff. UmwG.<sup>447</sup> Eine grenzüberschreitende Verschmelzung mit der Beteiligung einer Drittstaatengesellschaft nach deutschem Sachrecht wird deswegen aus Gründen der Rechtssicherheit für unzulässig erachtet.<sup>448</sup>

Wird die grenzüberschreitende Verschmelzung unter der Beteiligung einer Drittstaatengesellschaft doch für zulässig gehalten, so müssen alle Verfahrensvoraussetzungen der unterschiedlichen Rechtsordnungen, die sich aus der Anwendung der Vereinigungstheorie ergeben, erfüllt sein.<sup>449</sup> Die Vereinigungstheorie findet bei der grenzüberschreitenden Verschmelzung Anwendung.<sup>450</sup> Nach der Vereinigungstheorie wird das Recht aller beteiligten Rechtsträger im Rahmen eines differenzierten Zusammenspiels der entsprechenden Gesellschaftsstatute berücksichtigt.<sup>451</sup>

Das UmwG wäre damit nur auf die inländische Gesellschaft anzuwenden.<sup>452</sup> Für das Gesellschaftsstatut der Drittstaatengesellschaft wäre das eigene nationale Umwandlungsrecht maßgeblich.<sup>453</sup> Die einzelnen spezifischen Verfahrensvoraussetzungen bestimmen sich nach der strengsten sich durchsetzenden Rechtsordnung.<sup>454</sup> Nur dadurch kann sichergestellt werden, dass die Interessen der beteiligten Gesellschaften in der

<sup>438</sup> MünchHdB GesR VIII/*Johannsen-Roth* § 42 Rn. 27.

<sup>439</sup> MünchHdB GesR VIII/*Johannsen-Roth* § 42 Rn. 27.

<sup>440</sup> *Günes*, IStR 2013, 213 (214 f.).

<sup>441</sup> *Günes*, IStR 2013, 213 (214 f.).

<sup>442</sup> MünchHdB GesR VIII/*Johannsen-Roth* § 42 Rn. 27.

<sup>443</sup> Schmitt/Hörtnagl/*Hörtnagl* UmwG § 1 Rn. 23.

<sup>444</sup> Schmitt/Hörtnagl/*Hörtnagl* UmwG § 1 Rn. 23.

<sup>445</sup> Widmann/Mayer/*Heckschen* UmwG § 1 Rn. 105.

<sup>446</sup> Schmitt/Hörtnagl/*Hörtnagl* UmwG § 122a Rn. 1; Schmitt/Hörtnagl/*Hörtnagl* UmwG § 122b Rn. 1.

<sup>447</sup> Widmann/Mayer/*Heckschen* UmwG § 122a Rn. 70.

<sup>448</sup> *Günes*, IStR 2013, 213 (219); Widmann/Mayer/*Heckschen* UmwG § 1 Rn. 107 ff.

<sup>449</sup> MünchHdB GesR VIII/*Johannsen-Roth* § 42 Rn. 32.

<sup>450</sup> MünchHdB GesR VIII/*Johannsen-Roth* § 42 Rn. 34.

<sup>451</sup> *Spahlinger/Wegen* in: *Spahlinger/Wegen*, Int. Gesellschaftsrecht Rn. 504.

<sup>452</sup> *Kraft/Redenius-Hövermann* Umwandlungsrecht, Kap. 6 Rn 95.

<sup>453</sup> *Kraft/Redenius-Hövermann* Umwandlungsrecht, Kap. 6 Rn 95.

<sup>454</sup> *MüKo/Kindler*, BGB Band 13, Teil 10. Internationales Handels- und Gesellschaftsrecht Rn. 814.

Verfahrensdurchführung beachtet werden.<sup>455</sup> Die konkrete Durchführung der grenzüberschreitenden Verschmelzung unter der Beteiligung einer Drittstaatengesellschaft hängt somit von der anwendbaren Rechtsordnung ab.<sup>456</sup>

Die konsequente Anwendung der Vereinigungstheorie konsequent kann zu Problemen führen, wenn die Rechtsfolgen der anzuwendenden Rechtsordnungen sich gegenseitig ausschließen.<sup>457</sup> Dies ist beispielsweise dann der Fall, wenn die Rechtsordnung der Drittstaatengesellschaft keine Rechtsnachfolge für den übernehmenden Rechtsträger vorsieht, was § 20 Abs. 1 Nr.1 UmwG entgegensteht.<sup>458</sup> Das zeigt, dass die Vereinigungstheorie zurecht vorsieht, dass die beteiligten Rechtsordnungen Mindestübereinstimmungen aufweisen müssen.<sup>459</sup> Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass die potenzielle Rechtsordnung der beteiligten Drittstaatengesellschaft, kaum Ähnlichkeiten mit dem deutschen UmwG hat.<sup>460</sup> Dadurch wäre die erforderliche Mindestübereinstimmungen der beteiligten Rechtsordnungen nicht erreichbar.<sup>461</sup>

Darüber hinaus ist die grenzüberschreitende Verschmelzung kein Verfahren, wo die Identität des Rechtsträgers gewahrt wird.<sup>462</sup> Sie führt geradewegs zu einem Rechtsträgerwechsel.<sup>463</sup> Es kommt zu einer Vermögensübertragung von dem übertragenden auf den übernehmenden Rechtsträger im Wege der Gesamtrechtsnachfolge der Universalsukzession (vgl. im deutschen § 20 Abs. 1 UmwG).<sup>464</sup> Zudem kann die Universalsukzession bei der Verschmelzung Auswirkungen auf Rechtsverhältnisse haben, bei denen der übertragende Rechtsträger beteiligt ist.<sup>465</sup> Es ist möglich, dass die grenzüberschreitende Verschmelzung zudem ein Auslösen der „Change-of-Control“-Klausel (vgl. im deutschen Recht § 21 UmwG) zur Folge hat.<sup>466</sup>

Es können im Ergebnis ähnliche Rechtsfolgen wie bei der grenzüberschreitenden Anwachsung erzielt werden, die Gläubiger der Personengesellschaft müssen der grenzüberschreitenden Verschmelzung allerdings zustimmen, da die Haftung der bisherigen Gesellschafter weiterhin besteht.<sup>467</sup>

## 5. Statutenwechsel ipso iure

### a) Funktionsweise

Eine weitere Möglichkeit wäre ein Statutenwechsel *ipso iure*, bei dem die Drittstaatengesellschaft von der modifizierten Sitztheorie Gebrauch macht.<sup>468</sup>

Die ausländische Kapitalgesellschaft verlegt ihren Verwaltungssitz nach Deutschland, die Gesellschaft könnte sich alternativ schon im Ausland in eine Personengesellschaft nach ausländischem Recht umwandeln.<sup>469</sup> Nach der vorangegangenen Darstellung der

<sup>455</sup> MüKo/Kindler, BGB Band 13, Teil 10. Internationales Handels- und Gesellschaftsrecht Rn. 814.

<sup>456</sup> MünchHdB GesR VIII/Johannsen-Roth § 42 Rn. 33.

<sup>457</sup> MünchHdB GesR VIII/Johannsen-Roth § 42 Rn. 34.

<sup>458</sup> MünchHdB GesR VIII/Johannsen-Roth § 42 Rn. 34.

<sup>459</sup> MüKo/Kindler, BGB Band 13, Teil 10. Internationales Handels- und Gesellschaftsrecht Rn. 819.

<sup>460</sup> MünchHdB GesR VIII/Johannsen-Roth § 42 Rn. 34.

<sup>461</sup> MünchHdB GesR VIII/Johannsen-Roth § 42 Rn. 34.

<sup>462</sup> Schmidt, M., Grenzüberschreitender Formwechsel, S. 40.

<sup>463</sup> Schmidt, M., Grenzüberschreitender Formwechsel, S. 40.

<sup>464</sup> Weller, Festschrift für Uwe Blaurock zum 70. Geburtstag 2013, 497 (512).

<sup>465</sup> Widmann/Mayer/Vossius UmwG § 191 Rn. 39.

<sup>466</sup> Widmann/Mayer/Vossius UmwG § 191 Rn. 39.

<sup>467</sup> MünchHdB GesR VIII/Johannsen-Roth § 42 Rn. 48.

<sup>468</sup> Heckschen/Hilser, DStR 2022, 1005 (1010).

<sup>469</sup> Widmann/Mayer/Stelmaszczyk UmwG § 334 Rn. 22.

Rechtsprechung des BGH entsteht dann mit der Verwaltungssitzverlegung eine GbR oder OHG nach deutschem Recht.<sup>470</sup>

Die Gesellschaft kann sich als inländische OHG in das Handelsregister eintragen lassen und verlegt damit auch ihren Satzungssitz. In dem Herkunftsstaat der Gesellschaft muss sich diese aus dem dortigen Register löschen lassen.<sup>471</sup> Nach der Eintragung kann die OHG nach den Regeln des UmwG in eine beliebige dem *numerus clausus* entsprechende Gesellschaft formwechseln.<sup>472</sup>

## b) Bewertung

Der Vorteil des Statutenwechsel *ipso iure* ist, dass keine Universalsukzession stattfindet, sondern die Identität des Rechtsträgers erhalten bleibt.<sup>473</sup>

Es bleibt weiterhin bei der gravierenden Folge der modifizierten Sitztheorie, dass für eine Kapitalgesellschaft eine persönliche und unbeschränkte Haftung eintritt, auch wenn diese nur temporär ist.<sup>474</sup>

Hinzukommt, dass das ursprünglich anwendbare Recht auf die Gesellschaft einen Formwechsel in die Rechtsform einer Personengesellschaft zulassen und die Gesellschaft anschließend ohne Liquidation in das Ausland ziehen lassen muss.<sup>475</sup> Der Herkunftsstaat der Gesellschaft muss die Löschung zulassen, damit eine Verdopplung des Gesellschaftsstatuts vermieden wird.<sup>476</sup> Die Umwandlung einer Kapitalgesellschaft in eine Personengesellschaft ist in vielen Rechtsordnungen nicht vorgesehen.<sup>477</sup> In diesem Fall muss der erste Schritt, dass heißt die Umwandlung der Kapitalgesellschaft in eine Personengesellschaft im Ausland nach ausländischen Recht übersprungen werden und eine direkte Verlegung des Verwaltungssitzes und nachfolgend des Satzungssitzes nach Deutschland vollzogen werden.<sup>478</sup>

## 6. Sonderfall: Grenzüberschreitender Formwechsel zwischen zwei Personengesellschaftsformen

Das OLG Oldenburg<sup>479</sup> entschied über die Zulässigkeit eines grenzüberschreitenden Formwechsels einer luxemburgischen Kommanditgesellschaft in eine deutsche Kommanditgesellschaft.<sup>480</sup>

Die Entscheidung verdeutlicht, dass für den Fall, dass der Ausgangsrechtsträger eine Personengesellschaft ist, eine grenzüberschreitende Sitzverlegung ein sehr unkompliziertes Verfahren sein kann.<sup>481</sup> Voraussetzung ist, dass die Gesellschaft in ihrem Ausgangsstaat in die Rechtsform der Personenhandelsgesellschaft wechselt, um sich dann im Zielstaat neu registrieren zu lassen.<sup>482</sup> Dies ist dennoch mit einem erheblichen Maß an

---

<sup>470</sup> BGH, Urteil vom 01.07.2002, II ZR 380/00, NJW 2002, 3539 (3539 f.).

<sup>471</sup> Heckschen/Hilser, DStR 2022, 1005 (1010).

<sup>472</sup> Heckschen/Hilser, DStR 2022, 1005 (1010).

<sup>473</sup> Widmann/Mayer/Stelmaszczyk UmwG § 334 Rn. 22.

<sup>474</sup> Widmann/Mayer/Stelmaszczyk UmwG § 334 Rn. 22.

<sup>475</sup> Widmann/Mayer/Stelmaszczyk UmwG § 334 Rn. 22.

<sup>476</sup> Widmann/Mayer/Stelmaszczyk UmwG § 334 Rn. 22.

<sup>477</sup> Widmann/Mayer/Stelmaszczyk UmwG § 334 Rn. 22.

<sup>478</sup> Widmann/Mayer/Stelmaszczyk UmwG § 334 Rn. 22.

<sup>479</sup> OLG Oldenburg, Beschluss vom 30.06.2020, 12 W 23/20, NZG 2020, 992.

<sup>480</sup> OLG Oldenburg, Beschluss vom 30.06.2020, 12 W 23/20, NZG 2020, 992 (992).

<sup>481</sup> Heckschen/Hilser, DStR 2022, 1005 (1011).

<sup>482</sup> Heckschen/Hilser, DStR 2022, 1005 (1011).

Rechtsunsicherheit verbunden.<sup>483</sup> Hinzu kommt, dass der Rechtsformwechsel von einer Kapitalgesellschaft in eine Personengesellschaft in einigen Ländern nicht zugelassen ist.<sup>484</sup>

Diese Entscheidung hebt ein weiteres Mal hervor, dass Deutschland eine identitätswahrende Sitzverlegung aus Drittstaaten nicht anerkennt.<sup>485</sup> Die hinzuziehende Drittstaatengesellschaft wird wie vorangegangen dargestellt als deutsche Personengesellschaft behandelt.<sup>486</sup> Eine identitätswahrende Sitzverlegung ist nur in einem – äußert praxisrelevanten Fall – möglich, wenn der Zielrechtsträger eine deutsche Personengesellschaft sein soll.<sup>487</sup>

## II. Übergang von der modifizierten Sitztheorie zur Gründungstheorie

Das deutsche Gesellschaftskollisionsrecht gleicht, wie *Schmidt* es zutreffend bezeichnet einem „Labyrinth“.<sup>488</sup>

Im deutschen Gesellschaftskollisionsrecht ist eine gespaltene Lösung vorzufinden, da der BGH wie vorangegangen dargestellt an seiner Rechtsprechung in Bezug auf („nicht-privilegierte“) Drittstaaten festhält<sup>489</sup> und es in einem Akt von *judicial self restraint*<sup>490</sup> „nicht Sache des Senats [sei] der Willensbildung des Gesetzgebers vorzugreifen und die bisherige Rechtsprechung zu ändern“<sup>491</sup>. Dieses Argument wurde vor dem Hintergrund vorgebracht, dass es damals aktuelle Reformpläne<sup>492</sup> der Legislative gab, in die die Richter nicht eingreifen wollten.<sup>493</sup>

Dieser Referentenentwurf des Bundesministerium für Justiz für ein Gesetz zum Internationalen Privatrecht der Gesellschaften, Vereine und Juristischen Personen aus 2008 hätte die Gründungstheorie als allseitige autonome gesellschaftsrechtliche Kollisionsnorm eingeführt.<sup>494</sup> Dieser Übergang hätte auch Drittstaatengesellschaften betroffen.<sup>495</sup> Der Entwurf ist auf starken Widerstand gestoßen und wurde vor allem aufgrund gewerkschaftlicher Proteste verworfen.<sup>496</sup>

Trotzdem hat sich die Rechtsprechung des BGH nicht geändert<sup>497</sup> und Stimmen in der Literatur, die einen Übergang zur Anwendung der Gründungstheorie, also die Anknüpfung

<sup>483</sup> *Heckschen/Hilser*, DStR 2022, 1005 (1011).

<sup>484</sup> *Heckschen/Hilser*, DStR 2022, 1005 (1011).

<sup>485</sup> *Sagasser/Clasen* in: *Sagasser/Bula/Brünger Umwandlungen*, § 32 Rn. 102.

<sup>486</sup> *Sagasser/Clasen* in: *Sagasser/Bula/Brünger Umwandlungen*, § 32 Rn. 102.

<sup>487</sup> *Heckschen/Hilser*, DStR 2022, 1005 (1011).

<sup>488</sup> *Schmidt*, EuZW 2021, 613 (613).

<sup>489</sup> BGH, Urteil vom 27.10.2008, II ZR 158/06, BGHZ 178, 192; BGH, Beschluss vom 08.10.2009, IX ZR 227/06, juris; BGH, Beschluss vom 22.11.2016, II ZB 19/15, BGHZ 212, 381; BGH, Beschluss vom 16.02.2021, II ZB 25/17, juris; vergleiche C.III.3.c).

<sup>490</sup> *Kieninger*, NJW 2009, 289 (293).

<sup>491</sup> BGH, Urteil vom 27.10.2008, II ZR 158/06, BGHZ 178, 192, Rn. 22.

<sup>492</sup> Referentenentwurf eines Gesetzes zum Internationalen Privatrecht der Gesellschaften, Vereine und Juristischen Personen vom 07.01.2008.

<sup>493</sup> BGH, Urteil vom 27.10.2008, II ZR 158/06, BGHZ 178, 192, Rn. 22.

<sup>494</sup> *Servatius/Fastrich GmbHG*, Einleitung Rn. 67; *MüKo/Weller, GmbHG*, Einleitung Rn. 406.

<sup>495</sup> *Servatius/Fastrich GmbHG*, Einleitung Rn. 67; *MüKo/Weller, GmbHG*, Einleitung Rn. 406.

<sup>496</sup> *Leible/Hoffmann*, BB 2009, 58 (62).

<sup>497</sup> Vgl. C.III.3.c).

an den Registrierungsort, der regelmäßig der Satzungssitz ist,<sup>498</sup> auf das Gesellschaftsstatut einer Drittstaatengesellschaft fordern, immer lauter werden.<sup>499</sup>

Immer wieder wurde in der Literatur vorgebracht, dass der Schutz durch die Gründungstheorie für den inländischen Rechtsverkehr nicht ausreicht.<sup>500</sup> *Binz* und *Mayer* erbringen den Vorschlag eines qualifizierten *genuine link*, um einer grenzenlosen Wahlfreiheit bezüglich der Gesellschaftsformen und dem Schutz des Rechtsverkehrs Sorge zu tragen.<sup>501</sup> Ausländische Kapitalgesellschaften mit deutschem tatsächlichen Verwaltungssitz sollen als solche anerkannt werden, wenn sie in ihrem Gründungsstaat eine qualifizierte wirtschaftliche Aktivität entfalten.<sup>502</sup> Denn so kann davon ausgegangen werden, dass die Gesellschaft nicht zur Umgehung von deutschen gesellschaftsrechtlichen Vorschriften im Ausland errichtet wurde.<sup>503</sup> Fehlt es an diesem *genuine link*, handelt es sich um eine bloße Briefkastengesellschaft.<sup>504</sup> Diese könnte als ausländische Kapitalgesellschaft rechts- und parteifähig sein, die für sie handelnden Personen werden weiterhin einer rechtsanalogen Handelndenhaftung (vgl. §§ 11 Abs. 2 GmbHG, 41 Abs. 1 S.2 AktG) unterworfen.<sup>505</sup> Dadurch wäre dem, von kritischeren Stimmen der Literatur gewünschten Ziel, einer Unterbindung der grenzlosen Wahlfreiheit in Bezug auf Gesellschaftsform zum Schutz des Rechtsverkehrs ein Riegel vorgeschoben.<sup>506</sup> Diese Zwischenlösung erscheint aufgrund der mit ihr verbundenen Rechtsunsicherheit als nichttragfähig.<sup>507</sup> Sie kann im Vergleich zur unkomplizierten Anknüpfung an die Gründungstheorie nicht überzeugen.<sup>508</sup>

Auch *Lieder* und *Kliebisch* befürworten für Drittstaatsverhältnisse eine Gründungstheorie in einer modifizierten Form mit Sonderanknüpfungen.<sup>509</sup> Mit dieser können die berechtigten Schutzinteressen der inländischen Beteiligten, also der Gläubiger und Arbeitnehmer durch die Anerkennung von Sonderanknüpfungen gewährleistet werden.<sup>510</sup> Allerdings können ihre Ausführungen zum Gläubigerschutz bislang nicht überzeugen. Denn wie die Autoren selbst vorbringen, ist eine Haftung der Gesellschafter nach § 128 HGB analog zu weitgehend und vor Gericht nicht immer durchsetzbar.<sup>511</sup> Zudem sind Ansprüche aus § 826 BGB bei existenzgefährdenden Eingriffen der Gesellschaft rechtsdogmatisch zweifelhaft.<sup>512</sup> Auch wenn die Anwendung des deutschen Mitbestimmungsrechts auf ausländische Kapitalgesellschaften weiterhin von Brisanz ist, ist beispielsweise die Anwendung der §§ 87 ff. BetrVG schon längst unstrittig.<sup>513</sup> Die unkomplizierte Anknüpfung an die Gründungstheorie

---

<sup>498</sup> BGH, Urteil vom 12.07.2011, II ZR 28/10, NJW 2011, 3372, Rn. 25; Grüneberg/*Thorn*, EGBGB Art. 12 Rn. 1.

<sup>499</sup> Etwa: *Eidenmüller*, ZIP 2002, 2233 (2244); *Hellgardt/Illmer*, NZG 2009, 94 (96); *Kieninger*, ZEuP 2018, 309 (317 f.).

<sup>500</sup> *Forsthoff*, DB 2002, 2471 (2476).

<sup>501</sup> *Binz/Mayer*, BB 2005, 2361 (2367).

<sup>502</sup> *Binz/Mayer*, BB 2005, 2361 (2367).

<sup>503</sup> *Binz/Mayer*, BB 2005, 2361 (2367).

<sup>504</sup> *Binz/Mayer*, BB 2005, 2361 (2368).

<sup>505</sup> *Binz/Mayer*, BB 2005, 2361 (2368).

<sup>506</sup> *Binz/Mayer*, BB 2005, 2361 (2368).

<sup>507</sup> *Hellgardt/Illmer*, NZG 2009, 94 (96).

<sup>508</sup> *Hellgardt/Illmer*, NZG 2009, 94 (96).

<sup>509</sup> *Lieder/Kliebisch*, BB 2009, 338 (342).

<sup>510</sup> *Lieder/Kliebisch*, BB 2009, 338 (342).

<sup>511</sup> *Lieder/Kliebisch*, BB 2009, 338 (342).

<sup>512</sup> *Lieder/Kliebisch*, BB 2009, 338 (342).

<sup>513</sup> *Bayer*, BB 2003, 2357 (2365).

überzeugt auch hier gegenüber der Anknüpfung an eine in ihren Einzelheiten komplexe modifizierte Form.<sup>514</sup>

Auch der immer wieder vorgebrachte Einwand eines drohenden *race to the bottom*<sup>515</sup> kombiniert mit einer Aufgabe des Gläubigers- und Minderheitenschutzes kann nicht gehalten werden.<sup>516</sup> Denn den schutzwürdigen Interessen von Gläubigern, Gesellschaftern und Rechtsverkehr kann durch spezielle – in den Einzelheiten noch zu bestimmende – Verkehrsschutzregeln und gegebenenfalls dem allgemeinen *ordre public*-Vorbehalt aus Art. 6 EGBGB Sorge getragen werden.<sup>517</sup> Das Argument ein *race to the bottom* zu wollen, ist damit überholt.<sup>518</sup> Es erscheint, als würde dieses von Vertretern der Sitztheorie eher aus Gründen der Nostalgie vorgebracht werden.<sup>519</sup>

Die Forderung zum Übergang auf die Gründungstheorie resultiert zudem daher, dass eine Vereinheitlichung mit dem Hintergrund der internationalrechtlichen Verpflichtungen und eine Auflösung des gespaltenen Kollisionsrecht nur im Wege der Gründungsanknüpfung erfolgen kann.<sup>520</sup> Bei einem Blick auf weitere Mitgliedstaaten der EU wird deutlich, dass beispielsweise die Niederlande, Bulgarien, Dänemark und Spanien der Gründungstheorie folgen.<sup>521</sup> Die Gründungstheorie fördert die Konkurrenz der Gesellschaftsrechtordnungen und die Mobilität der Unternehmen.<sup>522</sup>

Das deutsche Recht könnte sich an diese Mitgliedstaaten angleichen und das Anknüpfungskriterium an diesen ausrichten. Dies wäre für Deutschland die einfachste Möglichkeit, die gesellschaftsrechtliche Mobilität von Unternehmen nach Deutschland zu fördern und konkurrenzfähig im Vergleich zu anderen Mitgliedstaaten innerhalb der Union zu sein.

Aus rechtspolitischer Sicht mit Hinblick auf den Gedanken über die Einheitlichkeit des Kollisionsrechts spricht auch für die Einführung der Gründungstheorie bei Drittstaatsverhalten.<sup>523</sup> Das Nebeneinander völlig unterschiedlicher kollisionsrechtlicher Anknüpfungspunkte führt zu einer unnötigen Komplexität, welche Rechtssicherheit, Investitionen und verlässlichen Vertragsschlüssen entgegensteht, wenn nicht sogar verhindert.<sup>524</sup> Eine einheitliche Anknüpfung im Sinne der Gründungstheorie ermöglicht für das Gesellschaftsstatut sowie für den Rechtsverkehr einer einfachen, klaren Regelung und bringt damit Rechtssicherheit für den internationalen und nationalen Rechtsverkehr.<sup>525</sup> Durch die einheitliche Anknüpfung würde die konstruiert wirkende Rechtswirklichkeit mit ausländischen Gesellschaften unterschiedlicher Privilegierungsstufen vermieden.<sup>526</sup>

*Weller* wendet ein, dass aus Gründen des Schutzinteresses das generelle Plädoyer für die Gründungstheorie rechtspolitisch zu weit geht.<sup>527</sup> Denn nicht erst durch die in den

---

<sup>514</sup> Hier etwa: *Hellgardt/Illmer*, NZG 2009, 94 (96).

<sup>515</sup> *MüKo/Weller*, GmbHG, Einleitung Rn. 341.

<sup>516</sup> *Lutter/Bayer/Schmidt*, EuropUR Rn. 7.68.

<sup>517</sup> *Lutter/Bayer/Schmidt*, EuropUR Rn. 7.68.

<sup>518</sup> *Steinrötter*, GPR 2012, 119 (127).

<sup>519</sup> *Steinrötter*, GPR 2012, 119 (127).

<sup>520</sup> *BeckOGK/Großerichter/Zwirlein-Forschner* Internationales Gesellschaftsrecht, Allgemeiner Teil Rn. 76.

<sup>521</sup> *Randelzhofer/Forsthoff* in: GHN 40. EL 2009, Art. 48 EGV Rn. 4.

<sup>522</sup> *Steinrötter*, GPR 2012, 119 (127).

<sup>523</sup> *Bar/Mankowski* IPR II, § 7 Rn. 115.

<sup>524</sup> *Schmidt/Lutter/Ringe* AktG § 45 Rn. 76.

<sup>525</sup> *Schmidt/Lutter/Ringe* AktG § 45 Rn. 76.

<sup>526</sup> *Bar/Mankowski* IPR II, § 7 Rn. 116.

<sup>527</sup> *Weller*, IPRax 2017, 167 (177).



„Panama-Papers“<sup>528</sup> offengewordenen Rechtsarbitragen im Unternehmensrecht sei ein effektiver zivilrechtlicher Mechanismus erforderlich.<sup>529</sup> Nur so lassen sich die Souveränitätsinteressen der Inlandsordnung gegenüber ausländischen Briefkastengesellschaften behaupten.<sup>530</sup> Die Sitztheorie zielt auf den Schutz der inländischen Verkehrs- und Marktordnungsinteressen ab.<sup>531</sup> Dadurch knüpft diese sachgerecht an den Anknüpfungspunkt des tatsächlichen Verwaltungssitzes und damit der engsten Verbindung im Sinne von *Savigny* an.<sup>532</sup>

Dem ist folgendes entgegenzuhalten: Die Frage, ob die Einordnung einer ausländischen Kapitalgesellschaft aus einem Drittstaat als deutsche Personengesellschaft dem Rechtsverkehr mehr schadet als nutzt, ist eindeutig zu beantworten. Unter Berücksichtigung der dargestellten Folgen<sup>533</sup>, wie der Duplizierung des Gesellschaftsstatuts, der persönlichen Haftung und der Vertretungsproblematik, ist das Aufrechterhalten der Sitztheorie nur augenscheinlich eine vermeidlich gute Lösung.<sup>534</sup> Die zahlreichen Probleme, die sich durch die Umqualifizierung ergeben, zeigen, dass die modifizierte Sitztheorie nicht durch ihr Nutzen als Schutztheorie überzeugen kann.<sup>535</sup> Durch die Anknüpfung an die Gründungstheorie würden die „hinkenden“ Rechtsverhältnisse, die sich sonst praktisch kaum auflösen lassen, erst gar nicht mehr zustande kommen.<sup>536</sup>

Weiter ist *Weller* entgegenzuhalten, dass auch beispielsweise eine britische Ltd., die damals im Schutz der Niederlassungsfreiheit aus Art. 49, 54 AEUV stand, mit meist verschwindend geringem Stammkapital und einer mangelnden persönlichen Haftung der Gesellschaft für den deutschen inländischen Rechtsverkehr keinen aufsehenerregenden Schaden angerichtet hat.<sup>537</sup> Auch im europäischen Rechtsraum gibt es deutlich oberflächlichere und nicht so strenge Gesellschaftsrechte und auch diese betroffenen europäische Auslandsgesellschaften sollen, bzw. können nicht von dem Anwendungsbereich der Gründungstheorie ausgeschlossen werden.<sup>538</sup> Beispielsweise der EWR-Staat Liechtenstein, für den die Niederlassungsfreiheit gilt, sticht in den Bezug auf Briefkastengesellschaften heraus.<sup>539</sup> Die Argumentation bezüglich des Gläubiger- und Minderheitenschutz erscheint als fadenscheinig.<sup>540</sup>

Es bleibt der Gedanke, dass es eben der Sinn der EU ist, innerhalb der Gemeinschaft eine tiefere Integration zu haben (vgl. Art. 2, 3 EUV) als zu Drittstaaten und diese tiefere Integration auch innerhalb der Mitgliedstaaten zu fördern. Dazu kann auch gehören, dass gerade Gesellschaften aus EU-Mitgliedstaaten der Weg eröffnet wird, sich in der EU bewegen, als dazu noch Drittstaatengesellschaften zu „motivieren“. Das nur Gesellschaften aus Mitgliedstaaten der EU der Weg eröffnet wird, in Deutschland wirtschaftliche Aktivität unkompliziert entfalten zu können, scheint aus wirtschaftlichen Gründen nicht sinnvoll.

