



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.¹ 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.² Besonderheit der auf einen Verdacht gestützten Kündigung ist die Gefahr, dass der betroffene Arbeitnehmer die Tat nicht begangen hat und zu Unrecht beschuldigt wird.³ 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.⁴ 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.⁵ Der Verdacht, auf den der Arbeitgeber die Kündigung stützt, muss auf objektive Tatsachen gestützt sein.⁶ Ferner muss er derart dringend sein, dass eine große Wahrscheinlichkeit besteht, dass er auch tatsächlich zutrifft.⁷ Darüber hinaus hat der Arbeitgeber alle ihm zumutbaren Ermittlungen zur Sachverhaltsaufklärung zu ergreifen.⁸ 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.⁹ Entfällt der Verdacht gegen den Arbeitnehmer nach wirksamer Kündigung, könnte ihm ein Wiedereinstellungsanspruch zustehen¹⁰, durch den die vorangegangene Fehlprognose korrigiert wird.¹¹

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

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

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

⁴ *Wlachojiannis*, BuW 2003, 782 (782).

⁵ *Eylert*, NZA-RR 2014, 393 (398).

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

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

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

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

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

¹¹ 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 Arbeitgeber¹² 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.¹³ 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.¹⁴ Schließlich ist ein intaktes Vertrauensverhältnis der Vertragsparteien unabdingbar für jedes bestehende Arbeitsverhältnis, da nur so eine Zusammenarbeit reibungslos funktionieren kann.¹⁵ 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.¹⁶ 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.¹⁷ Allerdings reicht das durch den Verdacht verursachte Misstrauen nicht aus, um die Beendigung eines Arbeitsverhältnisses zu rechtfertigen¹⁸, da eine Kündigung für den Arbeitnehmer schwerwiegende Folgen haben und seine Existenz gefährden kann.¹⁹ 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.²⁰ 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.²¹ 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.²² Besonderheit der Verdachtskündigung ist der Umstand, dass die Tat nicht erwiesen ist, dem Arbeitgeber aber gerade wegen des Verdachts unzumutbar ist, das Arbeitsverhältnis fortzusetzen.²³ Der Tatverdacht stellt gegenüber dem Tatvorwurf einen eigenständigen Kündigungsgrund dar.²⁴ Auf den Tatvorwurf stützt der Arbeitgeber seine Kündigung, wenn er von einer

¹² 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.

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

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

¹⁵ *Aszmons*, SPA 2019, 45 (45).

¹⁶ *Aszmons*, SPA 2019, 45 (45).

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

¹⁸ *Eylert*, NZA-RR 2014, 393 (394).

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

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

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

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

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

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

erwiesenen Tat und nicht von dem bloßen Verdacht ausgeht.²⁵ 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.²⁶ Ferner liegt auch keine Verdachtskündigung vor, wenn bereits die objektiven Tatsachen, auf die sich der Verdacht stützt, eine Kündigung begründen können.²⁷ Des Weiteren ist abzugrenzen, dass der Verdacht den Kündigungsgrund einer Verdachtskündigung darstellt und nicht die Erschütterung der Vertrauensgrundlage zwischen dem Arbeitgeber und dem Arbeitnehmer.²⁸ Der Vertrauensverlust an sich ist nicht geeignet, eine Kündigung zu begründen.²⁹ Allerdings wird er wohl regelmäßig das Motiv des Arbeitgebers sein, das ihn zur Kündigung bewegt.³⁰ Darüber hinaus setzt die Verdachtskündigung auch voraus, dass der Verdacht geeignet ist, einen Vertrauensverlust nach sich zu ziehen.³¹ 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.³² Die Zumutbarkeit der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses richtet sich danach, wie erheblich das Vertrauen beeinträchtigt ist und ob mit der Wiederherstellung dessen gerechnet werden kann.³³

C. Die Entwicklung der Verdachtskündigung und Einwände gegen ihre Zulässigkeit

Die Verdachtskündigung wurde durch die Rechtsprechung entwickelt, wird jedoch seither kritisiert.³⁴

I. Entwicklung der Verdachtskündigung durch die Rechtsprechung

Die Entwicklung der Verdachtskündigung begann bereits durch das Reichsarbeitsgericht.³⁵ Im Urteil vom 14.11.1931 findet sich die beiläufige Bemerkung, dass der bloße Verdacht noch keine Kündigung rechtfertigt.³⁶ Gleiches entschied das RAG in einer Entscheidung von 1932.³⁷ Im Jahr 1934 wurde die Verdachtskündigung erstmals vom RAG anerkannt.³⁸ In der folgenden Zeit bestätigte das RAG diese Rechtsprechung.³⁹ 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

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

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

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

²⁸ Hoefs, Die Verdachtskündigung, S. 139.

²⁹ Hoefs, Die Verdachtskündigung, S. 139.

³⁰ Hoefs, Die Verdachtskündigung, S. 140.

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

³² *Wlachojiannis*, BuW 2003, 782 (784).

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

³⁴ *Lembke*, RdA 2013, 82 (84).

³⁵ *Lembke*, RdA 2013, 82 (83).

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

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

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

³⁹ *Lembke*, RdA 2013, 82 (83).

erforderliche Vertrauensgrundlage zerstört.⁴⁰ Das BAG führte die Rechtsprechung des RAG fort.⁴¹ In einer Entscheidung aus dem Jahr 1964 entwickelte das BAG schließlich die weiteren Voraussetzungen für die Wirksamkeit der Verdachtskündigung.⁴² 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.⁴³ Ferner verlangt das BAG einen Wiedereinstellungsanspruch des Arbeitnehmers, sofern sich nachträglich seine Unschuld herausstellen sollte.⁴⁴

II. Einwände gegen die Zulässigkeit der Verdachtskündigung

Im Laufe der Zeit wurden dennoch einige Bedenken bezüglich der Zulässigkeit der Verdachtskündigung geäußert.⁴⁵

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.⁴⁶ § 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.⁴⁷ Dazu fehle die Beweisbarkeit.⁴⁸ Allerdings setzt eine Verdachtskündigung voraus, dass der sie begründende Verdacht auf objektiven Tatsachen beruht.⁴⁹ Demnach handelt es sich nicht um eine Rechtsfortbildung, sondern lediglich um Gesetzesauslegung.⁵⁰

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

Ebenso steht die Unschuldsvermutung aus Art. 6 II EMRK der Verdachtskündigung nicht entgegen.⁵¹ 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.⁵² Würde die Unschuldsvermutung im Privatrecht Anwendung finden, wäre eine Kündigung erst nach strafrechtlicher Verurteilung des Arbeitnehmers möglich, obgleich ein starker Verdacht gegen ihn besteht.⁵³ Zudem schützt die Unschuldsvermutung nur vor einer Strafe.⁵⁴ Rechtsfolgen ohne Strafcharakter

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

⁴¹ *Eylert*, NZA-RR 2014, 393 (396).

⁴² *Eylert*, NZA-RR 2014, 393 (396).

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

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

⁴⁵ *Lembke*, RdA 2013, 82 (84).

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

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

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

⁴⁹ *Lunk*, NJW 2010, 2753 (2753).

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

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

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

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

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

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

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

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.⁶⁸ 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.⁶⁹ 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.⁷⁰ Im Gegensatz zur Tat Kündigung setzt die Wirksamkeit der Verdachtskündigung die Anhörung des Arbeitnehmers voraus.⁷¹ Das folgt daraus, dass bei der

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

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

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

⁵⁸ *Dörner*, NZA 1993, 873 (873).

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

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

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

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

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

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

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

⁶⁶ *Hoefs*, Die Verdachtskündigung, S. 100.

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

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

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

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

⁷¹ 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.⁷² Im Rahmen der Anhörung soll der Arbeitnehmer die Möglichkeit erhalten, den Verdacht zu entkräften.⁷³ Die Wirksamkeit der Tatkündigung hängt jedoch nicht von der vorherigen Sachverhaltsaufklärung und Anhörung des Arbeitnehmers ab.⁷⁴ Vielmehr liegt sie im eigenen Interesse des Arbeitgebers.⁷⁵ Schließlich trägt dieser das Risiko, die Pflichtverletzung im Kündigungsschutzprozess nicht beweisen zu können.⁷⁶ Der Arbeitgeber kann entscheiden, ob er eine Tatkündigung oder eine Verdachtskündigung aussprechen möchte.⁷⁷ Die Verdachtskündigung stellt gegenüber der Tatkündigung kein subsidiäres Mittel dar.⁷⁸ Ihm steht es frei, auch gleichzeitig sowohl eine Tat- als auch eine Verdachtskündigung auszusprechen.⁷⁹ Eine der beiden Kündigungen kann hilfsweise erklärt werden.⁸⁰

E. Arten der Verdachtskündigung

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

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.⁸³ Die außerordentliche Kündigung ist gerechtfertigt, wenn objektive Tatsachen einen dringenden Verdacht begründen, der die für die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses erforderliche Vertrauensgrundlage erschüttert.⁸⁴ 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.⁸⁵

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

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

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

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

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

⁷⁷ *Fuhlrott*, ArbRAktuell 2012, 553 (553).

⁷⁸ *Hoefs*, Die Verdachtskündigung, S. 54.

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

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

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

⁸² *Eylert*, NZA-Beilage 2015, 100 (101).

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

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

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

II. Ordentliche Verdachtskündigung

Auf den Verdacht einer Pflichtverletzung kann aber auch eine ordentliche Kündigung gestützt werden.⁸⁶ Sie stellt das mildere Mittel zur außerordentlichen Kündigung dar⁸⁷ 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.⁸⁸ Dies ist unter anderem bei kurzen Kündigungsfristen anzunehmen.⁸⁹ 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.⁹⁰ 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 veranlassen⁹¹, für die keine Ausschlussfrist gilt.⁹² 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.⁹³ Ferner muss der Verdacht, auf den die ordentliche Verdachtskündigung gestützt werden soll, wäre er erwiesen, eine fristlose Kündigung begründen können.⁹⁴ 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.⁹⁵ 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.⁹⁶ Folglich hat der Arbeitgeber auch eine ordentliche Verdachtskündigung zügig zu erklären.⁹⁷ Eine ordentliche Kündigung wird unter Einhaltung einer Kündigungsfrist erklärt.⁹⁸ Regelungen zur Auslauffrist 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.⁹⁹ Sie gibt dem Arbeitgeber die Möglichkeit, auf einen veränderten Personalbedarf zu reagieren.¹⁰⁰ Jedoch beeinflusst der Verdacht gegen einen Arbeitnehmer den Personalbedarf nicht.¹⁰¹ Folglich scheidet ein betriebsbedingter Kündigungsgrund aus.¹⁰² Ein verhaltensbedingter Kündigungsgrund liegt

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

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

⁸⁸ Hoefs, Die Verdachtskündigung, S. 258.

⁸⁹ Hoefs, Die Verdachtskündigung, S. 258.

⁹⁰ Wlachojiannis, BuW 2003, 782 (785).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

¹⁰⁰ Koch, Arbeitsrecht von A-Z, o.S., Betriebsbedingte Kündigung.

¹⁰¹ Zborowska, Die außerordentliche Verdachtskündigung, S. 56.

¹⁰² Schulz, ArbRAktuell 2016, 365 (366).

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

2. Anforderungen an eine ordentliche Verdachtskündigung

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

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

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

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

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

¹⁰⁷ Zborowska, Die außerordentliche Verdachtskündigung, S. 59.

¹⁰⁸ Zborowska, Die außerordentliche Verdachtskündigung, S. 57.

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

¹¹⁰ Koch, Arbeitsrecht von A-Z, o.S., Personenbedingte Kündigung.

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

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

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

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

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

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

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

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

¹¹⁹ Eylert, NZA-RR 2014, 393 (405).

¹²⁰ Eylert, NZA-RR 2014, 393 (405).

F. Wirksamkeitsvoraussetzungen der Verdachtskündigung

Die Rechtsprechung hat strenge Voraussetzungen für die Fallgruppe der Verdachtskündigung entwickelt.¹²¹

I. Verdacht

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

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.¹²³ Dabei ist es unerheblich, ob er sich ebenfalls auf die erwiesene Tat beruft.¹²⁴ Eine Kündigung kann auf mehrere Gründe nebeneinander gestützt werden.¹²⁵ Er muss die Kündigung jedoch zumindest hilfsweise auch auf den Verdacht stützen.¹²⁶ Die Begründung der Kündigung mit dem Verdacht kann bereits im Kündigungsschreiben oder erst später im Kündigungsschutzprozess erfolgen.¹²⁷ Grundsätzlich gilt zwar, dass die Angabe des Kündigungsgrundes keine Wirksamkeitsvoraussetzung darstellt.¹²⁸ Allerdings findet im Kündigungsschutzprozess der Verhandlungsgrundsatz Anwendung¹²⁹, wonach die Parteien jene Tatsachen einführen, auf Grundlage derer die Gerichte das Urteil entscheiden.¹³⁰ Demnach sind die Gründe spätestens im Rahmen des Sachenvortrags anzugeben.¹³¹ Darüber hinaus muss der Arbeitgeber den Verdacht nicht ausdrücklich als Kündigungsgrund anführen.¹³² Vielmehr ist der Wille des Arbeitgebers, ob er wegen des Verdachts oder wegen der erwiesenen Tat kündigen möchte, auszulegen.¹³³ Eine Verdachtskündigung ist immer dann anzunehmen, wenn sich Anhaltspunkte dafür zeigen, dass er die Kündigung auf den Verdacht stützen will.¹³⁴

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.¹³⁵

¹²¹ *Aszmons*, SPA 2019, 45 (45).

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

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

¹²⁴ *Dörner*, NZA 1992, 865 (868).

¹²⁵ *Dörner*, NZA 1992, 865 (868).

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

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

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

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

¹³⁰ *Pulz*, MHdB ArbR, Rn. 5.

¹³¹ *Hoefs*, Die Verdachtskündigung, S. 142.

¹³² *Hoefs*, Die Verdachtskündigung, S. 143.

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

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

¹³⁵ *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.¹³⁶ Wenn schon die erwiesene Tat keine außerordentliche Kündigung rechtfertigen kann, dann erst recht nicht der bloße Verdacht dieser Tat.¹³⁷ 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.¹³⁸ In diesem Fall überwiegt das Interesse des Arbeitnehmers daran, dass der Arbeitsvertrag fortbesteht.¹³⁹ 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.¹⁴⁰ 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.¹⁴¹ Bei der Prüfung der Rechtmäßigkeit der Verdachtskündigung folgt eine zweite abschließende Interessenabwägung hinsichtlich des Verdachts.¹⁴² Diese verdachtsbezogene Interessenabwägung entscheidet letztendlich darüber, ob auch bereits der Verdacht die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unzumutbar macht.¹⁴³

b) Straftat

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

aa) Straftaten im dienstlichen Bereich

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

¹³⁶ Zborowska, Die außerordentliche Verdachtskündigung, S. 76.

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

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

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

¹⁴⁰ Hoefs, Die Verdachtskündigung, S. 145.

¹⁴¹ Zborowska, Die außerordentliche Verdachtskündigung, S. 77 f.

¹⁴² MüKo BGB/Henssler, BGB, § 626 Rn. 283.

¹⁴³ Zborowska, Die außerordentliche Verdachtskündigung, S. 80.

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

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

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

¹⁴⁷ Hoefs, Die Verdachtskündigung, S. 146 f.

¹⁴⁸ Hoefs, Die Verdachtskündigung, S. 147.

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

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

¹⁵¹ 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.¹⁵² Ferner kann strafbares Verhalten gegenüber Kunden den Ruf des Arbeitgebers gefährden.¹⁵³ 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.¹⁵⁴ Außerdem braucht der Arbeitnehmer nicht zu billigen, dass ein Arbeitnehmer die betrieblichen Einrichtungen nutzt, um eine Straftat zu begehen.¹⁵⁵ In all diesen Fällen können die berechtigten Interessen des Arbeitgebers beeinträchtigt, die Rücksichtnahmepflicht aus § 241 II BGB verletzt und eine verhaltensbedingte Kündigung gerechtfertigt sein.¹⁵⁶

bb) Straftaten im außerdienstlichen Bereich

Im Gegensatz zu Straftaten im dienstlichen Bereich werden Straftaten im außerdienstlichen Bereich außerhalb der Arbeitszeit begangen.¹⁵⁷ Solche Straftaten weisen grundsätzlich keinen Bezug zum Arbeitsverhältnis auf, sodass auf sie keine Kündigung gestützt werden kann.¹⁵⁸ 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.¹⁵⁹

(1) Begründung eines verhaltensbedingten Kündigungsgrundes

Werden durch eine Straftat arbeitsvertragliche Pflichten verletzt, kommt ein verhaltensbedingter Kündigungsgrund in Betracht.¹⁶⁰ Allerdings kann der Arbeitgeber die Gestaltung des privaten Lebensbereichs eines Arbeitnehmers nicht beeinflussen¹⁶¹, es sei denn, das private Verhalten führt zu Störungen des Arbeitsverhältnisses.¹⁶² Die Rücksichtnahmepflicht aus § 241 II BGB gilt demnach auch außerhalb der Arbeitszeit.¹⁶³ 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.¹⁶⁴ Dies ist regelmäßig anzunehmen, wenn der Arbeitnehmer die Straftat zwar außerdienstlich begeht, aber dazu Betriebsmittel oder betriebliche Einrichtungen nutzt.¹⁶⁵ Liegt ein solcher Bezug zum Arbeitsverhältnis nicht vor, ist die Rücksichtnahmepflicht nicht verletzt.¹⁶⁶

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

¹⁵³ Hoefs, Die Verdachtskündigung, S. 150.

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

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

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

¹⁵⁷ Hoefs, Die Verdachtskündigung, S. 147.

¹⁵⁸ Hoefs, Die Verdachtskündigung, S. 151.

¹⁵⁹ Hoefs, Die Verdachtskündigung, S. 151.

¹⁶⁰ Hoefs, Die Verdachtskündigung, S. 151.

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

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

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

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

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

¹⁶⁶ 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.¹⁶⁷ Eine außerdienstliche Straftat kann auch Zweifel an der Zuverlässigkeit und Vertrauenswürdigkeit eines Arbeitnehmers hervorrufen.¹⁶⁸ Entfällt dadurch die Eignung des Arbeitnehmers für die vertraglich geschuldete Tätigkeit, kann dies einen personenbedingten Kündigungsgrund darstellen.¹⁶⁹ Inwiefern die Straftat das Vertrauen beeinträchtigt und einen Eignungsmangel begründet, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab.¹⁷⁰ Erforderlich ist ein Zusammenhang der Straftat mit dem Arbeitsverhältnis und der vom Arbeitnehmer geschuldeten Tätigkeit.¹⁷¹

c) Pflichtverletzung

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

3. Verdacht auf objektive Tatsachen gestützt

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

4. Dringender Verdacht

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

¹⁶⁷ Zborowska, Die außerordentliche Verdachtskündigung, S. 97.

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

¹⁶⁹ Dannenfeldt, MAH Strafverteidigung, Rn. 110.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

¹⁸⁰ Eylert, NZA-RR 2014, 393 (398).

¹⁸¹ Hoefs, Die Verdachtskündigung, S. 170.

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

¹⁸³ 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.¹⁸⁴ Die Wahrscheinlichkeit, dass sich der Verdacht als wahr erweist, lässt sich nicht mithilfe einer mathematischen Berechnung ermitteln.¹⁸⁵ Sie ist vielmehr durch eine wertende Beurteilung festzustellen.¹⁸⁶ Dazu sind sowohl alle belastenden als auch alle entlastenden Umstände gegeneinander abzuwiegen.¹⁸⁷ Ob eine große Wahrscheinlichkeit vorliegt, hängt somit vom Einzelfall ab.¹⁸⁸

a) Verdachtsverstärkende Umstände

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

b) Verdachtsschwächende Umstände

Neben den verdachtsverstärkenden Umständen sind auch diejenigen Umstände zu berücksichtigen, die den Arbeitnehmer entlasten.¹⁹⁵ Dabei hat der Arbeitgeber zu prüfen, ob der Verdacht auch durch einen anderen Vorgang zu erklären ist¹⁹⁶ oder andere Täter in Frage kommen.¹⁹⁷ Allerdings ist ein dringender Verdacht nicht schon alleine deswegen nicht anzunehmen, weil andere Personen nicht sicher als Täter ausgeschlossen werden können.¹⁹⁸ Zugunsten des Arbeitnehmers können auch widersprüchliche Aussagen oder die mangelnde Glaubwürdigkeit der Zeugen gewertet werden.¹⁹⁹ Weiterhin ist der bisherige Verlauf des Arbeitsverhältnisses zu beachten.²⁰⁰ 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,

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

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

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

¹⁸⁷ Hoefs, Die Verdachtskündigung, S. 174.

¹⁸⁸ Aszmons, SPA 2019, 45 (45).

¹⁸⁹ Hoefs, Die Verdachtskündigung, S. 174 f.

¹⁹⁰ Hoefs, Die Verdachtskündigung, S. 174.

¹⁹¹ Hoefs, Die Verdachtskündigung, S. 174.

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

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

¹⁹⁴ Hoefs, Die Verdachtskündigung, S. 207.

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

¹⁹⁶ Hoefs, Die Verdachtskündigung, S. 176.

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

¹⁹⁸ Aszmons, SPA 2019, 45 (46).

¹⁹⁹ Zborowska, Die außerordentliche Verdachtskündigung, S. 140.

²⁰⁰ Zborowska, Die außerordentliche Verdachtskündigung, S. 140.

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

c) Einfluss des Strafverfahrens

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

aa) Verurteilung des Arbeitnehmers

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

²⁰¹ Zborowska, Die außerordentliche Verdachtskündigung, S. 140.

²⁰² Zborowska, Die außerordentliche Verdachtskündigung, S. 140.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

²¹⁵ Hoefs, Die Verdachtskündigung, S. 282 f.

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

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

²¹⁸ 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.²¹⁹ 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.²²⁰ Die Einstellung des Verfahrens stellt keine unwiderlegbare Vermutung für die Unschuld des Arbeitnehmers dar.²²¹ Sie entspricht lediglich einer negativen Prognose des Staatsanwalts darüber, ob eine Verurteilung nach derzeitigem Sachstand am Ende des Verfahrens wahrscheinlich wäre.²²² Eine Einstellung aus Opportunitätsgründen ist ebenfalls denkbar.²²³ Ferner tritt mit der Einstellung nach § 170 II 1 StPO weder ein Strafklageverbrauch noch ein Vertrauensschutz auf den Bestand der Einstellungsverfügung ein.²²⁴ Das Ermittlungsverfahren kann jederzeit wieder aufgenommen werden, selbst wenn sich die Sach- und Rechtslage nicht verändert hat.²²⁵ 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.²²⁶ 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.²²⁷

cc) Freispruch des Arbeitnehmers

Ein Freispruch wegen erwiesener Unschuld kann den Verdacht gegen den Arbeitnehmer entkräften.²²⁸ Dabei ist es nicht erforderlich, dass der Verdacht dadurch vollständig ausgeräumt wird.²²⁹ Es genügt, wenn die in dem Strafverfahren gewonnenen Erkenntnisse den Arbeitnehmer entlasten und den Verdacht abschwächen.²³⁰ Demgegenüber schließt ein Freispruch wegen mangelnder Beweise eine Verdachtskündigung nicht grundsätzlich aus.²³¹ 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.²³² Allerdings hat das Arbeitsgericht sorgfältig zu prüfen, ob der Verdacht für eine Kündigung trotzdem noch dringend genug ist.²³³ Ebenso ist ein Freispruch, der auf einem Strafverfolgungshindernis beruht, nicht geeignet, eine

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

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

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

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

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

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

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

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

²²⁷ Zborowska, Die außerordentliche Verdachtskündigung, S. 150.

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

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

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

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

²³² Hoefs, Die Verdachtskündigung, S. 283.

²³³ 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.²³⁴ Der Arbeitnehmer kann die Tat trotzdem begangen haben.²³⁵

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.²³⁶ Für die Einleitung eines Ermittlungsverfahrens ist nur ein Anfangsverdacht erforderlich.²³⁷ 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.²³⁸ Dagegen stellt die Erhebung der öffentlichen Klage einen bedeutenden Einschnitt im Strafverfahren dar.²³⁹ Sie setzt nicht nur einen Anfangsverdacht, sondern einen hinreichenden Verdacht voraus.²⁴⁰ Ein hinreichender Verdacht ist gegeben, wenn es wahrscheinlich scheint, dass sich die Tat beweisen lässt und eine Verurteilung folgt.²⁴¹ Die Tatsache, dass eine unbeteiligte Stelle einen hinreichenden Verdacht annimmt, ist durchaus geeignet, den Verdacht des Arbeitgebers zu verstärken.²⁴² Ähnliches gilt für den Haftbefehl.²⁴³ 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.²⁴⁴ Allerdings entlastet die Aufhebung eines Haftbefehls den Arbeitnehmer nicht automatisch.²⁴⁵ Schließlich ist es möglich, dass er nur aufgehoben wurde, weil der Haftgrund nicht mehr vorliegt.²⁴⁶

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.²⁴⁷ Aus diesem Grund ist eine Verdachtskündigung nur wirksam, wenn der Arbeitgeber zuvor alle ihm zumutbaren Maßnahmen zur Aufklärung des Sachverhalts ergreift.²⁴⁸ Nach Durchführung der Ermittlungen muss der dringende Verdacht weiter fortbestehen, damit auf ihn eine Verdachtskündigung gestützt werden kann.²⁴⁹

²³⁴ Hoefs, Die Verdachtskündigung, S. 283.

²³⁵ Hoefs, Die Verdachtskündigung, S. 283.

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

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

²³⁸ *Wlachojiannis*, BuW 2003, 782 (783).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

²⁴⁹ *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.²⁵⁰

a) Anhörung als Wirksamkeitsvoraussetzung

Die Anhörung des Arbeitnehmers stellt eine Wirksamkeitsvoraussetzung der Verdachtskündigung dar.²⁵¹ Dies folgt aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, da stets die Gefahr besteht, dass ein unschuldiger Arbeitnehmer getroffen wird.²⁵² Ein Verdacht kann eine Kündigung nur begründen, wenn er zuvor nicht ausgeräumt werden konnte.²⁵³ 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.²⁵⁴ Der Arbeitgeber soll die Ausführungen des Arbeitnehmers berücksichtigen können, wenn er die Entscheidung trifft, ob er eine Kündigung aussprechen möchte.²⁵⁵ Schafft es der Arbeitnehmer, den Verdacht gegen ihn zu entkräften oder sogar vollständig auszuräumen, kann die Verdachtsanhörung eine Kündigung verhindern.²⁵⁶ Demnach stellt die Anhörung das mildere Mittel zur Verdachtskündigung dar.²⁵⁷ Verzichtet der Arbeitgeber auf eine solche Anhörung des Arbeitnehmers, wäre die Verdachtskündigung nicht ultima ratio.²⁵⁸ 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.²⁵⁹ Dies gilt nicht nur für eine gänzlich unterlassene Anhörung²⁶⁰, sondern auch für eine nicht ordnungsgemäße Anhörung, da auch sie die Verteidigungsmöglichkeiten des Arbeitnehmers beschränkt.²⁶¹ Bei einer ordentlichen Verdachtskündigung finden obige Überlegungen gleichermaßen Anwendung.²⁶²

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.²⁶³ 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.²⁶⁴ Der Arbeitgeber braucht ihn auch nicht mehr näher über den Verdacht

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

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

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

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

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

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

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

²⁵⁷ *Eylert*, NZA-RR 2014, 393 (400).

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

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

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

²⁶¹ *Zborowska*, Die außerordentliche Verdachtskündigung, S. 167.

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

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

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

zu informieren.²⁶⁵ In diesem Fall könnte eine Anhörung keinen Beitrag zu der Sachverhaltsaufklärung leisten und würde den Arbeitgeber in seiner Entscheidungsfindung nicht beeinflussen.²⁶⁶ 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.²⁶⁷ Dabei ist es unerheblich, ob er vorsätzlich oder unfreiwillig schweigt.²⁶⁸ 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.²⁶⁹ Im Einzelfall kann dem Arbeitgeber ein längeres Zuwarten nicht zuzumuten sein.²⁷⁰ . Somit würde er seine Aufklärungspflicht nicht verletzen.²⁷¹ 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.²⁷² 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.²⁷³

c) Zeitpunkt der Anhörung

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

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.²⁷⁸ Allerdings darf ihr Beginn nicht länger als erforderlich verzögert werden.²⁷⁹

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

²⁷⁵ *Aszmons*, SPA 2019, 45 (46).

²⁷⁶ *Hunold*, NZA-RR 2003, 57 (64).

²⁷⁷ *Aszmons*, SPA 2019, 45 (47).

²⁷⁸ *Hunold*, NZA-RR 2012, 399 (400).

²⁷⁹ *Hunold*, NZA-RR 2012, 399 (400).

(1) Regelfrist

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

(2) Überschreitung der Regelfrist

Diese Regelfrist darf nur aus sachlich erheblichen und verständigen Gründen überschritten werden.²⁸³

(a) Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers

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

(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.²⁸⁹ 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.²⁹⁰

(c) Untersuchungshaft des Arbeitnehmers

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

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

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

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

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

²⁸⁴ Eylert, NZA-RR 2014, 393 (402).

²⁸⁵ Eylert, NZA-RR 2014, 393 (402).

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

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

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

²⁸⁹ Eylert, Kramer IT-Arbeitsrecht, B. Individualarbeitsrecht, Rn. 406.

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

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

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

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

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

bb) Rechtzeitigkeit der Anhörung bei einer ordentlichen Verdachtskündigung

§ 626 II BGB gilt nicht für die ordentliche Verdachtskündigung.²⁹⁵ Sie muss nicht innerhalb dieser Frist ausgesprochen werden.²⁹⁶ Folglich muss der Arbeitnehmer auch nicht innerhalb einer einwöchigen Regelfrist angehört werden.²⁹⁷ 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.²⁹⁸ Leitet der Arbeitgeber nicht unmittelbar Ermittlungen zur Aufklärung des Sachverhalts ein, berechtigt dies zur Annahme, dass eine solche Schwere des Verdachts nicht vorliegt.²⁹⁹ Aus diesem Grund sollte er die Anhörung zügig durchführen und möglichst schnell eine Entscheidung treffen.³⁰⁰ Eine Anhörung innerhalb der Regelfrist, die für die Anhörung zu einer außerordentlichen Verdachtskündigung gilt, ist auf jeden Fall rechtzeitig.³⁰¹

d) Einladung zur Anhörung und vorherige Mitteilung des Themas

Der Arbeitgeber hat den Arbeitnehmer zu einem Anhörungsgespräch zu laden.³⁰² Fraglich ist, ob der Arbeitnehmer bereits vor dem Gespräch auf dessen Inhalt hingewiesen werden muss.³⁰³ 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.³⁰⁴ Insbesondere bei komplexen Sachverhalten ist nur dann eine konkrete Einlassung des Arbeitnehmers möglich.³⁰⁵ Ebenso kann der Arbeitnehmer schon zuvor entscheiden, ob er sich näher zu den Vorwürfen äußern oder eventuell einen Rechtsanwalt oder Betriebsratsmitglied hinzuziehen möchte.³⁰⁶ Auf der anderen Seite kann Verdunkelungsgefahr bestehen, wenn der Arbeitnehmer durch die Ankündigung des Gesprächsthemas vorgewarnt wird.³⁰⁷ Folglich reicht wohl die allgemeine Aufforderung zu einem Personalgespräch nicht aus³⁰⁸, die Einladung zur Anhörung muss aber auch nicht allzu präzise über den Gesprächsinhalt unterrichten.³⁰⁹ Kann der Arbeitnehmer sich nicht substantiiert auf die Vorwürfe einlassen, weil er hierfür Recherchen anstellen und eigene

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

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

²⁹⁶ *Klinkhammer*, ArbRAktuell 2020, 7 (9).

²⁹⁷ *Klinkhammer*, ArbRAktuell 2020, 7 (9 f.).

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

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

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

³⁰¹ *Klinkhammer*, ArbRAktuell 2020, 7 (10).

³⁰² *Klinkhammer*, ArbRAktuell 2020, 7 (8).

³⁰³ *Klinkhammer*, ArbRAktuell 2020, 7 (8).

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

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

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

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

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

³⁰⁹ *Dzida*, NZA 2013, 412 (414).

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

e) Form der Anhörung

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

f) Inhalt der Anhörung

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

³¹⁰ *Dzida*, NZA 2013, 412 (414).

³¹¹ *Klinkhammer*, ArbRAktuell 2020, 7 (8).

³¹² *Fuhlrott*, ArbRAktuell 2012, 553 (555).

³¹³ *Fuhlrott*, ArbRAktuell 2012, 553 (555).

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

³¹⁵ *Eylert*, NZA-RR 2014, 393 (402).

³¹⁶ *Hunold*, NZA-RR 2012, 399 (400).

³¹⁷ *Eylert*, Kramer IT-Arbeitsrecht, B. Individualarbeitsrecht, Rn. 408.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

³²⁹ *Eylert*, NZA-RR 2014, 393 (403).

g) Umstände der Anhörung

Die Anhörung des Arbeitnehmers ist ferner nur ordnungsgemäß, wenn sie unter zumutbaren Umständen stattfindet.³³⁰ Demnach muss der Arbeitgeber sicherstellen, dass das Anhörungsgespräch vertraulich bleibt³³¹ und der Arbeitnehmer sich bedenkenlos zu den Vorwürfen gegen ihn äußern kann.³³² Der Arbeitgeber darf somit keinen unnötigen Situationsdruck schaffen.³³³ Dieser könnte beispielsweise dadurch hervorgerufen werden, dass die Anhörung in einem dunklen Raum³³⁴ oder unter dem Beisein außenstehender Dritter³³⁵ stattfindet.

h) Teilnehmer

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

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.³³⁸ 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.³³⁹ Zu der Anhörung kann ein Zeuge hinzugezogen werden, solange weiterhin die Vertraulichkeit des Gesprächs gewährleistet bleibt.³⁴⁰

bb) Teilnehmer auf der Arbeitnehmerseite

Fraglich ist hingegen, welche Teilnehmer sich auf der Arbeitnehmerseite an der Anhörung beteiligen.³⁴¹

(1) Hinzuziehung Dritter

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

³³⁰ Hunold, NZA-RR 2012, 399 (402).

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

³³² Zborowska, Die außerordentliche Verdachtskündigung, S. 188.

³³³ Eylert, NZA-RR 2014, 393 (402).

³³⁴ Eylert, NZA-RR 2014, 393 (402).

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

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

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

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

³³⁹ Hunold, NZA-RR 2003, 57 (64).

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

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

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

(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.³⁴⁴ Um Waffen- und Chancengleichheit zu ermöglichen, sollte der Arbeitnehmer wohl einen Rechtsanwalt hinzuziehen dürfen, wenn auch der Arbeitgeber einen Rechtsanwalt hinzuzieht.³⁴⁵ 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.³⁴⁶ Nur so kann sichergestellt werden, dass der Arbeitnehmer sich von Anfang an ausreichend verteidigen kann.³⁴⁷ Wenn der Arbeitgeber keinen betriebsfremden Rechtsanwalt zu dem Anhörungsgespräch zulassen möchte, kann er eine schriftliche Anhörung veranlassen.³⁴⁸

(b) Hinzuziehung eines Betriebsratsmitglieds

Das BetrVG enthält keinen allgemeinen Anspruch des Arbeitnehmers auf Hinzuziehung eines Betriebsratsmitglieds bei Personalgesprächen.³⁴⁹ Vielmehr wird er lediglich für bestimmte Fallgestaltungen festgelegt.³⁵⁰ § 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.³⁵¹ 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.³⁵² Für den Anspruch reicht es aus, wenn der Gesprächsgegenstand teilweise identisch mit den in § 82 II BetrVG genannten Gegenständen ist.³⁵³ 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.³⁵⁴ Schließlich umfasst § 82 II BetrVG auch eine negative Beurteilung.³⁵⁵ Außerdem sollte erst recht ein Betriebsratsmitglied an der Anhörung teilnehmen können, wenn schon ein betriebsfremder Rechtsanwalt hinzugezogen werden kann.³⁵⁶ Ein Betriebsratsmitglied ist unter Umständen aufgrund seiner Nähe zum Betrieb

³⁴² Zborowska, Die außerordentliche Verdachtskündigung, S. 172.

³⁴³ Eylert, NZA-RR 2014, 393 (403).

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

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

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

³⁴⁷ Eylert, NZA-RR 2014, 393 (403).

³⁴⁸ Eylert, NZA-RR 2014, 393 (404).

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

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

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

³⁵² Aszmons, SPA 2019, 45 (47).

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

³⁵⁴ Lembke, RdA 2013, 82 (88).

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

³⁵⁶ Hunold, NZA-RR 2012, 399 (402).

sogar besser geeignet als ein Rechtsanwalt.³⁵⁷ 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.³⁵⁸

(c) Hinweispflicht des Arbeitgebers

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

(2) Stellvertreter

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

i) Mitwirkungspflicht des Arbeitnehmers

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

³⁵⁷ Hunold, NZA-RR 2012, 399 (402).

³⁵⁸ Fuhlrott, ArbRAktuell 2012, 553 (555).

³⁵⁹ Zborowska, Die außerordentliche Verdachtskündigung, S. 177.

³⁶⁰ Hunold, NZA-RR 2012, 399 (402).

³⁶¹ Zborowska, Die außerordentliche Verdachtskündigung, S. 177.

³⁶² Zborowska, Die außerordentliche Verdachtskündigung, S. 177.

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

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

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

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

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

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

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

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

³⁷¹ Klinkhammer, ArbRAktuell 2020, 7 (10).

³⁷² 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.³⁷³ Allerdings rechtfertigt die fehlende Mitwirkung des Arbeitnehmers an sich keine Kündigung.³⁷⁴ Dadurch trägt er lediglich nicht zu seiner Entlastung bei, sondern verstärkt vielmehr den Verdacht.³⁷⁵ Es wirkt so, als würde er etwas verheimlichen wollen.³⁷⁶ Demnach wird das Vertrauen des Arbeitgebers zum Arbeitnehmer weiter beeinträchtigt.³⁷⁷

2. Weitere Möglichkeiten der Sachverhaltsaufklärung

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

a) Ermittlungsmaßnahmen des Arbeitgebers

Dem Arbeitgeber sind zahlreiche Ermittlungen möglich.³⁸¹ Insbesondere muss er sämtliche Fehlerquellen überprüfen³⁸² und ermitteln, ob nicht auch andere Täter in Frage kommen.³⁸³ 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.³⁸⁴ Die datenschutzrechtliche Beurteilung der verschiedenen Ermittlungsmaßnahmen bleiben im Folgenden unberücksichtigt.

aa) Videoüberwachung

Eine mögliche Ermittlungsmaßnahme ist die Videoüberwachung des Arbeitnehmers.³⁸⁵ 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.³⁸⁶ Danach darf jeder selbst entscheiden, ob Filmaufnahmen von ihm angefertigt werden dürfen.³⁸⁷ Allerdings kann der Eingriff gerechtfertigt sein, sofern berechnete Interessen des Arbeitgebers überwiegen.³⁸⁸ 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.³⁸⁹ Für die

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

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

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

³⁷⁶ Hoefs, Die Verdachtskündigung, S. 207.

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

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

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

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

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

³⁸² Eylert, NZA-Beilage 2015, 100 (103).

³⁸³ Aszmons, SPA 2019, 45 (46).

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

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

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

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

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

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

Beurteilung der Verhältnismäßigkeit ist die Intensität des Eingriffs zu beachten.³⁹⁰ Dabei wird zwischen einer offenen und verdeckten Videoüberwachung unterschieden.³⁹¹ Eine offene Videoüberwachung liegt vor, wenn die Kameras sichtbar und gegebenenfalls mit einem Hinweis angebracht sind.³⁹² Dagegen findet eine verdeckte Videoüberwachung heimlich statt.³⁹³ 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.³⁹⁴ Aus diesem Grund sind an die verdeckte Videoüberwachung strengere Anforderungen zu stellen.³⁹⁵ Sie ist nur in Ausnahmefällen zulässig³⁹⁶, wenn ein konkreter Verdacht besteht und sie das einzige zur Sachverhaltsaufklärung geeignete Mittel darstellt.³⁹⁷ Der Verdacht muss sich gegen einen abgrenzbaren Kreis von Arbeitnehmern richten und sich auf eine konkrete Pflichtverletzung beziehen.³⁹⁸ Bloße Mutmaßungen reichen nicht aus, um eine verdeckte Videoüberwachung zu rechtfertigen.³⁹⁹ 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.⁴⁰⁰

bb) Telefonüberwachung

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

³⁹⁰ *Maties*, NJW 2008, 2219 (2220).

³⁹¹ *Mengel*, *Mengel Compliance und Arbeitsrecht*, Rn. 46.

³⁹² *Maties*, NJW 2008, 2219 (2220).

³⁹³ *Maties*, NJW 2008, 2219 (2220).

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

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

³⁹⁶ *Dendorfer-Ditges*, *MAH ArbR*, Rn. 186.

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

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

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

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

⁴⁰¹ *Hoefs*, *Die Verdachtskündigung*, S. 238.

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

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

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

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

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

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

⁴⁰⁸ *Kania*, *Küttner Personalbuch* 2023, Rn. 7.

cc) Kontrollmaßnahmen

Ferner kann der Arbeitgeber Taschen- und Torkontrollen anordnen, um einen Diebstahl aufzudecken.⁴⁰⁹ Solche Mitarbeiterkontrollen greifen grundsätzlich in das Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers ein⁴¹⁰, da der Inhalt seiner Taschen in den Bereich seiner Privatsphäre fällt.⁴¹¹ Sie sind somit nur zulässig, wenn sie auch verhältnismäßig sind.⁴¹² Dabei ist zu beachten, ob die Kontrollen zur Vermeidung oder Aufdeckung von Straftaten und Pflichtverletzungen eingesetzt werden.⁴¹³ 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.⁴¹⁴ Allerdings können sie nicht generell ausgeschlossen werden.⁴¹⁵ Die Interessen des Arbeitgebers sind im Rahmen einer Verhältnismäßigkeitsprüfung mit Interessenabwägung zu berücksichtigen.⁴¹⁶ Demnach sind auch präventive Kontrollen zuzulassen, sofern sie verhältnismäßig sind und berechtigte Interessen des Arbeitgebers überwiegen.⁴¹⁷ Alle Arbeitnehmer müssen gleich von den Kontrollen betroffen sein.⁴¹⁸ Daher sind diese stichprobenartig durchzuführen, wobei die Arbeitnehmer jeweils per Zufallsprinzip ausgewählt werden.⁴¹⁹ Gezielte Kontrollen eines Arbeitnehmers bedürfen eines konkreten Anlasses oder Verdachts.⁴²⁰ Darüber hinaus sind Spindkontrollen als Ermittlungsmaßnahmen denkbar.⁴²¹ Diese greifen ebenfalls erheblich in das Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers ein.⁴²² In seinem Spind bewahrt der Arbeitnehmer private Gegenstände auf.⁴²³ Er soll darauf vertrauen dürfen, dass er nicht ohne seine Einwilligung durchsucht wird.⁴²⁴ Aus diesem Grund sind heimliche Spindkontrollen ohne konkreten Anlass unzulässig.⁴²⁵ Vielmehr sind sie nur gestattet, wenn ein Verdacht gegen den Arbeitnehmer besteht.⁴²⁶ Die Kontrolle muss auch verhältnismäßig sein und dem Arbeitgeber dürfen keine mildereren Maßnahmen zur Verfügung stehen.⁴²⁷ Ein mildereres Mittel ist die Schrankkontrolle in Anwesenheit des Arbeitnehmers.⁴²⁸ Diese kann jedoch ausgeschlossen sein, wenn die Gefahr besteht, dass der Arbeitnehmer die Aufklärung des Sachverhalts behindern könnte.⁴²⁹

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

⁴¹⁰ Mengel, Mengel Compliance und Arbeitsrecht, Rn. 81.

⁴¹¹ Kerscher, SPA 2017, 117 (117).

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

⁴¹³ Kerscher, SPA 2017, 117 (117).

⁴¹⁴ Kerscher, SPA 2017, 117 (117 f.).

⁴¹⁵ Kerscher, SPA 2017, 117 (118).

⁴¹⁶ Kerscher, SPA 2017, 117 (118).

⁴¹⁷ Kerscher, SPA 2017, 117 (118).

⁴¹⁸ Linck, Arbeitsrechts-Handbuch, § 53, Rn. 22.

⁴¹⁹ Kerscher, SPA 2017, 117 (118).

⁴²⁰ Linck, Arbeitsrechts-Handbuch, § 53, Rn. 22.

⁴²¹ Kerscher, SPA 2017, 117 (118).

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

⁴²³ Kerscher, SPA 2017, 117 (118).

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

⁴²⁵ Kerscher, SPA 2017, 117 (118).