---

<sup>528</sup> o.V., becklink 2008225.

<sup>529</sup> *Weller*, IPRax 2017, 167 (177).

<sup>530</sup> *Weller*, IPRax 2017, 167 (177).

<sup>531</sup> *Weller*, IPRax 2017, 167 (177).

<sup>532</sup> *Weller*, IPRax 2017, 167 (177).

<sup>533</sup> Siehe C.III.3.d).

<sup>534</sup> *Binz/Mayer*, BB 2005, 2361 (2364 f.).

<sup>535</sup> *Binz/Mayer*, BB 2005, 2361 (2366); a.A.: *Weller/Kienle*, DStR 2005, 1060 (1061).

<sup>536</sup> *Bar/Mankowski* IPR II, § 7 Rn. 116.

<sup>537</sup> *Franz*, BB 2009, 1250 (1258).

<sup>538</sup> *Franz*, BB 2009, 1250 (1258).

<sup>539</sup> *Junker*, IPR, § 13 Rn. 60.

<sup>540</sup> *Junker*, IPR, § 13 Rn. 60.

Gegen die Beibehaltung der modifizierten Sitztheorie spricht auch, dass die Gründungstheorie traditionell der Anknüpfungspunkt für kapitalexportierende Staaten ist.<sup>541</sup> Die Gründungstheorie ist zweifelsfrei wettbewerbsfreundlicher als die (modifizierte) Sitztheorie.<sup>542</sup> Diese erlaubt den Wirtschaftsteilnehmern, ihre Gesellschaften in denen ihnen vertrauten Gesellschaftsformen des nationalen Rechts zu organisieren.<sup>543</sup> Dadurch kann den wirtschaftlichen Gegebenheiten besser Rechnung getragen werden und die internationale wirtschaftliche Verflechtung könnte in Deutschland weiter zunehmen.<sup>544</sup>

Für den Übergang zur Gründungstheorie spricht auch die Globalisierung, die die Internationalisierung des Wirtschaftslebens fördert.<sup>545</sup> Die Anknüpfung an die Sitztheorie schränkt die Freizügigkeit seriöser Gesellschaften hingegen ein und behindert die Internationalisierung des Wirtschaftsverkehrs.<sup>546</sup> Die Anknüpfung an die Gründungstheorie fördert hingegen das Fortbestehen der Rechtspersönlichkeit und begünstigt dadurch den internationalen Handelsverkehr, wodurch dies immer mehr den immer stärker werdenden internationalen Ausrichtungen der Unternehmen entspricht.<sup>547</sup>

Es ist *de lege ferenda* absolut wünschenswert, die Gründungstheorie auch auf Drittstaatsengesellschaften anzuwenden.<sup>548</sup> Das deutsche Recht sollte im Verhältnis zu Drittstaaten nicht weiter auf der Sitztheorie beharren und sich dem Wettbewerb der Rechtsordnungen infolge der Gründungstheorie offensiv gegenüberstellen.<sup>549</sup> Denn aus dogmatischer Sicht ist es eine der elementaren Aufgaben des IPR, ein gespaltenes Kollisionsrecht zu vermeiden.<sup>550</sup> Das muss auch uneingeschränkt in den Bereichen des Internationalen Gesellschaftsrechts gelten.<sup>551</sup>

Durch den Übergang zur Gründungstheorie könnte der „Flickenteppich des deutschen Internationalen Gesellschaftsrecht“<sup>552</sup> endlich beseitigt werden.

### III. Zwischenfazit

Eine grenzüberschreitende Umwandlungsmaßnahme, sei es ein grenzüberschreitender Formwechsel, eine grenzüberschreitende Anwachsung oder die grenzüberschreitende Verschmelzung, stellen in einem Drittstaatsengesellschaftsbezug ein *terra incognita* dar.<sup>553</sup> Die modifizierte Sitztheorie, die zwar den Ausgang des Problems darstellt, steht einem Statutenwechsel nicht entgegen.<sup>554</sup> Es mangelt an sachrechtlichen Grundlagen für diese grenzüberschreitenden Umstrukturierungen im deutschen Sachrecht.<sup>555</sup> Denn für Drittstaatenkonstellationen existieren keine höherrangigen Verpflichtungen, die grenzüberschreitende Mobilität zu ermöglichen.<sup>556</sup>

---

<sup>541</sup> Forsthoff, DB 2002, 2471 (2476).

<sup>542</sup> Eidenmüller, ZIP 2002, 2233 (2237).

<sup>543</sup> Forsthoff, DB 2002, 2471 (2476).

<sup>544</sup> Forsthoff, DB 2002, 2471 (2476).

<sup>545</sup> MünchHdB GesR VIII/Johannsen-Roth § 42 Rn. 18.

<sup>546</sup> MAH AktienR/Schaub, § 5 Rn. 12.

<sup>547</sup> MAH AktienR/Schaub, § 5 Rn. 16.

<sup>548</sup> Hellgardt/Illmer, NZG 2009, 94 (96).

<sup>549</sup> Hellgardt/Illmer, NZG 2009, 94 (96).

<sup>550</sup> Franz, BB 2009, 1250 (1259).

<sup>551</sup> Franz, BB 2009, 1250 (1259).

<sup>552</sup> Forsthoff, DB 2002, 2471 (2476).

<sup>553</sup> Hilser, Grenzüberschreitender Rechtsformwechsel in der Europäischen Union, S. 369.

<sup>554</sup> Hilser, Grenzüberschreitender Rechtsformwechsel in der Europäischen Union, S. 369.

<sup>555</sup> Hilser, Grenzüberschreitender Rechtsformwechsel in der Europäischen Union, S. 369.

<sup>556</sup> Hilser, Grenzüberschreitender Rechtsformwechsel in der Europäischen Union, S. 369.

Hinzu kommt das die Durchführung eines solches Verfahren und die Entscheidung über die Durchführung einer umwandlungstechnischen Maßnahme auf Seite der Gesellschaften an Rechtssicherheit voraussetzt.<sup>557</sup> Diese Rechtssicherheit ist den Gesellschaften *de lege lata* aufgrund eines mangelnden kodifizierten Rechtsrahmens für außereuropäische Umstrukturierungen nicht gegeben.<sup>558</sup>

Auch ein Asset Deal, der als alternative Strukturgestaltung versucht den fehlenden Rechtsrahmen zu beheben und dabei umwandlungsähnliche Ergebnisse erzielt,<sup>559</sup> oder der Statutenwechsel *ipso iure* überzeugen durch ihre vorangegangene dargestellte Bewertung nicht.

Die einzige überzeugende und rechtssichere Lösung ist ein Übergang zur Gründungstheorie auch für Drittstaatengesellschaften. Dies ist erforderlich, um den Herausforderungen und Anforderungen im Zusammenhang mit der Mobilität von Gesellschaften gerecht zu werden.

## E. Fazit

Die vorangegangene Arbeit verdeutlicht die weitreichenden Auswirkungen der Rechtsprechung zur Mobilität von Gesellschaften über einen Zeitraum von weit über 25 Jahren.<sup>560</sup> Für Deutschland hatte die Rechtsprechung des EuGH nicht nur erhebliche rechtspraktische Folgen, sie entfaltete vielmehr eine spürbare rechtspolitische Wirkung.<sup>561</sup>

Im deutschen Kollisionsrecht ist es *de lege lata* von zentraler Bedeutung danach zu differenzieren, ob es sich um eine Gesellschaft aus einem Mitgliedstaat der EU oder um eine Drittstaatengesellschaft handelt.<sup>562</sup>

Auch im Rahmen des Anwendungsbereichs der Niederlassungsfreiheit aus Art. 49, 54 AEUV ist im Hinblick auf die Rechtsprechung des EUGH eine Differenzierung notwendig. Der EuGH hat in seinen Urteilen bezüglich des Wegzugs einer Gesellschaft aus ihrem Sitzstaat mehrfach bestätigt, dass der Schutzbereich der Art. 49, 54 AEUV sich nicht auf den Wegzug einer Gesellschaft bezieht.<sup>563</sup> Der Mitgliedsstaat, in dem eine Gesellschaft gemäß seines Rechts gegründet wurde, kann auf der Ebene des Kollisionsrechts weiterhin an der Sitztheorie festhalten und auf Ebene des Sachrechts Sanktionen für eine Verwaltungssitzverlegung vorsehen.<sup>564</sup>

Im Gegensatz dazu ist nach den wegweisenden Entscheidungen „Centros“, „Überseering“ und „Inspire Art“ festzuhalten, dass die Niederlassungsfreiheit eine Anerkennungspflicht des Zuzugsstaates und damit eine faktische Anwendung der Gründungstheorie erfordert.<sup>565</sup> Eine in einem Mitgliedstaat der EU gegründete Gesellschaft ist damit bei der Verlegung ihres Verwaltungssitzes nach ihrem Gründungsrecht als rechts- und parteifähige Gesellschaft anzusehen.<sup>566</sup> Die Auswirkungen der Sitztheorie stellen bei dem Zuzug einer

---

<sup>557</sup> MünchHdB GesR VIII/Johannsen-Roth § 42 Rn. 17.

<sup>558</sup> Heckschen/Hilser, DStR 2022, 1053 (1059).

<sup>559</sup> MünchHdB GesR VIII/Johannsen-Roth § 42 Rn. 17.

<sup>560</sup> Forsthoff, EuZW 2015, 248 (248).

<sup>561</sup> Forsthoff, EuZW 2015, 248 (248).

<sup>562</sup> MüKo/Weller, GmbHG, Einleitung Rn. 365.

<sup>563</sup> EuGH, Urteil vom 27.09.1988, Rs. 81/87, ECLI:EU:C:1988:456 – Daily Mail, EuZW-Sonderausgabe 2017, 25, Rn. 24.

<sup>564</sup> MüKo/Weller, GmbHG, Einleitung Rn. 390.

<sup>565</sup> Lutter/Bayer/Schmidt, EuropUR Rn. 7.30.

<sup>566</sup> Lutter/Bayer/Schmidt, EuropUR Rn. 7.61.

Gesellschaft in einen anderen Mitgliedstaat eine ungerechtfertigte Beschränkung der Niederlassungsfreiheit aus Art. 49, 54 AEUV dar.<sup>567</sup>

Die Niederlassungsfreiheit aus Art. 49, 54 AEUV führt im Hinblick auf die Behandlung von Gesellschaften aus einem Mitgliedstaat der EU, als der BGH mit Blick auf die Rechtsprechung des EuGH für Zuzugsfälle innerhalb der Mitgliedstaaten der EU auf die Gründungstheorie übergang, zu einer Spaltung des Gesellschaftskollisionsrechts.<sup>568</sup> Denn wie in der „Trabrennbahn“-Entscheidung bestätigt, findet die Gründungstheorie nicht auf Drittstaatengesellschaften Anwendung.<sup>569</sup>

Es besteht *de lege lata* ein erhebliches Maß an Rechtsunsicherheit bei der grenzüberschreitenden Sitzverlegung einer Drittstaatengesellschaft.<sup>570</sup> Durch die verharnte Anwendung der Sitztheorie in ihrer modifizierten Form („Wechselbalgtheorie“) wird eine identitätswahrende Verlegung des Verwaltungssitzes unmöglich gemacht.<sup>571</sup> Verlegt eine Drittstaatengesellschaft ihren Verwaltungssitz nach Deutschland, ist diese *ipso iure* in eine deutsche Personengesellschaft umzuqualifizieren.<sup>572</sup> Immerhin ist die Gesellschaft nicht mehr als rechtliches Nullum anzusehen, wie es noch bei der traditionellen Sitztheorie der Fall war, die Gesellschafter der ursprünglichen Kapitalgesellschaft haften nun persönlich und unbeschränkt.<sup>573</sup> Durch die Qualifizierung als Personengesellschaft kommt der Drittstaatengesellschaft immerhin Rechts- und Parteifähigkeit nach § 50 Abs. 1 ZPO zu.<sup>574</sup>

Um die Konsequenzen der modifizierten Sitztheorie zu umgehen, müssen Drittstaatengesellschaften auf alternative Gestaltungsvarianten zurückgreifen, was keinen befriedigenden Zustand darstellt.<sup>575</sup> Diese alternativen Gestaltungsvarianten sind weder auf einen rechtssicheren Rahmen gestützt noch durch die Praxis ausreichend erprobt und zudem auch noch zeit- und kostenintensiv.<sup>576</sup> Eine Normierung von Vorschriften für grenzüberschreitende Umwandlungen von Drittstaatengesellschaften ist dringend notwendig.<sup>577</sup>

Die Hindernisse, welche die modifizierte Sitztheorie für Drittstaatengesellschaften aufstellt, sind unüberwindbar.<sup>578</sup> Es sind keine rechtspolitischen Gründe mehr erkennbar, die die unterschiedliche Behandlung von Drittstaatsverhalten zu EU-Sachverhalten begründen würden.<sup>579</sup>

Diese Arbeit verdeutlicht die dringende Notwendigkeit, das gespaltene deutsche Kollisionsrecht zugunsten einer einheitlichen Bestimmung des Gesellschaftsstatuts hinter sich zu lassen.<sup>580</sup> Um die Komplexität zu verringern und Rechtssicherheit zu schaffen, sollte auch das Gesellschaftsstatut einer Drittstaatengesellschaft endlich an die Gründungstheorie angeknüpft werden.<sup>581</sup>

---

<sup>567</sup> MüKo/Weller, GmbHG, Einleitung Rn. 371.

<sup>568</sup> MüKo/Hein, BGB Band 12, EGBGB Art. 3 Rn. 102.

<sup>569</sup> BGH, Urteil vom 27.10.2008, II ZR 158/06, BGHZ 178, 192, Rn. 19, 21.

<sup>570</sup> Heckschen/Hilser, DStR 2022, 1053 (1059).

<sup>571</sup> Heckschen/Hilser, DStR 2022, 1005 (1008).

<sup>572</sup> MüKo/Weller, GmbHG, Einleitung Rn. 353.

<sup>573</sup> BGH, Urteil vom 01. 07.2002, II ZR 380/00, NJW 2002, 3539 (3539 f.); Heckschen/Hilser, DStR 2022, 1005 (1008); MüKo/Weller, GmbHG, Einleitung Rn. 351.

<sup>574</sup> BGH, Urteil vom 01.07.2002, II ZR 380/00, NJW 2002, 3539 (3539 f.).

<sup>575</sup> Heckschen/Hilser, DStR 2022, 1053 (1059).

<sup>576</sup> Heckschen/Hilser, DStR 2022, 1053 (1059).

<sup>577</sup> Heckschen/Hilser, DStR 2022, 1053 (1059).

<sup>578</sup> Hilser, Grenzüberschreitender Rechtsformwechsel in der Europäischen Union, S. 370.

<sup>579</sup> Hilser, Grenzüberschreitender Rechtsformwechsel in der Europäischen Union, S. 370.

<sup>580</sup> Schon: Eidenmüller, ZIP 2002, 2233 (2244); Franz, BB 2009, 1250 (1259).

<sup>581</sup> Eidenmüller, ZIP 2002, 2233 (2244).

Eine vermeintlich praktische und gute, aber veraltete Theorie ist nicht immer das Beste, was es gibt. Es ist notwendig, sich den Herausforderungen im Zusammenhang mit dem Zuzug von Drittstaatengesellschaften nach Deutschland anzunehmen und Lösungsmöglichkeiten zu entwickeln. Dabei gilt es, die Bedürfnisse der Gesellschaften und des inländischen Rechtsverkehrs zu beachten und gleichzeitig rechtliche Rahmenbedingungen zu schaffen, welche den Anforderungen einer globalisierten Wirtschaft gerecht werden.

## Literaturverzeichnis

- Bar, Christian/Mankowski, Peter*: Internationales Privatrecht Bd. II, Besonderer Teil, 2. Aufl., C.H. Beck, München 2019.
- Bayer, Walter*, Die EuGH-Entscheidung "Inspire Art" und die deutsche GmbH im Wettbewerb der europäischen Rechtsordnungen, BB 2003, 2357.
- Bayer, Walter/Unglaube, Kevin*, Zu Abwicklungsmaßnahmen bei einer wegen Löschung im Register des Heimatstaates nicht mehr rechtsfähigen ausländischen Gesellschaft, E-WiR 2017, 231.
- Behrens, Peter*, Das Internationale Gesellschaftsrecht nach dem Centros-Urteil des EuGH, IPRax 1999, 323.
- Behrens, Peter*, Das Internationale Gesellschaftsrecht nach dem Überseering-Urteil des EuGH und den Schlussanträgen zu Inspire Art, IPRax 2003, 193.
- Behrens, Peter*, Gemeinschaftliche Grenzen der Anwendung inländischen Gesellschaftsrechts auf Auslandsgesellschaften nach Inspire Art, IPRax 2004, 20.
- Binz, Mark K./Mayer, Gerd*, Die Rechtsstellung von Kapitalgesellschaften aus Nicht-EU/EWR/ USA-Staaten mit Verwaltungssitz in Deutschland - Rechtliches Nullum, Personengesellschaft oder Kapitalgesellschaft mit Handelndenhaftung?, BB 2005, 2361.
- Blücher, Henning/Spiering, Maximilian*, Zum Schicksal der britischen Ltd. nach dem Brexit, GWR 2023, 97.
- Budzikiewicz, Christine/Weller, Marc-Philippe/Wurmnest, Wolfgang* (Hrsg.): beck-online. Grosskommentar Internationales Gesellschaftsrecht, 2023, C.H. Beck, München (zit.: BeckOGK/Bearbeiter Internationales Gesellschaftsrecht).
- Callies, Christian/Ruffert, Matthias*: EUV/ AEUV, Kommentar, 6. Aufl. 2022, C.H. Beck, München (zit.: Bearbeiter in: Callies/Ruffert, EUV/AEUV).
- Dauses, Manfred/Ludwigs, Markus*: Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, Band 1 - 2, 57. EL 2022, C.H. Beck, München (zit.: Bearbeiter in: Dauses/Ludwigs EU-WirtschaftsR-HdB).
- Dubovizkaja, Elena*, Überseering-Rechtsprechung: Gerichtliche Klarstellung zur Niederlassungsfreiheit von Gesellschaften, GmbHR 2003, 694.
- Eidenmüller, Horst/Rehm, Gebhard M.*, Gesellschafts- und zivilrechtliche Folgeprobleme der Sitztheorie, ZGR 1997, 89.
- Eidenmüller, Horst*, Wettbewerb der Gesellschaftsrechte in Europa - Zugleich Besprechung des Urteils des Europäischen Gerichtshofs vom 5.11.2002 in der Rechtssache C-208/00 (Überseering BV gegen Nordic Construction Company Baumanagement GmbH), ZIP 2002, 2233.
- Fisch, Markus*, Der Übergang ausländischen Vermögens bei Verschmelzungen und Spaltungen - Eine Analyse aus Sicht der Praxis, NZG 2016, 448.
- Forsthoff, Ulrich*, Niederlassungsrecht für Gesellschaften nach dem Centros-Urteil des EuGH: Eine Bilanz, EuR 2000, 167.

- Forsthoff, Ulrich*, EuGH fördert Vielfalt im Gesellschaftsrecht - Traditionelle deutsche Sitztheorie verstößt gegen Niederlassungsfreiheit, DB 2002, 2471.
- Forsthoff, Ulrich*, Die Bedeutung der Rechtsprechung des EuGH zur Mobilität von Gesellschaften über das Gesellschaftsrecht hinaus, EuZW 2015, 248.
- Franz, Alexander*, Internationales Gesellschaftsrecht und deutsche Kapitalgesellschaften im In- bzw. Ausland, BB 2009, 1250.
- Freiherr v. Proff, Maximilian*, Die Anwachsung als Gestaltungsmodell bei Personengesellschaften, DStR 2016, 2227.
- Freitag, Robert*, Der Wettbewerb der Rechtsordnungen im Internationalen Gesellschaftsrecht, EuZW 1999, 267.
- Geiger, Rudolf* u.a.: EUV/ AEUV, Kommentar, 7. Aufl. 2023, C.H. Beck, München (zit.: *Bearbeiter* in: Geiger u.a., EUV/AEUV).
- Geyrhalter, Volker/Gänßler, Peggy*, Perspektiven nach „Überseering“ - wie geht es weiter?, NZG 2003, 409.
- Goette, Maximilian*, Das Gesetz zur Umsetzung der Umwandlungsrichtlinie – Ein Überblick, DStR 2023, 157.
- Goette, Wulf*, Sitzverlegung einer ausländischen Kapitalgesellschaft und Klagerecht, DStR 2002, 1678.
- Görk, Stefan*, Niederlassungsfreiheit/Errichtung einer Zweigniederlassung, MittBayNot 1999, 298.
- Gottschalk, Eckart*, Beschränkung für schweizerische Aktiengesellschaften mit Sitz in Deutschland gelten fort, ZIP 2009, 948.
- Göttsche, Max*, Das Centros-Urteil des EuGH und seine Auswirkungen - Eine Bestandsaufnahme aus gesellschafts-, handels- und steuerrechtlicher Sicht, DStR 1999, 1403.
- Grabitz, Eberhard/Hilf, Meinhard/Nettesheim, Martin* (Hrsg.): Das Recht der Europäischen Union, EUV/ AEUV, Band 1 - 3, 78. EL 2023, C.H. Beck München (zit.: *Bearbeiter* in: GHN).
- Grabitz, Eberhard/Hilf, Meinhard/Nettesheim, Martin* (Hrsg.): Das Recht der Europäischen Union, EUV/ EGV, Band 1 - 3, 40. EL 2009, C.H. Beck München (zit.: *Bearbeiter* in: GHN 40. EL 2009).
- Groeben, Hans von der/Schwarze, Jürgen/Hatje, Armin*: Europäisches Unionsrecht, Kommentar, 7. Aufl. 2015, Nomos, Baden-Baden (zit.: *Bearbeiter* in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht).
- Großerichter, Helge*, Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Rechtsraum: Das deutsche Internationale Gesellschaftsrecht und seine Perspektiven nach der Entscheidung „Überseering“, DStR 2003, 159.
- Grüneberg, Christian* (Hrsg.): Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 82. Aufl. 2023, C.H. Beck, München (zit.: *Grüneberg/Bearbeiter*).
- Gummert, Hans*: Münchener Anwaltshandbuch Personengesellschaftsrecht, 3. Aufl. 2019, C.H. Beck, München (zit.: MAH PersGesR/*Bearbeiter*).

- Günes, Menderes*, Grenzüberschreitende Verschmelzungen unter Beteiligung von Kapitalgesellschaften aus Drittstaaten, IStR 2013, 213.
- Hau, Wolfgang/Poseck, Roman*: BGB, Beck'sche Online-Kommentare, 66. Aufl. 2023, C.H. Beck, München (zit.: BeckOK BGB/*Bearbeiter*).
- Hausmann, Rainer/Odersky, Felix* (Hrsg.): Internationales Privatrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis, 4. Aufl. 2021, C.H.Beck, München (zit.: *Bearbeiter* in: Hausmann/Odersky IPR).
- Heckschen, Heribert*, Grenzüberschreitende Sitzverlegung und grenzüberschreitender Rechtsformwechsel, GWR 2020, 449.
- Heckschen, Heribert/Hilser, Raphael, Grenzüberschreitender Gesellschaftszug aus Drittstaaten nach Deutschland am Praxisbeispiel einer Schweizer Aktiengesellschaft – Teil I, DStR 2022, 1005.
- Heckschen, Heribert/Hilser, Raphael*, Grenzüberschreitender Gesellschaftszug aus Drittstaaten nach Deutschland am Praxisbeispiel einer Schweizer Aktiengesellschaft – Teil II, DStR 2022, 1053.
- Heidenhain, Martin*, Ausländische Kapitalgesellschaften mit Verwaltungssitz in Deutschland, NZG 2002, 1141.
- Hellgardt, Alexander/Illmer, Martin*, Wiederauferstehung der Sitztheorie?, NZG 2009, 94.
- Henssler, Martin/Strohn, Lutz*: Gesellschaftsrecht, Kommentar, 5. Aufl. 2021, C.H. Beck, München (zit.: *Bearbeiter* in: Henssler/ Strohn).
- Hilser, Raphael*: Grenzüberschreitender Rechtsformwechsel in der Europäischen Union, Unter besonderer Berücksichtigung der Richtlinie (EU) 2019/2121 und ihrer Implikationen für Personengesellschaften, Abhandlungen zum Deutschen und Europäischen Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht, Band 198, hrsg. Fleischer, Holger/Merkt, Hanno/Spindler, Gerald, Duncker & Humblot, Berlin, 2020, zugl. Diss. Freiburg 2021.
- Jung, Stefanie/Krebs, Peter/Stiegler, Sascha* (Hrsg.): Gesellschaftsrecht in Europa, 1. Aufl. 2020, Nomos, Baden-Baden (zit.: *Bearbeiter* in: Jung/Krebs/Stiegler GesR in Europa).
- Junker, Abbo*: Internationales Privatrecht, 4. Aufl., C.H. Beck, München 2021.
- Kersting, Christian*, Rechtswahlfreiheit im Europäischen Gesellschaftsrecht nach Überseering - Ein Richtlinienvorschlag, NZG 2003, 9.
- Kieninger, Eva-Maria*, Internationales Gesellschaftsrecht nach „Centros“, „Überseering“ und „Inspire Art“: Antworten, Zweifel und offene Fragen, ZEuP 2004, 685.
- Kieninger, Eva-Maria*, Sitztheorie bei Sitzverlegung schweizerischer AG – Trabrennbahn, NJW 2009, 289.
- Kieninger, Eva-Maria*, Internationales Gesellschaftsrecht zwischen Polbud, Panama und Paradise, ZEuP 2018, 309.
- Kindler, Peter*, Niederlassungsfreiheit für Scheinauslandsgesellschaften? Die „Centros“-Entscheidung des EuGH und das internationale Privatrecht, NJW 1999, 1993.