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

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

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

⁴²⁹ Kerscher, SPA 2017, 117 (119).

dd) Mitarbeiterbefragung

Eine weitere Möglichkeit zur Sachverhaltsaufklärung besteht in der Befragung anderer Mitarbeiter.⁴³⁰ Fraglich ist jedoch, inwiefern ein Arbeitnehmer als Zeuge zu einer Auskunft über das Verhalten anderer Mitarbeiter verpflichtet ist.⁴³¹ 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.⁴³² Wenn insofern eine Pflicht zur Anzeige besteht, dann ist erst recht eine Pflicht zur Auskunft auf Nachfrage des Arbeitgebers anzunehmen.⁴³³ Diese Auskunftspflicht ist auszuweiten auf alle schädigenden Handlungen, die im Arbeitsbereich des Arbeitnehmers stattfinden, unabhängig davon, ob ihm die Kontrolle dieses Mitarbeiters obliegt.⁴³⁴ 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.⁴³⁵ Der Arbeitgeber ist nicht dazu verpflichtet, dem verdächtigen Arbeitnehmer eine Gegenüberstellung mit den Zeugen anzubieten oder ihn an deren Befragung teilhaben zu lassen.⁴³⁶

ee) Einsatz von Detektiven

Außerdem könnte der Arbeitgeber Detektive einsetzen, die den Arbeitnehmer innerhalb und außerhalb des Betriebs beobachten.⁴³⁷ 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 mildereres Mittel zur Verfügung steht, um den Sachverhalt aufzuklären.⁴³⁸

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.⁴³⁹ Allerdings kann die Verwertbarkeit von Beweisen durch Verwertungsverbote ausgeschlossen sein.⁴⁴⁰ Im Gegensatz zur StPO enthält das ArbGG keine Regelungen zu Beweisverwertungsverböten.⁴⁴¹ Es ist anzunehmen, dass regelmäßig kein Bewertungsverbot vorliegt, sofern die Beweiserhebung rechtmäßig erfolgte.⁴⁴² Fraglich ist jedoch, ob der Verwertbarkeit von rechtswidrig erlangten Beweismitteln ein Verwertungsverbot entgegensteht.⁴⁴³ Selbst wenn die Beschaffung der Beweismittel rechtswidrig erfolgte, weil sie in das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers eingegriffen hat, ist ihre

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

⁴³¹ *Rudkowski*, NZA 2011, 612 (614).

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

⁴³³ *Rudkowski*, NZA 2011, 612 (614).

⁴³⁴ *Rudkowski*, NZA 2011, 612 (614).

⁴³⁵ *Rudkowski*, NZA 2011, 612 (614).

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

⁴³⁷ *Zborowska*, Die außerordentliche Verdachtskündigung, S. 194.

⁴³⁸ *Mengel*, Mengel Compliance und Arbeitsrecht, Rn. 78.

⁴³⁹ *Stück*, CCZ 2018, 88 (91).

⁴⁴⁰ *Schmidt*, Küttner Personalbuch 2023, Verdachtskündigung, Rn. 8.

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

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

⁴⁴³ *Ulrich/Ulrich*, MAH ArbR, Rn. 344.

Verwertung im Kündigungsschutzprozess nicht von vornherein ausgeschlossen.⁴⁴⁴ Vielmehr besteht ein Verwertungsverbot nur, wenn auch die Verwertung einen Eingriff in das Persönlichkeitsrecht darstellt.⁴⁴⁵ Somit obliegt es dem Gericht, zu prüfen, ob die Verwertung das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers verletzt.⁴⁴⁶ Hierzu ist eine Interessenabwägung im Einzelfall erforderlich.⁴⁴⁷ Das schlichte Beweisinteresse des Arbeitgebers reicht nicht aus.⁴⁴⁸ Es müssen weitere Umstände hinzutreten, die sein Interesse an der Beweisverwertung schutzbedürftig erscheinen lassen.⁴⁴⁹ Ist der Kernbereich privater Lebensgestaltung betroffen, besteht stets ein Beweisverwertungsverbot.⁴⁵⁰ 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.⁴⁵¹

c) Hemmung der Ausschlussfrist

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

III. Anhörung des Betriebsrats

Gemäß § 102 I 1 BetrVG ist der Betriebsrat vor jeder Kündigung anzuhören. Dies gilt folglich auch für die Verdachtskündigung.⁴⁵⁸ 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.⁴⁵⁹ Sinn und Zweck der Betriebsratsanhörung ist es, dem Betriebsrat die Möglichkeit zu geben, den Arbeitgeber in seiner Entscheidungsfindung zu

⁴⁴⁴ Pulz, MHdB ArbR, Rn. 57.

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

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

⁴⁴⁷ Akkilic, NZA 2020, 623 (626).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁴⁵⁸ Hoefs, Die Verdachtskündigung, S. 209.

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

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

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.⁴⁶² Die Anhörung des Betriebsrats zu einer Kündigung, die sich auf eine als erwiesen angesehene Tat stützt, umfasst nicht zugleich die Anhörung zu einer Verdachtskündigung.⁴⁶³ Grund dafür ist, dass eine Verdachtskündigung bei dem Betriebsrat durchaus eher Bedenken hervorruft als die Kündigung wegen erwiesener Tat.⁴⁶⁴ 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.⁴⁶⁵ Aus diesem Grund sollte der sorgfältige Arbeitgeber bei unsicherer Beweislage den Betriebsrat zumindest auch hilfsweise zu einer Verdachtskündigung anhören.⁴⁶⁶ 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.⁴⁶⁷ Da dem Betriebsrat nichts vorenthalten wird, wird auch der Normzweck des § 102 BetrVG erfüllt.⁴⁶⁸

2. Form der Anhörung

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

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.⁴⁷¹ 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.⁴⁷² Dieser liegt darin, dass der Betriebsrat auf die Willensbildung des Arbeitgebers Einfluss nehmen soll.⁴⁷³ 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

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

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

⁴⁶² Fuhlrott, ArbRAktuell 2012, 605 (605).

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

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

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

⁴⁶⁶ Wlachojiannis, BuW 2003, 782 (785).

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

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

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

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

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

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

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

zu müssen.⁴⁷⁴ Allerdings gilt der Grundsatz der subjektiven Determinierung.⁴⁷⁵ 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.⁴⁷⁶ Die Kenntnis von Tatsachen, die seinen Kündigungsentchluss nicht bestimmt haben, ist dazu nicht erforderlich.⁴⁷⁷ Erfolgt eine bewusst unrichtige oder unvollständige Unterrichtung des Betriebsrats, ist die Anhörung nicht ordnungsgemäß und führt zur Unwirksamkeit der Verdachtskündigung.⁴⁷⁸ Eine unbewusste Falsch- oder Fehlinformation berührt die Wirksamkeit der Kündigung jedoch nicht.⁴⁷⁹ 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.⁴⁸⁰

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.⁴⁸¹ Zudem sollte die Anhörung des Betriebsrats erst nach der Anhörung des Arbeitnehmers erfolgen.⁴⁸² Letztere dient der Sachverhaltsaufklärung, die dem Arbeitgeber ermöglichen soll, die Aussagen, die der Arbeitnehmer während der Anhörung trifft, bei seiner Entscheidung zu berücksichtigen.⁴⁸³ 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.⁴⁸⁴ 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.⁴⁸⁵

IV. Verhältnismäßigkeit

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

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

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

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

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

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

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

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

⁴⁸¹ Bayer, DB 1992, 782 (783).

⁴⁸² *Wlachojiannis*, BuW 2003, 782 (785).

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

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

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

⁴⁸⁶ *Eylert*, NZA-RR 2014, 393 (404).

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

⁴⁸⁸ *Schrader*, NJW 2012, 342 (342).

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

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

1. Kein milderes Mittel

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

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.⁴⁹⁴

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

⁴⁹⁰ Hoefs, Die Verdachtskündigung, S. 219.

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

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

⁴⁹³ Schrader, NJW 2012, 342 (342).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁵⁰³ Hoefs, Die Verdachtskündigung, S. 98.

⁵⁰⁴ Hoefs, Die Verdachtskündigung, S. 98.

aus.⁵⁰⁵ Eine Suspendierung schafft ohnehin nur für eine kurze Zeit Abhilfe.⁵⁰⁶ Sollte der Sachverhalt nicht aufgeklärt werden können, ist der Arbeitgeber dazu gezwungen, den Arbeitnehmer trotz des bestehenden Verdachts weiter zu beschäftigen.⁵⁰⁷ Der Verdacht kann durch die Suspendierung des Arbeitnehmers nicht ausgeräumt werden.⁵⁰⁸ Nach diesen Überlegungen kommt die Suspendierung des Arbeitnehmers in der Regel nicht als milderes Mittel zur Verdachtskündigung in Betracht.⁵⁰⁹ Es könnte jedoch sinnvoll sein, den Arbeitnehmer während der Aufklärung des Sachverhalts zu suspendieren⁵¹⁰, wenn die Gefahr besteht, dass dieser die Ermittlungen stört.⁵¹¹

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.⁵¹² 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.⁵¹³ Die Abmahnung ist durchaus geeignet, eine positive Verhaltensänderung des Arbeitnehmers hervorzurufen und weitere Vertragsstörungen zu verhindern.⁵¹⁴ Auch vor einer Verdachtskündigung kann nicht generell auf eine Abmahnung verzichtet werden.⁵¹⁵ Wenn selbst bei einer erwiesenen Pflichtverletzung der Arbeitnehmer zunächst nur abzumahnern ist, dann bei dem Verdacht der Pflichtverletzung erst recht.⁵¹⁶ Demnach ist auch vor einer Verdachtskündigung zu prüfen, ob nicht bereits eine Abmahnung als Reaktion auf die Vertragsstörung ausreicht.⁵¹⁷ 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.⁵¹⁸

d) Ordentliche Kündigung

Darüber hinaus kommt in Fällen der außerordentlichen Kündigung die fristgerechte Kündigung als milderes Mittel in Betracht.⁵¹⁹ § 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

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

⁵⁰⁶ Hoefs, Die Verdachtskündigung, S. 99.

⁵⁰⁷ Hoefs, Die Verdachtskündigung, S. 99.

⁵⁰⁸ Zborowska, Die außerordentliche Verdachtskündigung, S. 203.

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

⁵¹⁰ Luckey, NZA 1992, 873 (875).

⁵¹¹ Zborowska, Die außerordentliche Verdachtskündigung, S. 203.

⁵¹² Eylert, NZA-RR 2014, 393 (404).

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

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

⁵¹⁵ MüKo BGB/Henssler, BGB, § 626 Rn. 272.

⁵¹⁶ Hoefs, Die Verdachtskündigung, S. 263.

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

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

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

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

2. Interessenabwägung

Weiterhin müsste die Verdachtskündigung angemessen sein.⁵²² Dazu ist eine Interessenabwägung durchzuführen.⁵²³ 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.⁵²⁴ Auch im Rahmen einer ordentlichen Verdachtskündigung ist eine solche Interessenabwägung bezüglich einer fristgerechten Vertragsbeendigung vorzunehmen.⁵²⁵ Allerdings sind keine absoluten Kündigungsgründe anerkannt, auf die stets eine wirksame Kündigung gestützt werden kann, ohne eine sachverhaltsbezogene Abwägung vorgenommen zu haben.⁵²⁶ Vielmehr ist eine Bewertung des Einzelfalls erforderlich.⁵²⁷ Die Kriterien für die Interessenabwägung lassen sich nicht abschließend aufzählen.⁵²⁸

a) Verursachung des Verdachts durch den Arbeitnehmer

Zunächst ist zu beachten, ob der Arbeitnehmer zur Entstehung des Verdachts gegen ihn beigetragen hat.⁵²⁹ 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.⁵³⁰ Zugunsten des Arbeitnehmers ist es dagegen zu berücksichtigen, wenn er bei der Aufklärung des Sachverhalts mitgewirkt hat.⁵³¹

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.⁵³² Ein Zusammenhang mit seinem Hauptaufgabenbereich kann sich zulasten des Arbeitnehmers auswirken.⁵³³

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

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

⁵²² Hoefs, Die Verdachtskündigung, S. 221.

⁵²³ Eylert, NZA-RR 2014, 393 (404).

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

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

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

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

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

⁵²⁹ Zborowska, Die außerordentliche Verdachtskündigung, S. 216.

⁵³⁰ Zborowska, Die außerordentliche Verdachtskündigung, S. 216.

⁵³¹ Zborowska, Die außerordentliche Verdachtskündigung, S. 216.

⁵³² Zborowska, Die außerordentliche Verdachtskündigung, S. 219.

⁵³³ 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.⁵³⁴ Kann jedoch hypothetisch ein Verschulden festgestellt werden, wenn eine erwiesene Tat angenommen werden würde, ist dieses durchaus im Rahmen der Interessenabwägung zu beachten.⁵³⁵

d) Wiederholungsgefahr

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

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.⁵³⁹ Grundsätzlich gilt, dass je länger ein Arbeitsverhältnis besteht, desto größer ist das Vertrauen, das im Zeitraum der Beschäftigung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer aufgebaut wird.⁵⁴⁰ Im Rahmen der Zumutbarkeitsprüfung ist festzustellen, ob dieses Vertrauen bereits durch die erstmalige Vertragsstörung zerstört werden kann.⁵⁴¹ Ist der Arbeitnehmer schon längere Zeit beim Arbeitgeber beschäftigt, ohne dass vergleichbare Pflichtverletzungen aufgetreten sind, konnte der Arbeitgeber ein vertieftes Vertrauen zum Arbeitnehmer aufbauen.⁵⁴² Es ist daher anzunehmen, dass die aufgebaute Vertrauensgrundlage zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer nicht schon durch die erstmalige Störung des Arbeitsverhältnisses irreparabel zerstört wird.⁵⁴³ 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.⁵⁴⁴ 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.⁵⁴⁵ 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.⁵⁴⁶ 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

⁵³⁴ Zborowska, Die außerordentliche Verdachtskündigung, S. 220.

⁵³⁵ Zborowska, Die außerordentliche Verdachtskündigung, S. 220.

⁵³⁶ Zborowska, Die außerordentliche Verdachtskündigung, S. 224.

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

⁵³⁸ Zborowska, Die außerordentliche Verdachtskündigung, S. 225.

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

⁵⁴⁰ Schrader, NJW 2012, 342 (343).

⁵⁴¹ Schrader, NJW 2012, 342 (343).

⁵⁴² Schrader, NJW 2012, 342 (343).

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

⁵⁴⁴ Zborowska, Die außerordentliche Verdachtskündigung, S. 227.

⁵⁴⁵ Zborowska, Die außerordentliche Verdachtskündigung, S. 226 f.

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

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

f) Art des Betriebes und Stellung des Arbeitnehmers

Weiterhin ist die Art des Betriebes zu berücksichtigen.⁵⁵¹ Unter anderem kann es relevant sein, ob es sich um ein sicherheitsrelevantes Unternehmen handelt⁵⁵² und welche Position der Arbeitnehmer innerhalb dieses Betriebes einnimmt.⁵⁵³ Es ist abzuwägen, ob der Arbeitnehmer eine besondere Vertrauensstellung innehat und Betriebsgeheimnisse kennt oder Zugang zu Wertgegenständen hat.⁵⁵⁴ Die Fortsetzung wird dem Arbeitgeber wohl unzumutbar sein, wenn eine Weiterbeschäftigung mit hohen Risiken und Gefahren verbunden ist.⁵⁵⁵ Die Größe des Betriebes ist hingegen unerheblich.⁵⁵⁶

g) Persönliche Umstände

Schlussendlich fließen auch die persönlichen Umstände des Arbeitnehmers in die Interessenabwägung mit ein.⁵⁵⁷ Dabei ist zu festzustellen, wie schwer die Kündigung den Arbeitnehmer trifft.⁵⁵⁸ Zu den persönlichen Umständen gehören unter anderem das Alter des Arbeitnehmers⁵⁵⁹ sowie seine Chancen auf dem Arbeitsmarkt.⁵⁶⁰ Im Einzelfall können auch die Unterhaltspflichten und der Familienstand des Arbeitnehmers zu berücksichtigen sein.⁵⁶¹

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.⁵⁶² Bagatelldelikte zeichnen sich dadurch aus, dass durch sie nur ein geringer bis gar kein Schaden entsteht.⁵⁶³ Eine Verdachtskündigung ist gerechtfertigt, wenn der Verdacht, wäre er erwiesen, eine fristlose Kündigung gemäß § 626 I BGB stützen könnte.⁵⁶⁴ § 626 I BGB verlangt dazu eine zweistufige Prüfung.⁵⁶⁵ Im ersten Prüfungsschritt ist festzustellen, ob ein wichtiger Grund vorliegt, der an sich

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

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

⁵⁴⁹ Schrader, NJW 2012, 342 (343).

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

⁵⁵¹ Hoefs, Die Verdachtskündigung, S. 222.

⁵⁵² Hoefs, Die Verdachtskündigung, S. 222.

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

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

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

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

⁵⁵⁷ Zborowska, Die außerordentliche Verdachtskündigung, S. 242.

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

⁵⁵⁹ Zborowska, Die außerordentliche Verdachtskündigung, S. 242.

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

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

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

⁵⁶³ Zborowska, Die außerordentliche Verdachtskündigung, S. 104.

⁵⁶⁴ Zborowska, Die außerordentliche Verdachtskündigung, S. 76.

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

geeignet ist, eine Kündigung zu rechtfertigen.⁵⁶⁶ Bagatelldelikte scheiden nicht von vornherein als wichtiger Grund für eine außerordentliche Kündigung nach § 626 I BGB aus.⁵⁶⁷ Die Höhe des Schadens ist erst im zweiten Prüfungsschritt, der Interessenabwägung, zu berücksichtigen.⁵⁶⁸ Die Vermutung liegt nahe, dass ein höherer Schaden auch eine stärkere Beeinträchtigung des Vertrauens verursacht.⁵⁶⁹ 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.⁵⁷⁰ Es ist zu prüfen, ob nicht ein milderer Mittel der Kündigung vorzuziehen ist.⁵⁷¹ Oft kommt eine Abmahnung in Betracht.⁵⁷² Allerdings ist eine Abmahnung nicht grundsätzlich immer ausreichend, nur weil es sich um ein Bagatelldelikt handelt.⁵⁷³ 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.⁵⁷⁴

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.⁵⁷⁵

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.⁵⁷⁶ 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.⁵⁷⁷ Die Verwirkung des Rechts zu einer außerordentlichen Kündigung richtet sich hingegen nach dem Fristablauf.⁵⁷⁸ 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.⁵⁷⁹ Nichtsdestotrotz soll dem Arbeitgeber genügend Zeit zur Entscheidung zur Verfügung stehen.⁵⁸⁰ Darüber hinaus ist bei längerem Warten des Arbeitgebers ist eine Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses für die Dauer der Kündigungsfrist regelmäßig nicht anzunehmen.⁵⁸¹ Eine außerordentliche

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

⁵⁶⁷ Walker, NZA 2011, 1 (2).

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

⁵⁶⁹ Zborowska, Die außerordentliche Verdachtskündigung, S. 109.

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

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

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

⁵⁷³ Zborowska, Die außerordentliche Verdachtskündigung, S. 122.

⁵⁷⁴ Zborowska, Die außerordentliche Verdachtskündigung, S. 127.

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

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

⁵⁷⁷ Koch, Arbeitsrecht von A-Z, o.S., Verwirkung.

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

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

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

⁵⁸¹ 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.⁵⁸²

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.⁵⁸³ Dazu gehören sowohl die für eine Kündigung sprechenden Tatsachen als auch solche Tatsachen, die gegen eine Kündigung sprechen.⁵⁸⁴ Eine Gesamtwürdigung aller Umstände muss möglich sein.⁵⁸⁵ Solange der Arbeitgeber noch keine umfassende Kenntnis aller maßgebenden Tatsachen hat, kann die Ausschlussfrist nicht in Gang gesetzt werden und das Kündigungsrecht nicht verwirken.⁵⁸⁶ Die Frist beginnt selbst bei grob fahrlässiger Unkenntnis nicht zu laufen.⁵⁸⁷ Weiterhin regelt § 626 II 2 BGB, dass der Kündigungsberechtigte die Kenntnis der maßgeblichen Umstände erlangen muss. Die Kenntnis anderer Personen ist dagegen unerheblich.⁵⁸⁸ Zu beachten ist, dass die Sachverhaltsaufklärung keinen kontinuierlich voranschreitenden Prozess darstellt.⁵⁸⁹ Es können stets neue verdachtsstärkende oder verdachtsschwächende Tatsachen aufgedeckt werden.⁵⁹⁰ 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.⁵⁹¹ 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.⁵⁹² Wenn der Arbeitgeber bereits eine Verdachtskündigung ausgesprochen hat, kann er erneut eine Verdachtskündigung erklären, sofern er diese auf den veränderten Sachverhalt stützt.⁵⁹³ Der Arbeitgeber kann auch warten, bis er die Kenntnis von Tatsachen erlangt, die eine Tat Kündigung rechtfertigen.⁵⁹⁴ Die Kündigungserklärungsfrist beginnt bei Tat- und Verdachtskündigung unabhängig voneinander.⁵⁹⁵ 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.⁵⁹⁶

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁵⁹⁵ MüKo BGB/Henssler, BGB, § 626 Rn. 349.

⁵⁹⁶ 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.⁵⁹⁷ Für die Anhörung des Arbeitnehmers gilt daher eine Regelfrist von einer Woche, innerhalb derer sie stattzufinden hat.⁵⁹⁸ Für weitere Ermittlungen ist keine bestimmte Frist festgelegt.⁵⁹⁹ Bei ihnen ist im Einzelfall zu entscheiden, ob der Arbeitgeber sie rechtzeitig durchgeführt hat.⁶⁰⁰ 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.⁶⁰¹

c) Auswirkungen eines Ermittlungsverfahrens

Der Arbeitgeber kann ein Ermittlungs- und Strafverfahren abwarten und seinen Kündigungsentschluss von dessen Ausgang abhängig machen.⁶⁰² Während dieser Zeit ist der Beginn der Ausschlussfrist gehemmt.⁶⁰³ Wenn der Arbeitgeber sich dazu entschließt, das Verfahren abzuwarten, darf er die Kündigung nicht zu einem späteren, willkürlich gewählten Zeitpunkt aussprechen.⁶⁰⁴ Vielmehr ist ein sachlicher Grund erforderlich.⁶⁰⁵ 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.⁶⁰⁶ Im Laufe des Verfahrens kann der Arbeitgeber unter anderem die Erhebung der öffentlichen Klage⁶⁰⁷ oder die Verurteilung des Arbeitnehmers⁶⁰⁸ zum Anlass einer Kündigung nehmen. Beide stellen ein bedeutendes Ereignis im Verfahren dar, das geeignet ist, den Verdacht des Arbeitgebers zu verstärken.⁶⁰⁹ Darüber hinaus können sich viele weitere Zeitpunkte ergeben, in denen die Ausschlussfrist in Gang gesetzt wird.⁶¹⁰ Der Arbeitgeber darf nur nicht zu einem beliebigen Zeitpunkt kündigen, wenn er sich dazu entscheidet, das Ermittlungs- oder Strafverfahren abzuwarten.⁶¹¹ 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.⁶¹² Schließt das Strafverfahren mit der Verurteilung des Arbeitnehmers ab, stellt sich die Frage, ob der Arbeitgeber noch eine Verdachtskündigung aussprechen

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁶¹⁰ *Eylert*, NZA-RR 2014, 393 (406).

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

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

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

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.⁶¹⁷ § 626 II BGB findet keine Anwendung.⁶¹⁸ Allerdings sollte der Arbeitgeber die Kündigung trotzdem zügig aussprechen und nicht zu lange warten.⁶¹⁹ 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.⁶²⁰

G. Kündigungsschutzprozess

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

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.⁶²² 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.⁶²³ Versäumt der Arbeitnehmer diese Frist und erhebt nicht rechtzeitig Klage, gilt die Kündigung nach § 7 KSchG als von Anfang an wirksam.

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

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

⁶¹⁵ Hoefs, Die Verdachtskündigung, S. 231.

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

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

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

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

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

⁶²¹ Koch, Arbeitsrecht von A-Z, o.S., Kündigungsschutzklage.

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

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

II. Verhandlungsgrundsatz

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

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.⁶²⁷ Demnach ist der Arbeitgeber im Kündigungsschutzprozess darlegungs- und beweispflichtig.⁶²⁸ Er muss die Tatsachen darlegen, auf die er seinen Verdacht stützt.⁶²⁹ Darüber hinaus trägt er ebenfalls die Beweislast dafür, dass keine Tatsachen vorliegen, die das Verhalten des Arbeitnehmers rechtfertigen oder entschuldigen.⁶³⁰ Dabei gilt der Grundsatz der abgestuften Darlegungs- und Beweislast.⁶³¹ Hiernach kann er zunächst nur die den Verdacht begründenden Tatsachen darlegen und muss nicht von vornherein alle möglichen Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe ausschließen.⁶³² Vielmehr ist der Arbeitnehmer dafür verantwortlich, diese im Prozess anzuführen.⁶³³ Ihn trifft eine sekundäre Darlegungslast.⁶³⁴ Er kann Tatsachen vortragen, die ihn möglicherweise entlasten und den Verdacht entkräften.⁶³⁵ Führt der Arbeitnehmer solche Umstände nicht an, gilt die Behauptung des Arbeitgebers gemäß § 138 III ZPO als zugestanden.⁶³⁶ Ferner ist der Arbeitgeber für das Vorliegen der weiteren Wirksamkeitsvoraussetzungen wie die Anhörung des Arbeitnehmers⁶³⁷ und die Einhaltung der Kündigungserklärungsfrist⁶³⁸ 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.⁶³⁹ Der Grundsatz bezieht sich nach § 286 I 1 ZPO auf den gesamten Inhalt der Verhandlungen und das Ergebnis der Beweisaufnahme.

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

⁶²⁵ BeckOK ArbR/Hamacher, ArbGG, § 46 Rn. 24.

⁶²⁶ Groh, Weber Rechtswörterbuch, o.S., Verhandlungsgrundsatz.

⁶²⁷ LAG Hamm, Urteil vom 19.10.2007, 10 Sa 813/07, BeckRS 2008, 50005 (Rn. 64).

⁶²⁸ LAG Hamm, Urteil vom 19.10.2007, 10 Sa 813/07, BeckRS 2008, 50005 (Rn. 64).

⁶²⁹ Fuhlrott, ArbRAktuell 2012, 605 (606).

⁶³⁰ BAG, Urteil vom 18.06.2015, 2 AZR 256/14, NZA 2016, 287 (Rn. 27).

⁶³¹ BAG, Urteil vom 18.06.2015, 2 AZR 256/14, NZA 2016, 287 (Rn. 27).

⁶³² BAG, Urteil vom 18.06.2015, 2 AZR 256/14, NZA 2016, 287 (Rn. 27).

⁶³³ BAG, Urteil vom 18.06.2015, 2 AZR 256/14, NZA 2016, 287 (Rn. 27).

⁶³⁴ BAG, Urteil vom 18.06.2015, 2 AZR 256/14, NZA 2016, 287 (Rn. 28).

⁶³⁵ BAG, Urteil vom 18.06.2015, 2 AZR 256/14, NZA 2016, 287 (Rn. 28).

⁶³⁶ BAG, Urteil vom 18.06.2015, 2 AZR 256/14, NZA 2016, 287 (Rn. 28).

⁶³⁷ Fuhlrott, ArbRAktuell 2012, 605 (606).

⁶³⁸ BAG, Urteil vom 05.06.2008, 2 AZR 25/07, NZA-RR 2009, 69 (Rn. 19).

⁶³⁹ 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.⁶⁴⁰

I. Maßgeblicher Zeitpunkt

Der für die Beurteilung der Wirksamkeit einer Verdachtskündigung maßgebliche Zeitpunkt ist der Zeitpunkt des Kündigungszugangs.⁶⁴¹ Be- und entlastende Tatsachen können demnach bis zur letzten mündlichen Verhandlung in der Tatsacheninstanz vorgetragen werden, sofern diese Umstände bereits bei Kündigungszugang vorgelegen haben.⁶⁴² Dabei ist es unerheblich, ob der Arbeitgeber bis zum Kündigungsausspruch von ihnen Kenntnis erlangen konnte.⁶⁴³

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.⁶⁴⁴ Es finden auch diejenigen Tatsachen Berücksichtigung, von denen er erst später Kenntnis erlangt, sofern sie bei Kündigungszugang bereits vorgelegen haben.⁶⁴⁵ 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.⁶⁴⁶ Dies wäre mit der Gefahr, einen Arbeitnehmer zu Unrecht zu beschuldigen, nicht vereinbar.⁶⁴⁷ Der Arbeitgeber kann nicht davor geschützt werden, dass der Arbeitnehmer einen Rechtfertigungs- oder Entschuldigungsgrund anführt.⁶⁴⁸ Anderenfalls hätte der Arbeitgeber ein sehr geringes Prozessrisiko.⁶⁴⁹ Folglich kann der Arbeitgeber im Kündigungsschutzprozess Tatsachen vortragen, die den Verdacht verstärken, und der Arbeitnehmer kann Tatsachen in den Prozess einbringen, die ihn entlasten.⁶⁵⁰ 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.⁶⁵¹ 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.⁶⁵² 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.⁶⁵³ In diesem Fall ist keine erneute Betriebsratsanhörung

⁶⁴⁰ BAG, Urteil vom 18.06.2015, 2 AZR 256/14, NZA 2016, 287 (Rn. 46).

⁶⁴¹ BAG, Urteil vom 18.06.2015, 2 AZR 256/14, NZA 2016, 287 (Rn. 46).

⁶⁴² BAG, Urteil vom 28.11.2007, 5 AZR 952/06, NZA-RR 2008, 344 (Rn. 31).

⁶⁴³ BAG, Urteil vom 24.05.2012, 2 AZR 206/11, NZA 2013, 137 (Rn. 41).

⁶⁴⁴ BAG, Urteil vom 18.06.2015, 2 AZR 256/14, NZA 2016, 287 (Rn. 46).

⁶⁴⁵ BAG, Urteil vom 18.06.2015, 2 AZR 256/14, NZA 2016, 287 (Rn. 46).

⁶⁴⁶ BAG, Urteil vom 23.10.2014, 2 AZR 644/13, NZA 2015, 429 (Rn. 21).

⁶⁴⁷ BAG, Urteil vom 23.10.2014, 2 AZR 644/13, NZA 2015, 429 (Rn. 21).

⁶⁴⁸ BAG, Urteil vom 14.09.1994, 2 AZR 164/94, NZA 1995, 269 (271).

⁶⁴⁹ BAG, Urteil vom 12.05.2010, 2 AZR 587/08, NZA-RR 2011, 15 (Rn. 28).

⁶⁵⁰ BAG, Urteil vom 23.10.2014, 2 AZR 644/13, NZA 2015, 429 (Rn. 21).

⁶⁵¹ BAG, Urteil vom 23.10.2014, 2 AZR 644/13, NZA 2015, 429 (Rn. 22).

⁶⁵² BAG, Urteil vom 23.10.2014, 2 AZR 644/13, NZA 2015, 429 (Rn. 22).

⁶⁵³ BAG, Urteil vom 18.12.1980, 2 AZR 1006/78, NJW 1981, 2316 (2317).

erforderlich.⁶⁵⁴ Schließlich besteht der Zweck einer Betriebsratsanhörung nach § 102 BetrVG darin, dem Betriebsrat die Möglichkeit zu geben, Einfluss auf den Kündigungsentchluss des Arbeitgebers zu nehmen.⁶⁵⁵ Dazu hat der Arbeitgeber den Betriebsrat über die aus seiner Sicht maßgeblichen Kündigungsgründe zu unterrichten.⁶⁵⁶ Der Vortrag des Arbeitgebers im Kündigungsschutzprozess ist somit detaillierter zu gestalten als die Unterrichtung des Betriebsrats.⁶⁵⁷ Eine bloße Ergänzung oder Konkretisierung der dem Betriebsrat mitgeteilten Kündigungsgründe ist folglich zulässig.⁶⁵⁸

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.⁶⁵⁹ Es reicht nicht, wenn sie nur nachträglich seine Unschuld beweisen.⁶⁶⁰ 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.⁶⁶¹

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.⁶⁶² Der Arbeitgeber konnte den Arbeitnehmer nur zu solchen Umständen anhören, von denen er zu diesem Zeitpunkt Kenntnis hatte und die seinen Verdacht begründet haben.⁶⁶³ Folglich hat er seine Anhörungspflicht nicht verletzt.⁶⁶⁴ Es ist auch keine erneute Anhörung des Arbeitnehmers erforderlich, da der Arbeitnehmer bereits zu dem Kündigungsvorwurf an sich angehört wurde.⁶⁶⁵ Ihm bleibt die Möglichkeit, sich im Kündigungsschutzprozess zu verteidigen.⁶⁶⁶

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.⁶⁶⁷ Dies ist darauf zurückzuführen, dass die Wirksamkeit der Verdachtskündigung keiner Angabe der Kündigungsgründe bedarf und selbst mehrere Kündigungsgründe lediglich ein Kündigungsrecht begründen.⁶⁶⁸ Demnach

⁶⁵⁴ BAG, Urteil vom 18.12.1980, 2 AZR 1006/78, NJW 1981, 2316 (2317).

⁶⁵⁵ BAG, Urteil vom 16.07.2015, 2 AZR 15/15, NZA 2016, 99 (Rn. 14).

⁶⁵⁶ BAG, Urteil vom 23.06.2009, 2 AZR 474/07, NZA 2009, 1136 (Rn. 34).

⁶⁵⁷ BAG, Urteil vom 18.12.1980, 2 AZR 1006/78, NJW 1981, 2316 (2318).

⁶⁵⁸ BAG, Urteil vom 18.12.1980, 2 AZR 1006/78, NJW 1981, 2316 (2317).

⁶⁵⁹ Hoefs, Die Verdachtskündigung, S. 279.

⁶⁶⁰ Hoefs, Die Verdachtskündigung, S. 279.

⁶⁶¹ BAG, Urteil vom 15.05.1986, 2 AZR 397/85, BeckRS 1986, 30716898 (Rn. 36).

⁶⁶² Zborowska, Die außerordentliche Verdachtskündigung, S. 306.

⁶⁶³ Zborowska, Die außerordentliche Verdachtskündigung, S. 306.

⁶⁶⁴ Zborowska, Die außerordentliche Verdachtskündigung, S. 306.

⁶⁶⁵ BAG, Urteil vom 23.05.2013, 2 AZR 102/12, NZA 2013, 1416 (Rn. 29).

⁶⁶⁶ BAG, Urteil vom 23.05.2013, 2 AZR 102/12, NZA 2013, 1416 (Rn. 29).

⁶⁶⁷ BAG, Urteil vom 18.06.2015, 2 AZR 256/14, NZA 2016, 287 (Rn. 46).

⁶⁶⁸ BAG, Urteil vom 11.04.1985, 2 AZR 239/84, NZA 1986, 674.

kann die Kündigung auch nachträglich auf weitere Kündigungsgründe gestützt werden.⁶⁶⁹ Dabei ist es unerheblich, ob sie sachlich oder zeitlich mit den bisherigen Kündigungsgründen zusammenhängen.⁶⁷⁰ Die Kündigungsgründe müssen bei einer außerordentlichen Verdachtskündigung auch nicht innerhalb der Frist aus § 626 II 1 BGB nachgeschoben werden.⁶⁷¹ Die Ausschlussfrist gilt nur für die Ausübung des Kündigungsrechts.⁶⁷² Zweck der Regelung ist es, möglichst schnell Rechtssicherheit zu schaffen.⁶⁷³ Der Arbeitnehmer soll früh erkennen können, ob der Arbeitgeber einen Sachverhalt als Anlass für eine Kündigung nimmt.⁶⁷⁴ Dieser Zweck würde ins Leere laufen, wenn der Arbeitgeber bereits eine Kündigung ausgesprochen hat.⁶⁷⁵ Allerdings ist das Nachschieben von Kündigungsgründen, die dem Arbeitgeber im Kündigungszeitpunkt zwar bekannt waren, zu denen er den Betriebsrat jedoch nicht angehört hat, ausgeschlossen.⁶⁷⁶ 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.⁶⁷⁷ Eine Stellungnahme des Betriebsrats kann keinen Einfluss auf den Kündigungsentschluss nehmen, da die Kündigung bereits ausgesprochen wurde.⁶⁷⁸ Dagegen können erst nachträglich bekannt gewordene Kündigungsgründe nachgeschoben werden, wenn der Betriebsrat analog zu § 102 I BetrVG zu ihnen angehört wurde.⁶⁷⁹ 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.⁶⁸⁰ Das Nachschieben der Kündigungsgründe kann mit dem Ausspruch einer Kündigung verglichen werden.⁶⁸¹ Demnach ist eine nachträgliche Anhörung vor dem Nachschieben der neuen Kündigungsgründe ausreichend.⁶⁸²

1. Nachschieben des Verdachts als Kündigungsgrund

Der Tatvorwurf und der Tatverdacht stellen eigenständige Kündigungsgründe dar.⁶⁸³ 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.⁶⁸⁴ 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.⁶⁸⁵ Der Verdacht kann allerdings als Kündigungsgrund nachgeschoben werden, sofern der Arbeitgeber erst nach Ausspruch der Kündigung Kenntnis von ihm erlangt und den

⁶⁶⁹ BAG, Urteil vom 11.04.1985, 2 AZR 239/84, NZA 1986, 674.

⁶⁷⁰ BAG, Urteil vom 18.06.2015, 2 AZR 256/14, NZA 2016, 287 (Rn. 46).

⁶⁷¹ BAG, Urteil vom 23.05.2013, 2 AZR 102/12, NZA 2013, 1416 (Rn. 33).

⁶⁷² BAG, Urteil vom 23.05.2013, 2 AZR 102/12, NZA 2013, 1416 (Rn. 33).

⁶⁷³ BAG, Urteil vom 18.01.1980, 7 AZR 260/78, NJW 1980, 2486.

⁶⁷⁴ BAG, Urteil vom 26.09.2013, 2 AZR 741/12, NZA 2014, 529 (Rn. 23).

⁶⁷⁵ BAG, Urteil vom 18.01.1980, 7 AZR 260/78, NJW 1980, 2486.

⁶⁷⁶ BAG, Urteil vom 18.06.2015, 2 AZR 256/14, NZA 2016, 287 (Rn. 47).

⁶⁷⁷ BAG, Urteil vom 18.06.2015, 2 AZR 256/14, NZA 2016, 287 (Rn. 47).

⁶⁷⁸ BAG, Urteil vom 01.04.1981, 7 AZR 1003/78, NJW 1981, 2772 (2773).

⁶⁷⁹ BAG, Urteil vom 18.06.2015, 2 AZR 256/14, NZA 2016, 287 (Rn. 47).

⁶⁸⁰ BAG, Urteil vom 11.04.1985, 2 AZR 239/84, NZA 1986, 674 (675).

⁶⁸¹ BAG, Urteil vom 11.04.1985, 2 AZR 239/84, NZA 1986, 674 (675).

⁶⁸² BAG, Urteil vom 11.04.1985, 2 AZR 239/84, NZA 1986, 674 (675).

⁶⁸³ BAG, Urteil vom 31.01.2019, 2 AZR 426/18, NZA 2019, 893 (Rn. 20).

⁶⁸⁴ BAG, Urteil vom 16.07.2015, 2 AZR 85/15, NZA 2016, 161 (Rn. 25).

⁶⁸⁵ 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.⁶⁸⁶ 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.⁶⁸⁷ 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.⁶⁸⁸

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.⁶⁸⁹ Der Arbeitgeber muss sich dafür nicht explizit auf die erwiesene Tat als Kündigungsgrund berufen.⁶⁹⁰ 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.⁶⁹¹ Der Betriebsrat wird regelmäßig weniger Bedenken gegen eine Tatkündigung äußern als gegen eine Kündigung, die sich lediglich auf einen Verdacht stützt.⁶⁹² Er muss jedoch über alle Umstände unterrichtet worden sein, die sowohl den Tatverdacht als auch den Tatvorwurf begründen.⁶⁹³ Damit wird dem Sinn und Zweck der Anhörung nach § 102 I BetrVG ausreichend entsprochen.⁶⁹⁴

I. Nachträgliche Veränderung des Verdachts

Der Verdacht kann sich jederzeit verändern.⁶⁹⁵ Fraglich ist, welche Reaktionsmöglichkeiten dem Arbeitgeber bei einer Veränderung des Verdachts zur Verfügung stehen.⁶⁹⁶

I. Wiedereinstellungsanspruch nach einer wirksamen Verdachtskündigung

Entfällt der Verdacht nachträglich, kann ein Anspruch des Arbeitnehmers auf Wiedereinstellung in Betracht kommen.⁶⁹⁷

1. Bedürfnis eines Wiedereinstellungsanspruchs

Zur Beurteilung der Wirksamkeit einer Verdachtskündigung werden nur Tatsachen herangezogen, die schon im Zeitpunkt des Kündigungszugangs vorgelegen haben.⁶⁹⁸

⁶⁸⁶ BAG, Urteil vom 16.07.2015, 2 AZR 85/15, NZA 2016, 161 (Rn. 25).

⁶⁸⁷ BAG, Urteil vom 20.06.2013, 2 AZR 546/12, NZA 2014, 143 (Rn. 39).

⁶⁸⁸ BAG, Urteil vom 16.07.2015, 2 AZR 85/15, NZA 2016, 161 (Rn. 25).

⁶⁸⁹ BAG, Urteil vom 21.11.2013, 2 AZR 797/11, NZA 2014, 243 (Rn. 39).

⁶⁹⁰ BAG, Urteil vom 21.11.2013, 2 AZR 797/11, NZA 2014, 243 (Rn. 39).

⁶⁹¹ BAG, Urteil vom 21.11.2013, 2 AZR 797/11, NZA 2014, 243 (Rn. 41).

⁶⁹² BAG, Urteil vom 21.11.2013, 2 AZR 797/11, NZA 2014, 243 (Rn. 41).

⁶⁹³ BAG, Urteil vom 21.11.2013, 2 AZR 797/11, NZA 2014, 243 (Rn. 41).

⁶⁹⁴ BAG, Urteil vom 21.11.2013, 2 AZR 797/11, NZA 2014, 243 (Rn. 41).

⁶⁹⁵ Hoefs, Die Verdachtskündigung, S. 270.

⁶⁹⁶ Hoefs, Die Verdachtskündigung, S. 270.

⁶⁹⁷ BAG, Urteil vom 20.08.1997, 2 AZR 620/96, NZA 1997, 1340 (1343).

⁶⁹⁸ BAG, Urteil vom 18.06.2015, 2 AZR 256/14, NZA 2016, 287 (Rn. 46).

Nachträglich eingetretene Umstände sind nicht zu berücksichtigen.⁶⁹⁹ Demnach berührt es die Wirksamkeit einer Verdachtskündigung nicht, wenn erst später Tatsachen auftreten, die den Verdacht entkräften.⁷⁰⁰ Allerdings ist eine Korrektur dieser Fehlprognose erforderlich.⁷⁰¹ 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.⁷⁰² Der Wiedereinstellungsanspruch soll das Unrecht wiedergutmachen, welches der Arbeitnehmer erfährt, wenn er aufgrund eines Verdachts gekündigt wurde, welcher sich als unbegründet erwiesen hat.⁷⁰³

2. Anspruchsgrundlage

Der Wiedereinstellungsanspruch leitet sich aus dem Grundsatz von Treu und Glauben nach § 242 BGB ab.⁷⁰⁴ Dabei wird auf unterschiedliche Argumente zurückgegriffen.⁷⁰⁵ Zum Teil wird der Anspruch mit einer nachwirkenden Fürsorgepflicht des Arbeitgebers begründet.⁷⁰⁶ 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.⁷⁰⁷ Manche sehen die Anspruchsgrundlage in dem Verbot widersprüchlichen Verhaltens.⁷⁰⁸ 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.⁷⁰⁹ Andere wiederum begründen den Wiedereinstellungsanspruch mit der besonderen Risikoverteilung bei einer Verdachtskündigung.⁷¹⁰ Dadurch, dass der Arbeitgeber eine Kündigung bereits aufgrund eines Verdachts aussprechen kann, würde das Risiko der Unaufklärbarkeit auf den Arbeitnehmer übertragen werden.⁷¹¹ Dies erfordere einen Ausgleich des Risikos durch die Möglichkeit einer Wiedereinstellung bei Entkräftung des Verdachts.⁷¹² Grundsätzlich kann somit davon ausgegangen werden, dass sich die Notwendigkeit eines Korrektivs aus § 242 BGB ergibt.⁷¹³

3. Voraussetzungen

Dem gekündigten Arbeitnehmer steht nur ein Wiedereinstellungsanspruch zu, wenn bestimmte Voraussetzungen erfüllt sind.⁷¹⁴

⁶⁹⁹ BAG, Urteil vom 18.06.2015, 2 AZR 256/14, NZA 2016, 287 (Rn. 46).

⁷⁰⁰ Ricken, NZA 1998, 460 (464).

⁷⁰¹ Eylert, NZA-RR 2014, 393 (407).

⁷⁰² Ricken, NZA 1998, 460 (464).

⁷⁰³ BAG, Urteil vom 04.06.1964, 2 AZR 310/63, NJW 1964, 1918 (1919).

⁷⁰⁴ Ricken, NZA 1998, 460 (461).

⁷⁰⁵ Ricken, NZA 1998, 460 (461).

⁷⁰⁶ Wlachojiannis, BuW 2003, 782 (785).

⁷⁰⁷ BGH, Urteil vom 13.07.1956, VI ZR 88/55, NJW 1956, 1513.

⁷⁰⁸ Ricken, NZA 1998, 460 (461).

⁷⁰⁹ Ricken, NZA 1998, 460 (461).

⁷¹⁰ Bram/Rühl, NZA 1990, 753 (754).

⁷¹¹ Bram/Rühl, NZA 1990, 753 (754).

⁷¹² Bram/Rühl, NZA 1990, 753 (754).

⁷¹³ Raab, RdA 2000, 147 (149).