- Kindler, Peter*, „Inspire Art“ - Aus Luxemburg nichts Neues zum internationalen Gesellschaftsrecht, NZG 2003, 1086.
- Kindler, Peter*, Auf dem Weg zur Europäischen Briefkastengesellschaft? Die „Überseering“-Entscheidung des EuGH und das internationale Privatrecht, NJW 2003, 1073.
- Kindler, Peter*, Der reale Niederlassungsbegriff nach dem VALE-Urteil des EuGH, EuZW 2012, 888.
- Knaier, Ralf*, Grenzüberschreitender Formwechsel einer Personengesellschaft, DNotZ 2021, 148.
- Kraft, Julia/Redenius-Hövermann, Julia*: Umwandlungsrecht, 2. Aufl., Mohr Siebeck, Tübingen 2020.
- Kumpan, Christoph/Pauschinger, Philipp*, Entwicklung des europäischen Gesellschaftsrechts 2022, EuZW 2023, 446.
- Lange, Knut Werner*, Zulässige Umgehung des nationalen Rechts durch Errichtung einer Zweigniederlassung einer Gesellschaft ohne tatsächliche Geschäftstätigkeit am Gründungsort, DNotZ 1999, 593.
- Leible, Stefan*, Niederlassungsfreiheit und Sitzverlegungsrichtlinie, ZGR 2004, 531.
- Leible, Stefan/Hoffmann, Jochen*, Vom Nullum zur Personengesellschaft - Die Metamorphose der Scheinauslandsgesellschaft im deutschen Recht, DB 2002, 2203.
- Leible, Stefan/Hoffmann, Jochen*, Wie inspiriert ist „Inspire Art“?, EuZW 2003, 677.
- Leible, Stefan/Hoffmann, Jochen*, Cartesio - fortgeltende Sitztheorie, grenzüberschreitender Formwechsel und Verbot materiellrechtlicher Wegzugsbeschränkungen, BB 2009, 58.
- Lieder, Jan/Bialluch, Martin*, Umwandlungsrechtliche Implikationen des Brexit - Teil 2 - Internationales Umwandlungsrecht, NotBZ 2017, 209.
- Lieder, Jan/Kliebisch, René*, Nichts Neues im Internationalen Gesellschaftsrecht: Anwendbarkeit der Sitztheorie auf Gesellschaften aus Drittstaaten? Zugleich Besprechung des BGH-Trabrennbahnurteils, BB 2009, 14, BB 2009, 338.
- Lieder, Jan/Kliebisch, René*, Geltung der Sitztheorie für Gesellschaften aus EU-Drittstaaten, EWIR 2010, 117.
- Lieder, Jan/Wilk, Cornelius/Ghassemi-Tabar, Nima*: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 8, 5. Aufl. 2018, C.H. Beck, München (zit.: MünchHdB GesR VIII/Bearbeiter).
- Lutter, Marcus/Bayer, Walter/Schmidt, Jessica*: Europäisches Unternehmens- und Kapitalmarktrecht, 6. Aufl., Walter de Gruyter, Berlin/Boston 2017.
- Michalski, Lutz*: Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Band 1, 4. Aufl. 2023, C.H. Beck, München (zit.: MHLS/Bearbeiter).
- Müller, Hans-Friedrich*, Haftung bei ausländischen Kapitalgesellschaften mit Inlandssitz, ZIP 1997, 1049.
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Band 12, 8. Aufl. 2020, C.H. Beck, München (zit.: MüKo/Bearbeiter, BGB Band 12).

- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Band 13, 8. Aufl. 2021, C.H.Beck, München (zit.: *MüKo/Bearbeiter*, BGB Band 13).
- Münchener Kommentar zum GmbHG: Band 1, 4. Aufl. 2022, C.H.Beck, München (zit.: *MüKo/Bearbeiter*, GmbHG).
- o.V.*, Schon drei Mal: Panama Papers, Bahamas Liste und nun Paradise Papers, becklink 2008225.
- Otte-Gräbener, Sabine*, Fortbestand einer im Ausland gelöschten Gesellschaft als Restgesellschaft für ihr in Deutschland belegenes Vermögen, GWR 2017, 139.
- Prinz, Ulrich*, Grenzüberschreitende Mobilität von Personengesellschaften - ein vergessenes „Rechtskapitel“, DB 2022, M4-M5.
- Prinz, Ulrich/Kahle, Holger* (Hrsg.): Beck'sches Handbuch der Personengesellschaften, 5. Aufl. 2020, C.H. Beck, München (zit.: *Bearbeiter* in: Beck Hdb. PersG).
- Römermann, Volker*: Münchener Anwaltshandbuch GmbH-Recht, 4. Aufl. 2018, C.H.Beck, München (zit.: *MAH GmbH-Recht/Bearbeiter*).
- Roth, Wulf-Henning*, "Centros": Viel Lärm um Nichts?, ZGR 2000, 311.
- Roth, Wulf-Henning*, Internationales Gesellschaftsrecht nach Überseering, IPRax 2003, 117.
- Saenger, Ingo* u.a.: Handels- und Gesellschaftsrecht, 2. Aufl. 2011, Nomos, Baden-Baden (zit.: *Bearbeiter* in: Saenger u.a., Handels- und Gesellschaftsrecht).
- Sagasser, Bernd/Bula, Thomas/Brünger, Thomas*: Umwandlungen Verschmelzungen - Spaltungen - Formwechsel - Vermögensübertragung, 5. Aufl. 2017, C.H. Beck, München (zit.: *Bearbeiter* in: Sagasser/Bula/Brünger Umwandlungen).
- Savigny, Friedrich Carl von*: System des heutigen Römischen Rechts, Band 8, Berlin 1849.
- Schall, Alexander*, Der grenzüberschreitende Formwechsel in Europa nach Polbud, ZfPW 2018, 176.
- Schall, Alexander/Barth, Alexander*, Stirbt Daily Mail langsam? Zu den Folgen von EuGH C-371/10 (National Grid Indus) für Kollisionsrecht und -Wegzugsbesteuerung, NZG 2012, 414.
- Schmidt, Jessica*, Der UmRUG-Referentenentwurf: grenzüberschreitende Umwandlungen 2.0 – und vieles mehr, NZG 2022, 579.
- Schmidt, Jessica*, Im Labyrinth des Gesellschaftskollisionsrechts: Gründungstheorie statt „zurück auf die Trabrennbahn“, EuZW 2021, 613.
- Schmidt, Karsten/Lutter, Marcus*: Aktiengesetz, Kommentar, 4. Aufl. 2020, Otto Schmidt Verlag, Köln (zit.: *Schmidt/Lutter/Bearbeiter* AktG).
- Schmidt, Mike Karl*: Grenzüberschreitender Formwechsel, Verfahrens- und Registerrecht im Lichte des Company Law Package und die praktische Umsetzung, Heidelberger Schriften zum Wirtschaftsrecht und Europarecht, Band 95, hrsg. Geibel, Stefan u.a., Nomos, Baden-Baden, 2020, zugl. Diss. Heidelberg 2020.

- Schmitt, Joachim/Hörtnagl, Robert*: Umwandlungsgesetz, Umwandlungssteuergesetz, Kommentar, 9. Aufl. 2020, C.H. Beck, München (zit.: Schmitt/Hörtnagl/*Bearbeiter* UmwG).
- Schollmeyer, Eberhard*, Geht es für britische Ltd. nach dem Brexit zurück auf die Trabrennbahn? Vorlageaufhebungsbeschluss des BGH v. 16.2.2021 – II ZB 25/17, NZG 2021, 702, NZG 2021, 692.
- Schön, Wolfgang*, Das System der gesellschaftsrechtlichen Niederlassungsfreiheit nach VALE, ZGR 2013, 333.
- Schulze, Reiner/Janssen, André/Kadelbach, Stefan* (Hrsg.): Europarecht, Handbuch für die deutsche Rechtspraxis, 4. Aufl. 2020, Nomos, Baden-Baden (zit.: *Bearbeiter* in: *Schulze/Janssen/Kadelbach* Europarecht).
- Schüppen, Matthias/Schaub, Bernhard*: Münchener Anwaltshandbuch Aktienrecht, 3. Aufl. 2018, C.H. Beck, München (zit.: MAH AktienR/*Bearbeiter*).
- Schwarze, Jürgen* u.a.: EU-Kommentar, 4. Aufl. 2019, Nomos, Baden-Baden (zit.: *Bearbeiter* in: *Schwarze* u.a. EU-Kommentar).
- Seeger, Marc*, Die Folgen des „Brexit“ für die britische Limited mit Verwaltungssitz in Deutschland, DStR 2016, 1817.
- Servatius, Wolfgang* u.a.: Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Kommentar, 23. Aufl. 2022, C.H. Beck, München (zit.: *Servatius/Bearbeiter* GmbHG).
- Spahlinger, Andreas/Wegen, Gerhard*: Internationales Gesellschaftsrecht in der Praxis, 1. Aufl. 2005, C.H. Beck, München (zit.: *Bearbeiter* in: *Spahlinger/Wegen*, Int. Gesellschaftsrecht).
- Steinrötter, Björn*, Einheitliche Anknüpfung an den Gründungsort im Internationalen Gesellschaftsrecht - wider die "Geschöpf-" und die "Wechselbalgtheorie", GPR 2012, 119.
- Streinz, Rudolf* (Hrsg.): EUV/ AEUV, Kommentar, 3. Aufl. 2018, C.H. Beck, München (zit.: *Bearbeiter* in: *Streinz* EUV/AEUV).
- Streinz, Rudolf*: Europarecht, 12. Aufl., C.F. Müller, Heidelberg 2023.
- Thiermann, Christoph*, „Grenzüberschreitende Neugründung einer Gesellschaft“ – ein neues Rechtsinstitut innerhalb der Europäischen Union?, EuZW 2012, 209
- Vedder, Christoph/Heintschel von Heinegg, Wolff* (Hrsg.): Europäisches Unionsrecht, Kommentar, 2. Aufl. 2018, Nomos, Baden-Baden (zit.: *Bearbeiter* in: *Vedder/Heintschel von Heinegg*, Europ. Unionsrecht).
- Wachter, Thomas*, Verstoß einer die Sitzverlegung von vorheriger Auflösung der Gesellschaft abhängig machender innerstaatlicher Regelung gegen die Niederlassungsfreiheit – Polbud, NZG 2017, 1308.
- Weller, Marc-Philippe*, Die Rechtsquellendogmatik des Gesellschaftskollisionsrechts, IPRax 2009, 202.
- Weller, Marc-Philippe*, 2011, Die „Wechselbalgtheorie“ in: Festschrift für Wulf Goette zum 65. Geburtstag, hrsg. Habersack, Mathias/Himmelhoff, Peter, München 583 ff.

- Weller, Marc-Philippe*, 2013, Unternehmensmobilität im Binnenmarkt, in: Einheit und Vielheit im Unternehmensrecht: Festschrift für Uwe Blaurock zum 70. Geburtstag, hrsg. Jung, Peter u.a., Tübingen 497 ff.
- Weller, Marc-Philippe*, Das autonome Unternehmenskollisionsrecht, IPRax 2017, 167.
- Weller, Marc-Philippe/Kienle, Florian*, Die Anwalts-LLP in Deutschland - Anerkennung - Postulationsfähigkeit - Haftung (Teil I), DStR 2005, 1060.
- Widmann, Siegfried/Mayer, Dieter*: Umwandlungsgesetz, Umwandlungssteuergesetz, Kommentar, Stollfuß, 205 EL. 2023, Bonn (zit. *Widmann/Mayer/Bearbeiter UmwG*).
- Wöhlert, Helge-Torsten*, Haftungsbeschränkung der Gesellschafter bei im Ausland gegründeter Gesellschaft mit deutschem Sitz, GWR 2009, 417.
- Zimmer, Daniel*, Nach „Inspire Art“: Grenzenlose Gestaltungsfreiheit für deutsche Unternehmen? NJW 2003, 3585.
- Zimmer, Daniel*, Wie es Euch gefällt? Offene Fragen nach dem Überseering-Urteil des EuGH, BB 2003, 1.
- Zimmer, Daniel/Naendrup, Christoph*, Das Cartesio-Urteil des EuGH: Rück- oder Fortschritt für das internationale Gesellschaftsrecht?, NJW 2009, 545.
- Zwirlein, Susanne/Großerichter, Helge/Gätsch, Andreas*, Exit before Brexit - Handlungsoptionen für Gesellschaften englischen Rechts in Deutschland unter besonderer Berücksichtigung der LLP, NZG 2017, 1041.

## Rechtsprechungsverzeichnis

- EuGH, Urteil vom 12.11.1969, C-29/69, ECLI:EU:C:1969:57 – Stauder, juris.
- EuGH, Urteil vom 10.07.1986, C-79/85, ECLI:EU:C:1986:308 – Segers, NJW 1987, 571.
- EuGH, Urteil vom 27.09.1988, Rs. 81/87, ECLI:EU:C:1988:456 – Daily Mail, EuZW-Sonderausgabe 2017, 25.
- EuGH, Urteil vom 25.07.1991, C-221/89, ECLI:EU:C:1991:320 – Factortame, juris.
- EuGH, Urteil vom 30.11.1995, C-55/94, ECLI:EU:C:1995:411 – Gebhard, juris.
- EuGH, Urteil vom 09.03.1999, C-212/97, ECLI:EU:C:1999:126 – Centros, juris.
- EuGH, Urteil vom 05.11.2002, C-208/00, ECLI:EU:C:2002:632 – Überseering, juris.
- EuGH, Urteil vom 30.09.2003, C-167/01, ECLI:EU:C:2003:512 – Inspire Art, juris.
- EuGH, Urteil vom 16.12.2008, C-210/06, ECLI:EU:C:2008:723 – Cartesio, NJW 2009, 569.
- EuGH, Urteil vom 29.11.2011, C-371/10, ECLI:EU:C:2011:785 – National Grid Indus, NZG 2012, 114.
- EuGH, Urteil vom 12.07.2012, C-378/10, ECLI:EU:C:2012:440 – VALE, NJW 2012, 2715.
- EuGH, Urteil vom 25.10.2017, C-106/16, ECLI:EU:C:2017:804 – Polbud, NJW 2017, 3639.
- BGH, Urteil vom 30.01.1970, V ZR 139/68, NJW 1970, 998.
- BGH, Urteil vom 21.03.1986, V ZR 10/85, NJW 1986, 2194.
- BGH, Urteil vom 01.07.2002, II ZR 380/00, NJW 2002, 3539.
- BGH, Urteil vom 27.10.2008, II ZR 158/06, BGHZ 178, 192.
- BGH, Beschluss vom 08.10.2009, IX ZR 227/06, juris.
- BGH, Urteil vom 12.07.2011, II ZR 28/10, NJW 2011, 3372.
- BGH, Beschluss vom 22.11.2016, II ZB 19/15, BGHZ 212, 381.
- BGH, Beschluss vom 16.02.2021, II ZB 25/17, juris.
- BayObLG, Beschluss vom 18.07.1985, BReg. 3 Z 62/85, BayObLGZ 1985, 272.
- OLG München, Urteil vom 06.05.1986, 5 U 2562/85, NJW 1986, 2197.
- OLG Hamm, Urteil vom 26.05.2006, 30 U 166/05, juris.
- OLG Oldenburg, Beschluss vom 30.06.2020, 12 W 23/20, NZG 2020, 992.

# Escalation of Commitment und seine Einflussfaktoren in der unternehmerischen Entscheidungsfindung: Ein Szenario-Experiment

Bachelorarbeit

an der

FH Aachen

Fachbereich Wirtschaftswissenschaften

Betriebswirtschaft / Business Studies (B.Sc.)

Erstprüfer: bzw. Erstprüferin: Prof. Dr. Thomas Fritz

Eingereicht am: 07.08.2023

vorgelegt von

Theresa Hacke

aus Aachen

## Abstract

Diese wissenschaftliche Arbeit befasst sich damit, inwiefern Gründer und Gründerinnen eines Start-Ups an ihrem Investment festhalten, obwohl negative Renditen wahrscheinlich bis unausweichlich sind. Dieses irrationale Entscheidungsmuster wird als Sunk Cost Fallacy bezeichnet. Eine gesteigerte Form hiervon bildet das gezeigte Verhalten der Escalation of Commitment. Bei anhaltendem, negativem Feedback erfolgt eine zusätzliche Allokation finanzieller, zeitlicher und / oder emotionaler Ressourcen.

Der bisherige Forschungsstand wird um eine quantitative Analyse des Vorkommens von Escalation of Commitment im Start-Up-Kontext erweitert. Zudem werden die Einflussfaktoren Geschlecht, Risikoneigung, Art der Kapitalbereitstellung sowie Geschäftszweck untersucht.

Diese Untersuchung erfolgt im Rahmen einer experimentellen Studie, in deren Kontext die Probanden und Probandinnen sich in unterschiedliche Szenarien hineinversetzen sollen. Die Szenarien stellen ein Scheitern des eigens gegründeten Start-Ups in Aussicht. Die Probandinnen und Probanden müssen anhand der Kriterien bereits eingesetzte Zeit, ökologischer / sozialer Geschäftszweck und Kapitalbeschaffung von nahestehenden Personen oder Venture Capital Fund die Entscheidung treffen, ob und wie viele Monate sie weiterhin Zeit in das Start-Up einbringen möchten. Anschließend werden Fragen zur persönlichen Risikoneigung sowie zu demografischen Aspekten gestellt.

Im Rahmen der Studie kann pauschal kein Escalation of Commitment festgestellt werden. Lediglich die Involvierung des persönlichen Umfeldes in die Kapitalbereitstellung führt zu dem Verhaltensmuster.

Sunk Cost Fallacy kann in dem Sinne festgestellt werden, dass die weiterhin investierte Zeit keinen negativen Trend im Hinblick auf die bereits eingebrachte Zeit aufweist. Corporate Social Responsibility, eine höhere Risikoneigung sowie die Kapitalbereitstellung durch nahestehende Personen haben einen steigernden Einfluss auf die Investitionsdauer ohne Interaktionseffekt mit der bereits eingebrachten Zeit.

## Inhaltsverzeichnis

Abstract .....	II
Abkürzungen.....	V
Abbildungen.....	VI
Tabellen .....	VII
1 Einführung .....	1
2 Theorie.....	2
2.1 Entscheidungsfindung im Allgemeinen und in unternehmerischem Kontext .....	2
2.2 Heuristiken und kognitive Verzerrungen im Rahmen unternehmerischer Entscheidungen .....	5
2.2.1 Heuristiken und kognitive Verzerrungen .....	5
2.2.2 Sunk Cost Fallacy und Escalation of Commitment.....	6
2.3 Potenzielle Einflussfaktoren auf Escalation of Commitment .....	11
2.3.1 Individuelle Risikoneigung .....	12
2.3.2 Geschlecht .....	12
2.3.3 Sozialer Druck durch das persönliche Umfeld .....	12
2.3.4 Gesellschaftlicher Erwartungsdruck.....	13
2.4 Forschungsfrage.....	13
2.5 Hypothesen .....	14
3 Forschungsmethode .....	16
3.1 Forschungsansatz und Studiendesign .....	16
3.2 Datenerhebung und -auswertung .....	18
3.3 Konkretisierung und Codierung der Variablen.....	19
4 Ergebnisse .....	22
4.1 Generelle Charakteristika der Stichprobe.....	22
4.2 Einzelanalyse der Auswirkung des Faktors bereits investierte Zeit zum Nachweis von Escalation of Commitment.....	24
4.3 Multiple Regressionsanalyse ohne und mit Mediation .....	25
4.4 Bezug zu den aufgestellten Hypothesen .....	31
5 Kritische Würdigung der gewonnenen Erkenntnisse .....	33
5.1 Interpretation und Einbettung in den Stand der bisherigen Forschung.....	33
5.2 Implikationen und Konsequenzen .....	34
5.3 Einschränkungen und weitere Forschung .....	36



5.4	Fazit .....	37
6	Anhang.....	39
6.1	Fragebogen der Online-Studie.....	39
6.1.1	Aufbau.....	39
6.1.2	Musterfragen .....	40
6.2	Coding und Auswertung in R.....	42
	.....	43
	Literatur- und Online-Quellen-Verzeichnis.....	46
	Abschlussklärung .....	50

## Abkürzungen

<b><math>\alpha</math></b>	Signifikanz
<b><math>\beta</math></b>	Regressionskoeffizient
<b>bzw.</b>	beziehungsweise
<b>CSR</b>	Corporate Social Responsibility, auch: gesellschaftliche nachhaltige/ soziale Verantwortung
<b><math>\Delta</math></b>	Delta (für Differenz)
<b>EOC</b>	Escalation of Commitment
<b>Max.</b>	Maximum
<b>Min.</b>	Minimum
<b>MITTELW.</b>	Mittelwert
<b>n</b>	Anzahl der Beobachtungen der Online-Studie
<b>p</b>	Signifikanz
<b>r</b>	Korrelationskoeffizient
<b>SCF</b>	Sunk Cost Fallacy
<b>ST.ABW</b>	Standardabweichung

## Abbildungen

Abbildung 1: Entscheidungsmatrix (vgl. Rosenzweig, P., 2019) .....	3
Abbildung 2: Vereinfacht dargestellter Studienverlauf .....	18
Abbildung 3: Demografische Merkmale der Probanden und Probandinnen .....	22
Abbildung 4: Absolute Häufigkeit der gewählten, weiterhin investierten Zeit bei kurzem vs. langem Geschäftsbetrieb .....	24

## Tabellen

Tabelle 1: Ausprägungen und Codierung der unabhängigen Variablen .....	21
Tabelle 2: Individuelle Risikoneigung nach Geschlecht.....	23
Tabelle 3: Deskriptive Merkmale nach x= bereits eingesetzte Zeit und t-Test.....	25
Tabelle 4: Regressionsanalyse des Sachverhaltes .....	28
Tabelle 5: Durchschnittlich weiter investierte Zeit nach Geschlecht und Kapitalherkunft	30
Tabelle 6: Durchschnittlich weiter investierte Zeit nach Kapitalherkunft und bereits eingesetzter Zeit .....	30
Tabelle 7: Durchschnittlich weiter investierte Zeit gesellschaftlicher Verantwortung und Geschlecht.....	31

## 1 Einführung

Wenn von unternehmerischer Entscheidungsfindung die Rede ist, so steht dies oft in Zusammenhang mit der Neugründung oder Führung eines bestehenden Unternehmens.<sup>1</sup> Das Augenmerk der existierenden Forschung liegt auf Heuristiken und kognitiven Verzerrungen, die diese Prozesse beeinträchtigen können.<sup>2</sup>

Einen weiteren, bedeutsamen Prozess im Lebenszyklus eines Start-Ups sowie im Leben des Gründers/ der Gründerin bildet jedoch auch der Exit ab.<sup>3</sup> Unter Exit ist hier der durch Scheitern bedingte Austritt aus dem eigens etablierten Unternehmen zu verstehen. Dieser unternehmerische Entscheidungsprozess unterliegt ebenso kognitiven Fehlern. Einer dieser Cognitive Biases wird als Sunk Cost Fallacy bezeichnet und fußt in gegebenenfalls Escalation of Commitment, was zu einem Aufschub der Desinvestition oder sogar zur Allokation weiterer Ressourcen führen kann.

Die vorliegende Arbeit greift den aktuellen Forschungsstand zu der Thematik auf, fasst wesentliche theoretische Erkenntnisse zusammen und erweitert die Theorien um potenzielle Einflussfaktoren. Bei diesen Faktoren handelt es sich um die individuelle Risikoneigung, geschlechtsspezifische Unterschiede, sozialen Druck durch die Involvierung nahestehender Personen in die Kapitalbereitstellung sowie gesellschaftliche Verantwortung aufgrund der Verfolgung eines nachhaltigen oder sozialen Geschäftszwecks. Das Vorkommen des Cognitive Biases und des darauf aufbauenden Verhaltensmusters sowie potentielle Mediatoren werden mittels einer experimentellen Studie untersucht.

---

<sup>1</sup> vgl. DeTienne, D. R., 2010, S. 204.

<sup>2</sup> vgl. Shepherd, D. A.; Patzelt, H., 2018, S. 3.

<sup>3</sup> vgl. DeTienne, D. R., 2010, S. 205.

## 2 Theorie

Innerhalb dieses Kapitels werden die relevante, zugrunde liegende Theorie und der Stand der aktuellen Forschung dargelegt. Das Kapitel grenzt Entscheidungsfindung im Allgemeinen von unternehmerischer Entscheidungsbildung ab. Zudem werden Heuristiken und kognitive Verzerrungen definiert und in unternehmerischem Kontext dargelegt. Zuletzt werden die kognitive Verzerrung „Irrtum der versunkenen Kosten“ (auch: *Sunk Cost Fallacy*), darauf aufbauend das Phänomen *Escalation of Commitment* sowie potentielle Einflussfaktoren hierauf analysiert.

### 2.1 Entscheidungsfindung im Allgemeinen und in unternehmerischem Kontext

Entscheidungen zu treffen ist ein komplexer Prozess, welcher es ermöglicht, Lösungsansätze für bestehende Probleme zu finden und definierte Ziele zu erreichen.<sup>4</sup>

Weithin lässt sich die Entscheidungsfindung beschreiben als ein kognitiver Prozess zur Problemstrukturierung und -lösung. Innerhalb dieses Prozesses besitzen folgende Aspekte eine zentrale Bedeutung: die Beurteilung der verfügbaren Optionen, die Auswahl einer dieser Optionen sowie die nachträgliche Evaluierung der Entscheidung.<sup>5</sup>

Der Prozess wird ausgelöst mit dem Bewusstwerden der Entscheidungssituation oder einer Abweichung zwischen Soll- und Ist-Zustand.<sup>6</sup> Zur (Re-)Etablierung des Idealzustandes müssen alternative Handlungsoptionen gesucht werden. Die zur Verfügung stehenden Optionen werden durch den Entscheider/ die Entscheiderin nach spezifischen und individuellen Kriterien beurteilt. Diese Kriterien können unter anderem persönliche Erfahrungen, Einstellungen und Präferenzen sein.<sup>7</sup> Jedoch werden auch viele Entscheidungen durch aktuelle und durch potenziell ausgelöste Emotionen, die die Entscheidung gegebenenfalls mit sich bringt, beeinflusst.<sup>8</sup>

Auf Grundlage der Beurteilung anhand der individuellen Gesichtspunkte wird die bevorzugte Option ausgewählt. Im Anschluss erfolgt die nachträgliche Evaluierung der jeweiligen Entscheidung.<sup>9</sup>

Entscheidungen können anhand zweier Kriterien in eine 2x2-Matrix eingeordnet werden (siehe Abbildung 1). Diese Kriterien bilden die Komponenten Kontrolle und Performance. Es ergeben sich vier Kategorien von Entscheidungen.<sup>10</sup>

---

<sup>4</sup> vgl. Yagnik, A.; Chandra, Y., 2019, S. 11.

<sup>5</sup> vgl. Pfister, H.-R.; Jungermann, H.; Fischer, K., 2017, S. 4.

<sup>6</sup> vgl. Pfister, H.-R.; Jungermann, H.; Fischer, K., 2017, S. 4.

<sup>7</sup> vgl. Bargh, J. A., 2022, S. 177. ff.

<sup>8</sup> vgl. Bargh, J. A., 2022, S. 159. ff..

<sup>9</sup> vgl. Pfister, H.-R.; Jungermann, H.; Fischer, K., 2017, S. 4.

<sup>10</sup> vgl. Rosenzweig, P., 2019.

Mit dem Aspekt Kontrolle wird die Möglichkeit, nach der gefallenen Entscheidung noch Einfluss auf das Ergebnis zu nehmen, beschrieben. Die zweite Dimension, die in dem Kontext als Performance deklariert wird, misst, ob ein absolutes Ziel verfolgt wird, oder ob der Outcome im Verhältnis besser sein muss als das Ergebnis der anderen.<sup>11</sup>

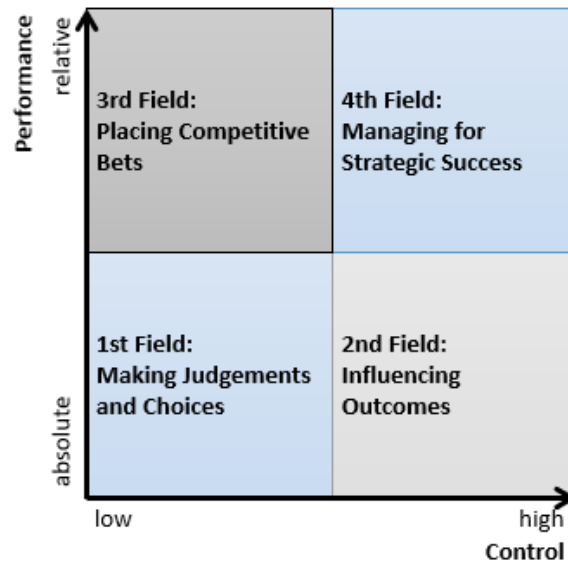


Abbildung 1: Entscheidungsmatrix (vgl. Rosenzweig, P., 2019)

Für Alltags- und Routineentscheidungen gilt, dass ein absolutes Ziel verfolgt wird. Hier kann als Beispiel die Beschaffung von Rohstoffen im operativen Geschäft gemeint sein. Nach gefallener Entscheidung sind Beeinflussungsmaßnahmen nicht mehr erforderlich und das Ziel ist es lediglich, eine absolute Menge vom benötigten Gut zu erhalten. Die Eingruppierung erfolgt in Feld 1,

In das zweite Feld fällt die Erreichung von absoluten Zielen, deren Outcome allerdings nach einmal getroffenen Entscheidungen noch adjustiert werden kann, wie zum Beispiel bei Entscheidungen des Projektmanagements.

Eine platzierte Wette zum Beispiel kann nicht nachträglich beeinflusst werden, verfolgt aber in der Regel das Ziel, eine bessere Voraussage zu treffen als andere Wettteilnehmerinnen und -teilnehmer. Diese Entscheidung ist in Feld 3 einzuordnen.