⁷¹⁴ 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.⁷¹⁵ Dabei sollte es ausreichen, wenn der Verdacht derart entkräftet wird, dass der für eine Verdachtskündigung erforderliche dringende Verdacht nicht mehr besteht.⁷¹⁶ 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.⁷¹⁷ 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.⁷¹⁸

b) Zumutbarkeit der Wiedereinstellung

Ferner kommt eine Wiedereinstellung des Arbeitnehmers nur in Betracht, wenn dem Arbeitgeber auch eine Weiterbeschäftigung möglich und zumutbar ist.⁷¹⁹

aa) Interessenabwägung

Es bedarf einer Interessenabwägung, um feststellen zu können, ob die Weiterbeschäftigung dem Arbeitgeber zuzumuten ist.⁷²⁰ Die Zumutbarkeit ist anzunehmen, wenn das Interesse des Arbeitnehmers an seiner Wiedereinstellung das Interesse des Arbeitgebers, an der Beendigung des Arbeitsverhältnisses festzuhalten, überwiegt.⁷²¹ Entscheidend ist, ob davon ausgegangen werden kann, dass das Vertrauen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer wieder hergestellt wird.⁷²² Zulasten des Arbeitnehmers ist zu werten, wenn er den Verdacht verursacht und auch nicht an der Sachverhaltsaufklärung mitgewirkt hat.⁷²³ Ebenso kann es dem Arbeitgeber unzumutbar sein, das Arbeitsverhältnis fortzusetzen, wenn der Arbeitnehmer schwerwiegende Konflikte verursacht hat, sodass dadurch der Betriebsfrieden erheblich beeinträchtigt ist.⁷²⁴

bb) Dispositionen des Arbeitgebers

Darüber hinaus können vom Arbeitgeber getroffene Dispositionen einer Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers entgegenstehen.⁷²⁵ Die Weiterbeschäftigung ist nicht möglich, wenn die Stelle weggefallen ist oder neu besetzt wurde.⁷²⁶ Dem Arbeitgeber ist regelmäßig ein berechtigtes Interesse an der Neubesetzung des Arbeitgebers zuzugestehen, sofern er nach der Kündigung des Arbeitnehmers weiterhin Beschäftigungsbedarf hat.⁷²⁷ Solange der Kündigungsgrund, auf den die Verdachtskündigung gestützt war, noch besteht, ist es nicht

⁷¹⁵ BAG, Urteil vom 20.08.1997, 2 AZR 620/96, NZA 1997, 1340 (1343).

⁷¹⁶ Hoefs, Die Verdachtskündigung, S. 294.

⁷¹⁷ Bram/Rühl, NZA 1990, 753 (755).

⁷¹⁸ BAG, Urteil vom 20.08.1997, 2 AZR 620/96, NZA 1997, 1340 (1343).

⁷¹⁹ Bram/Rühl, NZA 1990, 753 (755).

⁷²⁰ Hoefs, Die Verdachtskündigung, S. 300.

⁷²¹ BAG, Urteil vom 27.02.1997, 2 AZR 160/96, NZA 1997, 757 (760).

⁷²² Lunk, NJW 2010, 2753 (2758).

⁷²³ Hoefs, Die Verdachtskündigung, S. 298.

⁷²⁴ Hoefs, Die Verdachtskündigung, S. 300.

⁷²⁵ Bram/Rühl, NZA 1990, 753 (756).

⁷²⁶ Wlachojiannis, BuW 2003, 782 (785).

⁷²⁷ Bram/Rühl, NZA 1990, 753 (756).

gerechtfertigt, dem Arbeitgeber Dispositionen zu untersagen.⁷²⁸ Solche Dispositionen können dem Wiedereinstellungsanspruch nur entgegenstehen, wenn der Arbeitgeber diese in gutem Glauben an den Fortbestand des Kündigungsgrundes getroffen hat.⁷²⁹ Dispositionen, die der Arbeitgeber trifft, nachdem er Kenntnis vom Wegfall des Kündigungsgrundes hatte, stehen der Wiedereinstellung grundsätzlich nicht entgegen.⁷³⁰ Eine gutgläubige Disposition ist regelmäßig nicht anzunehmen, solange der Kündigungsprozess oder ein etwaiges Ermittlungs- oder Strafverfahren andauert.⁷³¹

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.⁷³² Die Wiedereinstellung eines Arbeitnehmers entspricht grundsätzlich einer Einstellung im Sinne von § 99 I BetrVG.⁷³³ Allerdings begründet der Wiedereinstellungsanspruch des Arbeitnehmers nach wirksamer Verdachtskündigung für den Arbeitgeber einen Kontrahierungszwang.⁷³⁴ Er kann eine Wiedereinstellung nicht vermeiden.⁷³⁵ Folglich fehlt dem Arbeitgeber jeglicher Entscheidungsspielraum und dem Betriebsrat steht somit kein Mitbestimmungsrecht zu.⁷³⁶

d) Zeitliche Grenze des Wiedereinstellungsanspruchs

Ebenfalls stellt sich die Frage, bis zu welchem Zeitpunkt ein Wiedereinstellungsanspruch begründet werden kann.⁷³⁷ In der Regel müssen die Veränderungen, auf denen der Wiedereinstellungsanspruch beruht, noch während der Kündigungsfrist eintreten.⁷³⁸ Allerdings ist dem Arbeitgeber keine Prognose darüber möglich, ob und wann sich der Verdacht erweist.⁷³⁹ Aus diesem Grund kann auch kein bestimmter Zeitpunkt festgelegt werden, bis zu dem die Veränderung des Verdachts eintreten muss, damit sie einen Wiedereinstellungsanspruch begründet.⁷⁴⁰ Darüber hinaus wird eine Verdachtskündigung überwiegend als fristlose Kündigung ausgesprochen.⁷⁴¹ In diesem Fall würde eine Begrenzung auf die Kündigungsfrist einen Wiedereinstellungsanspruch von vornherein ausschließen.⁷⁴² 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

⁷²⁸ *Bram/Rühl*, NZA 1990, 753 (756).

⁷²⁹ *Ricken*, NZA 1998, 460 (465).

⁷³⁰ *Ricken*, NZA 1998, 460 (465).

⁷³¹ *Hoefs*, Die Verdachtskündigung, S. 299.

⁷³² *Bram/Rühl*, NZA 1990, 753 (758).

⁷³³ *Bram/Rühl*, NZA 1990, 753 (758).

⁷³⁴ *Boewer*, NZA 1999, 1177 (1181).

⁷³⁵ *Boewer*, NZA 1999, 1177 (1181).

⁷³⁶ *Richardi BetrVG/Thüsing*, BetrVG, § 99 Rn. 51.

⁷³⁷ *Meinel/Bauer*, NZA 1999, 575 (581).

⁷³⁸ *MüKo BGB/Henssler*, BGB, § 626 Rn. 285.

⁷³⁹ *Meinel/Bauer*, NZA 1999, 575 (581).

⁷⁴⁰ *Meinel/Bauer*, NZA 1999, 575 (581).

⁷⁴¹ *Eylert*, NZA-Beilage 2015, 100 (101).

⁷⁴² *Raab*, RdA 2000, 147 (155).

führen.⁷⁴³ Folglich ist der Wiedereinstellungsanspruch nicht an eine zeitliche Grenze gebunden.⁷⁴⁴

4. Prozessuale Geltendmachung des Wiedereinstellungsanspruchs

Der Wiedereinstellungsanspruch ist vom Arbeitnehmer mit einer Leistungsklage im Sinne von § 894 ZPO gegen den Arbeitgeber geltend zu machen.⁷⁴⁵ 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.⁷⁴⁶ Sobald das rechtskräftige Urteil vorliegt, gilt die Annahmeerklärung als abgegeben.⁷⁴⁷ Allerdings bleibt die tatsächliche Beschäftigung gesondert einzuklagen und zu vollstrecken.⁷⁴⁸ Der Arbeitnehmer hat das Vorliegen sämtlicher Voraussetzungen des Wiedereinstellungsanspruchs zu beweisen, während der Arbeitgeber die Beweislast dafür trägt, dass ihm eine Weiterbeschäftigung unzumutbar ist.⁷⁴⁹ Teilweise wird verlangt, dass der Arbeitnehmer die Klage analog zu §§ 4,7 KSchG innerhalb von drei Wochen erheben muss.⁷⁵⁰ Dadurch soll dem Arbeitgeber möglichst schnell Klarheit darüber geschaffen werden, ob er mit einer Wiedereinstellung rechnen muss oder Dispositionen treffen darf.⁷⁵¹ Jedoch besteht kein Bedürfnis einer Ausschlussfrist für die gerichtliche Geltendmachung eines Wiedereinstellungsanspruchs.⁷⁵² Schließlich kann der Arbeitgeber selbst eine negative Feststellungsklage erheben, um Rechtssicherheit zu schaffen.⁷⁵³ 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.⁷⁵⁴ Demnach ist keine zeitliche Grenze für die gerichtliche Geltendmachung des Wiedereinstellungsanspruchs zu beachten, sondern lediglich die allgemeinen Grundsätze zur Verwirkung.⁷⁵⁵

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.⁷⁵⁶ Die Hauptpflichten und Lohnansprüche entstehen ex nunc nach dem rechtskräftigen Urteil.⁷⁵⁷

⁷⁴³ Raab, RdA 2000, 147 (155).

⁷⁴⁴ Meinel/Bauer, NZA 1999, 575 (581).

⁷⁴⁵ Boewer, NZA 1999, 1177 (1182).

⁷⁴⁶ Schulz, ArbRAktuell 2016, 365 (368).

⁷⁴⁷ Boewer, NZA 1999, 1177 (1182).

⁷⁴⁸ Boewer, NZA 1999, 1177 (1182).

⁷⁴⁹ Boewer, NZA 1999, 1177 (1183).

⁷⁵⁰ Meinel/Bauer, NZA 1999, 575 (581).

⁷⁵¹ Raab, RdA 2000, 147 (154).

⁷⁵² Raab, RdA 2000, 147 (154).

⁷⁵³ Boewer, NZA 1999, 1177 (1183).

⁷⁵⁴ Bram/Rühl, NZA 1990, 753 (757).

⁷⁵⁵ Schulz, ArbRAktuell 2016, 365 (368).

⁷⁵⁶ Bram/Rühl, NZA 1990, 753 (758).

⁷⁵⁷ 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 können⁷⁵⁸, 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.⁷⁵⁹ Es stellt sich die Frage, ob der Arbeitgeber daraufhin eine weitere Kündigung aussprechen kann.⁷⁶⁰

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.⁷⁶¹ 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.⁷⁶² Die Verdachtskündigung und die neue Tat Kündigung stützen sich jeweils auf unterschiedliche Kündigungssachverhalte.⁷⁶³ Tatvorwurf und Tatverdacht stellen eigenständige Kündigungsgründe dar.⁷⁶⁴

2. Ausspruch einer Verdachtskündigung

Darüber hinaus kann der Arbeitgeber eine Verdachtsverstärkung zum Anlass einer neuen Verdachtskündigung nehmen, die er auf den erweiterten Sachverhalt stützt.⁷⁶⁵ Die neue Kündigung bezieht sich zwar auf den Verdacht der gleichen Tat, allerdings legt der Arbeitgeber der Kündigung einen erweiterten Sachverhalt zugrunde.⁷⁶⁶ Die Sachverhalte sind eben nicht identisch.⁷⁶⁷ Aus diesem Grund liegt keine unzulässige Wiederholungskündigung vor.⁷⁶⁸

J. Fazit

Es ist festzuhalten, dass der Arbeitgeber eine Kündigung auch auf den Verdacht einer strafbaren Handlung oder Pflichtverletzung stützen kann.⁷⁶⁹ Im Gegensatz zur Tat Kündigung ist die Tat in diesem Fall nicht erwiesen⁷⁷⁰, jedoch kann die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bereits aufgrund eines dringenden Verdachts unzumutbar sein.⁷⁷¹ Die Entwicklung der Verdachtskündigung begann durch das RAG und wurde vom BAG weitergeführt.⁷⁷² Sie kann

⁷⁵⁸ Hoefs, Die Verdachtskündigung, S. 310.

⁷⁵⁹ BAG, Urteil vom 18.06.2015, 2 AZR 256/14, NZA 2016, 287 (Rn. 46).

⁷⁶⁰ Hoefs, Die Verdachtskündigung, S. 270.

⁷⁶¹ BAG, Urteil vom 12.12.1984, 7 AZR 575/83, NZA 1985, 623 (624).

⁷⁶² BAG, Urteil vom 12.12.1984, 7 AZR 575/83, NZA 1985, 623 (624).

⁷⁶³ BAG, Urteil vom 12.12.1984, 7 AZR 575/83, NZA 1985, 623 (624).

⁷⁶⁴ BAG, Urteil vom 31.01.2019, 2 AZR 426/18, NZA 2019, 893 (Rn. 20).

⁷⁶⁵ BAG, Urteil vom 27.01.2011, 2 AZR 825/09, NZA 2011, 798 (Rn. 19).

⁷⁶⁶ BAG, Urteil vom 27.01.2011, 2 AZR 825/09, NZA 2011, 798 (Rn. 19).

⁷⁶⁷ BAG, Urteil vom 27.01.2011, 2 AZR 825/09, NZA 2011, 798 (Rn. 19).

⁷⁶⁸ BAG, Urteil vom 27.01.2011, 2 AZR 825/09, NZA 2011, 798 (Rn. 19).

⁷⁶⁹ BAG, Urteil vom 26.03.1992, 2 AZR 519/91, NZA 1992, 1121 (1122).

⁷⁷⁰ BAG, Urteil vom 10.02.2005, 2 AZR 189/04, NZA 2005, 1056 (1058).

⁷⁷¹ BAG, Urteil vom 31.01.2019, 2 AZR 426/18, NZA 2019, 893 (Rn. 21).

⁷⁷² Lembke, RdA 2013, 82 (83).

sowohl als außerordentliche als auch als ordentliche Kündigung ausgesprochen werden.⁷⁷³ Da stets das Risiko besteht, dass der betroffene Arbeitnehmer zu Unrecht in den Verdacht geraten ist⁷⁷⁴, ist die Wirksamkeit einer Verdachtskündigung an strenge Voraussetzungen gebunden.⁷⁷⁵ Zunächst muss sich der Verdacht auf eine Straftat oder Pflichtverletzung beziehen⁷⁷⁶, die bei Nachweis sogar eine außerordentliche Kündigung rechtfertigen würde.⁷⁷⁷ Der Verdacht muss auf objektive Tatsachen gestützt werden und auch dringend sein.⁷⁷⁸ Ferner hat der Arbeitgeber alle ihm zumutbaren Ermittlungen zur Sachverhaltsaufklärung anzustellen.⁷⁷⁹ Darunter fällt insbesondere die Anhörung des Arbeitnehmers.⁷⁸⁰ Diesem ist der konkrete Sachverhalt darzulegen, sodass er die Möglichkeit erhält, Tatsachen vorzutragen, die den Verdacht entkräften oder vollständig ausräumen.⁷⁸¹ Dazu kann der Arbeitnehmer einen Rechtsanwalt oder ein Betriebsratsmitglied als Beistand hinzuziehen.⁷⁸² Zu beachten ist, dass die Ermittlungen des Arbeitgebers einen Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers darstellen könnten⁷⁸³, sodass für die dort rechtswidrig erlangten Beweismittel ein Verwertbarkeitsverbot gelten würde, sofern ihre Verwertung ebenfalls eine Verletzung des Grundrechts darstellt.⁷⁸⁴ Weiterhin ist der Betriebsrat gemäß § 102 I BetrVG zur Verdachtskündigung anzuhören.⁷⁸⁵ 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.⁷⁸⁶ 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.⁷⁸⁷ Sollte gegen den Arbeitnehmer ein Strafverfahren laufen, kann der Arbeitgeber seinen Kündigungsentschluss von dessen Ausgang abhängig machen⁷⁸⁸. Zur Rechtfertigung der Verdachtskündigung können nur Tatsachen herangezogen werden, die bereits zum Zeitpunkt des Kündigungszugangs vorgelegen haben.⁷⁸⁹ Erlangt der Arbeitgeber erst nachträglich von ihnen Kenntnis, können sie im Prozess nachgeschoben werden.⁷⁹⁰ Allerdings ist das Nachschieben des Verdachts als Kündigungsgrund nur nach erneuter Anhörung des Betriebsrats möglich⁷⁹¹, da eine Verdachtskündigung dem Betriebsrat eher Bedenken hervorruft als eine Kündigung, bei der die Tat erwiesen ist.⁷⁹² Entfällt der Verdacht nach wirksamer Verdachtskündigung, könnte der Arbeitnehmer einen Anspruch auf Wiedereinstellung haben⁷⁹³, sofern dem Arbeitgeber eine

⁷⁷³ BAG, Urteil vom 21.11.2013, 2 AZR 797/11, NZA 2014, 243 (Rn. 31).

⁷⁷⁴ BAG, Urteil vom 27.11.2008, 2 AZR 98/07, NZA 2009, 604 (Rn. 22).

⁷⁷⁵ Eylert, NZA-RR 2014, 393 (398).

⁷⁷⁶ Eylert, NZA-RR 2014, 393 (398).

⁷⁷⁷ Zborowska, Die außerordentliche Verdachtskündigung, S. 76.

⁷⁷⁸ BAG, Urteil vom 02.03.2017, 2 AZR 698/15, NZA 2017, 1051 (Rn. 22).

⁷⁷⁹ BAG, Urteil vom 26.03.1992, 2 AZR 519/91, NZA 1992, 1121 (1122).

⁷⁸⁰ BAG, Urteil vom 25.04.2018, 2 AZR 611/17, NZA 2018, 1405 (Rn. 31).

⁷⁸¹ BAG, Urteil vom 25.04.2018, 2 AZR 611/17, NZA 2018, 1405 (Rn. 32).

⁷⁸² Hunold, NZA-RR 2012, 399 (402).

⁷⁸³ BAG, Urteile vom 23.08.2018, 2 AZR 133/18, NZA 2018, 1329 (Rn. 14).

⁷⁸⁴ BAG, Urteile vom 23.08.2018, 2 AZR 133/18, NZA 2018, 1329 (Rn. 14).

⁷⁸⁵ Hoefs, Die Verdachtskündigung, S. 209.

⁷⁸⁶ BAG, Urteil vom 21.11.2013, 2 AZR 797/11, NZA 2014, 243 (Rn. 17).

⁷⁸⁷ BAG, Urteil vom 31.01.2019, 2 AZR 426/18, NZA 2019, 893 (Rn. 30–32).

⁷⁸⁸ BAG, Urteil vom 25.04.2018, 2 AZR 611/17, NZA 2018, 1405 (Rn. 52).

⁷⁸⁹ BAG, Urteil vom 18.06.2015, 2 AZR 256/14, NZA 2016, 287 (Rn. 46).

⁷⁹⁰ BAG, Urteil vom 18.06.2015, 2 AZR 256/14, NZA 2016, 287 (Rn. 46).

⁷⁹¹ BAG, Urteil vom 16.07.2015, 2 AZR 85/15, NZA 2016, 161 (Rn. 25).

⁷⁹² BAG, Urteil vom 21.11.2013, 2 AZR 797/11, NZA 2014, 243 (Rn. 41).

⁷⁹³ BAG, Urteil vom 20.08.1997, 2 AZR 620/96, NZA 1997, 1340 (1343).

Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers zuzumuten ist.⁷⁹⁴ 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.⁷⁹⁵

⁷⁹⁴ *Bram/Rühl*, NZA 1990, 753 (755).

⁷⁹⁵ *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.¹ Schätzungen zufolge beträgt der weltweite Verlust der Steuerbehörden jährlich ungefähr 100 bis 240 Milliarden Dollar.²

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.³ Dies wird dadurch ermöglicht, dass die Steuerrechtssysteme verschiedener Staaten unzureichend aufeinander abgestimmt sind, wodurch Steuerschlupflöcher entstehen.⁴ Hierdurch sparen die Unternehmen einen signifikanten Anteil an Steuern. Die Länder, in denen die Unternehmen ihre Gewinne erwirtschaften, erleiden ein immenses Maß an Steuerausfällen.⁵

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.⁶ 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“.⁷ 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“.⁸ Des Weiteren besteht eine aggressive Steuerplanung daraus, „die Feinheiten eines Steuersystems oder Unstimmigkeiten zwischen zwei oder mehr Steuersystemen auszunutzen, um die Steuerschuld zu senken“.⁹ 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.

¹ vgl. *Jacobs/Endres/Spengel* in: *Jacobs, Int. Unternehmensbesteuerung*, 8. Auflage 2016, S. 96.

² vgl. OECD: Kampf gegen Gewinnverkürzung und Gewinnverlagerung (BEPS) <https://www.oecd.org/berlin/themen/beps/>, zuletzt abgerufen am 29.06.2023, siehe Anhang 1.

³ vgl. OECD: Kampf gegen Gewinnverkürzung und Gewinnverlagerung (BEPS) <https://www.oecd.org/berlin/themen/beps/>, zuletzt abgerufen am 29.06.2023, siehe Anhang 1.

⁴ 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.

⁵ 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.

⁶ vgl. *Staats, IStR* 2014, 749 (749).

⁷ vgl. *MüKoHGB/Ebke*, 4. Aufl. 2020, HGB § 319a Rn. 20.

⁸ Erwägungsgrund 1 der Empfehlung der Kommission vom 06.12.2012 betreffend aggressive Steuerplanung, COM (2012) 8806.

⁹ 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)¹⁰ 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.¹¹ Der erste Entwurf dieser Richtlinie (ATAD I) wurde am 12.07.2016 erlassen, um die Mitgliedstaaten zu Maßnahmen in der Unternehmensbesteuerung anzuregen.¹² 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.¹³ Zuletzt wurde noch die ATAD III am 22.12.2021 erlassen, die zur Bekämpfung der missbräuchlichen Nutzung von Briefkastenfirmen dienen sollte.¹⁴

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.¹⁵

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.

¹⁰ 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.

¹¹ 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.

¹² vgl. Nürnberg, in: Beck'sches Steuer- und Bilanzrechtslexikon Edition 63 2023, Anti Tax Avoidance Directive, Rn. 1, Stand: 01.04.2023.

¹³ vgl. Nürnberg, in: Beck'sches Steuer- und Bilanzrechtslexikon Edition 63 2023, Anti Tax Avoidance Directive, Rn. 2, Stand: 01.04.2023.

¹⁴ vgl. Nürnberg, in: Beck'sches Steuer- und Bilanzrechtslexikon Edition 63 2023, Anti Tax Avoidance Directive, Rn. 3, Stand: 01.04.2023.

¹⁵ 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).¹⁶ Diese resultieren daraus, dass jeder Staat das Recht hat, seine eigenen Steuerrechtssysteme selbst zu gestalten (Souveränitätsprinzip)¹⁷ und auch Sachverhalte im Ausland, wenn eine steuerliche Verknüpfung mit dem Inland vorliegt, besteuern kann.¹⁸ Wenn mehrere Staaten Steueransprüche auf einen gleichen Sachverhalt beanspruchen, kann es zu Doppelbesteuerungen aufgrund von Qualifikationskonflikten kommen.¹⁹

Qualifikationskonflikte können in „positive und negative Qualifikationskonflikte“ unterteilt werden.²⁰ Positive Qualifikationskonflikte sind Qualifikationskonflikte, die zu einer Doppelbesteuerung führen. Negative Qualifikationskonflikte sind Qualifikationskonflikte, die zu einer Minderbesteuerung, also einer insgesamt geringeren Steuerlast, führen.²¹ Diese Minderbesteuerung wird von den Unternehmen durch ihre aggressive Steuerplanung ange-

¹⁶ vgl. Musil/Weber-Grellet/Musil, 2. Aufl. 2022, RL (EU) 2016/1164 Art. 9 Rn. 1.

¹⁷ vgl. Jacobs/Endres/Spengel in: Jacobs, Int. Unternehmensbesteuerung 8. Auflage 2016, S. 885.

¹⁸ vgl. Brähler, Internationales Steuerrecht (2014), S. 3.

¹⁹ vgl. Jacobs/Endres/Spengel in: Jacobs, Int. Unternehmensbesteuerung 8. Auflage 2016, S. 885.

²⁰ vgl. Vogel/Lehner, DBA 7. Auflage 2021, Grundlagen des Abkommensrechts, Rz. 96e.

²¹ 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.²² Jedoch führt die Minderbesteuerung auch zu einem Rückgang der Steuereinnahmen und ist somit aus fiskalischer Sicht unerwünscht.²³

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.²⁴ 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.²⁵ 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.²⁶ Diese Ergebnisse der Qualifikationskonflikte werden „Besteuerungsinkongruenzen“ genannt.²⁷ 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.²⁸

2. Hybride Gesellschaften

a) Hintergrund

Eine Möglichkeit, internationale Gewinnverkürzung und Gewinnverlagerung durch hybride Gestaltung zu betreiben, ist der Einsatz hybrider Gesellschaften.

²² vgl. *Brähler*, Internationales Steuerrecht (2014), S. 365; *Kaminskiy*, Korrespondenzregelungen zur Neutralisierung von Besteuerungsinkongruenzen aufgrund hybrider Gestaltungen (2020), 1. Kapitel, S. 62.

²³ vgl. *Kaminskiy*, Korrespondenzregelungen zur Neutralisierung von Besteuerungsinkongruenzen aufgrund hybrider Gestaltungen (2020), S. 61f.

²⁴ 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.

²⁵ vgl. *Kahlenberg/Oppel*, IStR 2017, 205 (205).

²⁶ vgl. OECD (2017), Neutralisierung der Effekte hybrider Gestaltungen, Aktionspunkt 2 – Abschlussbericht 2015, Tz. 10.

²⁷ vgl. *Kaminskiy* Korrespondenzregelungen zur Neutralisierung von Besteuerungsinkongruenzen aufgrund hybrider Gestaltungen (2020), S. 66.

²⁸ 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.²⁹ Diese mangelnde Abstimmung resultiert hauptsächlich aus subjektiven und materiellrechtlichen Qualifikationskonflikten zwischen den beteiligten Staaten.³⁰

Subjektive Qualifikationskonflikte entstehen dadurch, dass es keine einheitlichen Regelungen zur Qualifizierung von Gesellschaften als Personen- oder Kapitalgesellschaften gibt.³¹ 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.³² „Umgekehrte hybride Rechtsträger“ sind aus deutscher Sicht demnach Gesellschaften, die in Deutschland intransparent und im Ausland transparent besteuert werden.³³

Materiellrechtliche Qualifikationskonflikte entstehen durch unterschiedliche Besteuerungskonzepte in den beteiligten Staaten.³⁴ Diese entstehen dadurch, dass die beteiligten Staaten eine Gesellschaft zwar einheitlich als Personen- oder Kapitalgesellschaft qualifiziert haben, jedoch unterschiedliche Besteuerungsprinzipien auf diese anwenden.³⁵ Hiervon sind oftmals insbesondere Personengesellschaften betroffen, deren Besteuerung sich in vielen Staaten stark an der Besteuerung von Kapitalgesellschaften orientiert.³⁶ Darüber hinaus geben manche Staaten ihren Gesellschaften die Möglichkeit, zwischen einer transparenten und intransparenten Besteuerung frei zu optieren.³⁷

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.³⁸

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).

²⁹ vgl. *Kußmaul/Berens*, Ubg 2016, 331 (331).

³⁰ vgl. *Kaminskiy*, Korrespondenzregelungen zur Neutralisierung von Besteuerungsinkongruenzen aufgrund hybrider Gestaltungen (2020), S. 51.

³¹ vgl. *Frotscher*, Internationales Steuerrecht, Rn. 514.

³² vgl. Monatsbericht des BMF August 2021, S. 35.

³³ vgl. Monatsbericht des BMF August 2021, S. 37.

³⁴ vgl. *Kaminskiy*, Korrespondenzregelungen zur Neutralisierung von Besteuerungsinkongruenzen aufgrund hybrider Gestaltungen (2020), S. 53.

³⁵ vgl. *Kaminskiy*, Korrespondenzregelungen zur Neutralisierung von Besteuerungsinkongruenzen aufgrund hybrider Gestaltungen (2020), S. 53.

³⁶ vgl. Hey/Bauersfeld, IStR 2005, 649 (650).

³⁷ vgl. Hey/Bauersfeld, IStR 2005, 649 (651).

³⁸ 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.³⁹

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:

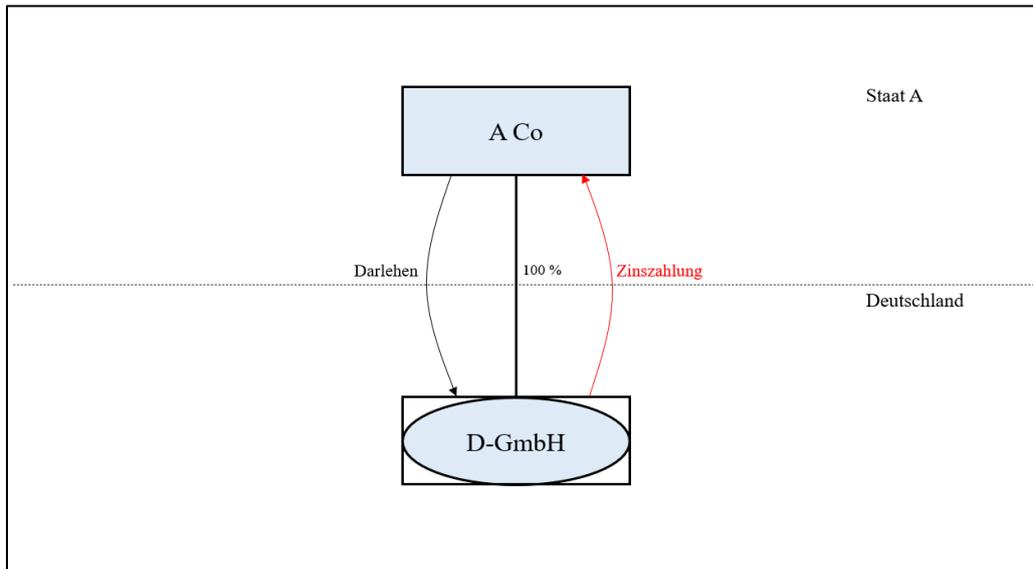


Abb. 1: D/NI-Inkongruenz bei einer hybriden Gesellschaft
selbst erstellte Grafik in Anlehnung an: Zinowsky, IStR 2021, 500 (503)

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.⁴⁰

Darüber hinaus könnte eine D/NI-Inkongruenz bei einer hybriden Gesellschaft vorliegen, wenn eine Zahlung an eine umgekehrt hybride Gesellschaft vorliegt:

³⁹ vgl. OECD (2017), Neutralisierung der Effekte hybrider Gestaltungen, Aktionspunkt 2 – Abschlussbericht 2015, Tz. 10.

⁴⁰ vgl. Beispiel angelehnt an: Zinowsky, IStR 2021, 500 (503).

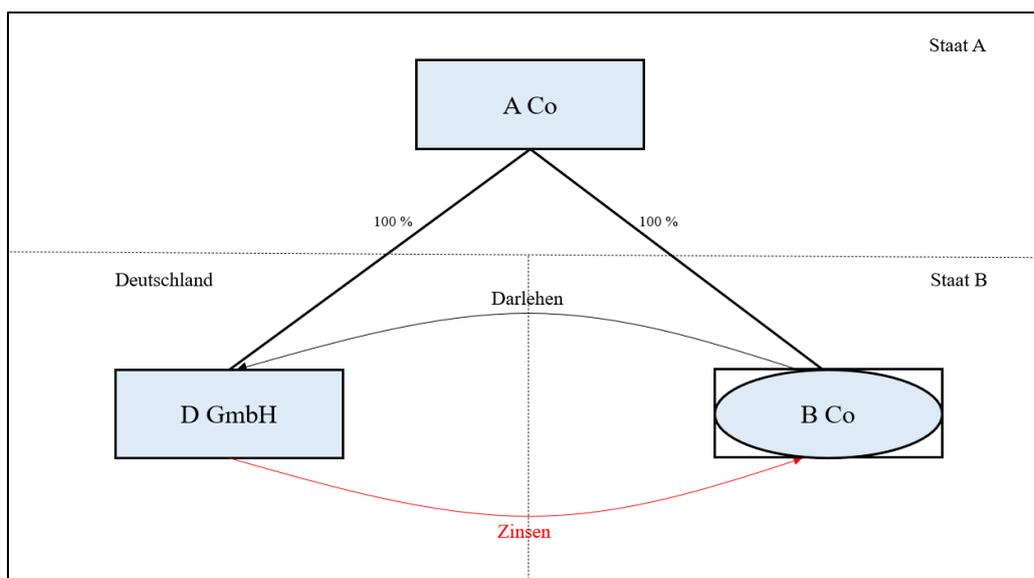


Abb. 2: D/NI-Inkongruenz bei einer Zahlung an eine umgekehrt hybride Gesellschaft selbst erstellte Grafik in Anlehnung an: Zinowsky, IStR 2021, 500 (506)

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.⁴¹

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.⁴²

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:⁴³

⁴¹ Beispiel angelehnt an: Zinowsky, IStR 2021, 500 (506).

⁴² vgl. OECD (2017), Neutralisierung der Effekte hybrider Gestaltungen, Aktionspunkt 2 – Abschlussbericht 2015, Tz. 10.

⁴³ vgl. Beispiel aus Bundestag-Drucksache 19/28652 vom 19. April 2021, S. 40f.

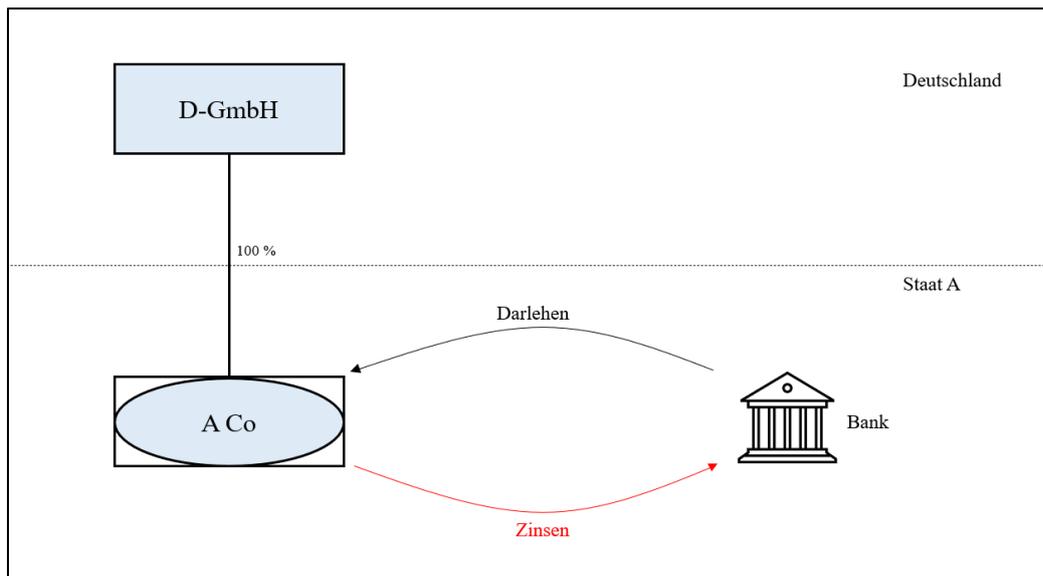


Abb. 3: DD-Inkongruenz bei einer hybriden Gesellschaft
selbst erstellte Grafik in Anlehnung an: Bundestag-Drucksache 19/28652 vom 19. April 2021, S. 37

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.⁴⁴

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.⁴⁵ 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).⁴⁶

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.⁴⁷

⁴⁴ vgl. Beispiel aus Bundestag-Drucksache 19/28652 vom 19. April 2021, S. 40f.

⁴⁵ vgl. Jacobs/Endres/Spengel, Jacobs, Int. Unternehmensbesteuerung, 8. Auflage 2016, S. 1276.

⁴⁶ vgl. Jacobs/Endres/Spengel, Jacobs, Int. Unternehmensbesteuerung, 8. Auflage 2016, S. 1277.

⁴⁷ 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.⁴⁸ Die OECD identifizierte fünf Grundtatbestände, in denen hybride Betriebsstätten auftreten können, die wiederum oftmals zu vergleichbare Besteuerungsinkongruenzen führen können:⁴⁹

Diese sind die sog. „Disregarded Branch Structure“, das „Diverted Branch Payment“, das „Deemed Branch Payment“, das „DD Branch Payment“ und das „Imported Branch Payment“.⁵⁰

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.⁵¹ Daher basiert dieser Tatbestand darauf, dass die Frage, ob eine Betriebsstätte vorliegt, von den beteiligten Staaten unterschiedlich beantwortet wird:⁵²

⁴⁸ vgl. OECD (2017), Neutralising the Effects of Branch Mismatch Arrangements, Action 2, S. 10.

⁴⁹ vgl. OECD (2017), Neutralising the Effects of Branch Mismatch Arrangements, Action 2, Tz. 2.

⁵⁰ vgl. OECD (2017), Neutralising the Effects of Branch Mismatch Arrangements, Action 2, Tz. 2.

⁵¹ vgl. Böhmer in: Wassermeyer/Andresen/Ditz, Betriebsstätten Handbuch, 2. Aufl. 2018, Base Erosion and Profit Shifting, Rz.14.35

⁵² vgl. Kahlenberg, IStR 2018, 93 (96); OECD (2017), Neutralising the Effects of Branch Mismatch Arrangements, Action 2, Tz. 4.

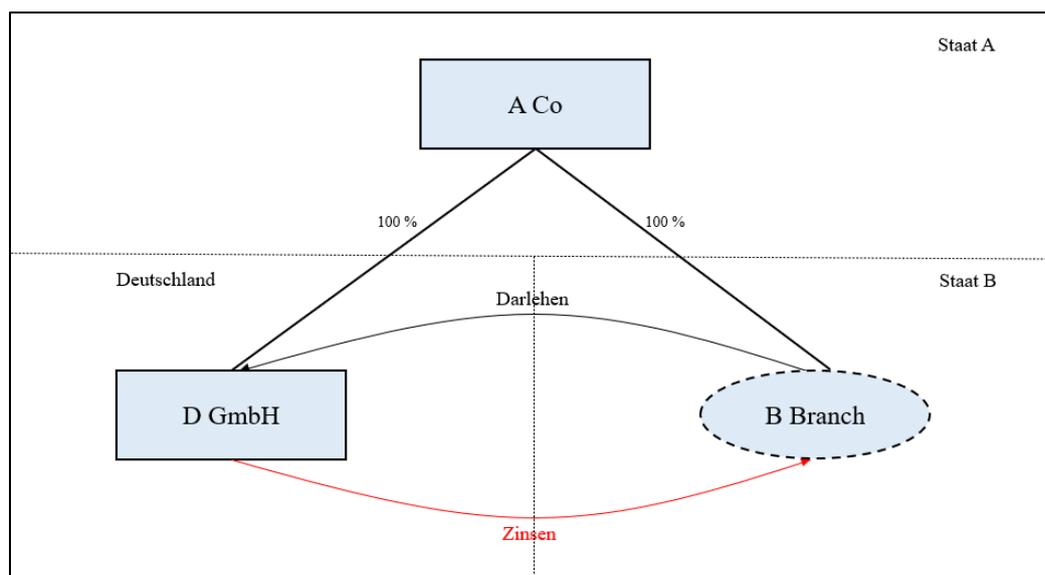


Abb. 4: D/NI-Inkongruenz bei einer unberücksichtigten Betriebsstätte selbst erstellte Grafik in Anlehnung an: OECD (2017), *Neutralising the Effects of Branch Mismatch Arrangements, Action 2, Figure 1, S. 14.*

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.⁵³ 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.⁵⁴

bb) Diverted Branch Payment

Der Tatbestand „Diverted Branch Payment“ umfasst steuerliche Zuordnungskonflikte bei Zahlungen, an denen eine Betriebsstätte beteiligt ist.⁵⁵ 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.⁵⁶

⁵³ Beispiel in Anlehnung an: OECD (2017), *Neutralising the Effects of Branch Mismatch Arrangements, Action 2, Tz. 5.*

⁵⁴ vgl. Böhmer in: Wassermeyer/Andresen/Ditz, *Betriebsstätten Handbuch*, 2. Aufl. 2018, Base Erosion and Profit Shifting, Rz.14.35

⁵⁵ vgl. *Kahlenberg*, IStR 2018, 93 (97).

⁵⁶ vgl. OECD (2017), *Neutralising the Effects of Branch Mismatch Arrangements, Action 2, Tz. 8.*

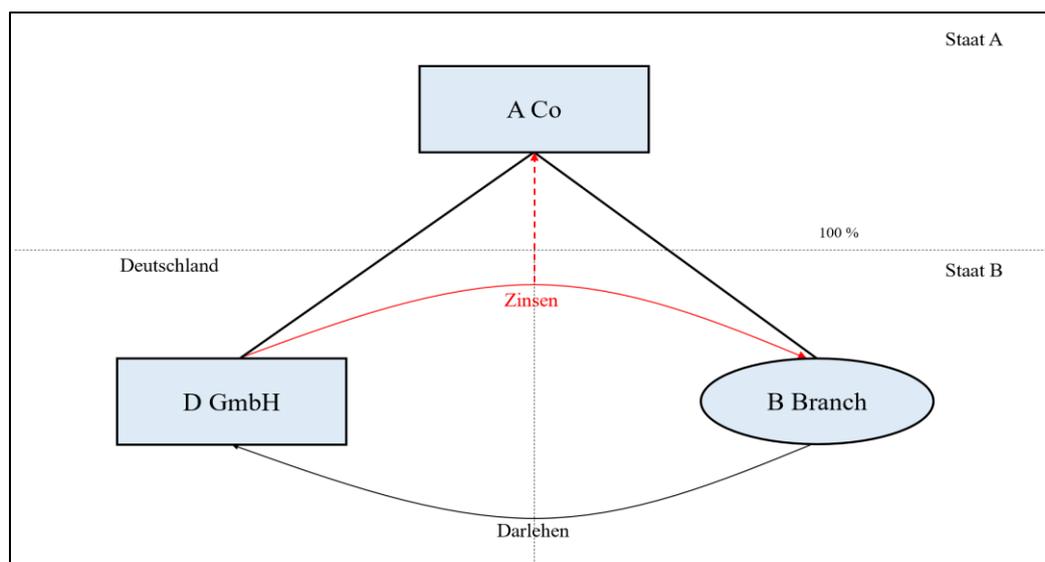


Abb. 5: D/NI-Inkongruenz bei einem Zuordnungskonflikt von Zahlungen an eine Betriebsstätte

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.⁵⁷ Derartige Zuordnungskonflikte resultieren hauptsächlich aus unterschiedlichen nationalen Zuordnungsregeln.⁵⁸

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.⁵⁹

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.⁶⁰ 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-

⁵⁷ Beispiel in Anlehnung an: OECD (2017), *Neutralising the Effects of Branch Mismatch Arrangements, Action 2, Tz. 8.*

⁵⁸ vgl. *Kahlenberg, IStR 2018, 93 (97).*

⁵⁹ vgl. Böhmer in: *Wassermeyer/Andresen/Ditz, Betriebsstätten Handbuch, 2. Aufl. 2018, Base Erosion and Profit Shifting, Rz. 14.35*

⁶⁰ 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.⁶¹ 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.⁶²

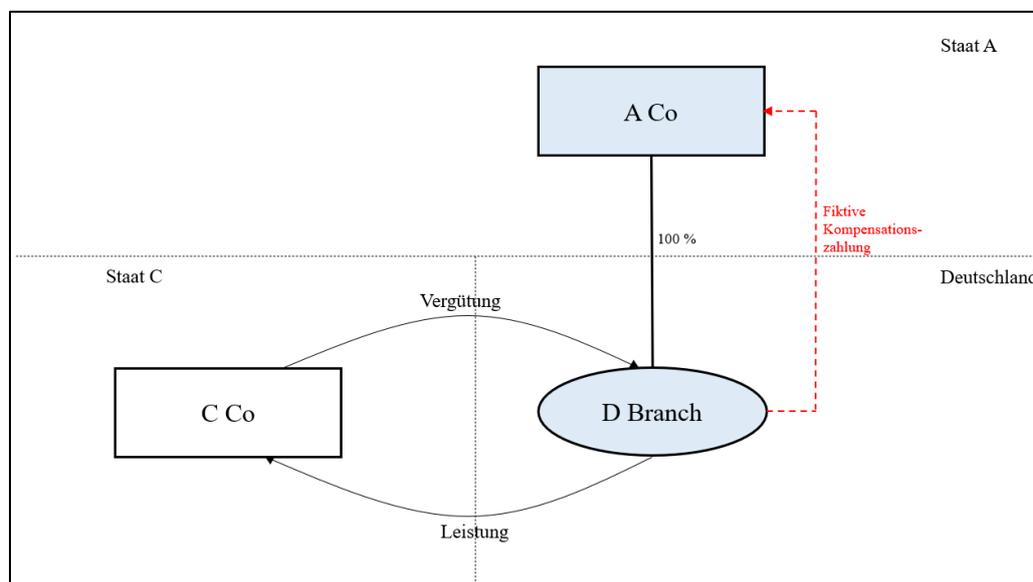


Abb. 6: D/NI-Inkongruenz bei einer fiktiven Zahlung einer Betriebsstätte selbst erstellte Grafik in Anlehnung an: OECD (2017), *Neutralising the Effects of Branch Mismatch Arrangements, Action 2, Figure 3, S. 16*

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.⁶³

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.⁶⁴ Gründe für die doppelte Berücksichtigung können beispielsweise fehlende Doppelbesteuerungsabkommen und Konflikte bei der Betriebsstättendefinition zwischen den an der Gestaltung beteiligten Staaten sein.⁶⁵ 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

⁶¹ vgl. Kahlenberg, IStR 2018, 93 (99).

⁶² vgl. Bundesrat-Drucksache 245/21 vom 26.03.2021 S. 38.