Das vierte Feld bildet Entscheidungen ab, deren Outcome im Nachhinein weiterhin beeinflusst werden kann und für den es von Relevanz ist, verhältnismäßig am besten abzuschneiden. Hier können Entscheidungen im unternehmerischen Umfeld eingeordnet werden. Unternehmerisches Umfeld im Sinne dieser Arbeit beschreibt Unternehmen, die sich in der Start-Up-Phase befinden. Ein Start-Up ist definitionsgemäß ein junges Unternehmen, welches noch keine zehn Jahre Bestand hat, Umsatz- und Personalwachstum anstrebt sowie eine hohe Innovationskraft aufweisen kann.<sup>12</sup> Der Begriff Unternehmer:innen wird im weiteren Verlauf dieser Arbeit synonym gebraucht für die Bezeichnung Entrepreneurs sowie (Start-Up-) Gründer:innen.

Unternehmer oder Unternehmerinnen müssen im Rahmen ihrer täglichen Arbeit vor allem strategische, langfristig ausgerichtete Entscheidungen fällen, die den wirtschaftlichen Erfolg ihres Unternehmens existenziell bedingen. Bei Verfehlen des angestrebten Erfolges

<sup>11</sup> vgl. Rosenzweig, P., 2019.

<sup>12</sup> vgl. Kollmann, T. Prof. Dr. et al., 2022, S. 6.

können weitere Maßnahmen ergriffen werden, um den Outcome zu optimieren. Es bedarf hierbei einer rationalen und strategisch ausgerichteten Vorgehensweise.

Strategische Entscheidungsbildung sollte auf einer eindeutig definierten Zielsetzung basieren. Alle zur Verfügung stehenden Daten müssen eingeholt, auf ihre Relevanz hin überprüft und entsprechend gefiltert werden. Auf dieser Grundlage erfolgen die Datenauswertung und die Ableitung entsprechender Handlungsmaßnahmen. Alle potentiellen Konsequenzen müssen einkalkuliert werden. Im Sinne des zu erwartenden Kosten-Nutzenverhältnisses muss dann die vorteilhafteste Lösung gewählt werden. Die Ausführung wird überwacht und evaluiert. Dann startet der Prozess erneut, entweder mit der Adjustierung der vergangenen Entscheidungssituation oder einem neuen Entscheidungsprozess.<sup>13</sup> Aus dieser Perspektive stellt Rationalität die systematische Herangehensweise an eine Fragestellung dar.

Im Rahmen der Sozial- und Wirtschaftswissenschaften allgemein kann eine engere Definition für Rationalität gefasst werden. Sie kann in dem Kontext angesehen werden als ein „aufgeklärtes und vernunftgeleitetes Denken und Handeln[...], das von bloßem Glauben oder der Unfähigkeit, sich seines eigenen Verstandes zu bedienen, unterschieden wird.“<sup>14</sup> Oftmals wird Rationalität auch mit dem Homo oeconomicus in Verbindung gebracht. Dieser ist gekennzeichnet durch vollständige Information über alle Gegebenheiten und Konsequenzen. Er besitzt keine Präferenzen und er maximiert mit seinen Entscheidungen zu jeder Zeit auf egoistische Weise seinen persönlichen Nutzen.<sup>15</sup>

Die Erwartungsnutzentheorie nach Morgenstern und von Neumann führt diese Idee fort.<sup>16</sup> Sie beschreibt das optimale rationale Verhalten unter der Bedingung vollständiger Information und addiert die Komponente unbegrenzter Zeit als weitere Voraussetzung.<sup>17</sup> Kernpunkt der Theorie ist, dass Menschen unter den gegebenen Voraussetzungen den Erwartungswert des Nutzen maximieren.<sup>18</sup> Für die Kalkulation wird also der potentielle Outcome mit den gleichzeitig gegebenen Eintrittswahrscheinlichkeiten berücksichtigt.

Für den unternehmerischen Kontext würde das bedeuten, der Entscheidungsträger oder die Entscheidungsträgerin träge Entscheidungen stets vernunftgeleitet und mit dem Ziel, den potentiellen Outcome zu maximieren. Äußere Umstände, unternehmerische Risiken, Konsequenzen der Entscheidungen und deren Eintrittswahrscheinlichkeiten wären jederzeit exakt bekannt und berechenbar. Die Zeit zur Entscheidungsfindung wäre nicht begrenzt.

Menschen unterliegen jedoch einer eingeschränkten Rationalität, da sie sowohl zeitlich als auch kognitiv Restriktionen unterliegen.<sup>19</sup> Sie besitzen nur limitierten Zugang zu Informationen und auch nur begrenzte Kapazität, diese Informationen zu verarbeiten. Beispielsweise ist es nicht möglich, die zukünftigen Auswirkungen etwaiger Umwelteinflüsse exakt zu bestimmen. Auch bei Bereitstellung aller relevanten Informationen könnte das menschliche Gehirn die damit einhergehende Informationsflut nicht in kurzer Zeit verarbeiten.<sup>20</sup>

---

<sup>13</sup> vgl. Allen, C. D.; Coates, B. E., 2009, S. 7.

<sup>14</sup> Wirtz, M. A., 2022.

<sup>15</sup> vgl. Bundeszentrale für politische Bildung, o.J.

<sup>16</sup> vgl. Kahneman, D., 2012, S. 326.

<sup>17</sup> vgl. Wirtz, M. A., 2022.

<sup>18</sup> vgl. Springer Verlag GmbH, 2023a.

<sup>19</sup> vgl. Pfister, H.-R.; Jungermann, H.; Fischer, K., 2017, S. 5.

<sup>20</sup> vgl. Simon, H. A., 1990, S. 15.



Zudem liegt der Fokus der systematischen Datenanalyse vermehrt auf der Retrospektive.<sup>21</sup> Vergangenen Ereignissen wird zugeschrieben, Ableitungen auf künftige Entwicklungen zu ermöglichen.

Die Entscheidungsfindung ist also in allen Bereichen, aber insbesondere im unternehmerischen Umfeld, durch Unsicherheiten und Ambiguität sowie die kognitive Kapazität, alle Eventualitäten zu begreifen, beschränkt. Häufig herrscht zudem auch ein gewisser Zeitdruck.<sup>22</sup> Die Möglichkeit, alle Faktoren einzubeziehen und umfassend zu eruieren, besteht nicht.

Um trotzdem zeitnahe und adäquate Entscheidungen treffen zu können, orientiert sich das menschliche Gehirn in solchen Situationen an bereits Bekanntem. Es wird auf Heuristiken und kognitive Verzerrungen zurückgegriffen.

## 2.2 Heuristiken und kognitive Verzerrungen im Rahmen unternehmerischer Entscheidungen

In diesem Abschnitt der Arbeit werden Heuristiken und kognitive Verzerrungen erläutert. Anschließend werden die gängigsten Vereinfachungen des Verstandes im unternehmerischen Kontext aufgezeigt. Daraufhin erfolgt eine nähere Betrachtung des Biases Sunk Cost Fallacy und dem darauf aufbauenden Verhaltensmuster Escalation of Commitment.

### 2.2.1 Heuristiken und kognitive Verzerrungen

Das menschliche Denkvermögen kann unterteilt werden in zwei Denk-Modi: Das schnelle, intuitive System 1 sowie das langsame, logisch denkende System 2.<sup>23</sup>

System 1 verarbeitet automatisch Eindrücke und Sinneswahrnehmungen, kann einfache Assoziationen bilden und ist zuständig für routinierte Entscheidungsprozesse. System 2 hingegen erfordert intensivere Konzentration und ist in der Lage, komplexere Sachverhalte zu verarbeiten und nicht-triviale Probleme zu lösen. System 2 wird jedoch erst aktiviert, wenn System 1 keine adäquate Lösung bereitstellen kann.

Laut Kahnemann findet die mentale Leistung via dieser zwei Systeme in Arbeitsteilung statt, wobei der Aufwand bei minimalem Einsatz maximiert wird.<sup>24</sup> System 1 verarbeitet die ersten Reize und nimmt bereits Bewertungen vor. „Seine Modelle vertrauter Situationen sind richtig, seine kurzfristigen Vorhersagen sind ebenfalls zutreffend [...]“<sup>25</sup> Dies kann gleichgesetzt werden mit Intuition oder auch der Mustererkennung des menschlichen Gehirns. System 1 trifft also automatische Entscheidungen und orientiert sich dabei nach bereits Bekanntem, tendiert daher allerdings dazu, dabei Heuristiken und systematischen kognitiven Verzerrungen (auch: Cognitive Biases) zu unterliegen.

Heuristiken und Wahrnehmungsfehler sind ein kognitives Schema, welches dabei unterstützt, Entscheidungen so schnell und effizient wie möglich zu treffen.<sup>26</sup> Im Allgemeinen

---

<sup>21</sup> vgl. Lin, N. et al., 2022, S. 15.

<sup>22</sup> vgl. Nouri, P., 2021, S. 215.

<sup>23</sup> vgl. Kahneman, D., 2012, S. 30.

<sup>24</sup> vgl. Kahneman, D., 2012, S. 35.

<sup>25</sup> vgl. Kahneman, D., 2012, S. 37.

<sup>26</sup> vgl. Yagnik, A.; Chandra, Y., 2019, S. 13.

handelt es sich um eine Vereinfachung des menschlichen Gehirns, um eine schnelle Antwort auf eine komplexe Fragestellung zu liefern. Dies wird gewährleistet durch Annahmen, Modelle oder Analogien.<sup>27</sup> Häufig wird die schwierige, auf Anhieb nicht lösbare Problemstellung ausgetauscht durch eine inhaltlich ähnliche, aber leichter zu beantwortende Frage.<sup>28</sup> Die Antwort ist dann ausreichend und adäquat, jedoch nicht gleichzusetzen mit einer vollkommenen und korrekten Lösung.<sup>29</sup> Im Rahmen von kognitiven Verzerrungen liegen systematische, logisch nachvollziehbare Denkfehler vor.<sup>30</sup>

Einen der bekanntesten Cognitive Bias bildet die sogenannte Bestätigungsfehler. Gerade, wenn Menschen mental angestrengt oder gar erschöpft sind, tendieren sie dazu, Inhalte ohne kritisches Hinterfragen zu glauben. Es werden gezielt ausschließlich Hinweise gesucht, die die eigene Auffassung untermauern. Zudem wird die Wahrscheinlichkeit ungewisser und seltener Ereignisse überschätzt.<sup>31</sup> Dieser systematische Fehler ist im unternehmerischen sowie im privaten Umfeld anzufinden.

Weiterhin ist der Over-Confidence Bias geläufig. Charakteristisch ist hier insbesondere die Überschätzung der eigenen Fähigkeiten im Allgemeinen sowie der Fertigkeit, Urteile und Prognosen präzise abzugeben.<sup>32</sup>

Auch die Verfügbarkeitsheuristik ist regelmäßig beobachtbar. Hierbei werden voreilige Schlüsse und Verallgemeinerungen aus der begrenzten, verfügbaren Information gezogen.<sup>33</sup>

Heuristiken und Biases wie die oben angeführten beeinflussen maßgeblich die Entscheidungsgrundlagen für das private Leben, jedoch umso mehr für Unternehmerinnen und Unternehmer. Es sind Auswirkungen auf die Wahrnehmung des gegenwärtigen Risikos, auf die Entwicklung neuer Geschäftsideen, auf Prognosen über Angebot, Nachfrage und Wettbewerb sowie auf die Indikatoren der Unternehmensentwicklung zu beobachten.<sup>34</sup>

### 2.2.2 Sunk Cost Fallacy und Escalation of Commitment

Die Sunk Cost Fallacy (SCF), zu Deutsch „Irrtum der versunkenen Kosten“, stellt eine weitere kognitive Verzerrung dar. Sie bildet neben dem resultierenden Verhalten Escalation of Commitment den zentralen Untersuchungsgegenstand dieser Arbeit.

Bereits durch die Bezeichnung wird deutlich, dass der Fokus weg von tatsächlichem oder wahrscheinlichem Output hin zum bereits erbrachten Input verschoben wird. Sobald Ressourcen eingesetzt wurden, ist eine Tendenz zu verzeichnen, weiterhin an der Investitionsentscheidung festzuhalten.<sup>35</sup> Die Erfolgswahrscheinlichkeit der Unternehmung oder des

---

<sup>27</sup> vgl. Gigerenzer, G.; Zimmer, A., 2021.

<sup>28</sup> vgl. Kahneman, D., 2012, S. 127.

<sup>29</sup> vgl. Gigerenzer, G.; Zimmer, A., 2021.

<sup>30</sup> vgl. Schuch, B., 2000, S. 350.

<sup>31</sup> vgl. zu diesem Absatz Kahneman, D., 2012, S. 106.

<sup>32</sup> Nouri, P., 2021, S. 213.

<sup>33</sup> Nouri, P., 2021, S. 213.

<sup>34</sup> vgl. Nouri, P., 2021, S. 215.

<sup>35</sup> vgl. Arkes, H. R.; Blumer, C., 1985, S. 124.

Projekts wird nun danach bemessen, was bereits investiert wurde.<sup>36</sup> Obwohl vergangene Investments aus rationaler Betrachtung heraus nicht als Entscheidungsgrundlage dienen sollen, stellt sich dies hier klar heraus.<sup>37</sup>

Im Allgemeinen kann es sich im Rahmen von Sunk Cost Fallacy hierbei um monetäre Investments, jedoch auch um eingesetzte Energie und emotionale Involviertheit handeln. So findet sich die Sunk Cost Fallacy auch in weiteren Lebensbereichen wieder. Als Beispiele können hier fehlgehende Aktiengeschäfte, nicht-lukratives Investment in immer wieder zu reparierende Gegenstände, aber auch in zwischenmenschlichen Beziehungen angeführt werden.<sup>38</sup> Im unternehmerischen Kontext ist Sunk Cost Fallacy auf das Scheitern eines Start-Ups, eines mittelständischen Unternehmens oder eines Projektes zu beziehen.

Sollte sich eine anhaltende, negative Entwicklung abzeichnen, die bis zur potentiellen Insolvenz getrieben wird, ist es nicht rational, weiterhin Ressourcen einzusetzen. Ein Abbruch der Investition erscheint vermehrt sinnvoll, je länger das Investitionsvorhaben bereits anhält. Dennoch halten Individuen länger an Projekten und an ihren Start-Ups fest, als es vernünftig wäre.<sup>39</sup> Der Gründer / die Gründerin verknüpft emotionalen Wert mit seinem/ ihrem Investment.<sup>40</sup> Hoffnung darauf, die bereits irreversibel eingesetzten Ressourcen wiederzuerlangen und einen Turnaround zu erwirken, ist einer der Hintergründe für Sunk Cost Fallacy.<sup>41</sup> Der Bias der SCF bildet die vorrangig zugrunde liegende kognitive Verzerrung für das gezeigte Verhalten von Escalation of Commitment.<sup>42</sup>

Escalation of Commitment (EOC) bezeichnet neben dem Festhalten an einer Investition die zusätzliche Steigerung des Inputs oder auch der eingesetzten Ressourcen, obwohl durch neue Erkenntnisse ersichtlich ist, dass das Feedback hierauf stets negativ sein wird.<sup>43</sup> Es wird noch mehr Geld investiert; es wird noch mehr Zeit eingebracht, trotz wiederkehrender negativer Response.

Eine Begründung hierfür bietet Selbstbestätigung, zu der Menschen im Allgemeinen tendieren.<sup>44</sup> Sie wollen die Integrität ihres positiven Selbstbildes aufrechterhalten. Dazu zählt jedoch nicht nur ihre Selbstwahrnehmung; sie möchten auch in ihrem Umfeld den Eindruck vermitteln, den sie selbst für sich konstruiert haben.<sup>45</sup> Aus diesem Grund werden Handlungsstränge und äußere Einflüsse, die nicht ins Selbstbild passen, rationalisiert und/ oder durch defensives Verhalten legitimiert.<sup>46</sup>

---

<sup>36</sup> vgl. Nouri, P., 2021, S. 215.

<sup>37</sup> vgl. Arkes, H. R.; Blumer, C., 1985, S. 124.

<sup>38</sup> vgl. Meyer, W. G., 2014, S. 7.

<sup>39</sup> vgl. Sandri, S. et al., 2010, S. 43.

<sup>40</sup> vgl. Meyer, W. G., 2014, S. 7.

<sup>41</sup> vgl. Sandri, S. et al., 2010, S. 34.

<sup>42</sup> vgl. Nouri, P., 2021, S. 214.

<sup>43</sup> vgl. Nouri, P., 2021, S. 214.

<sup>44</sup> vgl. Nouri, P., 2021, S. 214.

<sup>45</sup> vgl. Nauen, A., S. 7.

<sup>46</sup> vgl. Schütz, N., 2022.

Die Konsequenz ohne dieses Verfahren wäre kognitive Dissonanz, die entsteht, „wenn eine Person zwischen zwei wahrgenommenen Kognitionen einen Widerspruch empfindet.“<sup>47</sup> Es entsteht eine innere Angespanntheit, welche grundsätzlich als unangenehm empfunden wird, sowie das Bedürfnis, den wahrgenommenen Widerspruch zu beseitigen.<sup>48</sup> Unternehmer:innen halten also an ihrer fehlgehenden Investitionsentscheidung fest, um ihre vorangegangene Entscheidung zur Gründung des Start-Ups vor sich selbst und vor Anderen zu rechtfertigen. Je größer der Selbstrechtfertigungswunsch ausfällt, desto mehr zusätzliche Allokation von Ressourcen ist die Folge.<sup>49</sup>

Eng hiermit verwandt ist der sogenannte „Need for cognitive closure“.<sup>50</sup> Der Ausdruck beschreibt das Bedürfnis von Personen nach einer klar definierten Antwort, um Unsicherheit zu vermeiden. Hier führen Unsicherheiten zu innerer Anspannung. Für die Erhaltung ihrer mentalen Stabilität neigen manche Menschen dazu, Informationen auszublenden bzw. bewusst zu begrenzen.<sup>51</sup> Ihr Entscheidungsverhalten ist durch subjektiv empfundene Dringlichkeit gekennzeichnet, weswegen sie auch vermehrt zu Biases und damit verbunden zu EOC neigen.

Ein weiterer Aspekt, der Escalation of Commitment in beträchtlichem Ausmaß bedingt, ist die Angst vor dem Versagen.<sup>52</sup> Vorangegangene, negative Erfahrungen im Kontext Start-Up-Gründung und -Etablierung werden dabei in die Berücksichtigung einbezogen.<sup>53, 54</sup>

Eng verknüpft ist diese Versagensangst mit Schamgefühlen und der Furcht von gesellschaftlicher oder familiärer Verurteilung.<sup>55</sup> Diese Ängste können zur Prokrastination bezüglich der Desinvestment-Entscheidung führen.

Generell werden mit dem Scheitern einer Unternehmung eher negative Emotionen in Verbindung gebracht. Darunter fallen beispielsweise ein schlechtes Gewissen, Scham- und Verantwortungsgefühl, aber auch Wut, Angst, Panik sowie Trauer und Stress. Das Scheitern der eigens etablierten Unternehmung ist gleichzusetzen mit einem Verlust einer Sache mit hohem persönlichem Wert.<sup>56</sup> Diese schlechten Emotionen, die potentiell daraus resultieren können, können die Entscheidungsbildung lähmen und ein Desinvestment verzögern.

Bezüglich der Verarbeitung negativer Emotionen sind besonders Durchhaltevermögen und Stressresistenz wichtige Eigenschaften für Unternehmensgründer und -gründerinnen.<sup>57</sup> Durch die hohe Unsicherheit und Ambiguität bei Gründung eines Start-

---

<sup>47</sup> Raab, G.; Unger, A.; Unger, F., 2010, S. 42.

<sup>48</sup> vgl. Raab, G.; Unger, A.; Unger, F., 2010, S. 42.

<sup>49</sup> vgl. Brockner, J., 1992, S. 43.

<sup>50</sup> Lin, N. et al., 2022, S. 3.

<sup>51</sup> vgl. Lin, N. et al., 2022, S. 3.

<sup>52</sup> vgl. Costa, P. L.; Ferreira, J. J.; Torres de Oliveira, R., 2023, S. 11.

<sup>53</sup> vgl. Costa, P. L.; Ferreira, J. J.; Torres de Oliveira, R., 2023, S. 11.

<sup>54</sup> vgl. Nouri, P., 2021, S. 217.

<sup>55</sup> vgl. Costa, P. L.; Ferreira, J. J.; Torres de Oliveira, R., 2023, S. 13.

<sup>56</sup> vgl. Ucbasaran, D. et al., 2013, S. 178.

<sup>57</sup> vgl. Nouri, P., 2021, S. 215.

Ups sind Misserfolge relativ häufig zu verzeichnen.<sup>58</sup> Zu überwinden gilt es unter anderem die Seed Stage, die den Grundstein für die Etablierung des Start-Ups legt. In dieser Entwicklungsphase werden kaum bis keine Umsätze generiert, da das Unternehmen sich noch in der Konzeptentwicklung befindet. Diese Phase kann daher im Regelfall keine finanziellen Erfolge verzeichnen und baut tendenziell Schulden auf. Doch auch im weiteren Verlauf des Lebenszyklus eines Start-Ups sehen sich Gründer und Gründerinnen mit Komplikationen konfrontiert: 82,6 % der Start-Ups weisen Aspekte auf, die ihre Geschäftslage beeinträchtigen, darunter vor allem Engpässe bei der Liquidität.<sup>59</sup>

Es ist für Unternehmensgründer und -gründerinnen also von zentraler Bedeutung, Komplikationen und kleine bis mittelgroße Krisen durchzustehen. Zu differenzieren ist hierbei allerdings das Überwinden von Krisen, nach denen sich das Start-Up innerhalb gewisser Zeit wieder erholt, und das Over-Investment, bei dem lediglich noch Kosten anfallen und trotzdem vehement die Aufrechterhaltung der Unternehmung angestrebt wird.<sup>60</sup> Letzteres führt über mehrere Perioden hinweg mit hoher Wahrscheinlichkeit zum Scheitern des Start-Ups. Laut Schätzungen erleiden 70 bis 90 % der Start-Ups innerhalb der ersten drei Jahre einen finanziellen Zusammenbruch.<sup>61</sup>

In der Literatur wird Scheitern von Unternehmungen derweil auf verschiedene Weisen spezifiziert: Die Möglichkeiten belaufen sich von Verfehlung eines durch den Gründer/ die Gründerin definierten Schwellenwertes für den Unternehmenserfolg bis hin zur vollständigen Insolvenz.<sup>62, 63</sup> Als Scheitern wird im Rahmen dieser Arbeit auch der Austritt des Gründers/ der Gründerin aus dem eigens aufgebauten Start-Up betrachtet. Der Austritt wird bezeichnet als der Prozess, in welchem der Gründer/ die Gründerin einer privaten Unternehmung das Eigentum und die rechtliche Verfügung an der Unternehmung aufgibt.<sup>64</sup>

Die Entscheidung zum Austritt aus der Investition und damit aus dem Eigentümerverhältnis kann jedoch auch aus vermeintlich rationalen Gründen aufgeschoben werden. Das bewusste Verzögern einer unumkehrbaren Desinvestmententscheidung kann die potentielle Rendite erhöhen, auch wenn der aktuelle, erwartete Nettocashflow negativ ist.

Nettozahlungsströme sind abhängig von neuen Informationen, welche in späteren Perioden erst bekannt oder ersichtlich werden. Somit besteht die Chance, dass eine potenzielle spätere Information zur Generierung von Einzahlungsüberschüssen beiträgt. Solange die finale Desinvestition noch nicht getätigt ist, besteht die Möglichkeit auf ein Projekt, welches sich am Ende doch noch als rentabel herausstellt. Ein vorzeitiger Exit würde diese Möglichkeit auf einen potenziellen Turnaround zunichtemachen. Ein zu später Austritt jedoch kann zur Verschwendung finanzieller Ressourcen des Gründers führen.<sup>65</sup> Es kommt aufgrund eines Zwiespalts zu einer „Entscheidungs-Trägheit“.<sup>66</sup> Dies erfolgt jedoch nicht nur nach

---

<sup>58</sup> vgl. Shepherd, D. A.; Patzelt, H., 2017, S. 63.

<sup>59</sup> vgl. Kollmann, T. Prof. Dr. et al., 2022, S. 53.

<sup>60</sup> vgl. Nouri, P., 2021, S. 217.

<sup>61</sup> vgl. Annika van der Hoek, 2023.

<sup>62</sup> vgl. Shepherd, D. A.; Patzelt, H., 2017, S. 65.

<sup>63</sup> vgl. Costa, P. L.; Ferreira, J. J.; Torres de Oliveira, R., 2023, S. 1.

<sup>64</sup> vgl. DeTienne, D. R., 2010, S. 204.

<sup>65</sup> vgl. Sandri, S. et al., 2010, S. 32.

<sup>66</sup> vgl. Sandri, S. et al., 2010, S. 31.

rationalen Aspekten, sondern beruht auch und vor allem auf Biases wie der Sunk Cost Fallacy.<sup>67</sup>

Einen weiteren Erklärungsansatz für Sunk Cost Fallacy und Escalation of Commitment bildet die Prospect Theorie. Diese beinhaltet drei zum Sachverhalt beitragende Hauptaspekte.

Der potentielle Nutzen wird hier nicht mit einem Erwartungswert gleichgesetzt, sondern von relativen Vermögensänderungen zum Referenzpunkt abgebildet. Der Nutzen wird somit als relativer Gewinn oder Verlust quantifiziert.<sup>68</sup>

Zudem werden unsichere, äußere Umstände nicht mit ihrer tatsächlichen Eintrittswahrscheinlichkeit bemessen. Die Eintrittswahrscheinlichkeit recht gewiss stattfindender Ereignisse wird in der Tendenz unterschätzt, während sehr unsicheren Ereignissen eine zu hohe Wahrscheinlichkeit zugeordnet wird.<sup>69</sup>

Auch die Komponente Verlustaversion der Prospect Theory bildet ein wichtiges Argument: Für Menschen haben Verluste eine stärkere negative Gewichtung als Gewinne eine positive.<sup>70</sup>

In Bezug auf die Sunk Cost Fallacy bedeutet das, die eingesetzten Ressourcen stellen bei Abbruch der Investition einen Verlust in Referenz zum Status quo dar. Der Verlust der bisher eingesetzten Ressourcen ohne adäquaten Outcome oder Kostenersatz wird stärker gewichtet als potenzielle Nutzenzuflüsse aus der Unternehmung. Negative Emotionen werden ausgelöst. Weiterhin wird die Wahrscheinlichkeit eines Turnarounds überschätzt. Diese Gegebenheiten begünstigen weitere Investitionen, obwohl negatives Feedback wahrscheinlich ist. Die Folge bildet Escalation of Commitment.

Eine ergänzend zu nennende, kognitive Verzerrung, auf die EOC aufbaut, ist der Optimism-Bias. Er besagt, dass Entscheidungsträger und -trägerinnen zu positiv eingestellt sind bezüglich des potentiellen Nutzens einer Investition.<sup>71</sup> Dies betrifft zum einen die Überschätzung der eigenen Einflussnahme auf die weitere Entwicklung, aber auch zu hohen Optimismus bezüglich eines höher ausfallenden Nutzen als einkalkuliert. Potentielle Verluste werden weiterhin unterschätzt.<sup>72</sup> Er ähnelt gemäß seiner Natur stark dem Overconfidence-Bias.

Entgegen der breiten Basis in der Forschungslage, dass Escalation of Commitment ein oft beobachtetes Verhaltensmuster darstellt, gibt es auch empirische Belege, die ein konträres Handeln als Reaktion auf ein scheiterndes Unternehmen abbilden. Es kann beispielsweise ein Reverse Sunk Cost Effect festgestellt werden, der ebenfalls durch Verlustaversion zu begründen versucht wird.<sup>73</sup>

---

<sup>67</sup> vgl. Sandri, S. et al., 2010, S. 31.

<sup>68</sup> vgl. Kahneman, D.; Tversky, A., 1979, 280 f.

<sup>69</sup> vgl. Kahneman, D.; Tversky, A., 1979, 280 f.

<sup>70</sup> vgl. Kahneman, D.; Tversky, A., 1979, 279 f.

<sup>71</sup> vgl. Meyer, W. G., 2014, S. 10.

<sup>72</sup> vgl. Meyer, W. G., 2014, S. 17.

<sup>73</sup> vgl. Negrini, M.; Riedl, A. M.; Wibrat, M., 2020, S. 1117.

Weitere Empirie deutet darauf hin, dass bei Unternehmer:innen entgegen des stärkeren Involvements bezüglich ihres Start-Ups gleichzeitig rationaleres Verhalten bezüglich der Desinvestment-Entscheidung nachgewiesen werden kann als bei anderen Berufsgruppen.<sup>74</sup>

### 2.3 Potenzielle Einflussfaktoren auf Escalation of Commitment

Im folgenden Kapitel der Arbeit wird anhand der vorliegenden Literatur untersucht, welche Faktoren sich eventuell auf Escalation of Commitment auswirken können. Auch die Ausprägung des jeweiligen, potentiellen Einflusses wird beleuchtet.