⁶³ Beispiel in Anlehnung an: OECD (2017), *Neutralising the Effects of Branch Mismatch Arrangements, Action 2, Tz. 11.*

⁶⁴ vgl. OECD (2017), *Neutralising the Effects of Branch Mismatch Arrangements, Action 2, Tz. 15.*

⁶⁵ vgl. Kahlenberg, IStR 2018, 93 (99).

sowohl im Stammhausstaat als auch im Betriebsstättenstaat steuerpflichtig ist und Verluste in beiden Staaten steuerlich berücksichtigt werden können.⁶⁶

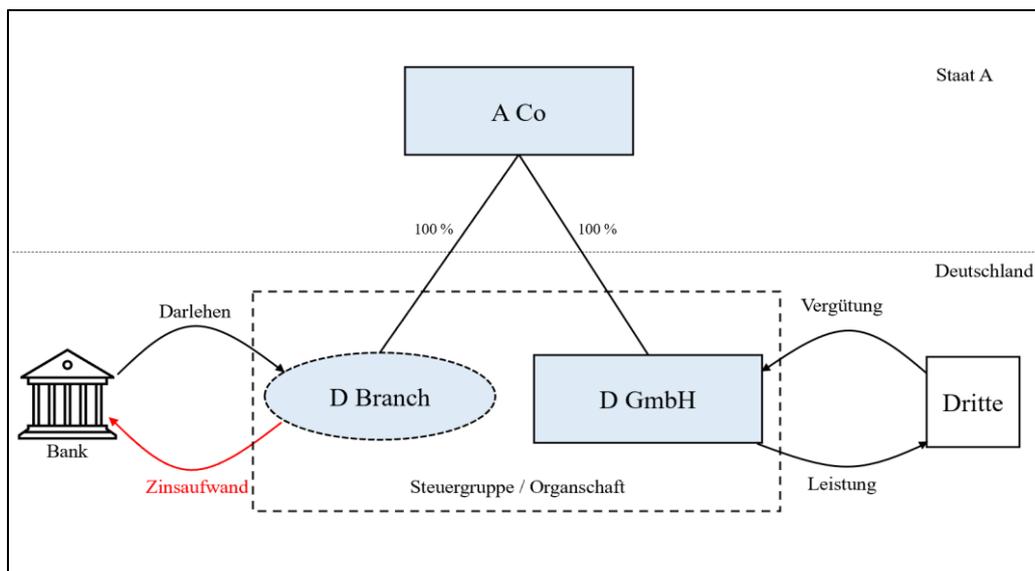


Abb. 7: DD-Inkongruenz bei einer hybriden Betriebsstätte selbst erstellte Grafik in Anlehnung an: OECD (2017), *Neutralising the Effects of Branch Mismatch Arrangements, Action 2, Figure 4, S. 18.*

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.⁶⁷

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

⁶⁶ vgl. OECD (2017), *Neutralising the Effects of Branch Mismatch Arrangements, Action 2, Tz. 19.*

⁶⁷ Beispiel in Anlehnung an: OECD (2017), *Neutralising the Effects of Branch Mismatch Arrangements, Action 2, Tz. 18f.*

aufgrund hybrider Gestaltung haben.⁶⁸ Diese ausländischen Besteuerungsin Kongruenzen werden dann über weitere nicht-hybride Vehikel, wie beispielsweise ein gewöhnliches Darlehen in das Gebiet eines Mitgliedstaats „importiert“.⁶⁹

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:⁷⁰

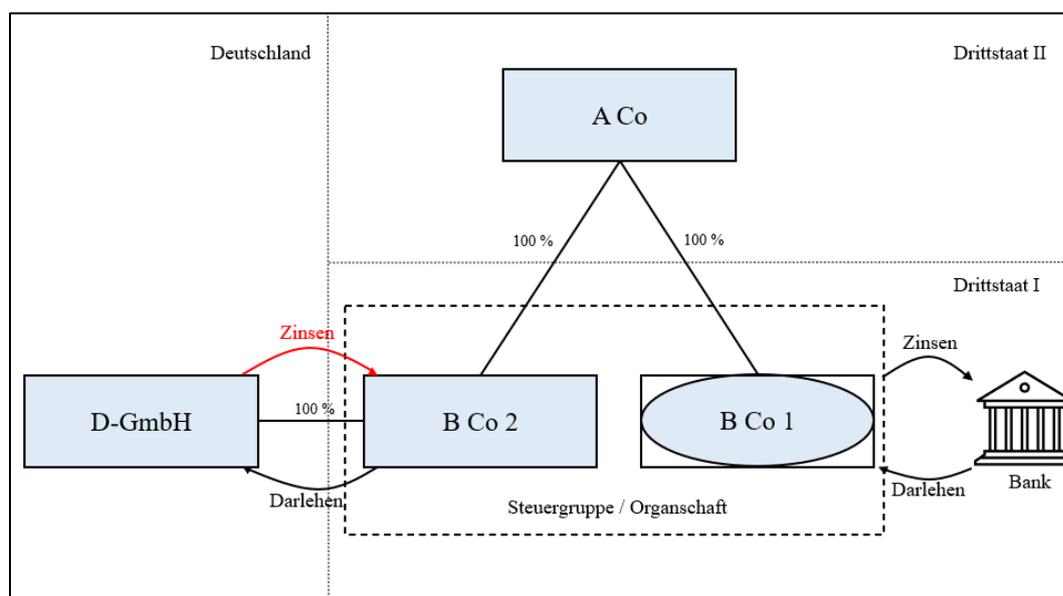


Abb. 8: Importierte DD-Inkongruenz

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

⁶⁸ vgl. Kaminskiy, Korrespondenzregelungen zur Neutralisierung von Besteuerungsin Kongruenzen aufgrund hybrider Gestaltungen (2020), S. 145.

⁶⁹ vgl. OECD (2017), Neutralisierung der Effekte hybrider Gestaltungen, Aktionspunkt 2 – Abschlussbericht 2015, Tz. 234.

⁷⁰ 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.⁷¹

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:

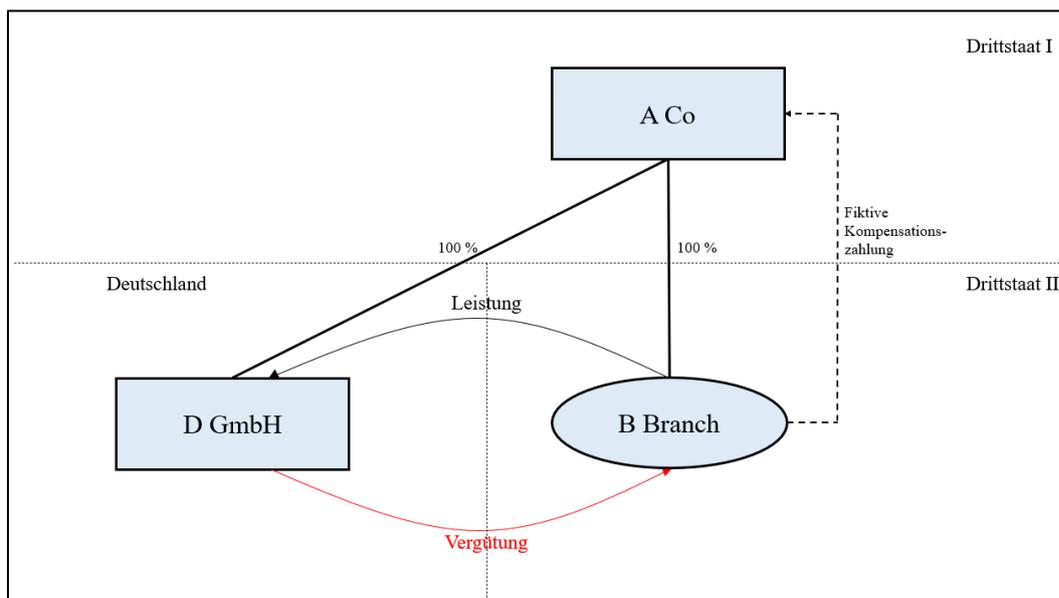


Abb. 9: Importierte D/NI-Inkongruenz

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).⁷² 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.⁷³

⁷¹ Beispiel in Anlehnung an: *Kaminskiy*, Korrespondenzregelungen zur Neutralisierung von Besteuerungsin kongruenzen aufgrund hybrider Gestaltungen (2020), S. 149f.

⁷² 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.

⁷³ 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 Entwicklung⁷⁴) 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.⁷⁵ Die Ausarbeitungen dieses Projekts wurden im Jahr 2015 abgeschlossen.⁷⁶ 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.⁷⁷ Die Steuervermeidung durch Hybride Gestaltung wurde im besagten Aktionsplan aufgrund ihrer hohen Bedeutung in der internationalen Steuergestaltung bereits in Aktionspunkt 2 thematisiert.⁷⁸ Die hohe Bedeutung der hybriden Gestaltung wird ferner durch den im Vergleich zu den anderen Aktionspunkten enormen Umfang des Abschlussberichts zu diesem Aktionspunkt verdeutlicht.⁷⁹ Dieser Abschlussbericht umfasste jedoch lediglich Regelungen zur Beseitigung von Besteuerungsinkongruenzen aufgrund von hybriden Finanzinstrumenten und Gesellschaften und nicht aufgrund von hybriden Betriebsstätten.⁸⁰

Bei den Ergebnissen des BEPS-Projekts ist zu beachten, dass diese lediglich reine Empfehlungen an die Mitgliedstaaten darstellen, da die OECD keine Gesetzgebungskompetenz innehat.⁸¹ Die Mitgliedsstaaten sind somit nicht verpflichtet, die Ergebnisse des BEPS-Projektes und die darin enthaltenen Regelungsempfehlungen in ihre nationalen Rechtsordnungen umzusetzen.⁸²

2. Regelungsempfehlungen im Einzelnen

Die Regelungsempfehlungen der OECD basieren auf Korrespondenzregelungen („linking rules“).⁸³ Korrespondenzregelungen sind Regelungen, nach denen ein Staat „die steuerliche Würdigung eines Sachverhalts von der steuerlichen Würdigung in einem anderen Staat

⁷⁴ 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.

⁷⁵ vgl. Haufe Online Redaktion: Die Auswirkungen von BEPS für deutsche Unternehmen, 21. Oktober 2015.

⁷⁶ vgl. *Kaminskiy* in: Frotscher/Geurts, EStG, § 4k EStG Rz. 20, Stand: 14.09.2021.

⁷⁷ vgl. *Jacobs/Endres/Spengel* in: Jacobs, Int. Unternehmensbesteuerung 8. Auflage 2016, S. 96f.

⁷⁸ vgl. *Kaminskiy*, in: Frotscher/Geurts, EStG, § 4k EStG Rz. 20, Stand: 14.09.2021.

⁷⁹ vgl. *Kaminskiy*, in: Frotscher/Geurts, EStG, § 4k EStG Rz. 20, Stand: 14.09.2021.

⁸⁰ vgl. *Kaminskiy*, Korrespondenzregelungen zur Neutralisierung von Besteuerungsinkongruenzen aufgrund Hybrider Gestaltungen, S. 76f.

⁸¹ vgl. *Kraft*, IStR 2019, 631 (632).

⁸² vgl. *Kofler/Schnitger* in *Kofler/Schnitger*, BEPS Handbuch, 1, Rz. 2. zit. nach *Kaminskiy* Korrespondenzregelungen zur Neutralisierung von Besteuerungsinkongruenzen aufgrund Hybride Gestaltungen, S. 79.

⁸³ vgl. OECD (2017), Neutralisierung der Effekte hybrider Gestaltungen, Aktionspunkt 2 – Abschlussbericht 2015, S. 12.

abhängig macht".⁸⁴ Diese Regelungen bestehen aus sogenannten „vorrangigen Gegenmaßnahmen“ und „nachrangigen Abwehrregelungen“. ⁸⁵ 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.⁸⁶ Die Korrespondenzregelungen wirken den Ursachen für die Existenz hybrider Gestaltungen nicht entgegen, sondern dienen dazu, die daraus resultierenden Besteuerungsin Kongruenzen zu beseitigen.⁸⁷

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.⁸⁸ 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.⁸⁹ Eine nachrangige Abwehrregelung bezüglich einer Zahlung an eine umgekehrt hybride Gesellschaft beinhaltet der Abschlussbericht der OECD jedoch nicht.⁹⁰

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.⁹¹

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.⁹² 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.⁹³ In diesem Fall soll der Ansässigkeitsstaat dieses Zahlenden den Ab-

⁸⁴ *Fehling/Linn/Martin*, IStR 2022, 781 (782).

⁸⁵ vgl. *Kaminskiy*, Korrespondenzregelungen zur Neutralisierung von Besteuerungsin Kongruenzen aufgrund Hybrider Gestaltungen, S. 69.

⁸⁶ vgl. OECD (2017), Neutralisierung der Effekte hybrider Gestaltungen, Aktionspunkt 2 – Abschlussbericht 2015, S. 12.

⁸⁷ vgl. *Kaminskiy*, Korrespondenzregelungen zur Neutralisierung von Besteuerungsin Kongruenzen aufgrund Hybrider Gestaltungen, S. 78.

⁸⁸ vgl. OECD (2017), Neutralisierung der Effekte hybrider Gestaltungen, Aktionspunkt 2 – Abschlussbericht 2015, S. 57, 65.

⁸⁹ vgl. OECD (2017), Neutralisierung der Effekte hybrider Gestaltungen, Aktionspunkt 2 – Abschlussbericht 2015, S. 57.

⁹⁰ vgl. OECD (2017), Neutralisierung der Effekte hybrider Gestaltungen, Aktionspunkt 2 – Abschlussbericht 2015, Tabelle 1.1, S. 22.

⁹¹ vgl. OECD (2017), Neutralisierung der Effekte hybrider Gestaltungen, Aktionspunkt 2 – Abschlussbericht 2015, S. 77.

⁹² vgl. OECD (2017), Neutralisierung der Effekte hybrider Gestaltungen, Aktionspunkt 2 – Abschlussbericht 2015, Tabelle 1.1, S. 22.

⁹³ 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.⁹⁴ Eine nachrangige Abwehrregelung bezüglich importierter D/NI-Inkongruenzen beinhaltet der Abschlussbericht der OECD nicht.⁹⁵

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.⁹⁶

Hintergrund dieses zusätzlichen Berichts ist, dass der bisherige Abschlussbericht nur Besteuerungsinkongruenzen aufgrund hybrider Finanzinstrumente und Gesellschaften umfasste.⁹⁷ 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.⁹⁸ 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.⁹⁹

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.¹⁰⁰ 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.¹⁰¹ 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.¹⁰² Folglich geht aus der Regelungsempfehlung zu diesen Tatbeständen ebenso wie bei der Regelungsempfehlung zu den umgekehrt hybriden Rechtsträgern keine sekundäre Abwehrregelung hervor.¹⁰³

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

⁹⁴ vgl. OECD (2017), Neutralisierung der Effekte hybrider Gestaltungen, Aktionspunkt 2 – Abschlussbericht 2015, S. 95.

⁹⁵ vgl. OECD (2017), Neutralisierung der Effekte hybrider Gestaltungen, Aktionspunkt 2 – Abschlussbericht 2015, Tabelle 1.1, S. 22.

⁹⁶ vgl. *Kahlenberg*, IStR 2018, 93 (93).

⁹⁷ vgl. OECD (2017), Neutralising the Effects of Branch Mismatch Arrangements, S. 9.

⁹⁸ vgl. *Kahlenberg*, IStR 2018, 93 (94).

⁹⁹ vgl. *Kahlenberg*, IStR 2018, 93 (96).

¹⁰⁰ vgl. OECD (2017), Neutralising the Effects of Branch Mismatch Arrangements, Tz. 42.

¹⁰¹ vgl. OECD (2017), Neutralising the Effects of Branch Mismatch Arrangements, S. 27.

¹⁰² vgl. OECD (2017), Neutralising the Effects of Branch Mismatch Arrangements, Tz. 7, 9.

¹⁰³ vgl. *Kahlenberg*, IStR 2018, 93 (97).

begrenzen.¹⁰⁴ Konträr zu den von hybriden Rechtsträgern getätigten, nicht berücksichtigten Zahlungen ist hier jedoch ebenfalls keine Regelungsempfehlung zu einer nachrangigen Abwehrregelung verankert.¹⁰⁵ Stattdessen wird den Staaten empfohlen, generell die Freistellungsmethode für die Einkünfte der Betriebsstätte dahingehend begrenzen, dass beispielsweise unterstellte fiktive Zahlungen steuerlich nicht unberücksichtigt bleiben.¹⁰⁶

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.¹⁰⁷ 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.¹⁰⁸

Auch bei den „imported branch payments“ werden lediglich die Art von Inkongruenzen verursacht, die bereits im vorangegangenen Abschlussbericht unter Aktionspunkt 2 behandelt wurde.¹⁰⁹ 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.¹¹⁰

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).¹¹¹ 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)¹¹², 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“¹¹³ sicherzustellen. Aus Erwägungsgrund 1 der ATAD geht

¹⁰⁴ vgl. OECD (2017), *Neutralising the Effects of Branch Mismatch Arrangements*, S. 35.

¹⁰⁵ vgl. *Kahlenberg*, IStR 2018, 93 (99).

¹⁰⁶ vgl. *Niemann*, IStR 2018, 52 (54).

¹⁰⁷ vgl. OECD (2017), *Neutralising the Effects of Branch Mismatch Arrangements*, Action 2: Inclusive Framework on BEPS, Tz. 20.

¹⁰⁸ vgl. OECD (2017), *Neutralising the Effects of Branch Mismatch Arrangements*, Action 2: Inclusive Framework on BEPS, S. 43.

¹⁰⁹ vgl. OECD (2017), *Neutralising the Effects of Branch Mismatch Arrangements*, Action 2: Inclusive Framework on BEPS, Tz. 23.

¹¹⁰ vgl. OECD (2017), *Neutralising the Effects of Branch Mismatch Arrangements*, Action 2: Inclusive Framework on BEPS, S. 49.

¹¹¹ vgl. Kofler/Schnitger in Kofler/Schnitger, *BEPS Handbuch*, 1, Rz. 2. zit. nach *Kaminskiy*, *Korrespondenzregelungen zur Neutralisierung von Besteuerungsinkongruenzen aufgrund Hybrider Gestaltungen*, S. 79.

¹¹² vgl. *Kaminskiy*, *Korrespondenzregelungen zur Neutralisierung von Besteuerungsinkongruenzen aufgrund hybrider Gestaltungen (2020)*, S. 80.

¹¹³ 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.¹¹⁴ 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.¹¹⁵ Sie enthielt in Art. 9 ATAD I auch eine Regelung bezüglich hybrider Gestaltungen.¹¹⁶ Jedoch wich die ATAD I in Bezug auf hybride Gestaltungen von den Regelungsempfehlungen des BEPS-Projekts in wesentlicher Weise ab.¹¹⁷

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.¹¹⁸ Der Grund hierfür ist, dass noch keine europäische Einigung zum Thema hybride Gestaltungen vorlag. Diese wurde erst am 21.02.2017 erzielt.¹¹⁹ 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.¹²⁰ 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.¹²¹ 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.¹²² In Erwägungsgrund 13 der ATAD I wurde jedoch bereits angekündigt, dass detailliertere Regelungen folgen würden.¹²³

Im darauffolgenden Jahr wurde am 29.05.2017 mit der ATAD II die Anpassung der ATAD veröffentlicht.¹²⁴ Zentrales Ziel der Erlassung der ATAD II war es, „die Resilienz des Binnenmarkts insgesamt gegenüber hybriden Gestaltungen zu stärken“.¹²⁵ Hierbei wurde der Anwendungsbereich und der ursprüngliche Art. 9 der ATAD I geändert.¹²⁶ Darüber hinaus

¹¹⁴ 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).

¹¹⁵ vgl. *Nünberg*, Beck'sches Steuer- und Bilanzrechtslexikon Edition 63 2023, Stand: 01.04.2023, Anti Tax Avoidance Directive, Rn. 12.

¹¹⁶ vgl. Tcherveniachki, in: Flick/Wassermeyer/Baumhoff/Schönfeld, Außensteuerrecht, Kommentar, §4k EStG Rz. 3, Stand: 01.10.2021.

¹¹⁷ vgl. Kaminskiy in: Frotscher/Geurts, EStG, § 4k EStG Rz. 27, Stand: 14.09.2021.

¹¹⁸ vgl. Kaminskiy in: Frotscher/Geurts, EStG, § 4k EStG Rz. 26, Stand: 14.09.2021.

¹¹⁹ vgl. *Kahlenberg/Oppel*, IStR 2017, 205 (205).

¹²⁰ vgl. Kaminskiy in: Frotscher/Geurts, EStG, § 4k EStG Rz. 27, Stand: 14.09.2021.

¹²¹ vgl. Kaminskiy in: Frotscher/Geurts, EStG, § 4k EStG Rz. 27, Stand: 14.09.2021.

¹²² vgl. *Oppel*, IStR 2016, 797 (803).

¹²³ 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).

¹²⁴ 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).

¹²⁵ 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).

¹²⁶ 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.¹²⁷

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.¹²⁸ 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.¹²⁹ 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.¹³⁰

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.¹³¹

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.¹³² 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.¹³³ Die Mitgliedsstaaten können folglich über eigene, weitergehende Vorschriften einen höheren Schutz

¹²⁷ vgl. Nürnberg in: Beck'sches Steuer- und Bilanzrechtslexikon Edition 63 2023, Stand: 01.04.2023, Anti Tax Avoidance Directive, Rn. 27.

¹²⁸ vgl. Ditz/Wassermeyer in: Steuer Office Gold, Vor §§ 7-14, Rz. 16, Stand: 01.07.2021.

¹²⁹ 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).

¹³⁰ vgl. Ditz/Wassermeyer in: Steuer Office Gold, Allgemeine Erläuterungen zu Vor §§ 7-14, Rz. 16, Stand: 01.07.2021.

¹³¹ vgl. Musil/Weber-Grellet/*Musil*, 2. Aufl. 2022, RL (EU) 2016/1164 Art. 2 Rn. 21.

¹³² vgl. Ditz/Wassermeyer in: Steuer Office Gold, HI3177985 Rz. 17, Stand: 01.07.2021.

¹³³ 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.¹³⁴ Ein weiterer Grund für die Aufnahme dieser Vorschrift war auch eine politische Motivation, da hierdurch die Einigungsbereitschaft der Mitgliedstaaten leichter hergestellt werden konnte.¹³⁵

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.¹³⁶ 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.¹³⁷ 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.¹³⁸ Der Tatbestand „hybride Gestaltung“ wäre also mit dem Vorliegen eines doppelten Abzugs automatisch zu bejahen.¹³⁹

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.¹⁴⁰ 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.¹⁴¹

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.¹⁴² 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.¹⁴³

¹³⁴ vgl. Ditz/Wassermeyer in: Steuer Office Gold, HI3177985 Rz. 17, Stand: 01.07.2021.

¹³⁵ vgl. Musil/Weber-Grellet/*Musil*, 2. Aufl. 2022, RL (EU) 2016/1164 Art. 3 Rn. 1.

¹³⁶ vgl. Musil/Weber-Grellet/*Musil*, 2. Aufl. 2022, RL (EU) 2016/1164 Art. 9 Rn. 1.

¹³⁷ 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).

¹³⁸ vgl. *Kaminskiy*, Korrespondenzregelungen zur Neutralisierung von Besteuerungsinkongruenzen aufgrund Hybrider Gestaltungen (2020), S. 95.

¹³⁹ vgl. *Kaminskiy*, Korrespondenzregelungen zur Neutralisierung von Besteuerungsinkongruenzen aufgrund Hybrider Gestaltungen (2020), S. 95.

¹⁴⁰ 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).

¹⁴¹ vgl. *Kaminskiy*, Korrespondenzregelungen zur Neutralisierung von Besteuerungsinkongruenzen aufgrund Hybrider Gestaltungen (2020), S. 99.