Die erste relevante Möglichkeit der Beeinflussung von Escalation of Commitment stellt die persönliche Risikoneigung des Unternehmensgründers bzw. der -gründerin dar.

Erkenntnisse der aktuellen Forschung weisen auch auf geschlechtsspezifische Unterschiede hinsichtlich der Motive in Bezug auf Escalation of Commitment auf. Frauen unterliegen laut qualitativer Studien eher sozialem Verantwortungsgefühl.<sup>75</sup>

Aus diesem Grund spielt auch sozialer Druck in dieser Arbeit eine zentrale Rolle als möglicher Einflussfaktor auf Escalation of Commitment. Dieser wird hier auf zwei Arten definiert: Erwartungsdruck durch das direkte persönliche Umfeld des Gründers oder der Gründerin sowie allgemeiner gesellschaftlicher Erwartungsdruck.

---

<sup>74</sup> vgl. Sandri, S. et al., 2010, S. 42.

<sup>75</sup> vgl. Nouri, P., 2023, S. 910.

### 2.3.1 Individuelle Risikoneigung

Die persönliche Risikoneigung von Unternehmern und Unternehmerinnen stellt oft einen zentralen und umfassend in der Literatur beleuchteten Aspekt im Rahmen potentieller Gründungsprozesse dar. Im Kontext Escalation of Commitment erfolgte bisher keine adäquate Forschung. Es lassen sich Implikationen finden, dass Risikoaversion bei Investitionen das Verzögern des Eintritts auslösen, während im Falle der Desinvestition ein gegenteiliges Verhalten erwartet wird.<sup>76</sup> Bei steigender Risikoaversion nimmt die weiterhin investierte Zeit ab. Weitere Empirie besagt, dass Risikoneigung keinen expliziten Einfluss auf Escalation of Commitment nimmt.<sup>77</sup>

Vor dem Hintergrund dieser Inkonsistenz zur Risikoneigung als Auswirkung auf EOC wird dieser Aspekt innerhalb dieser Forschungsarbeit untersucht.

### 2.3.2 Geschlecht

Geschlechtsspezifische Unterschiede auf unternehmerische Entscheidungen wurden in der bisherigen Forschung weitgehend vernachlässigt.<sup>78</sup> Lediglich in der qualitativen Empirie lassen sich einige aktuelle und relevante Aspekte finden.

Ein Indiz für generelle geschlechtsspezifische Unterschiede in EOC bietet die Analyse der hintergründigen Motivatoren für das gezeigte Verhalten. Während männliche Gründer vor allem angetrieben werden von der Aussicht auf weiteren Profit und von der Überschätzung ihrer Fähigkeiten, sind die Motivatoren für weibliche Gründerinnen die Angst vor dem Verlust ihrer Unabhängigkeit und ein schlechtes Gewissen gegenüber der Familie.<sup>79</sup> Dies lässt darauf schließen, dass insbesondere für Frauen der soziale Druck hinter dem Erfolg eines Start-Ups besonders hoch ist.

Auch bezüglich der Risikoneigung können Differenzierungen unter den Geschlechtern gezeigt werden. Männer erreichen hier im Schnitt einen höheren Score und sind somit risikofreudiger.<sup>80</sup>

Es ist demnach naheliegend, ebenfalls Escalation of Commitment auf genderspezifischen Einfluss zu überprüfen.

### 2.3.3 Sozialer Druck durch das persönliche Umfeld

Auf die Kapitalgewährung von nahestehenden Personen greifen 23,3 % der Start-Up-Gründer und -Gründerinnen zurück, obwohl nur 8,6% diese Quelle nutzen möchten.<sup>81</sup> Gegenläufig stellt sich das Verhältnis bei der Kapitalbeschaffung von Venture Capitalists dar: Zu 18,6 % wird diese Art der Beschaffung tatsächlich genutzt, sie wird jedoch zu 44,4%

---

<sup>76</sup> vgl. Sandri, S. et al., 2010, S. 31.

<sup>77</sup> vgl. Sandri, S. et al., 2010, S. 41.

<sup>78</sup> vgl. Nouri, P., 2021, S. 215.

<sup>79</sup> vgl. Nouri, P., 2023, S. 893.

<sup>80</sup> vgl. Meertens, R. M.; Lion, R., 2008, S. 1516. f.

<sup>81</sup> vgl. Kollmann, T. Prof. Dr. et al., 2022, S. 36.



präferiert.<sup>82</sup> Dieses Bild suggeriert, dass Gründer und Gründerinnen die Finanzierung ohne Bezug zum persönlichen Umfeld grundsätzlich vorziehen.

Da Unternehmer und Unternehmerinnen ihre Entscheidung für das Start-Up vor sich und anderen zu legitimieren versuchen, müsste ein beträchtlicher Kapitalverlust bei eingebrachten Mitteln durch Familienmitglieder und/ oder Freund:innen diesen Druck verstärken. Verantwortungs- bzw. Schuldgefühl sind wichtige Motivatoren für EOC.<sup>83</sup> Auch die Erhaltung externer Bestätigung in Form von sozialer Wertschätzung spielt eine wichtige Rolle in diesem Kontext.<sup>84</sup>

Es liegt Grund zur Annahme vor, dass sozialer Druck durch das familiäre Umfeld Escalation of Commitment verstärkt. Dies wird im Rahmen dieser Forschungsarbeit betrachtet.

#### 2.3.4 Gesellschaftlicher Erwartungsdruck

Unternehmer: und Unternehmerinnen investieren nicht nur Zeit und Geld in den Aufbau ihres Start-Ups, sondern auch Energie. Dies führt dazu, dass sie sich zum Teil oder ganzheitlich mit ihrer Unternehmung identifizieren und den Geschäftszweck ebenso zu Zielen der Selbstverwirklichung nutzen.<sup>85</sup> Dies kann auch als unternehmerische Leidenschaft betitelt und als Grund für EOC angeführt werden.<sup>86</sup>

Aktuelle gesellschaftliche Entwicklungen bedingen, dass der Geschäftszweck eines Start-Ups nicht nur die Gewinnorientiertheit darstellt. 46 % deutscher Gründer und Gründerinnen geben an, dass sie mit ihrer Unternehmung auch nachhaltige und ressourcenschonende Zwecke verfolgen; 42,2% gehen sozialen Zielen nach.<sup>87</sup>

Da mithilfe der Verfolgung eines solchen Zweckes ein gesellschaftlicher Mehrwert generiert werden kann, besteht in Anbetracht der Selbstlegitimierungstheorie Grund zur Annahme, dass gesellschaftlicher Verantwortungsdruck entstehen könnte. Furcht vor dem Gesichtverlust in der Öffentlichkeit und Stigmatisierung aufgrund des Versagens bilden einen potenzielle Motivatoren für Escalation of Commitment.<sup>88,89</sup>

#### 2.4 Forschungsfrage

Die dargelegten Forschungsergebnisse bieten bezüglich des Vorkommens von Escalation of Commitment keine Konsistenz. In einigen Studien kann EOC festgestellt werden, in anderen hingegen wird ein gegenteiliger Effekt ersichtlich.<sup>90</sup> Potenzielle Hintergründe bzw. Motivatoren für das Festhalten an fehlgehenden Handlungssträngen werden zumeist nicht ausreichend einbezogen. Diese Arbeit setzt das potentiell auftretende Verhaltensmuster

---

<sup>82</sup> vgl. Kollmann, T. Prof. Dr. et al., 2022, S. 36.

<sup>83</sup> vgl. Nouri, P., 2021, S. 216.

<sup>84</sup> vgl. Costa, P. L.; Ferreira, J. J.; Torres de Oliveira, R., 2023, S. 11.

<sup>85</sup> vgl. DeTienne, D. R.; Shepherd, D. A.; Castro, J. O. de, 2008, S. 534.

<sup>86</sup> vgl. Nouri, P., 2021, S. 216.

<sup>87</sup> vgl. Kollmann, T. Prof. Dr. et al., 2022, S. 31.

<sup>88</sup> vgl. Nouri, P., 2021, S. 216.

<sup>89</sup> vgl. Ucbasaran, D. et al., 2013, S. 177.

<sup>90</sup> vgl. Negri, M.; Riedl, A. M.; Wibrat, M., 2020, S. 1117.

der EOC direkt in den Zusammenhang mit dem Start-Up-Kontext und überprüft, ob es auch in einem solchen Szenario erkennbar wird.

Nicht beleuchtet wird zudem die Frage, ob konkret die Faktoren gesellschaftliche Verantwortung, Involviertheit sozialer Bindungen sowie individuelle Risikoneigung eine Beeinflussung bewirken. Auch eventuelle Interaktionseffekte dieser Faktoren werden nicht eingehender betrachtet. Daher ist dies der zentrale Forschungsgegenstand dieser Arbeit.

## 2.5 Hypothesen

Abgeleitet vom Forschungsgegenstand der Arbeit lassen sich folgende Hypothesen aufstellen:

*H.1) Im Start-Up-Kontext lässt sich Escalation of Commitment basierend auf der kognitiven Verzerrung Sunk Cost Fallacy als Verhaltensmuster aufweisen.*

Literarisch betrachtet gibt es sowohl Hinweise auf die Existenz von Escalation of Commitment als auch auf entgegengesetzte Effekte. Diese Hypothese dient der Überprüfung, ob sich EOC in einem Start-Up-Szenario nachweisen lässt. Konkret wird die Auswirkung bereits investierter Zeit in ein Start-Up auf die gewählte, weiterhin eingesetzte Zeit untersucht.

*H.2) Escalation of Commitment wird verstärkt durch die individuelle Risikoneigung eines Start-Up-Gründers bzw. einer Start-Up-Gründerin.*

Die bisherige Untersuchung persönlicher Risikoneigung im unternehmerischen Kontext lässt vermuten, dass Risk Propensity eine Auswirkung auf den Aufschub Desinvestition hat. Dies wird mittels der Hypothese H.2 untersucht.

*H.3) Geschlechtsspezifische Unterschiede werden deutlich und Männer investieren aufgrund ihrer höheren Risikoneigung in der Tendenz länger.*

Wenn Risikoneigung, wie bereits erwähnt, eine Auswirkung auf die investierte Zeit besitzt und Männer tendenziell risikobereiter sind, werden sie potentiell länger an Investitionen festhalten als Angehörige anderer Geschlechter. Dies wird via Hypothese H.3 getestet.

*H.4) Der soziale Druck durch gesellschaftliche und ökologische Verantwortung verstärkt Escalation of Commitment.*

Soziale Aspekte wie Verantwortungsgefühl spielen gemäß der literarischen Analyse eine Rolle bezüglich Escalation of Commitment. Das Vorliegen von Corporate Social Responsibility (CSR) löst das Gefühl von gesellschaftliche Verpflichtung aus. Dies könnte den Druck hinter EOC erhöhen. Jenes wird anhand von Hypothese H.4 geprüft.

*H.5) Geschlechtsspezifische Unterschiede aufgrund gesellschaftlicher/ ökologischer Verantwortung werden deutlich und Männer steigen früher aus der Investition aus.*

Frauen wie bereits angeführt leiden eher unter dem Erwartungsdruck ihrer Familien. Gegebenenfalls übt auch gesellschaftliche Verantwortung mehr Druck auf sie aus. Daher wird ein Einfluss des Geschlechts in Verbindung mit CSR untersucht.

*H.6) Der soziale Druck durch Involviertheit sozialer Bindungen verstärkt Escalation of Commitment.*

Schamgefühle gegenüber Familienangehöriger oder Freund:innen gelten laut Stand der Forschung als potenzieller Einflussfaktor auf EOC. Dies wird im Rahmen der Studie mittels Hypothese H.6 genauer betrachtet.

*H.7) Geschlechtsspezifische Unterschiede bezüglich des sozialen Drucks aufgrund sozialer Bindung werden ersichtlich und Frauen investieren länger.*

Wieder zu erwähnen ist, dass Frauen sozialem Druck weniger standhalten können. Daher wird ein Einfluss des Geschlechts vermutet und mittels Hypothese H.7 getestet.

### 3 Forschungsmethode

In diesem Abschnitt der Arbeit wird die angewendete Forschungsmethode vorgestellt, anhand derer die aufgestellten Hypothesen überprüft werden sollen. Zuerst wird die konkrete Herangehensweise beleuchtet und legitimiert. Darauf folgend werden die ausschlaggebenden Variablen und deren Codierung innerhalb der ermittelten Daten konkretisiert.

#### 3.1 Forschungsansatz und Studiendesign

Als Herangehensweise zur Analyse von Escalation of Commitment im Start-Up-Kontext wird ein szenario-basiertes Experiment gewählt. Ein szenario-basiertes Experiment oder eine experimentelle Studie ist dadurch gekennzeichnet, dass den Teilnehmern und Teilnehmerinnen unterschiedliche Szenarien vorgelegt werden, in die sie sich bestmöglich hineinversetzen sollen.<sup>91</sup> Unabhängige Merkmale können mittels Within-Subjects- oder mittels Between-Subjects-Design in der Studie implementiert und somit als potenzielle Einflussfaktoren auf die abhängige Variable untersucht werden.

Das Between-Subjects-Setting repräsentiert die Einteilung der Teilnehmer:innen insgesamt in zwei oder mehrere Teilgruppen, denen jeweils unterschiedliche Werte eines unabhängigen Merkmals zugewiesen werden.<sup>92</sup> Die Auswirkungen auf die abhängige Variable werden zwischen den verschiedenen Gruppen gemessen. Das Within-Setting hingegen teilt den Probanden und Probandinnen jede mögliche Ausprägung der unabhängigen Variablen zu. Die Auswirkung auf die abhängige Variable wird intrapersonell überprüft.<sup>93</sup>

Den Probanden und Probandinnen werden im Rahmen der dieser Arbeit zugrunde liegenden Studie jeweils zwölf unterschiedliche Business Cases als Szenarien vorgelegt. Das Setting der Cases soll jedes Mal implizieren, dass die Teilnehmer und Teilnehmerinnen bereits selbst ein Start-Up gegründet haben. Escalation of Commitment oder der zugrunde liegende Bias (Sunk Cost Fallacy) soll ausgelöst werden, indem das Szenario vorgibt, dass der Teilnehmer/ die Teilnehmerin bereits Zeit und Geld investiert hat, um das Start-Up aufzubauen. Die Unternehmung steht jedoch in jedem der gegebenen Kontexte aufgrund anhaltender Verluste kurz vor der Insolvenz.

Die Probanden und Probandinnen müssen entscheiden, ob sie weiterhin Zeit in die Etablierung bzw. Aufrechterhaltung des Start-Ups investieren wollen. Falls sie sich für eine weitere Zeitinvestition entscheiden, ist ebenfalls auszuwählen, wie hoch diese ausfallen soll. Die weiterhin investierte Zeit bildet die abhängige Variable, auf welche die Wirkung weiterer Aspekte untersucht werden soll.

Einen dieser Aspekte stellt die bereits eingebrachte Zeit zur Etablierung des Start-Ups dar, welche in jedem Kontext als Zeitspanne ausgewiesen wird. Es soll suggeriert werden, der Teilnehmer oder die Teilnehmerin habe bereits für die Dauer dieser Zeitspanne finanzielle und mentale Ressourcen in die Unternehmung eingebracht. Es handelt sich bei der bereits eingesetzten Zeit um eine unabhängige Variable, deren Einfluss auf die weiterhin investierte Zeit (= abhängige Variable) mittels Within-Subjects-Design getestet wird.

Die Cases unterscheiden sich ferner in der grundsätzlichen Art der Unternehmung. Sie sind in verschiedenen Branchen angesiedelt. Deutsche Start-Ups finden sich in der Realität mit

---

<sup>91</sup> vgl. Beck, E., 2023, S. 25.

<sup>92</sup> vgl. Bhandari, P., 2023.

<sup>93</sup> vgl. Hemmerich, W., 2022.

einem Anteil von 10,6 % in der Branche Medizin und Gesundheit wieder. Zu 10,2% ist der Sektor Nahrungsmittel und Konsum vertreten. Die Bereiche Bildung und Textilindustrie spielen mit 3,5 % bzw. 2,1 % eine untergeordnete Rolle.<sup>94</sup> Um jedoch ein breites Interessenspektrum abzudecken, werden jeweils diese Bereiche auch für die Studie ausgewählt. Da im Jahr 2022 65,1 % der deutschen Start-Ups als digitales Geschäftsmodell beschrieben werden, sind auch die Szenarien der Online-Studie darauf ausgelegt.<sup>95</sup>

Einen weiteren Grund für diese Darstellungsweise bildet die Möglichkeit, die Geschäftszwecke innerhalb dieser Segmente jeweils nachhaltig oder gesellschaftlich relevant oder lediglich profitorientiert zu gestalten. Dieser Zusammenhang bildet den zentralen Aspekt bezüglich des Geschäftszweckes. Es soll analysiert werden, ob gesellschaftlicher Erwartungsdruck als Einflussfaktor auf Escalation of Commitment wirkt. Dies wird in der Studie ebenfalls als Within-Subjects-Design implementiert. Den Probanden und Probandinnen werden jeweils sechs nur kommerzielle Business Cases vorgelegt. Die weiteren sechs Cases verfolgen zusätzlich einen sozialen oder ökologischen Zweck. Die Cases werden in zufälliger Reihenfolge ausgegeben, damit kein direktes Muster ersichtlich wird.

Weiterhin wird die Stichprobe aufgeteilt in zwei Gruppen, deren Arten der Kapitalbeschaffung sich im Setting unterscheiden. Das Merkmal Kapitalherkunft wird somit between subjects getestet. Die Zuteilung erfolgt randomisiert. Eine Art der Kapitalbeschaffung bildet die Bereitstellung von Kapital durch einen Venture Capital Fund. Der Kernaspekt dieser Kapitalgewährung ist, dass keine vertragliche Rückzahlungspflicht im Falle einer Insolvenz besteht. Venture Capital hat im Regelfall die Eigenschaften von bilanziellem Eigenkapital. Somit werden die Kapitalgeber wie Shareholder behandelt und im Insolvenzfall nachrangig bedient.<sup>96</sup>

Der anderen Probandengruppe wird suggeriert, das Kapital sei von Familienmitgliedern oder engen Freunden/ Freundinnen geliehen. Es soll impliziert werden, dass im zweiten Fall eine Rückzahlungsverpflichtung sowie eine soziale Bindung zum Kapitalgeber bestehen. So kann getestet werden, ob sozialer Druck durch Beteiligung des persönlichen Umfeldes einen wesentlichen Unterschied der Escalation of Commitment erzeugt.

Nach der Einschätzung der Business Cases beantworten die Probanden und Probandinnen sieben Fragen zu ihrer individuellen Risikoneigung. Dies dient der Überprüfung, ob die individuelle Risikoneigung einer Person ebenso Auswirkungen auf die Ausprägung der weiterhin investierten Zeit hat.

Zuletzt werden Fragen zur Demografie gestellt. Die abgefragten Merkmale umfassen unter anderem Geschlecht, Altersgruppe, Bildungsstand und aktuellen Status. Der Status ist hierbei gleichzusetzen mit der aktuell ausgeübten beruflichen Haupttätigkeit. Die Abfrage der demografischen Daten dient zum einen dazu, geschlechterspezifische Unterschiede festzustellen. Zum anderen bietet dieses Vorgehen einen Überblick über die Zusammensetzung der Stichprobe.

Abbildung 2 bietet eine vereinfachte Veranschaulichung des Studien-Designs. Die Klassifizierung in kurz oder lang symbolisiert die bereits aufgewendete Zeit für die Etablierung des Start-Ups. Die Bezeichnung CSR steht für „Corporate Social Responsibility“ und ist damit Indikator für gesellschaftliche oder ökologische Verantwortung innerhalb des

---

<sup>94</sup> vgl. Kollmann, T. Prof. Dr. et al., 2022, S. 16.

<sup>95</sup> vgl. Kollmann, T. Prof. Dr. et al., 2022, S. 17.

<sup>96</sup> vgl. Schroer, K., o.J.

jeweiligen Settings. Setting steht im Rahmen der Abbildung lediglich für die Ausprägung der inhaltlichen Variablen (CSR, Dauer). Jedes Setting kommt dreimal in der Studie vor, sodass die Anzahl von 12 Business Cases zustande kommt.

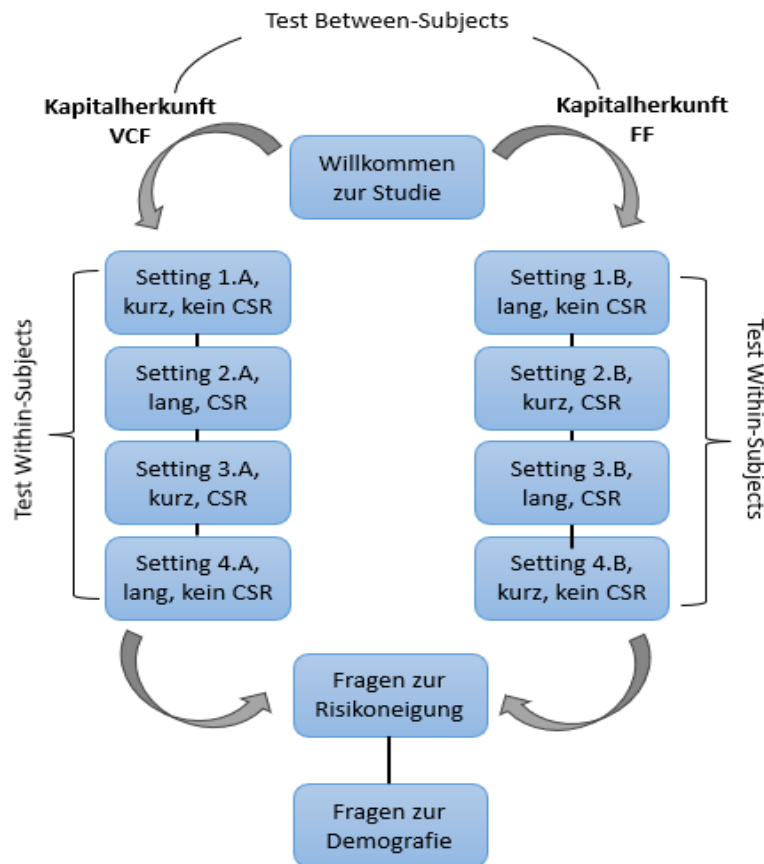


Abbildung 2: Vereinfacht dargestellter Studienverlauf

### 3.2 Datenerhebung und -auswertung

Als Herangehensweise zur Datenerhebung wird eine Online-Studie gewählt, um Effizienz zu gewährleisten. Die digitale Erhebungsform sorgt für zeitliche und lokale Unabhängigkeit.

Es handelt sich um ein szenario-basiertes Experiment, bei welchem bestimmte Faktoren bewusst modifiziert werden, um entsprechende Konsequenzen aufzudecken und zu untersuchen.<sup>97</sup> Das zugrunde liegende Szenario bildet einen Entscheidungsprozess im Zusammenhang mit einem scheiternden Start-Up ab, in welchen die Teilnehmer:innen sich einfüllen sollen. Analog der bereits beschriebenen Methodik werden Variablen bewusst verändert, um deren Auswirkungen auf den Forschungsgegenstand (Eskalation of Commitment) zu analysieren. Der Einfluss der unabhängigen Variable Kapitalherkunft wird In-between-Subjects überprüft, der Einfluss aller anderen unabhängigen Variablen Within-Subjects.

Die Implementierung und Durchführung der Studie erfolgt über das Online-Survey-Tool „Unipark“. Vor der Online-Schaltung wird ein Pretest zur Überprüfung der Verständlichkeit und der Handhabung der Studie durchgeführt. Nach der Rückmeldung der Testgruppe werden einzelne Anpassungen der Formulierungen vorgenommen, welche für mehr Klarheit bei der breiten Masse sorgen soll. Zudem werden fachspezifische Begriffe eliminiert oder

<sup>97</sup> vgl. Jonas, K.; Stroebe, W.; Hewstone, M., 2014, S. 37.

erläutert. Eine wichtige Ergänzung stellt die Erläuterung von Venture Capital innerhalb der Studie dar.

Im Anschluss findet die Studie über einen zweiwöchigen Zeitraum hinweg statt und erreicht durch die Verbreitung an der Fachhochschule Aachen und über Social Media insgesamt 232 Teilnehmer und Teilnehmerinnen.

Die Daten werden nach Beendigung der Studie aus dem Umfragetool extrahiert und in einen Datensatz in .xlsx-Format transformiert. Zur Datenaufarbeitung und -auswertung werden das Microsoft Office-Tool Excel und die Statistik-Software R herangezogen. Für die Kalkulationen in R wird der Datensatz entsprechend des nächsten Kapitels modifiziert.

### 3.3 Konkretisierung und Codierung der Variablen

#### Weiterhin investierte Zeit

Der Faktor „Weiterhin investierte Zeit“, welcher von den Teilnehmern und Teilnehmerinnen jeweils pro Business Case zu bewerten ist, stellt die abhängige Variable der Studie dar. Es soll überprüft werden, ob diese Größe maßgeblich und systematisch beeinflusst wird von den folgenden Aspekten:

#### Bereits eingesetzte Zeit

Die bereits eingesetzte Zeit wird klassifiziert in die Ausprägungen „kurz“ oder „lang“, wobei die Klassifizierung „lang“ noch differenziert werden kann in zwei verschiedenen andauernde Zeiträume (drei vs. fünf Jahre bereits anhaltenden Geschäftsbetrieb).

Dieses Konzept wurde gewählt, um zum einen Unterschiede zwischen sehr kurzer, bereits investierter Zeit und länger andauernden Zeiträumen festzustellen. Zum anderen kann überprüft werden, ob zusätzlich ein signifikanter Unterschied in der weiterhin investierten Zeit entsteht, wenn der Zeitraum der Geschäftsdauer zusätzlich zunimmt. Nach erster Sichtung der Ergebnisse ist innerhalb der beiden längeren Geschäftsdauern kein maßgeblicher Unterschied festzustellen, weswegen dieser Ansatz zur Analyse im weiteren Verlauf der Forschungsarbeit vernachlässigt wird und lediglich die Gruppierung der Geschäftsdauer in kurz vs. lang vorgenommen wird.

Während innerhalb der Auswertung in Excel mit den Strings bzw. mit den Textwerten gearbeitet werden kann, wird im Datensatz für R eine Codierung vorgenommen. Die Klassifizierung „kurze Geschäftsdauer“ erhält den Wert 0, die „lange Geschäftsdauer“ den Wert 1.

#### Individuellen Risikoneigung des Probanden bzw. der Probandin

Die Risikoneigung des einzelnen Probanden/ der einzelnen Probandin wird mittels der Risk Propensity Scale nach Meertens und Lion ermittelt. Es handelt sich hierbei um einen verhältnismäßig kurzen Risikofragebogen, der vor allem auf der Selbsteinschätzung der Probanden und Probandinnen beruht und daher einfach in der Handhabung ist.<sup>98</sup>

Die Fragen sind jeweils anhand einer Likert-Skala zu bewerten. Hierbei handelt es sich um eine psychometrische Skala, die den Grad der Zustimmung zu mehreren Aussagen mittels eines Ratings ermittelt. Die Aussagen messen hierbei immer dasselbe Merkmal. Der Skalenwert der Likert-Skala ermittelt sich durch den Durchschnittsscore der Einzelratings.<sup>99</sup>

---

<sup>98</sup> vgl. Meertens, R. M.; Lion, R., 2008, 1515 ff.

<sup>99</sup> vgl. zu diesem Absatz Springer Verlag GmbH, 2023b.

In dem genutzten Fragebogen werden sechs Aussagen zur Ausprägung des Risikoverhaltens getroffen, denen die Teilnehmer und Teilnehmerinnen in neun Stufen „voll und ganz“ bis „gar nicht“ zustimmen können. Innerhalb der siebten Frage erfolgt eine Selbsteinschätzung, ob der Proband/ die Probandin sich für „risikovermeidend“, „risikoneutral“ oder „risikoliebend“ hält. Aus dem Mittelwert der Einzelrankings kann ein individueller Score ermittelt werden, der die Beurteilung der Risikobereitschaft der Teilnehmer und Teilnehmerinnen zulässt.

Die individuelle Risikoneigung der die Studie bearbeitenden Person ist ein stetiges Merkmal und kann Werte von eins bis neun annehmen, wobei ein höherer Score gleichzeitig für eine höhere Risikofreudigkeit steht. Zudem werden die Score-Werte im Rahmen der Auswertung in vier Intervalle gegliedert, die die folgenden Bezeichnungen annehmen: „risikoavers“, „eher risikoavers“, „eher risikofreudig“ und „risikofreudig“. Dies dient vor allem der besseren Übersichtlichkeit und der eindeutigen Zuordnung, in welche Risikoklasse das Risikoverhalten des Probanden oder der Probandin fällt. Diese Kategorisierung ist jedoch nur für die Excel-Auswertung von Relevanz.

#### Kapitalherkunft der zur Etablierung des Start-Ups eingesetzten finanziellen Mittel

Das Merkmal „Kapitalherkunft“ kann zwei Ausprägungen annehmen. Hierbei handelt es sich um Kapitalbereitstellung durch einen Venture Capital Fund (=0) und um geliehenes Kapital von Freund:innen und Verwandten (=1). Die Kapitalherkunft von nahestehenden Personen symbolisiert dabei die Involviertheit sozialer Bindungen.

#### Geschäftszweck mit gesellschaftlicher/ ökologischer Verantwortung

Eine weitere zentrale Rolle bildet der Aspekt, ob der Geschäftszweck zusätzlich zur Profitabilität ein soziales oder nachhaltiges Ziel verfolgt. Ist dies gegeben, beläuft die Codierung sich auf 1, sonst auf 0.

#### Geschlecht des Probanden/ der Probandin

In dieser Arbeit wird zwischen männlich und nicht-männlich differenziert, um eine statistische Auswertung besser möglich zu machen. Die Codierung innerhalb der Auswertung beläuft sich auf 0 (=männlich) und 1 (= nicht männlich). Hintergrund der Codierung ist die Erzeugung einer künstlichen dichotomen Variablen, die nur zwei Ausprägungen annehmen kann.<sup>100</sup> Dies dient der einfacheren Anwendung statistischer Verfahren, die gegebenenfalls ein falsches Ergebnis implizieren würden, würde eine korrekte ordinale Zuordnung verwendet („steigende Escalation of Commitment bei ‚steigendem‘ Geschlecht“).

Die nachfolgende Tabelle dient der besseren Übersichtlichkeit und Nachvollziehbarkeit der Variablenausprägungen und -codierungen.

---

<sup>100</sup> vgl. Wirtz, M. A., 2021.



<b>Variable</b>	<b>Eigenschaften</b>	<b>Codierung</b>
<b>Weiterhin investierte Zeit</b>	Abhängige Variable, zu bewerten durch die Probanden auf einer Skala mit Schieberegler	0 – 24, diskret
<b>Bereits eingesetzte Zeit</b>	Kurz / lang	0 / 1
<b>Risikoneigung</b>	Individuelle Punktzahl zum Risikoverhalten des Probanden/ der Probandin, wobei 1 = maximale Ausprägung der Risikoaversion und 9 = maximale Ausprägung der Risikofreudigkeit	1 – 9, stetig
<b>Kapitalherkunft</b>	Venture Capital Fund / Familie und Freunde	0 / 1
<b>Geschäftszweck mit gesellschaftlicher/ ökologischer Verantwortung</b>	Nicht vorhanden / vorhanden	0 / 1
<b>Geschlecht</b>	Männlich / nicht männlich	0 / 1

*Tabelle 1: Ausprägungen und Codierung der unabhängigen Variablen*

## 4 Ergebnisse

Dieses Kapitel enthält die Ergebnisdarstellung aus der Datenanalyse der Studie. Zuerst werden generelle Merkmale der Stichprobe präsentiert. Danach werden die Ergebnisse der deskriptiven Statistik sowie statistischer Test- und Analyseverfahren ausgewiesen.

### 4.1 Generelle Charakteristika der Stichprobe

An der zur Thematik durchgeführten Studie nehmen insgesamt 232 Probanden und Probandinnen teil. Jedem und jeder von ihnen werden 12 Business Cases präsentiert, sodass 2.784 Beobachtungen (= n) entstehen.

52,6 % der Probanden identifizierten sich mit dem Geschlecht männlich, 47,4 % fühlten sich einem anderen Geschlecht zugehörig. Die größte Zielgruppe der Studie beläuft sich mit 56,5 % auf Studenten und Studentinnen, gefolgt von 31,9 % Angestellten. Die drittgrößte Gruppe bilden Unternehmer und Unternehmerinnen sowie Selbstständige mit 5,6 %. Während 83,2 % der Probanden und Probandinnen noch keine Erfahrungen im Start-Up-Bereich vorweisen können, sind 9,1 % bereits als Mitarbeiter oder Mitarbeiterin tätig (gewesen) und 7,8% geben an, bereits an einem Gründungsprozess beteiligt (gewesen) zu sein.

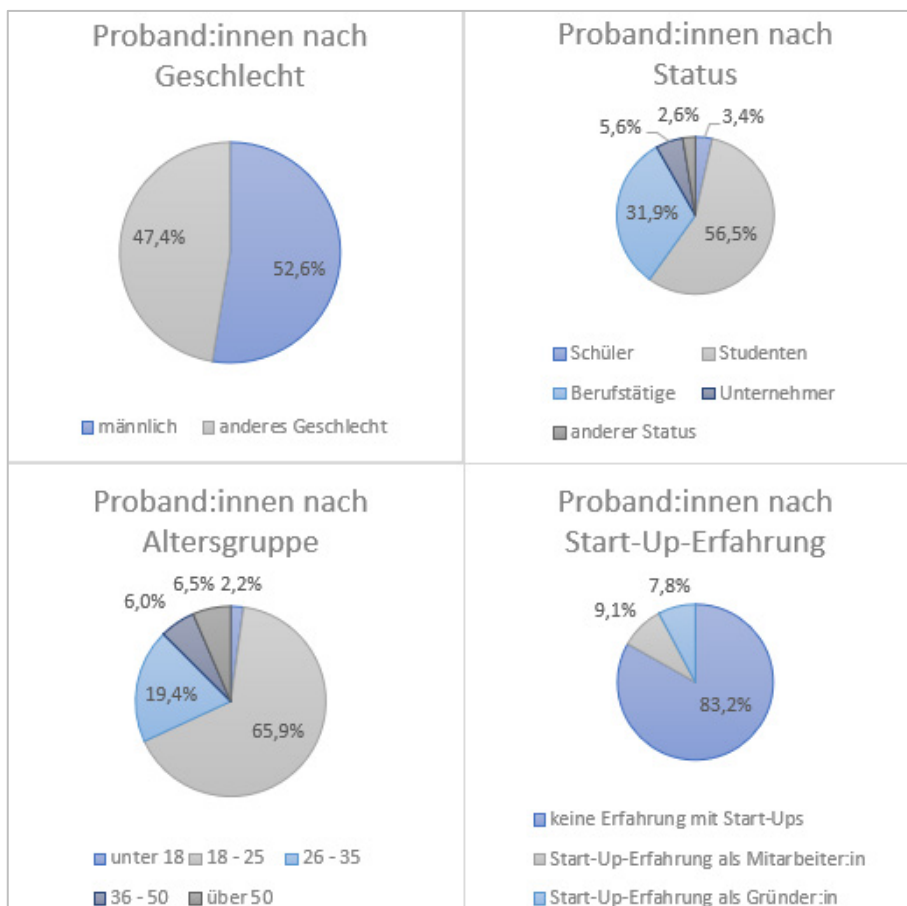


Abbildung 3: Demografische Merkmale der Probanden und Probandinnen

Die Analyse der individuellen Risikoneigung der Probanden und Probandinnen kann folgende Erkenntnisse generieren:

Mit insgesamt 68,5 % sind Menschen größtenteils risikoavers (17,2 %) bis eher risikoavers (51,3 %). Während 28,0 % der Teilnehmer und Teilnehmerinnen laut ihrer Angaben eher risikofreudig zu sein scheinen, lassen sich nur 3,4 % der Klasse risikofreudig zuordnen.

An dieser Stelle wurde auch überprüft, ob ein statistischer Zusammenhang zwischen Geschlecht und Risikoneigung auffindbar ist.

<b>Individuelle Risikoneigung</b>			
	<b>Männlich</b>	<b>Nicht-männlich</b>	$\Delta$
<b>n</b>	1.464	1.320	-
<b>Anz. Proband:innen</b>	122	110	-
<b>MITTELW.</b>	5,084	3,637	1,447
<b>Median</b>	5,071	3,571	1,500
<b>ST.ABW</b>	1,335	1,145	0,190
<b>Min.</b>	1,429	1,143	0,286
<b>Max.</b>	8,286	7,286	1,000
<b>KOR Risiko-Score, Geschlecht</b>	- 0,501		
<b>p-value</b>	< 2,2e <sup>-16</sup>		

Tabelle 2: Individuelle Risikoneigung nach Geschlecht

Anhand der Daten ist zu erkennen, dass Männer im Schnitt zu einer höheren Risikoneigung tendieren. Im Mittel beträgt ihr Risiko-Score 5,084, während Angehörige der anderen Geschlechter (weiblich/ divers) im Durchschnitt bei 3,637 liegen. Auch die höheren Minimal- und Maximalwerte ( $\Delta 0,286$  bzw.  $\Delta 1,000$ ) unterstützen die These, Männer seien risikofreudiger. Der Korrelationstest ergibt mit einem p-Wert von unter 0,05 eine statistisch signifikante Korrelation in Höhe von  $- 0,501$ , was weiterhin die These untermauert.

Der p-Wert bildet hierbei den  $\alpha$ -Wert für induktive Signifikanztests ab. Die Zuverlässigkeit dieser Tests liegt somit bei  $1 - \alpha$ .<sup>101</sup> Der gängigste Wert für ist 0,05.<sup>102</sup> Der Test gewährleistet ergo eine Zuverlässigkeit von 95 %.

<sup>101</sup> vgl. Weigand, C., 2019, S. 17.

<sup>102</sup> vgl. Walther, B., 2022c.

#### 4.2 Einzelanalyse der Auswirkung des Faktors bereits investierte Zeit zum Nachweis von Escalation of Commitment

Als erster Schritt wird die Auswirkung des Faktors bereits eingesetzte Zeit analysiert. Es wird differenziert zwischen kurzem und langem Geschäftsbestand.

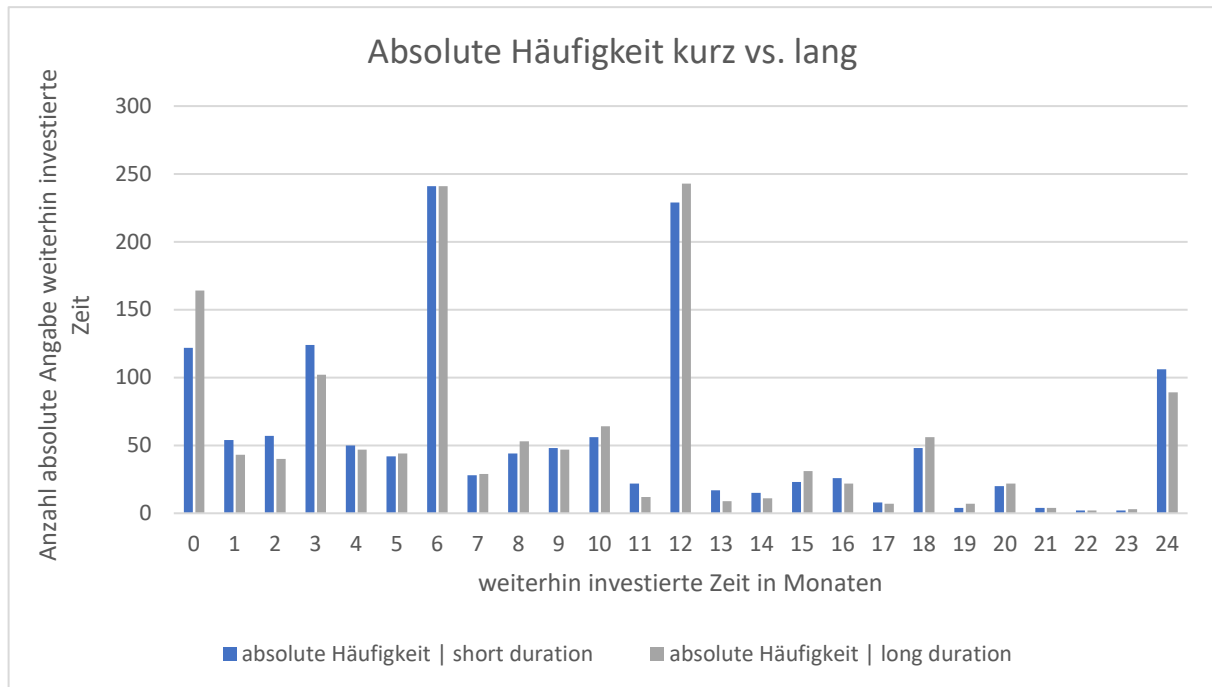


Abbildung 4: Absolute Häufigkeit der gewählten, weiterhin investierten Zeit bei kurzem vs. langem Geschäftsbetrieb

Bereits anhand der absoluten Häufigkeit der gewählten, weiterhin investierten Zeiten wird deutlich, dass ebendieses Merkmal nicht normal verteilt ist. Die Tendenz zur Auswahl von 0, 3, 6, 12 und 18 Monaten könnte auf die allgemeine Präferenz zu standardisierten Werten hindeuten, müsste aber zur Validierung im Rahmen einer anderen Untersuchung beleuchtet werden. Da die Stichprobe einen Umfang von  $n = 2.784$  Beobachtungen aufweisen kann und somit einen größeren Umfang als  $n = 30$  aufweisen kann, spielt die Voraussetzung der Normalverteilung zur Anwendung statistischer Testverfahren eine untergeordnete Rolle.<sup>103</sup>

Auch durch die Abbildung der absoluten Häufigkeiten wird bereits sichtbar, dass keine signifikante Differenzierung zwischen den Cases mit kurzer bzw. langer Geschäftsdauer hinsichtlich der weiterhin investierten Zeit stattfindet.

<sup>103</sup> vgl. Weigand, C., 2019, S. 250.

**Weiterhin investierte Zeit in Monaten in Bezug auf die bereits eingesetzte Zeit**

	<b>kurz</b>	<b>lang</b>	$\Delta$
<b>n</b>	1.392	1,392	-
<b>MITTELW.</b>	8,84	8,72	0,12
<b>Median</b>	7	7	-
<b>ST.ABW</b>	6,68	6,6	0,08
<b>t-Test</b>			
<b>t</b>	-0,567		
<b>df</b>	1391		
<b>p-Wert</b>	0,57		

Tabelle 3: Deskriptive Merkmale nach  $x =$  bereits eingesetzte Zeit und t-Test

Da das Merkmal bereits eingesetzte Zeit Within-Subjects getestet wird, kann hier ein t-Test bei verbundener Stichprobe angewendet werden. Die ausgewählten Zeitspannen der anhalten Investitionstätigkeit bei kurzem bzw. langem Bestand des Start-Ups stehen in Zusammenhang zueinander, da jeder Proband und jede Probandin jeweils zwölf Entscheidungen fällen musste.

Die Mittelwerte beider Stichproben weichen nur marginal ab. Der p-Wert des t-Tests liegt über dem Referenzwert von 0,05. Somit besteht keine statistische Signifikanz bezüglich des Einflusses bereits investierter Zeit auf die Zeitspanne, die weiterhin eingesetzt werden soll.

Die erste aufgestellte Hypothese, die besagt, dass Escalation of Commitment in dem gewählten Szenario stattfindet, muss verworfen werden.

#### 4.3 Multiple Regressionsanalyse ohne und mit Mediation

Ogleich Hypothese 1 nicht statistisch belegt werden kann, wird weiterhin der Einfluss der zusätzlich relevanten Faktoren auf die weiterhin investierte Zeit gemessen und überprüft, ob Interaktionseffekte zwischen ihnen und der schon eingesetzten Zeit bzw. dem Geschlecht des Probanden/ der Probandin bestehen. Im Rahmen statistischer Fachsprache wird dies Mediation genannt.<sup>104</sup> Dies wird im Rahmen dreier multipler linearer Regressionsanalysen durchgeführt.

Grundsätzlich unterscheiden sich die beiden hier genutzten Anwendungsverfahren in OLS-Regression (Ordinary Least Squares-Methode) und GLS-Regression (Generalized Least Squares-Methode). Die OLS-Regression stützt sich hierbei auf die Methode der kleinsten Quadrate. Das bedeutet, dass die quadrierten Residuen (bzw. die quadrierten Abweichungen zwischen laut Modell vorhergesagtem Wert der Variablen und tatsächlichem Wert)

<sup>104</sup> vgl. Walther, B., 2023.

minimiert werden.<sup>105</sup> Die GLS-Methode hat den Vorteil, dass die Ergebnisse auch standhalten, wenn gewisse Voraussetzungen für die Standard-OLS-Regression verletzt sind. Hierbei handelt es sich zum einen um die Voraussetzung Homoskedastizität.<sup>106</sup>

Homoskedastizität bedeutet, dass die Residuen der Regression gleiche Varianzen vorweisen. Liegt das nicht vor, werden die Standardfehler der Regression nicht korrekt geschätzt und somit kann es zu Überschätzung der p-Werte und somit ebenfalls zu Fehlinterpretationen kommen. Das OLS-Regressionsmodell weist nach Breusch-Pangan-Test ( $p\text{-Wert} = 7,095 \cdot 10^{-12} < 0,05$ ) keine Homoskedastizität auf. Als Abhilfe ist es hier ausreichend, das Modell mit White- bzw. heteroskedastiekonsistenter Standardfehlern zu berechnen.<sup>107, 108</sup>

Es entsteht jedoch keine bedeutende Änderung der statistischen Relevanz, daher werden die Werte der robusten Standardfehler lediglich im Anhang der Arbeit ausgewiesen.

Zum anderen kann die GLS-Regression Autokorrelation von Störtermen herausfiltern. Störterme sind hierbei Einflüsse, die im Vergleich zu den weiteren Faktoren zwar Einfluss auf die abhängige Variable haben, deren Einfluss jedoch nicht dominant und erklärend ist.<sup>109</sup> Autokorrelation bedeutet, dass diese Störterme sich gegenseitig bedingen und beeinflussen.<sup>110</sup> Nach Durbin-Watson-Test weisen die OLS-Regressionen mit einem p-Wert von 0 ( $< 0,05$ ) Autokorrelation auf, weshalb die GLS-Methode weiterhin zum Einsatz kommt.<sup>111</sup> Als Störterm werden intrapersonelle Effekte vermutet, weshalb in der GLS-Regression die Teilgruppen nach der Identifikation des Probanden/ der Probandin gebildet werden.

Weitere Voraussetzungen für die Regressionsanalyse sind die Normalverteilung der Residuen sowie Multikollinearität.<sup>112</sup> Aufgrund des Zentralen Grenzwertsatzes und der Summe der Beobachtungen  $n = 2.784$  ist davon auszugehen, dass die Residuen approximativ normalverteilt sind.<sup>113</sup> Bei Multikollinearität handelt es sich um Korrelation der unabhängigen Variablen. Sie liegt basierend auf VIF-Werten (Variance Inflation Factor) unter 10 im ersten Regressionsmodell nicht vor.<sup>114</sup> In den weiteren Modellen wird Multikollinearität in Kauf genommen, da Interaktionseffekte über Multiplikation in das Modell eingearbeitet werden.<sup>115</sup>

Die erste OLS-Regressionsanalyse (1) untersucht die Wirkung der unabhängigen Variablen auf die investierte Zeit und lässt Wechselwirkungen außen vor. Die zweite berücksichtigt die Interaktionswirkung der unabhängigen inhaltlichen Einzelfaktoren (sozialer Druck durch familiäre Bindung, gesellschaftliche/ökologische Verantwortung, Risikoneigung) mit den Variablen bereits eingesetzter Zeit bzw. Geschlecht des Probanden/ der Probandin (2).

---

<sup>105</sup> vgl. Gautschi, T., 2010, S. 206.

<sup>106</sup> vgl. Auer, B. R.; Rottmann, H., 2020, S. 561.

<sup>107</sup> vgl. Walther, B., 2022a.

<sup>108</sup> vgl. Auer, B. R.; Rottmann, H., 2020, S. 528. ff.

<sup>109</sup> vgl. Auer, B. R.; Rottmann, H., 2020, S. 437.

<sup>110</sup> vgl. Schira, J., 2016, S. 541. ff.

<sup>111</sup> vgl. o.V., 2021.

<sup>112</sup> vgl. Walther, B., 2022c.

<sup>113</sup> vgl. Weigand, C., 2019, S. 249. ff.

<sup>114</sup> vgl. Walther, B., 2022b.

<sup>115</sup> vgl. Walther, B., 2023.

Die dritte Variante, welche die GLS-Regression (3) darstellt, berücksichtigt weiterhin intrapersonelle Effekte.

Zur besseren Übersichtlichkeit werden die Ergebnisse der Regressionsmodelle (1) bis (3) in Tabelle 4 aufgelistet.

VARIABLEN	(1)	(2)	(3)
<b>Bereits investierte Zeit</b>	-0,122 (0,247)	-1,956 (1,418)	- 1,952 (1,195)
<b>Soz. Druck / soziale Bindungen</b>	-0,654** (0,247)	-2,434*** (0,479)	-2,434** (0,755)
<b>Soz. Druck / gesellschaftl. Verantwortung</b>	1,595*** (0,247)	1,183* (0,478)	1,183** (0,403)
<b>Risikoneigung</b>	0,751*** (0,099)	0,628*** (0,179)	0,628* (0,282)
<b>Geschlecht</b>	0,035 (0,286)	- 2,289 • (1,337)	- 2,288 (2,057)
<b>Bereits investierte Zeit * Soz. Druck / soziale Bindungen</b>	-	2,605*** (0,677)	2,305*** (0,571)
<b>Bereits investierte Zeit * Soz. Druck / gesellschaftl. Verantwortung</b>	-	- 0,431 (0,677)	- 0,431 (0,570)
<b>Bereits investierte Zeit * Risikoneigung</b>	-	0,123 (0,253)	0,123 (0,214)
<b>Bereits investierte Zeit * Geschlecht</b>	-	1,161 (1,891)	1,161 (1,594)
<b>Soz. Druck / soziale Bindungen * Geschlecht</b>	-	1,179 • (0,699)	1,179 (1,102)
<b>Soz. Druck / gesellschaftl. Verantwortung * Geschlecht</b>	-	1,099 (0,694)	1,099 • (0,585)
<b>Risikoneigung * Geschlecht</b>	-	0,203 (0,286)	0,203 (0,450)
<b>Konstante</b>	5,048*** (0,565)	6,870*** (1,003)	6,870*** (1,548)
<b>Beobachtungen</b>	2.784	2.784	n = 232; t = 12; N = 2.784
<b>R<sup>2</sup></b>	0,0425	0,0566	0,0444
<b>R<sup>2</sup> (adjusted)</b>	0,0408	0,0515	0,0392
<b>F-Statistic (p-Wert)</b>	2,22e <sup>-16</sup>	2,22*e <sup>-16</sup>	2,22e <sup>-16</sup>

Bemerkung: •  $p < 0,1$ ; \*  $p < 0,05$ ; \*\*  $p < 0,01$ ; \*\*\*  $p < 0,001$

Tabelle 4: Regressionsanalyse des Sachverhaltes



Regressionsmodell (1) leistet laut der F-Statistik ( $p = 2,22e^{-16} \leq 0,05$ ) einen signifikanten Erklärungsbeitrag zum Sachverhalt.<sup>116</sup>

Weiterhin können gemäß des Wertes des Bestimmtheitsmaßes  $R^2$  4,25 % der Varianzen der abhängigen Variable (weiterhin investierte Zeit) erklärt werden.<sup>117</sup>

Statistisch signifikant ist hier zum einen der Faktor sozialer Druck durch soziale Bindungen (Regressionskoeffizient  $\beta = -0,654$ ). Wenn die Bindung zum Kapitalgeber höher ist und das Kapital von Freund:innen oder Familienmitgliedern stammt, nimmt die Dauer der weiterhin investierten Zeit tendenziell ab. Sozialer Druck durch gesellschaftliche Verantwortung ( $\beta = 1,595$ ) lässt die weiterhin investierte Zeit signifikant ansteigen.

Weiterhin lässt sich bei der Risikoneigung ( $\beta = 0,751$ ) ein signifikanter, positiver Zusammenhang bezüglich der Anzahl weiterhin investierter Monate beobachten. Für Geschlecht und die bereits investierte Zeit ist keine statistisch signifikante Auswirkung zu betrachten.

Regressionsmodell (2) führt ebenfalls zu einem hinreichenden Erklärungsbeitrag ( $p = 2,22e^{-16} \leq 0,05$ ). Das Erklärungsmodell kann mit  $R^2 = 0,515 > 0,408$  auch einen höheren Mehrwert bieten als Modell (1). Die oben angeführten Variablen führen auch hier zu statistisch signifikanten Auswirkungen. Zudem wird das Geschlecht des Probanden/ der Probandin als Einfluss statistisch relevanter ( $p < 0,1$ ). Mit  $\beta = -2,289$  nimmt die andauernde Investitionsbereitschaft bei Frauen und Proband:innen, die dem Geschlecht divers angehörig sind, in der Tendenz ab.

Auch signifikante Interaktionseffekte sind in Modell (2) zu beobachten. Der Zusammenhang zwischen Geschlecht und Kapitalherkunft nimmt im Vergleich zu Modell (1) an Signifikanz zu ( $p < 0,1$ ). Mit  $\beta = 1,179$  hat das Geschlecht eine entgegengesetzte Auswirkung auf die Auswirkung durch Kapitalherkunft ( $\beta = -2,434$ ). Das bedeutet, bei einer Kapitalbereitstellung durch nahestehende Personen wird insgesamt tendenziell weniger lang weiterhin investiert. Dieser Effekt wird durch das Geschlecht jedoch abgefangen, sodass ersichtlich ist, dass Frauen und Angehörige des diversen Geschlechts länger an der Investition festhalten, wenn soziale Strukturen involviert sind. Dies wird auch ersichtlich in Tabelle 5.

---

<sup>116</sup> vgl. Walther, B., 2022c.

<sup>117</sup> vgl. Walther, B., 2022c.

<b>Mittelwert von weiterhin investierter Zeit in Monaten</b>	<b>männlich</b>	<b>nicht-männlich</b>	<b>gesamt</b>
Familie/ Freunde	8,595	8,424	8,487
Venture Capital Fund	9,919	8,071	9,065
<b>gesamt</b>	<b>9,290</b>	<b>8,246</b>	<b>8,784</b>

Tabelle 5: Durchschnittlich weiter investierte Zeit nach Geschlecht und Kapitalherkunft

Die mittlere, andauernde Investitionstätigkeit in Monaten beträgt bei der Kapital-bereitstellung von nahestehenden Personen mit  $\bar{x} = 8,531$  tendenziell weniger als bei der Kapitalgewährung durch einen Venture Capital Fund ( $\Delta = 0,552$ ). Für Frauen und Angehörige des diversen Geschlechts kehrt sich dieses Verhältnis um. Die Involvierung von Freund:innen und Familie führt in der Zielgruppe zu einer mittleren, weiteren Investitionsdauer von  $\bar{x} = 8,424$ . Fällt diese Beteiligung weg, sinkt die mittlere, weitere Investitionsdauer auf  $\bar{x} = 8,071$  ( $\Delta = 0,317$ ).

Die dritte Erkenntnis, die sich aus dem Regressionsmodell (2) ableiten lässt, ist der Einfluss von bereits investierter Zeit in Kombination mit sozialem Druck durch die Kapitalbereitstellung durch nahestehende Personen. Der signifikante Einfluss von sozialer Involviertheit mit  $\beta = -2,434$  wird durch eine längere, bereits bestehende Investitionsdauer zusätzlich umgekehrt ( $\beta = 2,605$ ). Auch die mittleren Investitionsdauern in Tabelle 6 weisen auf diesen Sachverhalt hin. Während die mittlere Dauer der anhaltenden Investition im Falle der Beteiligung eines Venture Capital Funds mit  $\bar{x} = 9,065$  insgesamt höher ausfällt als bei der Beteiligung nahestehender Personen ( $\bar{x} = 8,487$ ;  $\Delta = 0,578$ ), führt ein gleichzeitig längeren Geschäftsbetrieb zu einem deutlichen Anstieg der weiterhin investierten Zeit bei Involvierung der Familie und Freund:innen ( $\bar{x} = 9,047$ ).

<b>Mittelwert von weiterhin investierter Zeit in Monaten</b>	<b>kurz</b>	<b>lang</b>	<b>gesamt</b>
Familie/ Freunde	7,928	9,047	8,487
Venture Capital Fund	9,716	8,415	9,065
<b>gesamt</b>	<b>8,845</b>	<b>8,723</b>	<b>8,784</b>

Tabelle 6: Durchschnittlich weiter investierte Zeit nach Kapitalherkunft und bereits eingesetzter Zeit

Die Untersuchung durch Regressionsmodell (3) liefert zusätzliche Erkenntnisse, kann die Varianzen der abhängigen Variablen allerdings mit  $R^2 = 0,044$  bzw.  $R^2$  (adjusted) = 0,0392 nur noch schlechter erklären als Regressionsmodell (2). Das angepasste  $R^2$  bezieht die Anzahl unabhängiger Variablen  $X$  mit ein, da in der Tendenz bei einer steigenden Anzahl  $X$  ein höheres  $R^2$  die Folge sein kann.<sup>118</sup>

Regressionsmodell (3) hebt einen statistisch relevanteren ( $p < 0,1$ ) Zusammenhang zwischen weiterhin investierter Zeit und gesellschaftlicher Verantwortung in Verbindung mit

<sup>118</sup> vgl. Walther, B., 2022c.

dem Geschlecht des Probanden/ der Probandin hervor. Der wesentliche Einfluss von gesellschaftlicher Verantwortung auf die weiterhin anhaltende Investitionsdauer beträgt  $\beta = 1,183$ . Das heißt, der vorhandene soziale oder ökologische Geschäftszweck zusätzlich zur Profitorientierung bedingt eine Tendenz zur längeren Investitionsdauer. Der Effekt unter zusätzlicher Betrachtung des Geschlechts wird weiterhin verstärkt ( $\beta = 1,099$ ).

Auch die Betrachtung der Mittelwerte spiegelt diese Tendenz.

<b>Mittelwert von weiterhin investierter Zeit in Monaten</b>	<b>männlich</b>	<b>nicht-männlich</b>	<b>Gesamtergebnis</b>
Kein CSR	8,806	7,076	8,487
CSR	9,773	9,416	9,065
<b>Gesamtergebnis</b>	<b>9,290</b>	<b>8,246</b>	<b>8,784</b>

Tabelle 7: Durchschnittlich weiter investierte Zeit gesellschaftlicher Verantwortung und Geschlecht

#### 4.4 Bezug zu den aufgestellten Hypothesen

Im folgenden Teil der Arbeit werden die Ergebnisse der Regressionsanalysen mit den in Kapitel 2.5 aufgestellten Hypothesen in Zusammenhang gebracht, sodass diese angenommen oder widerlegt werden können.

*H.1) Im Start-Up-Kontext lässt sich Escalation of Commitment basierend auf der kognitiven Verzerrung Sunk Cost Fallacy als Verhaltensmuster aufweisen.*

Wie bereits dem Kapitel 4.2 über die Einzelfaktor-Analyse entnommen werden kann, stellt die bereits investierte Zeit in Form der Klassifizierung kurz und lang keinen signifikanten Einfluss auf die Dauer dar, die die Proband:innen weiterhin investieren möchten. Ein ähnliches Bild zeichnet sich in der Regressionsanalyse ab. Die Hypothese, dass Escalation of Commitment (EOC) in diesem Kontext entsteht und bereits eingebrachte Zeit einen signifikanten Einfluss auf das Weiterbestehen des Start-Ups hat, muss verworfen werden.

*H.2) Escalation of Commitment wird verstärkt durch die individuelle Risikoneigung eines Start-Up-Gründers bzw. einer Start-Up-Gründerin.*

Auch Änderungen in der persönlichen Risikoneigung können nicht Escalation of Commitment auslösen. Es findet keine Verstärkung bzw. keine Auslösung von EOC statt – die Hypothese H.2 muss abgelehnt werden. Es ist allerdings zu dokumentieren, dass sich die individuelle Einstellung bezüglich Risiken generell auf die Auswahl der weiter investierten Zeit auswirkt. Eine höhere Risikoneigung führt hierbei auch zu einer länger anhaltenden Investitionsdauer.

*H.3) Geschlechtsspezifische Unterschiede werden deutlich und Männer investieren aufgrund ihrer höheren Risikoneigung in der Tendenz länger.*

Zieht man zur Betrachtung der Auswirkungen der Risikoneigung auf die weiterhin investierte Zeit einen Korrelationstest nach Pearson heran, kann mit  $r = 0,16$  bei

95 % Zuverlässigkeit ( $p = 2,2e-16$ ) eine positive Korrelation festgestellt werden. Hierbei handelt es sich laut Cohen um einen marginalen Zusammenhang.<sup>119</sup>

Anhand der Regressionsmodelle ist jedoch kein signifikanter Einfluss von Geschlecht und Risikoneigung auf die weiter investierte Zeit ersichtlich. Die Hypothese H3 wird ebenfalls verworfen.

*H.4) Der soziale Druck durch gesellschaftliche und ökologische Verantwortung verstärkt Escalation of Commitment.*

Im Rahmen der Regressionsanalyse ist zu erkennen, dass grundsätzlich kein signifikanter Indikator für Escalation of Commitment vorliegt. In Verbindung mit CSR ergibt sich auch keine signifikante Moderation. H.4 wird ebenfalls verworfen.

*H.5) Geschlechtsspezifische Unterschiede aufgrund gesellschaftlicher/ ökologischer Verantwortung werden deutlich und Männer steigen früher aus der Investition aus.*

Betrachtet man lediglich die weiterhin investierte Zeit in Abhängigkeit von CSR ist in allen Regressionsmodellen eine signifikante Zunahme der Zeitspanne zu verzeichnen, wenn das Start-Up zusätzlich wertorientiert statt nur gewinnorientiert wirtschaftet. Regression (3) hebt eine leicht signifikante, zusätzliche Steigerung durch geschlechtsspezifische Unterschiede hervor. Hypothese H.5 kann angenommen werden.

*H.6) Der soziale Druck durch Involviertheit sozialer Bindungen verstärkt Escalation of Commitment.*

Hier weisen die Regressionsanalysen (2) und (3) den einzigen Interaktionseffekt mit bereits investierter Zeit aus. Die Integration sozialer Strukturen in die Kapitalbeschaffung eines Start-Ups löst eine längere Bereitschaft, an der Investition festzuhalten, und demnach auch Escalation of Commitment aus. H6 wird angenommen.

*H.7) Geschlechtsspezifische Unterschiede bezüglich des sozialen Drucks aufgrund sozialer Bindung werden ersichtlich und Frauen investieren länger.*

Regression (3) findet einen schwachen statistischen Interaktionseffekt von Geschlecht und gesellschaftlicher Verantwortung mit Auswirkungen auf die weiterhin investierte Zeit. Die Hypothese H7 kann unter Vorbehalt angenommen werden.

---

<sup>119</sup> vgl. Benning, V., 2020.

## 5 Kritische Würdigung der gewonnenen Erkenntnisse

Der letzte Abschnitt dieser Arbeit behandelt die Interpretation der vorangegangenen statistischen Ergebnisse. Ein Bezug zu den bisherigen Forschungsergebnissen wird hergestellt. Ferner werden Handlungsempfehlungen für beteiligte Parteien bzw. Stakeholder von Start-Ups abgeleitet.

Die Forschungsarbeit war zudem mit Einschränkungen konfrontiert, die im weiteren Verlauf geschildert werden. Die sich daraus ergebenden Empfehlungen für die weitere Forschung werden im Anschluss gegeben. Zuletzt erfolgt eine Konklusion der wichtigsten Erkenntnisse und den Ableitungen hieraus innerhalb dieser Arbeit.

### 5.1 Interpretation und Einbettung in den Stand der bisherigen Forschung

Die erste Hypothese H.1, dass Escalation of Commitment vorliegt und bei höherer Ausprägung der bereits allokierten Ressource Zeit die weitere Investitionsdauer tendenziell zunimmt, konnte nicht angenommen werden. Es liegt kein statistisch relevanter Zusammenhang ausgelöst durch diese Variable vor.

Allerdings ist auch kein signifikanter negativer Trend zu erkennen, was aus rationalen Beweggründen als sinnvoll zu erachten wäre. In der Theorie müsste eine voraussichtlich weiterhin negative Geschäftsentwicklung bei zunehmender bisheriger Investitionsdauer zu einem abnehmenden Trend bezüglich der weiterhin investierten Zeit führen. Dann könnte man von rationalem Verhalten oder sogar einem Reverse Sunk Cost Effect sprechen.<sup>120</sup> Dies würde darauf hindeuten, dass die Probanden und Probandinnen den zu erwartenden Nutzen als (unbewusste) Entscheidungsgrundlage heranziehen.

Da dies nicht gegeben ist, besteht Grund zur Annahme, dass der Bias Sunk Cost Fallacy trotzdem vorliegt und sich in einer Trägheit, sich für das irreversible Desinvestment zu entscheiden, ausdrückt.<sup>121</sup>

Das Hauptmotiv, welches sich aus dem literarischen Kontext ableitet, könnte hier die Hoffnung auf einen Turnaround sein. Diese wird zusätzlich maßgeblich beeinflusst von der Verlustaversion und der stärkeren Gewichtung von Verlusten nach der Prospect Theory. Auch maßgebenden Einfluss nehmen könnte der Optimism-Bias, der für eine zu positive Wahrnehmung der Erfolgswahrscheinlichkeit und der eigenen Fähigkeiten bzw. Einflussmöglichkeiten zur Abwendung des Scheiterns sorgt.

Die zweite Hypothese H.2 trifft die Annahme, Escalation of Commitment sei durch die Risikoneigung des Individuums beeinflusst. Dies kann im Rahmen dieser Arbeit nicht nachgewiesen werden; die Hypothese musste verworfen werden. Ein statistischer Interaktionseffekt zwischen Risikoneigung und bereits investierter Zeit auf die noch zu investierende Zeit konnte nicht gezeigt werden.

Was allerdings festgestellt werden konnte, war die positive Beeinflussung der Risikofreudigkeit (bzw. negative Beeinflussung durch Risikoaversion) auf die generelle, anhaltende Investitionsdauer. Die Berücksichtigung bereits zugeteilter Ressourcen bleibt dabei außen

---

<sup>120</sup> vgl. Negrini, M.; Riedl, A. M.; Wibrall, M., 2020, S. 1117.

<sup>121</sup> vgl. Sandri, S. et al., 2010, S. 31.

vor. Dies deckt sich mit der Auffassung der Literatur, dass eine steigende Risikoneigung zu einem länger andauernden Investment führt.<sup>122</sup>

Für Hypothese H.3 (*Geschlechtsspezifische Unterschiede werden deutlich und Männer investieren aufgrund ihrer höheren Risikoneigung in der Tendenz länger.*) konnte keine Evidenz gezeigt werden. Die Hypothese wird verworfen. Die Risikoneigung in Kombination mit dem Geschlecht nimmt keine Auswirkungen auf Escalation of Commitment.

Hypothese H.4, dass Corporate Social Responsibility (CSR) auf Escalation auf Commitment wirkt, kann auch verworfen werden. Zusätzlicher CSR führt nicht zur Entstehung von Escalation of Commitment.

Allerdings bedingt der CSR im Allgemeinen die weiterhin investierte Zeit signifikant. Daraus lässt sich schließen, dass es angestrebt wird, ein Unternehmen mit nachhaltigem oder sozialem Geschäftszweck unabhängig von den bereits investierten Ressourcen weiterhin zu stärken. Der Hintergrund könnte zum einen in sozialem Druck durch gesellschaftliche Verantwortung entstehen.<sup>123</sup> Zum anderen besteht jedoch auch die Möglichkeit der stärkeren Identifikation mit jenem Unternehmen, welches ein gesellschaftlich sinnvolles Ziel verfolgt. Die Folge hieraus wäre ein stärkeres emotionales Involvement. Ein selbstjustifizierendes Motiv könnte ebenfalls hintergründig sein.

Hypothese H.5 (*Geschlechtsspezifische Unterschiede aufgrund gesellschaftlicher/ ökologischer Verantwortung werden deutlich und Männer steigen früher aus der Investition aus.*) wird angenommen. Hier existiert ein noch signifikanter Interaktionseffekt mit  $p = 0,1$ . Männer werden demnach weniger stark durch gesellschaftliche Verantwortung beeinflusst und steigen früher aus Investitionen aus. Dies deckt sich weitestgehend mit dem Forschungsstand. Quantitativ wurde dieser Zusammenhang bisher nicht in dem Ausmaß bewiesen, wohl aber jedoch in qualitativen Zusammenhängen.<sup>124</sup> Die Erhebung lässt allerdings nur eine Schlussfolgerung aus Stand der Forschung und quantitativem Ergebnis der Studie zu. Ob es sich hier tatsächlich um Kausalzusammenhänge handelt, sollte weiter erforscht werden.

Die Annahme der Hypothesen H.6 (*Der soziale Druck durch Involviertheit sozialer Bindungen verstärkt Escalation of Commitment*) und H.7 (*Geschlechtsspezifische Unterschiede bezüglich des sozialen Drucks aufgrund sozialer Bindung werden ersichtlich und Frauen investieren länger*) führt zu aufschlussreichen Erkenntnissen. Soziale Strukturen innerhalb der Kapitalbeteiligung führt im Studienkontext zur Entstehung von Escalation of Commitment. Dieser Effekt fällt laut der Regressionsanalyse für Frauen und Angehöriger des diversen Geschlechts größer aus als für Männer. Dies passt in den Kontext der bisherigen Empirie, dass Frauen ein größeres Verantwortlichkeitsgefühl gegenüber ihrer Familie und ihren Freund:innen haben.<sup>125</sup>

## 5.2 Implikationen und Konsequenzen

Diese Thesis leistet einen wissenschaftlichen Beitrag zur Erforschung von Sunk Cost Fallacy bzw. von Escalation of Commitment im Start-Up-Umfeld. Zwar existieren in der bisherigen Forschung viele logisch nachvollziehbare Hypothesen zu den Hintergründen von Escalation

<sup>122</sup> vgl. Sandri, S. et al., 2010, S. 31.

<sup>123</sup> vgl. Ucbasaran, D. et al., 2013, S. 177.

<sup>124</sup> vgl. Nouri, P., 2023, S. 893.

<sup>125</sup> Nouri, P., 2023, S. 893.vgl..

of Commitment und einige qualitative Ansätze, jedoch konnten in dieser Forschungsarbeit insbesondere quantitative Auswirkungen beleuchtet werden.

Festzuhalten ist, dass ohne zusätzlichen Einflussfaktor im Rahmen dieser experimentellen Studie kein Escalation of Commitment nachgewiesen werden konnte. Die Abwesenheit eines signifikanten Einflusses der bereits eingesetzten Zeit auf die weitere Dauer der Investitionsbereitschaft spricht allerdings auch für eine Art der kognitiven Verzerrung.

Rational wäre anhand der Beurteilung des zu erwartenden Nutzens, der von dem fehlgehenden Start-Up ausgeht, der tendenzielle Investitionsausstieg bei steigender Zeitspanne des Start-Up-Bestandes.

Im Kontext des Experiments wird jedoch trotzdem vorerst weiter investiert. Dies deutet zumindest auf die Existenz von Sunk Cost Fallacy hin. Die Probanden und Probandinnen waren trotz des in Aussicht gestellten Scheiterns ihrer Unternehmung nicht bereit, die Investition vollends aufzugeben.

Des Weiteren kann die Studie beweisen, dass sozialer Druck Escalation of Commitment auslösen kann. Je länger mit dem Kapital von Menschen aus dem direkten, persönlichen Umfeld bereits gewirtschaftet wurde, desto länger waren die Proband:innen bereit, im Falle des Scheiterns ihrer Unternehmung trotzdem weiterhin an der Investitionsentscheidung festzuhalten. Evidenz zu den Hintergründen bietet der bisherige Stand der Forschung. Der Tatbestand, dass viele Gründer:innen zwar das Kapital ihrer Familienangehörigen und ihrer Freund:innen nutzen (müssen), dies aber ursprünglich nicht beabsichtigen, ist ein erster Indikator für die Entstehung von schlechtem Gewissen und Rechtfertigungsbedürfnis gegenüber der Kapitalgeber:innen aus dem persönlichen Umfeld. Zudem existieren in der Literatur qualitative Erhebungen, die auf ähnliche Hintergründe hinweisen. Es sei zu erwähnen, dass für Frauen der soziale Erwartungsdruck ausschlaggebender zu sein scheint als für Männer.

Für Gründerinnen und Gründer impliziert dies, den Effekt der Sunk Cost Fallacy nicht zu unterschätzen. Eine Maßnahme zur Abwendung ist es, sich die Fähigkeit anzueignen, Situationen, in denen diese kognitive Verzerrung üblicherweise auftritt, zu erkennen. Die genaue Überprüfung der Entscheidung auf systematische Fehler in der Beurteilung – in diesem Kontext Sunk Cost Fallacy – bildet eine Option zur Erkennung und ist vor allem von Bedeutung, wenn die Entscheidung weitreichende Konsequenzen trägt.<sup>126</sup>

Es ist anzuraten, Desinvestitionsentscheidungen nicht aufgrund nachfolgender negativer Emotionen oder der Hoffnung, einen Turnaround zu provozieren, aufzuschieben. Es sollten nicht pseudo-rationale Gründe vorgeschoben werden, um eine Investition nicht zu beenden. Ebenfalls sollten Entscheidungen nicht ausschließlich auf Basis der Betrachtung retrospektiver Daten erfolgen. Sinnvoll ist als rationaler, prospektiver Ansatz die Bewertung des Projekts oder der Unternehmung auf Basis geschätzter zukünftiger Zahlungsströme oder anhand ähnlicher Messgrößen. Hierbei sollte der Optimism-Bias zusätzlich berücksichtigt werden, um den Nutzen der Investition nicht zu überschätzen. Zudem unterstützt die Etablierung eines Frühwarnsystems bezüglich der Risikoeinschätzung, das auf die Unterschreitung relevanter Schwellenwerte hinweist, bei der Beurteilung, ob die Investition weiterhin lohnend ist. Wichtige Frühwarnindikatoren können Umsatz, Kosten, Liquidität, Eigenkapitalquote sowie Markttrends umfassen.<sup>127</sup>

---

<sup>126</sup> vgl. Kahneman, D., 2012, S. 39.

<sup>127</sup> vgl. Georg, S., 2019, 35 ff.

Des Weiteren ist es für Personen leichter, die Fehler anderer zu erkennen als ihre eigenen.<sup>128</sup> Daher wäre es eventuell maßgebend, ein mindestens Vier-Augen-Prinzip bezüglich bedeutender Faktoren zur Beurteilung der wirtschaftlichen Lage des Start-Ups einzurichten.

Wichtig für Gründer:innen ist es weiterhin, die mit Escalation of Commitment negativen Emotionen, wie insbesondere Scham und Erwartungsdruck, zu erkennen. Die lähmende Wirkung der Angst vor diesen Gefühlen verliert ihren Einfluss, wenn deutlich wird, dass zumindest nahestehende Menschen in der Regel ihre Urteilsbildung über eine Person nicht lediglich auf deren Scheitern stützen. Eine Kommunikation der „wahrgenommenen Hilflosigkeit“<sup>129</sup> bietet die Möglichkeit, nach Unterstützung zu fragen und (weitere) Hilfe zu erhalten. Kooperation und Transparenz einschließlich Selbstreflektion anstelle von Selbstrechtfertigung können zur Minderung negativer Emotionen beitragen. Dies reduziert im Umkehrschluss Escalation of Commitment mit Hintergrund des sozialen Drucks durch das persönliche Umfeld.

Kognitive Verzerrungen lassen sich selten vermeiden, jedoch können alle involvierten Personen wie oben beschrieben Maßnahmen zur Vorbeugung ergreifen.<sup>130</sup>

Für Kapitalgeber aus dem persönlichen Umfeld eines Gründers/ einer Gründerin ist es ebenfalls relevant, die Tendenz zu Escalation of Commitment zu erkennen. Auch hier stellt offene Kommunikation der Bedenken einen potentiellen Lösungsansatz dar. Alternativ können eine Rückzahlungsvereinbarung mit Terminierung und/ oder eine Zinszahlungsvereinbarung vertraglich fixiert werden, um den Totalverlust des eingelegten Kapitals zu vermeiden.

Für Venture Capitalists ist innerhalb dieser Studie von Bedeutung, dass die Tendenz zu Escalation of Commitment im Falle ihrer Beteiligung abnehmend ist und stärker rational agiert wird. Trotzdem ist das Bewusstsein über die Existenz dieses Verhaltens und des Biases der Sunk Cost Fallacy von zentraler Bedeutung. Da der Venture Capitalist das Risiko des Investitionsausfalls trägt, sind hier Rückzahlungen oder Zinsgewährungen nicht vorgesehen. Eine Möglichkeit zur besseren Kontrolle über den Erfolg der Investition stellen vertraglich fixierte Transparenzverpflichtungen des Gründers/ der Gründerin und Möglichkeiten zur Beeinflussung der unternehmerischen Tätigkeit dar.

### 5.3 Einschränkungen und weitere Forschung

Während dieser Forschungsarbeit konnten einige Restriktionen ausgemacht werden. Diese Restriktionen bedingen die Notwendigkeit weiterer Forschung bezüglich unterschiedlicher Fragestellungen.

Die Studie konnte einerseits einen quantitativen Einfluss auf Escalation of Commitment durch sozialen Druck im familiären und freundschaftlichen Umfeld nachweisen. Allerdings ist nicht zu deuten, ob die Involvierung naherstehender Personen nur hinsichtlich der Kapitalbereitstellung eine Auswirkung hat. Es besteht die Wahrscheinlichkeit, dass auch weitere soziale Strukturen Escalation of Commitment auslösen. Hierzu zählt beispielsweise eine enge Freundschaft mit einem Co-Gründer/ einer Co-Gründerin oder nahestehende Personen innerhalb des Mitarbeitenden- oder Kundenkreises. Weiterhin differenziert die

---

<sup>128</sup> vgl. Kahneman, D., 2012, S. 39.

<sup>129</sup> Ucbasaran, D. et al., 2013, S. 179.

<sup>130</sup> vgl. Kahneman, D., 2012, S. 39.



Studie nicht zwischen Familien- und Freundschaftsstatus, welcher jedoch gegebenenfalls Einfluss auf EOC nehmen könnte. Die Involvierung sozialer Strukturen im Hinblick auf EOC müsste also eingehender erforscht werden, um konkrete Kausalzusammenhänge festzustellen. Dies könnte umgesetzt werden durch eine weiterführende Studie mit ähnlichem Aufbau, die unterschiedliche Sozialstrukturen im unternehmerischen Umfeld implementiert.

Zum anderen konnte eine längere Investitionsbereitschaft (unabhängig von bereits eingesetzten Ressourcen) anhand von sozialem Druck durch gesellschaftliche Verantwortung festgestellt werden. Unklar bleibt allerdings bei diesem Design der Studie, ob es sich bei dem Hintergrund der erhöhten Investitionsneigung tatsächlich um sozialen Druck handelt. Gegebenenfalls könnten auch die Identifizierung mit dem Geschäftszweck und daraus folgend eventuell Selbstrechtfertigung als kausale Hintergründe fungieren. Außerdem könnten weitere Gründe, die in der Studie bisher keine Betrachtung fanden, als Absicht hinter der erhöhten Investitionsbereitschaft stehen. Dies könnte im Rahmen einer qualitativen Befragung analysiert werden.

Zuletzt ist festzuhalten, dass die Studie im Rahmen eines Szenario-Experimentes erfolgte. Beim Großteil der Proband:innen handelte es sich um Berufstätige und Studierende (  $\Sigma$  88,4 %). Gegebenenfalls war es diesen Zielgruppen, die den repräsentativsten Anteil der Studienteilnehmer:innen ausmachten, kaum bis nicht möglich, sich in die Lage eines Start-Up-Gründers oder einer Start-Up-Gründerin hineinzusetzen. Es besteht die Wahrscheinlichkeit, dass im Rahmen der Studie keine realitätsnahe Involviertheit bezüglich des eigens etablierten Unternehmens generiert werden konnte. Für eine solche Involviertheit ist die Identifizierung mit dem Start-Up von Bedeutung. Lösungsansätze für diese Herausforderung könnten der Fokus auf die Zielgruppe Start-Up-Gründer oder gegebenenfalls die Implementierung eines geeigneten Planspiels sein, um die Ergebnisse dieser Forschungsarbeit zu validieren.

#### 5.4 Fazit

Innerhalb der Entscheidungsforschung sind einige bedeutsame Fortschritte im allgemeinen Verständnis der Beeinflussung durch Cognitive Biases zu verzeichnen. Auch die Sunk Cost Fallacy und damit verbunden Escalation of Commitment verfügen über eine solide Forschungsbasis. Das vorliegende Paper verfolgt die Zielsetzung, diese Forschung um ihre Untersuchungsergebnisse zu erweitern.

Eine maßgebliche Erkenntnis beschreibt nicht die Existenz von Escalation of Commitment im Start-Up-Szenario, wohl aber das Vorkommen der Sunk Cost Fallacy.

An Investitionen wird trotz des in Aussicht gestellten, negativen Feedbacks (hier in Form des Scheiterns der Unternehmung) unter gewissen, verstärkenden Faktoren an der Investition festgehalten. Sunk Cost Fallacy liegt vor, da überhaupt noch eine weitere Investitionsbereitschaft aufgezeigt werden kann. Escalation of Commitment ist nicht nachzuweisen, da die weitere Investitionsdauer nicht pauschal zunimmt, wenn auch die bereits investierte Zeit ansteigt. Lediglich bei Einbindung des persönlichen Umfeldes der Gründer und Gründerinnen bzw. Probanden und Probandinnen in die Kapitalgeberstruktur entsteht ein eskalierendes Investitionsverhalten.

Weitere Faktoren, die grundsätzlich die Bereitschaft zur Investition (ohne Berücksichtigung der bereits investierten Zeit) mit positiver Auswirkung beeinflussen, sind die Zunahme der individuellen Risikoneigung sowie das Vorhandensein eines nachhaltigen oder sozial ausgerichteten Geschäftszwecks.

Die weiterführende Forschung könnte sich mit der Erkundung der psychologischen Hintergründe der Ergebnisse dieser Arbeit befassen. Dies kann durch quantitative Erhebungen in Form weiterer experimenteller Studien oder durch qualitative Befragungen erreicht werden.

## 6 Anhang

### 6.1 Fragebogen der Online-Studie

#### 6.1.1 Aufbau

Zufallsauswahl (Kapital)	
Willkommen (Kapital Verwandtschaft)	
998	Kapitalstruktur FF
Zufallsreihenfolge Cases	
Standardseite (1)	
911	Start-Up Supplements (NP), 1 Jahr, FF
Standardseite (2)	
911	Start-Up Technologie Erbkrankheit (P), 3 Jahre, FF
Standardseite (3)	
911	Start-Up Aktuelle Mode (NP), 1 Jahr, FF
Standardseite (4)	
911	Start-Up Recycling Mode (P), 5 Jahre, FF
Standardseite (5)	
911	Start-Up Online-Nachhilfe (NP), 1 Jahr, FF
Standardseite (6)	
911	Start-Up Umschulungen (P), 3 Jahre, FF
Standardseite (7)	
911	Start-Up Left-Overs (P), 1 Jahr, FF
Standardseite (8)	
911	Start-Up TK-Gerichte (NP), 5 Jahre, FF
Standardseite (9)	
911	Start-Up nachhaltige Kosmetik (P), 1 Jahr, FF
Standardseite (10)	
911	Start-Up Hautverbessernde Kosmetik (NP), 3 Jahre, FF
Standardseite (11)	
911	Start-Up etepetete-dupe (P), 1 Jahr, FF
Standardseite (12)	
911	Start-Up Koro-dupe (NP), 5 Jahre, FF

Szenario A.

Kapitalbereitstellung durch Familie und Freunde

Willkommen (Kapital VCF)	
Willkommen (Kapital VCF)	
998	Kapitalstruktur VCF
Zufallsreihenfolge Cases	
Standardseite (1)	
911	Start-Up Supplements (NP), 3 Jahre, VCF
Standardseite (2)	
911	Start-Up Technologie Erbkrankheit (P), 1 Jahr, VCF
Standardseite (3)	
911	Start-Up Aktuelle Mode (NP), 5 Jahre, VCF
Standardseite (4)	
911	Start-Up Recycling Mode (P), 1 Jahr, VCF
Standardseite (5)	
911	Start-Up Online-Nachhilfe (NP), 3 Jahre, VCF
Standardseite (6)	
911	Start-Up Umschulungen (P), 1 Jahr, VCF
Standardseite (7)	
911	Start-Up Left-Overs (P), 5 Jahre, VCF
Standardseite (8)	
911	Start-Up TK-Gerichte (NP), 1 Jahr, VCF
Standardseite (9)	
911	Start-Up nachhaltige Kosmetik (P), 3 Jahre, VCF
Standardseite (10)	
911	Start-Up Hautverbessernde Kosmetik (NP), 1 Jahr, VCF
Standardseite (11)	
911	Start-Up etepetete-dupe (P), 5 Jahre, VCF
Standardseite (12)	
911	Start-Up Koro-dupe (NP), 1 Jahr, VCF

Szenario B.

Kapitalbereitstellung durch Venture Capital Funf

Standardseite (R1)	
998	Einleitung Risikofragen
Standardseite (R2)	
311	Risikofragen (1)
311	Risikofragen (2)
Standardseite (D1)	
998	Einleitung Demografiefragen
Standardseite (D2)	
111	Geschlecht
111	Altersgruppe
Standardseite (D3)	
111	Bildungsabschluss
111	Status
Standardseite (D4)	
111	Muttersprache
111	Start-Up-Erfahrung
111	Ernsthaftigkeit
Endseite Beendet (31)	
998	DANKE!

Zusammenführung zu Risikofragen sowie zu Demografie-

### 6.1.2 Musterfragen

In deinem Start-Up produzierst du Hautpflege-Produkte, die deinen Kund:innen eine ausgewogene Skincare-Routine bieten. Die Produkte sind reichhaltig und versprechen eine schnelle Besserung des Hautbildes.



Eingesetztes Kapital: 300.000 € von deiner Familie & deinen Freunden



Eingesetzte Zeit: [3 Jahre](#)

Leider sind die eingesetzten Rohstoffe sehr teuer und der stetige Kostenüberschuss sorgt für anhaltende Verluste.

Wie viel Zeit investierst du mindestens noch, um dein Start-Up zum Erfolg zu bringen? Wähle auf der Skala!

0 6 12 18 24

Monate

ZURÜCKSETZEN

#### Musterfrage 1: unbeantwortet

Die Beantwortung kann über den Schieberegler oder das Eingabefeld erfolgen.

Du hast ein Start-Up gegründet, das eine Technologie entwickelt hat, um Ärzt:innen dabei zu helfen, das Risiko für eine schwerwiegende Erbkrankheit zu 30 % früher zu entdecken. Heilungs- und Behandlungschancen werden hierdurch signifikant erhöht.



Eingesetztes Kapital: 300.000 € von dem Venture Capital Fund



Eingesetzte Zeit: [1 Jahr](#)

Die entstehenden Kosten kannst du jedoch durch deine Einnahmen regelmäßig nicht mehr decken.

Wie viel Zeit investierst du mindestens noch, um dein Start-Up zum Erfolg zu bringen? Wähle auf der Skala!

0 6 12 18 24

8 Monate

ZURÜCKSETZEN

#### Musterfrage 2: beantwortet



## 6.2 Coding und Auswertung in R

Data	
data_ba	2784 obs. of 17 variables
data_csr	1392 obs. of 17 variables
data_female	1320 obs. of 17 variables
data_ff	1356 obs. of 17 variables
data_long	1392 obs. of 17 variables
data_male	1464 obs. of 17 variables
data_no_csr	1392 obs. of 17 variables
data_short	1392 obs. of 17 variables
data_vcf	1428 obs. of 17 variables

```

Gebildet, no side test
data: data_ff$invested_months and data_vcf$invested_months

> describe(data_long$invested_months)
  vars   n mean  sd median trimmed  mad min max range skew kurtosis  se
x1     1 1392 8.72 6.6    7      8.1 7.41  0 24   24 0.7   -0.16 0.18
> describe(data_short$invested_months)
  vars   n mean  sd median trimmed  mad min max range skew kurtosis  se
x1     1 1392 8.84 6.68    7      8.15 7.41  0 24   24 0.76  -0.14 0.18
> |
    Paired t-test

data: data_long$invested_months and data_short$invested_months
t = -0.56616, df = 1391, p-value = 0.5714
alternative hypothesis: true difference in means is not equal to 0
95 percent confidence interval:
 -0.5452760  0.3010231
sample estimates:
mean of the differences
      -0.1221264
> cohensD(data_long$invested_months,data_short$invested_months, method="paired")
[1] 0.01517478

```

Auswertung bzgl. der bereits anhaltenden Geschäftsdauer kurz vs. lang

```

    Paired t-test

data: data_csr$invested_months and data_no_csr$invested_months
t = 7.5422, df = 1391, p-value = 8.302e-14
alternative hypothesis: true difference in means is not equal to 0
95 percent confidence interval:
 1.180026 2.009629
sample estimates:
mean of the differences
      1.594828
> cohensD(data_csr$invested_months,data_no_csr$invested_months, method="paired")
[1] 0.2021528
> |

```

Auswertung bzgl. CSR (1 = vorhanden)

```

    Two sample t-test

data: data_ff$invested_months and data_vcf$invested_months
t = -2.296, df = 2782, p-value = 0.02175
alternative hypothesis: true difference in means is not equal to 0
95 percent confidence interval:
 -1.070986 -0.084340
sample estimates:
mean of x mean of y
 8.487463  9.065126
> cohensD(data_ff$invested_months,data_vcf$invested_months)
[1] 0.08706046
> |

```

Auswertung bzgl. Kapitalherkunft (1 = Familie/ Freunde)

```
> cor.test(data_ba$risktaking_score,data_ba$invested_months)

Pearson's product-moment correlation

data: data_ba$risktaking_score and data_ba$invested_months
t = 8.5502, df = 2782, p-value < 2.2e-16
alternative hypothesis: true correlation is not equal to 0
95 percent confidence interval:
 0.1236015 0.1959997
sample estimates:
      cor
0.1600158
```

Auswertung bzgl. Risikoscore

```
> regr_ohne_mediator <- lm(invested_months~business_duration_class+origin_capital+gender++risktaking_score+csr, data=data_ba)
> summary(regr_ohne_mediator)

Call:
lm(formula = invested_months ~ business_duration_class + origin_capital +
  gender + +risktaking_score + csr, data = data_ba)

Residuals:
    Min       1q   Median       3Q      Max
-12.740  -4.955  -1.125   3.645  18.119

Coefficients:
            Estimate Std. Error t value Pr(>|t|)
(Intercept)    5.04773    0.56523     8.930 < 2e-16 ***
business_duration_class -0.12213    0.24651    -0.495  0.6203
origin_capital -0.65351    0.24703    -2.645  0.0082 **
gender          0.03566    0.28558     0.125  0.9006
risktaking_score  0.75059    0.09890    7.590 4.35e-14 ***
csr            1.59483    0.24651    6.470 1.16e-10 ***
---
Signif. codes:  0 '***' 0.001 '**' 0.01 '*' 0.05 '.' 0.1 ' ' 1

Residual standard error: 6.503 on 2778 degrees of freedom
Multiple R-squared:  0.04253, Adjusted R-squared:  0.0408
F-statistic: 24.68 on 5 and 2778 DF, p-value: < 2.2e-16
```

OLS-Regressionsanalyse ohne Mediation

```
> regression_all_in <- lm(invested_months~business_duration_class*csr*gender+business_duration_class*origin_capital*gender+bu
  siness_duration_class*risktaking_score*gender, data=data_ba)
> summary(regression_all_in)

Call:
lm(formula = invested_months ~ business_duration_class * csr *
  gender + business_duration_class * origin_capital * gender +
  business_duration_class * risktaking_score * gender, data = data_ba)

Residuals:
    Min       1q   Median       3Q      Max
-12.092  -4.947  -1.076   3.617  18.772

Coefficients:
            Estimate Std. Error t value Pr(>|t|)
(Intercept)    6.8703    1.0029   6.851 9.03e-12 ***
business_duration_class -1.9255    1.4183  -1.358 0.174688
csr            1.1831    0.4781   2.475 0.013396 *
gender        -2.2882    1.3374  -1.711 0.087197 .
origin_capital -2.4343    0.4788  -5.084 3.93e-07 ***
risktaking_score  0.6282    0.1792   3.506 0.000462 ***
business_duration_class:csr -0.4317    0.6761  -0.639 0.523192
business_duration_class:gender  1.1605    1.8914   0.614 0.539528
csr:gender      1.0988    0.6943   1.583 0.113633
business_duration_class:origin_capital  2.3054    0.6771   3.405 0.000671 ***
gender:origin_capital  1.1792    0.6992   1.686 0.091819 .
business_duration_class:risktaking_score  0.1234    0.2534   0.487 0.626389
gender:risktaking_score  0.2034    0.2857   0.712 0.476682
business_duration_class:csr:gender  0.4499    0.9819   0.458 0.646857
business_duration_class:gender:origin_capital  0.2527    0.9889   0.256 0.798307
business_duration_class:gender:risktaking_score -0.2106    0.4041  -0.521 0.602288
---
Signif. codes:  0 '***' 0.001 '**' 0.01 '*' 0.05 '.' 0.1 ' ' 1

Residual standard error: 6.467 on 2768 degrees of freedom
Multiple R-squared:  0.05656, Adjusted R-squared:  0.05145
F-statistic: 11.06 on 15 and 2768 DF, p-value: < 2.2e-16
> |
```

OLS-Regressionsanalyse mit Mediation

```

> library(Sandwich)
> library(lmtest)
> library(car)
> coefTest(regr_ohne_mediator, vcov=vcovHC(regr_ohne_mediator, type=c("HC4")))

t test of coefficients:

              Estimate Std. Error t value Pr(>|t|)
(Intercept)   5.047732   0.591729   8.5305 < 2.2e-16 ***
business_duration_class -0.122126  0.246538  -0.4954  0.62038
origin_capital -0.653507   0.248722  -2.6275  0.00865 **
gender         0.035664   0.296741   0.1202  0.90434
risktaking_score 0.750587   0.106131   7.0723 1.921e-12 ***
csr           1.594828   0.246538   6.4689 1.163e-10 ***
---
Signif. codes:  0 '***' 0.001 '**' 0.01 '*' 0.05 '.' 0.1 ' ' 1

> coefTest(regression_all_in, vcov=vcovHC(regression_all_in, type=c("HC4")))

t test of coefficients:

              Estimate Std. Error t value Pr(>|t|)
(Intercept)   6.87027    1.10467   6.2193 5.748e-10 ***
business_duration_class -1.92551    1.55121  -1.2413 0.214603
csr           1.18306    0.51450   2.2994 0.021555 *
gender       -2.28825    1.35611  -1.6874 0.091647 .
origin_capital -2.43431    0.51171  -4.7572 2.064e-06 ***
risktaking_score 0.62823    0.20344   3.0881 0.002035 **
business_duration_class:csr -0.43169    0.72424  -0.5961 0.551180
business_duration_class:gender 1.16054    1.92563   0.6027 0.546769
csr:gender     1.09876    0.68940   1.5938 0.111098
business_duration_class:origin_capital 2.30544    0.72158   3.1950 0.001414 **
gender:origin_capital 1.17923    0.69283   1.7020 0.088861 .
business_duration_class:risktaking_score 0.12338    0.28881   0.4272 0.669269
gender:risktaking_score 0.20335    0.29384   0.6920 0.488967
business_duration_class:csr:gender 0.44988    0.97449   0.4617 0.644366
business_duration_class:gender:origin_capital 0.25272    0.97981   0.2579 0.796484
business_duration_class:gender:risktaking_score -0.21058    0.41746  -0.5044 0.613998
---
Signif. codes:  0 '***' 0.001 '**' 0.01 '*' 0.05 '.' 0.1 ' ' 1

```

### GLS-Regressionsanalyse mit Mediation

```

Total Sum of Squares: 86087
Residual Sum of Squares: 82280
R-Squared: 0.044217
Adj. R-Squared: 0.039731
Chisq: 128.146 on 13 DF, p-value: < 2.22e-16
> gls_regression_random <- plm(invested_months~business_duration_class*csr*gender+business_duration_class*origin_capital*gender+business_duration_class*risktaking_score*gender, data=data_ba, index=c("subject"), model="random")
> summary(gls_regression_random)
Oneway (individual) effect Random Effect Model
(Swamy-Arora's transformation)

Call:
plm(formula = invested_months ~ business_duration_class * csr *
gender + business_duration_class * origin_capital * gender +
business_duration_class * risktaking_score * gender, data = data_ba,
model = "random", index = c("subject"))

Balanced Panel: n = 232, T = 12, N = 2784

Effects:
      var std.dev share
idiosyncratic 29.711  5.451 0.706
individual    12.364  3.516 0.294
theta: 0.5915

Residuals:
      Min. 1st Qu.  Median    3rd Qu.    Max.
-15.40592 -3.94688 -0.90735  3.19739  18.03491

Coefficients:
              Estimate Std. Error z-value Pr(>|z|)
(Intercept)   6.87027    1.54821   4.4376 9.098e-06 ***
business_duration_class -1.92551    1.19538  -1.6108 0.107223
csr           1.18306    0.40293   2.9361 0.003324 **
gender       -2.28825    2.09690  -1.1127 0.265842
origin_capital -2.43431    0.75459  -3.2260 0.001255 **
risktaking_score 0.62823    0.28242   2.2245 0.026116 *
business_duration_class:csr -0.43169    0.56984  -0.7576 0.448705
business_duration_class:gender 1.16054    1.59411   0.7280 0.466601
csr:gender     1.09876    0.58517   1.8777 0.060426 .
business_duration_class:origin_capital 2.30544    0.57068   4.0398 5.350e-05 ***
gender:origin_capital 1.17923    1.10204   1.0700 0.284599
business_duration_class:risktaking_score 0.12338    0.21359   0.5777 0.563497
gender:risktaking_score 0.20335    0.45030   0.4516 0.651561
business_duration_class:csr:gender 0.44988    0.82756   0.5436 0.586703
business_duration_class:gender:origin_capital 0.25272    0.83345   0.3032 0.761724
business_duration_class:gender:risktaking_score -0.21058    0.34055  -0.6184 0.536342
---
Signif. codes:  0 '***' 0.001 '**' 0.01 '*' 0.05 '.' 0.1 ' ' 1

Total Sum of Squares: 86058
Residual Sum of Squares: 82241
R-Squared: 0.044354
Adj. R-Squared: 0.039175
Chisq: 128.47 on 15 DF, p-value: < 2.22e-16
> |

```

### Robuste Standardfehler und adjustierte p-Werte der OLS-Regressionen



```

> vif(regr_ohne_mediator)
business_duration_class      origin_capital      gender      risktaking_score      csr
1.000000      1.003556      1.338486      1.339283      1.000000
> vif(regression_all_in)
business_duration_class      csr
33.473189      3.803279
gender      origin_capital
29.684598      3.812010
risktaking_score      business_duration_class:csr
4.446203      5.704918
business_duration_class:gender      csr:gender
43.066999      5.803279
business_duration_class:origin_capital      gender:origin_capital
5.621914      5.886201
business_duration_class:risktaking_score      gender:risktaking_score
25.116286      21.296030
business_duration_class:csr:gender      business_duration_class:gender:origin_capital
6.704918      6.800724
business_duration_class:gender:risktaking_score
29.374033
> vif(gls_regression_random)
business_duration_class      csr
33.473189      3.803279
gender      origin_capital
16.485549      2.224018
risktaking_score      business_duration_class:csr
2.594021      5.704918
business_duration_class:gender      csr:gender
30.701102      4.136974
business_duration_class:origin_capital      gender:origin_capital
4.033922      3.434150
business_duration_class:risktaking_score      gender:risktaking_score
23.264104      12.424611
business_duration_class:csr:gender      business_duration_class:gender:origin_capital
5.871766      4.348673
business_duration_class:gender:risktaking_score
20.502615
> |

```

VIF-Werte der Regressionen zum Test von Multikollinearität

## Literatur- und Online-Quellen-Verzeichnis

- Allen, C. D.; Coates, B. E., 2009, Strategic Decision Making Paradigms: A Primer For Senior Leaders, U.S. Army War College, [https://ssl.armywarcollege.edu/dclm/pubs/Strategic%20Decision%20making%20\(Allen%20Coates%20July%202009\)%20final.pdf](https://ssl.armywarcollege.edu/dclm/pubs/Strategic%20Decision%20making%20(Allen%20Coates%20July%202009)%20final.pdf), 04.08.2023.
- Annika van der Hoek, 2023, Wie viele Start-ups scheitern und warum?, Alle Infos, Hrsg. v. FOCUS online, FOCUS Magazin Verlag GmbH, München, [https://praxistipps.focus.de/wie-viele-start-ups-scheitern-und-warum-alle-infos\\_160210](https://praxistipps.focus.de/wie-viele-start-ups-scheitern-und-warum-alle-infos_160210), 28.07.2023.
- Arkes, H. R.; Blumer, C., 1985, The psychology of sunk cost, in: Organizational Behavior and Human Decision Processes, 35, H. 1, S. 124–140. DOI: 10.1016/0749-5978(85)90049-4.
- Auer, B. R.; Rottmann, H., 2020, Statistik und Ökonometrie für Wirtschaftswissenschaftler, Eine anwendungsorientierte Einführung, 4., aktualisierte und überarbeitete Auflage, Springer Gabler, Wiesbaden (Lehrbuch).
- Bargh, J. A., 2022, Vor dem Denken, Wie das Unbewusste uns steuert, Vollständige Taschenbuchausgabe, Droemer, München.
- Beck, E., 2023, Experimentelle Studie, in: Beck, E. (Hrsg.), Führung und Purpose, Springer Fachmedien Wiesbaden, Wiesbaden (BestMasters), S. 25–45.
- Beck, E. (Hrsg.), 2023, Führung und Purpose, Springer Fachmedien Wiesbaden, Wiesbaden (BestMasters).
- Benning, V., 2020, Korrelationskoeffizient nach Pearson berechnen und interpretieren, Hrsg. v. Scribbr, Amsterdam, <https://www.scribbr.de/statistik/korrelationskoeffizient/>, 06.08.2023.
- Bhandari, P., 2023, Between-Subjects Design, Examples, Pros & Cons, Scribbr, Amsterdam, <https://www.scribbr.com/methodology/between-subjects-design/>, 05.08.2023.
- Brockner, J., 1992, The Escalation of Commitment to a Failing Course of Action: Toward Theoretical Progress, in: The Academy of Management Review, 17, H. 1, S. 39. DOI: 10.2307/258647.
- Bundeszentrale für politische Bildung, o.J., Das Lexikon der Wirtschaft, Homo oeconomicus, Bonn, <https://www.bpb.de/kurz-knapp/lexika/lexikon-der-wirtschaft/19635/homo-oeconomicus/>, 05.08.2023.
- Caputo, A.; Pellegrini, M. M. (Hrsg.), 2019, The Anatomy of Entrepreneurial Decisions, Past, Present and Future Research Directions, 1st ed. 2019, Springer, Cham (Springer eBooks Behavioral Science and Psychology).
- Costa, P. L.; Ferreira, J. J.; Torres de Oliveira, R., 2023, From entrepreneurial failure to re-entry, in: Journal of Business Research, 158, S. 113699. DOI: 10.1016/j.jbusres.2023.113699.
- DeTienne, D. R., 2010, Entrepreneurial exit as a critical component of the entrepreneurial process: Theoretical development, in: Journal of Business Venturing, 25, H. 2, S. 203–215. DOI: 10.1016/j.jbusvent.2008.05.004.

- DeTienne, D. R.; Shepherd, D. A.; Castro, J. O. de, 2008, The fallacy of "only the strong survive": The effects of extrinsic motivation on the persistence decisions for underperforming firms, in: *Journal of Business Venturing*, 23, H. 5, S. 528–546. DOI: 10.1016/j.jbusvent.2007.09.004.
- Eatwell, J.; Milgate, M.; Newman, P. (Hrsg.), 1990, *Utility and Probability*, Palgrave Macmillan UK, London.
- Gautschi, T., 2010, Maximum-Likelihood Schätzer, in: Wolf, C.; Best, H. (Hrsg.), *Handbuch der sozialwissenschaftlichen Datenanalyse*, VS Verlag für Sozialwissenschaften / Springer Fachmedien Wiesbaden GmbH Wiesbaden, Wiesbaden, S. 205–258.
- Georg, S., 2019, *Key Performance Indicators für junge Unternehmen, Die Steuerung von Start-ups anhand kritischer Erfolgsfaktoren*, Springer Gabler, Wiesbaden, Heidelberg (Essentials).
- Gigerenzer, G.; Zimmer, A., 2021, Dorsch Lexikon der Psychologie, Heuristik, Hrsg. v. Wirtz, M. A., Hogrefe AG, Bern, <https://dorsch.hogrefe.com/stichwort/heuristik>, 05.08.2023.
- Hemmerich, W., 2022, Within-Subjects-Design, Messwiederholung, Hrsg. v. Statistik-Guru, <https://statistikguru.de/lexikon/within-subjects-design.html>, 05.08.2023.
- Jonas, K.; Stroebe, W.; Hewstone, M. (Hrsg.), 2014, *Sozialpsychologie*, 6. Aufl. 2014, Springer Berlin Heidelberg, Berlin, Heidelberg (Springer-Lehrbuch), <http://nbn-resolving.org/urn:nbn:de:bsz:31-epflicht-1490495>.
- Kahneman, D., 2012, *Thinking, fast and slow*, Penguin Books, London (Penguin psychology).
- Kahneman, D.; Tversky, A., 1979, Prospect Theory: An Analysis of Decision under Risk, in: *Econometrica*, 47, H. 2, S. 263. DOI: 10.2307/1914185.
- Kollmann, T. Prof. Dr. et al., 2022, *Deutscher Startup Monitor 2022*, Hrsg. v. Bundesverband Deutsche Startups e.V.; PwC Deutschland und Universität Duisburg-Essen, Essen/ Frankfurt, [https://startupverband.de/fileadmin/startupverband/mediaarchiv/research/dsm/DSM\\_2022.pdf](https://startupverband.de/fileadmin/startupverband/mediaarchiv/research/dsm/DSM_2022.pdf), 28.07.2023.
- Lin, N. et al., 2022, Persist or let it go: Do rational entrepreneurs make decisions rationally?, in: *Journal of Business Venturing*, 37, H. 4, S. 106210. DOI: 10.1016/j.jbusvent.2022.106210.
- Meertens, R. M.; Lion, R., 2008, Measuring an Individual's Tendency to Take Risks: The Risk Propensity Scale, in: *J Appl Social Psychol*, 38, H. 6, S. 1506–1520. DOI: 10.1111/j.1559-1816.2008.00357.x.
- Meyer, W. G., 2014, The Effect of Optimism Bias on the Decision to Terminate Failing Projects, in: *Project Management Journal*, 45, H. 4, S. 7–20. DOI: 10.1002/pmj.21435.
- Nauen, A., *Motivationale Determinanten der Wertschöpfung durch Customer Engagement*, Dissertation, Springer Fachmedien Wiesbaden.
- Negrini, M.; Riedl, A. M.; Wibrat, M., 2020, Still in Search of the Sunk Cost Bias, in: *SSRN Journal*. DOI: 10.2139/ssrn.3706308.

- Nouri, P., 2021, That's why they didn't let it go: exploring the roots of women entrepreneurs' escalation of commitment, in: JEEE, 13, H. 2, S. 213–230. DOI: 10.1108/JEEE-02-2020-0034.
- Nouri, P., 2023, Exploring the escalation of commitment to a failing venture in women and men entrepreneurs, in: MRR, 46, H. 6, S. 893–913. DOI: 10.1108/MRR-03-2022-0190.
- o.V., 2021, Durbin-Watson-Test in R durchführen, Hrsg. v. Stratologie, <https://statologie.de/durbin-watson-test-r/>, 06.08.2023.
- Pfister, H.-R.; Jungermann, H.; Fischer, K., 2017, Die Psychologie der Entscheidung, Springer Berlin Heidelberg, Berlin, Heidelberg.
- Raab, G.; Unger, A.; Unger, F., 2010, Die Theorie kognitiver Dissonanz, in: Raab, G.; Unger, A.; Unger, F. (Hrsg.), Marktpsychologie, Gabler, Wiesbaden, S. 42–64.
- Raab, G.; Unger, A.; Unger, F. (Hrsg.), 2010, Marktpsychologie, Gabler, Wiesbaden.
- Rosenzweig, P., 2019, Harvard Business Review, What makes strategic decisions different, Harvard Business Publishing, Brighton, <https://hbr.org/2013/11/what-makes-strategic-decisions-different>, 04.08.2023.
- Sandri, S. et al., 2010, Holding on for too long? An experimental study on inertia in entrepreneurs' and non-entrepreneurs' disinvestment choices, in: Journal of Economic Behavior & Organization, 76, H. 1, S. 30–44. DOI: 10.1016/j.jebo.2010.02.011.
- Schira, J., 2016, Statistische Methoden der VWL und BWL, Theorie und Praxis, 5., aktualisierte Auflage, Pearson, Hallbergmoos (wi - Wirtschaft).
- Schroer, K. (Hrsg.), o.J., BWL-Lexikon, Venture Capital, Berlin, <https://www.bwl-lexikon.de/wiki/venture-capital/>.
- Schuch, B., 2000, Kognitive Fehler, in: Stumm, G.; Pritz, A. (Hrsg.), Wörterbuch der Psychotherapie, Springer Vienna, Vienna, S. 350–351.
- Schüz, N., 2022, Dorsch Lexikon der Psychologie, Selbstbestätigungstheorie Selbstbestätigungstheorie, Hrsg. v. Wirtz, M. A., Bern, <https://dorsch.hogrefe.com/stichwort/selbstbestaetigungstheorie>, 06.08.2023.
- Shepherd, D. A.; Patzelt, H., 2017, Researching Entrepreneurial Failures, in: Shepherd, D. A.; Patzelt, H. (Hrsg.), Trailblazing in Entrepreneurship, Springer International Publishing, Cham, S. 63–102.
- Shepherd, D. A.; Patzelt, H. (Hrsg.), 2017, Trailblazing in Entrepreneurship, Springer International Publishing, Cham.
- Shepherd, D. A.; Patzelt, H., 2018, Entrepreneurial Cognition, Springer International Publishing, Cham.
- Simon, H. A., 1990, Bounded Rationality, in: Eatwell, J.; Milgate, M.; Newman, P. (Hrsg.), Utility and Probability, Palgrave Macmillan UK, London, S. 15–18.
- Springer Verlag GmbH, 2023a, Lehrbuch Psychologie, Erwartungsnutzentheorie, Heidelberg, <https://lehrbuch-psychologie.springer.com/glossar/erwartungsnutzentheorie>, 03.08.2023.

- Springer Verlag GmbH, 2023b, Lehrbuch Psychologie, Likert-Skala, Heidelberg, <https://lehrbuch-psychologie.springer.com/glossar/likert-skala-1>, 31.07.2023.
- Stumm, G.; Pritz, A. (Hrsg.), 2000, Wörterbuch der Psychotherapie, Springer Vienna, Vienna.
- Ucbasaran, D. et al., 2013, Life After Business Failure, in: Journal of Management, 39, H. 1, S. 163–202. DOI: 10.1177/0149206312457823.
- Walther, B., 2022a, Heteroskedastizität in R erkennen und beheben, Hrsg. v. Walther, B., Jena, <https://bjoernwalther.com/heteroskedastizitaet-in-r-erkennen-und-beheben/>, 05.08.2023.
- Walther, B., 2022b, Multikollinearität in R erkennen, Hrsg. v. Walther, B., Jena, <https://bjoernwalther.com/multikollinearitaet-in-r-erkennen/>, 05.08.2023.
- Walther, B., 2022c, Multiple lineare Regression in R rechnen und interpretieren, Hrsg. v. Walther, B., <https://bjoernwalther.com/multiple-lineare-regression-in-r-rechnen/>, 05.08.2023.
- Walther, B., 2023, Mediation in R, Hrsg. v. Walther, B., Jena, <https://bjoernwalther.com/moderation-in-r/>, 06.08.2023.
- Weigand, C., 2019, Statistik mit und ohne Zufall, Eine anwendungsorientierte Einführung, 3. Auflage, Springer Spektrum, Berlin (Lehrbuch).
- Wirtz, M. A. (Hrsg.), 2021, Dorsch Lexikon der Psychologie, Variable, dichotome, Hogrefe AG, <https://dorsch.hogrefe.com/stichwort/variable-dichotome>, 05.08.2023.
- Wirtz, M. A. (Hrsg.), 2022, Dorsch Lexikon der Psychologie, Rationalität, Hogrefe AG, Markus Antonius Wirtz, 03.08.2023.
- Wolf, C.; Best, H. (Hrsg.), 2010, Handbuch der sozialwissenschaftlichen Datenanalyse, VS Verlag für Sozialwissenschaften / Springer Fachmedien Wiesbaden GmbH Wiesbaden, Wiesbaden.
- Yagnik, A.; Chandra, Y., 2019, Using Creativity to defeat fear and manage ambiguity for enhancing entrepreneurial decisions, in: Caputo, A.; Pellegrini, M. M. (Hrsg.), The Anatomy of Entrepreneurial Decisions. Past, Present and Future Research Directions, 1st ed. 2019, Springer, Cham (Springer eBooks Behavioral Science and Psychology), S. 9–28.

FH Aachen  
Fachbereich Wirtschaftswissenschaften  
Eupenerstraße 70  
52066 Aachen

[www.wirtschaft.fh-aachen.de](http://www.wirtschaft.fh-aachen.de)