¹⁴² Musil/Weber-Grellet/*Musil*, 2. Aufl. 2022, RL (EU) 2016/1164 Art. 9 Rn. 8.

¹⁴³ 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 2.¹⁴⁴ 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.¹⁴⁵ 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).¹⁴⁶ 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.¹⁴⁷ 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.¹⁴⁸

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.¹⁴⁹ 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.¹⁵⁰ 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.¹⁵¹

¹⁴⁴ vgl. OECD (2017), Neutralisierung der Effekte hybrider Gestaltungen, Aktionspunkt 2 – Abschlussbericht 2015, S. 77.

¹⁴⁵ vgl. OECD (2017), Neutralising the Effects of Branch Mismatch Arrangements, S. 43 ff.

¹⁴⁶ vgl. OECD (2017), Neutralising the Effects of Branch Mismatch Arrangements, Tz. 20.

¹⁴⁷ vgl. Kaminskiy, Korrespondenzregelungen zur Neutralisierung von Besteuerungsin kongruenzen aufgrund hybrider Gestaltungen (2020), S. 110.

¹⁴⁸ 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.

¹⁴⁹ 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.

¹⁵⁰ 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.

¹⁵¹ 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.¹⁵² Auch hier stimmen die Maßnahmen aus Art. 9 Abs. 2 ATAD mit den Regelungsempfehlungen der OECD grundsätzlich überein.¹⁵³ 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 verankert¹⁵⁴, 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).¹⁵⁵ 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.¹⁵⁶ 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).¹⁵⁷ 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.¹⁵⁸ 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.¹⁵⁹ Durch diese Regelung könnte beispielsweise auch eine deutsche vermögensverwaltende Personengesellschaft mit im Ausland ansässigen Investoren in Deutschland mit ihren Einkünften steuerpflichtig werden.¹⁶⁰

Im Branch Mismatch-Bericht sind die Regelungsempfehlungen der OECD bezüglich D/NI-Inkongruenzen aufgrund von hybriden Betriebsstätten in Kapitel 2 („diverted branch pay-

¹⁵² vgl. OECD (2017), Neutralisierung der Effekte hybrider Gestaltungen, Aktionspunkt 2 – Abschlussbericht 2015, S. 57, 65.

¹⁵³ vgl. *Kahlenberg/Oppel*, IStR 2017, 205 (209).

¹⁵⁴ vgl. OECD (2017), Neutralisierung der Effekte hybrider Gestaltungen, Aktionspunkt 2 – Abschlussbericht 2015, Tabelle 1.1 S. 22, 65.

¹⁵⁵ vgl. Ditz/Wassermeyer in: *Steuer Office Gold*, Rz. 16, Stand: 01.07.2021.

¹⁵⁶ vgl. *Kaminskiy*, Korrespondenzregelungen zur Neutralisierung von Besteuerungsinkongruenzen aufgrund Hybrider Gestaltungen (2020), S. 134.

¹⁵⁷ vgl. Ditz/Wassermeyer in: *Steuer Office Gold*, Allgemeine Erläuterungen zu Vor §§ 7–14, Rz. 16, Stand: 01.07.2021.

¹⁵⁸ vgl. *Musil/Weber-Grellet/Musil*, 2. Aufl. 2022, RL (EU) 2016/1164 Art. 9a Rn. 5.

¹⁵⁹ vgl. *Musil/Weber-Grellet/Musil*, 2. Aufl. 2022, RL (EU) 2016/1164 Art. 9a Rn. 6.

¹⁶⁰ 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.¹⁶¹ 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.¹⁶² 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.¹⁶³

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.¹⁶⁴ 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.¹⁶⁵

Die Regelungsempfehlungen bezüglich importierter Besteuerungsinkongruenzen durch hybride Gesellschaften gehen aus Kapitel 8 des Abschlussberichts der OECD zu Aktionspunkt 2 hervor.¹⁶⁶ 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).¹⁶⁷ 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.¹⁶⁸ Somit hat die ATAD die Regelungsempfehlungen der OECD in Bezug auf die Beseitigung importierter Besteuerungsinkongruenzen übereinstimmend umgesetzt.

¹⁶¹ vgl. OECD (2017), *Neutralising the Effects of Branch Mismatch Arrangements*, S. 27, 35.

¹⁶² vgl. *Kahlenberg*, IStR 2018, 93 (98f.).

¹⁶³ vgl. *Kaminskiy*, *Korrespondenzregelungen zur Neutralisierung von Besteuerungsinkongruenzen aufgrund Hybrider Gestaltungen* (2020), S. 147.

¹⁶⁴ vgl. *Musil/Weber-Grellet/Musil*, 2. Aufl. 2022, RL (EU) 2016/1164 Art. 9 Rn. 16.

¹⁶⁵ 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.

¹⁶⁶ vgl. OECD (2017), *Neutralisierung der Effekte hybrider Gestaltungen*, Aktionspunkt 2 – Abschlussbericht 2015, S. 95.

¹⁶⁷ vgl. OECD (2017), *Neutralising the Effects of Branch Mismatch Arrangements*, Tz. 23.

¹⁶⁸ 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.¹⁶⁹ 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 vorgeben¹⁷⁰, 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.¹⁷¹ Die tatsächliche Umsetzung dieser Vorschrift zog sich jedoch bis zum 25.06.2021.¹⁷² 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.¹⁷³

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.¹⁷⁴ Die Maßnahmen zur Beseitigung einer D/NI-Inkongruenz durch hybride Gestaltung mit hybriden Gesellschaften oder Betriebsstätten sind in § 4k Abs. 2 und 3 EStG

¹⁶⁹ 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).

¹⁷⁰ vgl. Ditz/Wassermeyer in: Steuer Office Gold, HI3177985 Rz. 17, Stand: 01.07.2021.

¹⁷¹ vgl. RefE, Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Anti-Steuervermeidungsrichtlinie, 10.12.2019, S.1.

¹⁷² vgl. Brandis/Heuermann/Pohl, 166. EL Februar 2023, EStG § 4k, Rn. 8.

¹⁷³ vgl. Bundestag-Drucksache 19/18056 vom 17. März 2020, S. 1.

¹⁷⁴ vgl. Kaminskiy, Korrespondenzregelungen zur Neutralisierung von Besteuerungsinkongruenzen aufgrund Hybrider Gestaltungen (2020), S. 233f.

verankert.¹⁷⁵ Aus § 4k Abs. 4 EStG geht die Maßnahme zur Beseitigung einer DD-Inkongruenz hervor.¹⁷⁶ § 4k Abs. 5 EStG soll zur Beseitigung von importierten Besteuerungsinkongruenzen dienen.¹⁷⁷ Der § 4k EStG ist ein sog. „treaty override“.¹⁷⁸ 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.¹⁷⁹ 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.¹⁸⁰ Es könnten demnach sämtliche Wertabflüsse wie zum Beispiel Abschreibungen von diesem Begriff umfasst werden.¹⁸¹

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.¹⁸²

b) Nahestehende Personen, Unternehmen und Betriebsstätten

Für die Auslegung des Begriffs der „nahestehenden Personen“ ist grundsätzlich § 1 Abs. 2 AStG maßgeblich.¹⁸³ 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.¹⁸⁴ 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.¹⁸⁵ 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.

¹⁷⁵ vgl. *Kaminskiy* in: Frotscher/Geurts, EStG, § 4k EStG Rz. 73, 125, Stand: 14.09.2021.

¹⁷⁶ vgl. *Kaminskiy* in: Frotscher/Geurts, EStG, § 4k EStG Rz. 142, Stand: 14.09.2021.

¹⁷⁷ vgl. *Kaminskiy* in: Frotscher/Geurts, EStG, § 4k EStG Rz. 167, Stand: 14.09.2021.

¹⁷⁸ vgl. Brandis/Heuermann/*Pohl*, 166. EL Februar 2023, EStG § 4k, Rn. 189.

¹⁷⁹ vgl. *Zinowsky*, Die Vernunft als Maßstab findet Eingang in das Einkommensteuerrecht, IStR 2021, S. 500.

¹⁸⁰ vgl. Brandis/Heuermann/*Pohl*, 166. EL Februar 2023, EStG § 4k Rn. 43.

¹⁸¹ vgl. *Greinert/Siebing*, Ubg 2020, 589 (594)

¹⁸² vgl. Bundestag-Drucksache 19/28652 vom 19. April 2021, S. 40.

¹⁸³ vgl. Bundestag-Drucksache 19/28652 vom 19. April 2021, S. 40.

¹⁸⁴ vgl. Rupp in: Steuer Office Gold, HI14623156, Stand: 06.09.2021.

¹⁸⁵ vgl. Brandis/Heuermann/*Pohl*, 166. EL Februar 2023, AStG § 1, Rn. 60.

6 S. 2 EStG).¹⁸⁶ 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.¹⁸⁷ 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.¹⁸⁸ 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.¹⁸⁹ 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.¹⁹⁰

Über nahestehende Personen hinaus umfasst der § 4k Abs. 6 EStG auch Rechtsbeziehungen zwischen Stammhäusern und ihren Betriebsstätten.¹⁹¹

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“¹⁹² miteinberechnet wurde. Außerdem könnte eine „strukturierte Gestaltung“ vorliegen, wenn die Vertragsbedingungen indizieren, dass ein Steuervorteil zu erwarten war.¹⁹³ Begrifflichkeiten wie „zugrunde liegende Umstände“ oder wann ein Steuervorteil zu „erwarten“ war, wird hierbei nicht klar definiert.¹⁹⁴ Dem Gesetzgeber nach soll bei der Prüfung dieser Alternative ein „objektiver Maßstab“¹⁹⁵ 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.¹⁹⁶

¹⁸⁶ vgl. Brandis/Heuermann/Pohl, 166. EL Februar 2023, EStG § 4k, Rn. 175.

¹⁸⁷ vgl. Rupp in: Steuer Office Gold, HI14623156, Stand: 06.09.2021.

¹⁸⁸ vgl. Brandis/Heuermann/Pohl, 166. EL Februar 2023, AStG § 1, Rn. 63.

¹⁸⁹ vgl. Brandis/Heuermann/Pohl, 166. EL Februar 2023, AStG § 1, Rn. 67.

¹⁹⁰ vgl. Bundestag-Drucksache 19/28652 vom 19. April 2021, S. 40.

¹⁹¹ vgl. Brandis/Heuermann/Pohl, 166. EL Februar 2023, AStG § 1, Rn. 180.

¹⁹² Bundestag-Drucksache 19/28652 vom 19. April 2021, S. 40.

¹⁹³ vgl. Bundestag-Drucksache 19/28652 vom 19. April 2021, S. 40.

¹⁹⁴ vgl. Zinowsky, IStR 2021, 500 (501).

¹⁹⁵ Bundestag-Drucksache 19/28652 vom 19. April 2021, S. 40.

¹⁹⁶ 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.¹⁹⁷ 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.¹⁹⁸ 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.¹⁹⁹

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.²⁰⁰ Ausgenommen von diesem zeitlichen Geltungsbereich sind Dauerschuldverhältnisse, die nach dem 31.12.2019 nicht ohne wesentliche Nachteile hätten vermieden werden können.²⁰¹ 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.²⁰² 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.²⁰³

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 wurde²⁰⁴, 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.²⁰⁵ Die Rückwirkung einer belastenden Steuernorm kollidiert grundsätzlich einerseits mit dem verfassungsrechtlich abgesicherten Vertrauensschutz (Art.

¹⁹⁷ vgl. Bundestag-Drucksache 19/28652 vom 19. April 2021, S. 41.

¹⁹⁸ vgl. Bundestag-Drucksache 19/28652 vom 19. April 2021, S. 41.

¹⁹⁹ vgl. *Zinowsky*, IStR 2021, 500 (501).

²⁰⁰ vgl. Eggert, in Littmann/Bitz/Pust, Das Einkommensteuerrecht, § 4k EStG Rn. 30, Stand: 01.06.2022.

²⁰¹ vgl. Gosch in: Kirchhof/Seer, Einkommensteuergesetz, § 4k Betriebsausgaben bei Besteuerungsinkongruenzen, Rn. 2.

²⁰² vgl. Gosch in: Kirchhof/Seer, Einkommensteuergesetz, § 4k Betriebsausgaben bei Besteuerungsinkongruenzen, Rn. 2.

²⁰³ vgl. *Zinowsky*, IStR 2021, 500 (500).

²⁰⁴ vgl. RefE, Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Anti-Steuervermeidungsrichtlinie, 10.12.2019, S.1

²⁰⁵ 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.²⁰⁶ Somit ist die Verfassungskonformität dieser Rückwirkung äußerst fraglich.

Das Bundesverfassungsgericht differenziert bei gesetzlichen Rückwirkungen zwischen einer „echten Rückwirkung“ und einer „unechten Rückwirkung“.²⁰⁷

aa) Echte Rückwirkung

Nach der Auffassung des Bundesverfassungsgerichts liegt eine echte Rückwirkung vor, wenn eine eingeführte Rechtsnorm in bereits abgewickelte Sachverhalte der Vergangenheit eingreift.²⁰⁸ 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.²⁰⁹ In der Einkommensteuer liegt diese vor, wenn ein Gesetz auf einen bereits abgelaufenen Veranlagungszeitraum angewendet werden soll.²¹⁰ 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.²¹¹ 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.²¹² Referentenentwürfe, die zu einem früheren Zeitpunkt veröffentlicht wurden, erfüllen diese Voraussetzungen grundsätzlich nicht.²¹³ 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.²¹⁴ 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.²¹⁵ 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.²¹⁶ Außerdem könnte eine echte Rückwirkung zulässig sein, wenn zwingende Gemeinwohlgründe vorliegen, die den Vertrauensschutz der Betroffenen überwiegen oder wenn für die

²⁰⁶ vgl. Tcherveniachki, in Flick/Wassermeyer/Baumhoff/Schönfeld, Außensteuerrecht, Kommentar, §4k EStG Rz. 10, Stand: 01.10.2021.

²⁰⁷ vgl. Tcherveniachki, in Flick/Wassermeyer/Baumhoff/Schönfeld, Außensteuerrecht, Kommentar, §4k EStG Rz. 10, Stand: 01.10.2021.

²⁰⁸ vgl. BVerfGE 97, 67 <79> zit. nach BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 07. Juli 2010 - 2 BvL 1/03 -, Rn. 67.

²⁰⁹ vgl. BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 07. Juli 2010 - 2 BvL 1/03 -, Rn. 70.

²¹⁰ vgl. Brandis/Heuermann/Ettlich, 166. EL Februar 2023, EStG § 36 Rn. 31.

²¹¹ vgl. BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 07. Juli 2010 - 2 BvL 1/03 -, Rn. 70.

²¹² vgl. Dürig/Herzog/Scholz/Grzeszick, 99. EL September 2022, GG Art. 20, VII. Rechtsstaat, Rn. 81 m. w. N.

²¹³ vgl. Dürig/Herzog/Scholz/Grzeszick, 99. EL September 2022, GG Art. 20, VII. Rechtsstaat, Rn. 81 m. w. N.

²¹⁴ vgl. Dürig/Herzog/Scholz/Grzeszick, 99. EL September 2022, GG Art. 20, VII. Rechtsstaat, Rn. 80

²¹⁵ vgl. BVerfG 17.12.2013 - 1 BvL 5/08 m. w. N.

²¹⁶ 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.²¹⁷ 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.²¹⁸

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.²¹⁹ Im Einkommensteuerrecht liegt diese vor, wenn ein Gesetz seine Wirkung auf den laufenden Veranlagungszeitraum entfalten soll.²²⁰

Unechte Rückwirkungen gesetzlicher Normen sind „nicht grundsätzlich unzulässig“ und können somit unter milderer Voraussetzungen als verfassungskonform angesehen werden.²²¹ Sie sind jedoch nur mit dem verfassungsrechtlich geschützten Vertrauensschutz vereinbar, wenn die Änderung zur „Förderung des Gesetzeszwecks erforderlich und geeignet ist.“²²² 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.²²³ 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.²²⁴ 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.²²⁵

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.²²⁶ Ist der § 4k

²¹⁷ vgl. Dürig/Herzog/Scholz/Grzeszick, 99. EL September 2022, GG Art. 20, VII. Rechtsstaat, Rn. 87 m. w. N.

²¹⁸ vgl. Pahlke in: Schwarz/Pahlke/Keß, AO, § 4 AO, Rz. 87, Stand: 02.06.2016 m. w. N.

²¹⁹ vgl. BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 07. Juli 2010 - 2 BvL 1/03 -, Rn. 68.

²²⁰ vgl. BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 07. Juli 2010 - 2 BvL 1/03 -, Rn. 70.

²²¹ vgl. BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 07. Juli 2010 - 2 BvL 1/03 -, Rn. 68.

²²² Pahlke in: Schwarz/Pahlke/Keß, AO, § 4 AO, Rz. 88, Stand: 02.06.2016.

²²³ vgl. Dürig/Herzog/Scholz/Grzeszick, 99. EL September 2022, GG Art. 20, VII. Rechtsstaat, Rn. 88.

²²⁴ vgl. Dürig/Herzog/Scholz/Grzeszick, 99. EL September 2022, GG Art. 20, VII. Rechtsstaat, Rn. 89 m. w. N.

²²⁵ vgl. Dürig/Herzog/Scholz/Grzeszick, 99. EL September 2022, GG Art. 20, VII. Rechtsstaat, Rn. 90 m. w. N.

²²⁶ 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).²²⁷ 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).²²⁸ Zur Ermittlung, welche Art der Rückwirkung vorliegt, stellt der Gesetzgeber meist auf den Zeitpunkt des Gesetzesbeschlusses ab (vgl. Kapitel D VII 1 a).²²⁹ Der § 4k EStG wurde durch das ATADUmsG am 25.06.2021 in das EStG eingeführt (vgl. Kapitel D I).²³⁰ 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).²³¹ 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.²³²

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.²³³

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.²³⁴ In Bezug auf die Anpassungen, die seit der Veröffentlichung des Referentenentwurfs getätigt wurden, spricht der Bund von „kleineren redaktionellen Anpassungen“.²³⁵ 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.²³⁶

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 haben²³⁷, auf den sich die Betroffenen nicht

²²⁷ vgl. BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 07. Juli 2010 - 2 BvL 1/03 -, Rn. 70.

²²⁸ vgl. BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 07. Juli 2010 - 2 BvL 1/03 -, Rn. 70.

²²⁹ vgl. Dürig/Herzog/Scholz/Grzeszick, 99. EL September 2022, GG Art. 20, VII. Rechtsstaat, Rn. 81.

²³⁰ vgl. Brandis/Heuermann/Pohl, 166. EL Februar 2023, EStG § 4k, Rn. 175.

²³¹ vgl. Eggert, in Littmann/Bitz/Pust, Das Einkommensteuerrecht, § 4k EStG Rn. 30, Stand: 01.06.2022.

²³² vgl. Tcherneniachki, in: Flick/Wassermeyer/Baumhoff/Schönfeld, Außensteuerrecht, Kommentar, §4k EStG Rz. 10, Stand: 01.10.2021.

²³³ vgl. Hey, DStR 2007, 1 (7).

²³⁴ 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.

²³⁵ vgl. Bundestag-Drucksache 19/29848 vom 19. Mai 2021, S. 48.

²³⁶ vgl. Rüsck, IStR 2021, 380 (381).

²³⁷ 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.²³⁸ 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.²³⁹ 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.²⁴⁰

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.²⁴¹ 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.²⁴² 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.²⁴³

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.²⁴⁴ 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.

²³⁸ 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.

²³⁹ vgl. Bundestag-Drucksache 19/29848 vom 19. Mai 2021, S. 48.

²⁴⁰ 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.

²⁴¹ 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.

²⁴² vgl. RefE, Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Anti-Steuervermeidungsrichtlinie, 10.12.2019.

²⁴³ vgl. Institut der Wirtschaftsprüfer, Stellungnahme zum Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Anti-Steuervermeidungsrichtlinie (ATAD-Umsetzungsgesetz – ATADUmsG) vom 30.04.2021, S. 5.

²⁴⁴ 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.²⁴⁵ 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).²⁴⁶ 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).²⁴⁷ 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.²⁴⁸ Hierbei reicht eine bloße Niedrigbesteuerung nicht aus.²⁴⁹ Die abweichende steuerliche Zuordnung oder Zurechnung muss der alleinige Grund für die Nichtbesteuerung sein.²⁵⁰ 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.²⁵¹ Der Anwendungsbereich dieser Norm wird nicht durch eine Nichtbesteuerung aus anderen Gründen eröffnet.²⁵² Liegen diese Voraussetzungen für die Anwendungen des § 4k Abs. 2 S. 1 EStG vor, versagt Deutschland den Abzug der Aufwendungen.²⁵³

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.²⁵⁴ 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.²⁵⁵ 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.

²⁴⁵ vgl. Bundestag-Drucksache 19/28652 vom 19. April 2021, S. 35.

²⁴⁶ vgl. Bundestag-Drucksache 19/28652 vom 19. April 2021, S. 35.

²⁴⁷ vgl. Gosch in: Kirchhof/Seer, Einkommensteuergesetz, § 4k Betriebsausgaben bei Besteuerungsin kongruenzen, Rn. 10.

²⁴⁸ vgl. Bundestag-Drucksache 19/28652 vom 19. April 2021, S. 35.

²⁴⁹ vgl. Brandis/Heuermann/Pohl, 166. EL Februar 2023, EStG § 4k, Rn. 88.

²⁵⁰ vgl. Gosch in: Kirchhof/Seer, Einkommensteuergesetz, § 4k Betriebsausgaben bei Besteuerungsin kongruenzen, Rn. 10.

²⁵¹ vgl. Bundestag-Drucksache 19/28652 vom 19. April 2021, S. 35.

²⁵² vgl. Brandis/Heuermann/Pohl, 166. EL Februar 2023, EStG § 4k, Rn. 88.

²⁵³ vgl. Bundestag-Drucksache 19/28652 vom 19. April 2021, S. 35.

²⁵⁴ vgl. Bundestag-Drucksache 19/28652 vom 19. April 2021, S. 36.

²⁵⁵ 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.²⁵⁶ Diese Vorschrift beseitigt Besteuerungsinkongruenzen, die durch hybride Gesellschaften in einem Outbound-Fall, also wenn ein inländischer Gesellschafter an einer ausländischen hybriden Gesellschaft beteiligt ist, verursacht wurden.²⁵⁷ Sie greift nur ein, wenn der ausländische Staat die Besteuerungsinkongruenz nicht bereits durch eine eigene Regelung neutralisiert hat.²⁵⁸ Sie fungiert vor dem Hintergrund der von der OECD empfohlenen und von der ATAD vorgegebenen Korrespondenzregelungen folglich als nachrangige Abwehrregelung.²⁵⁹ § 39 Abs. 2 Nr. 2 AO regelt die Zurechnung der Wirtschaftsgüter im Gesamthandsvermögen (Bruchteilsbetrachtung).²⁶⁰ 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 wird²⁶¹, wie im folgenden Beispiel veranschaulicht wird:

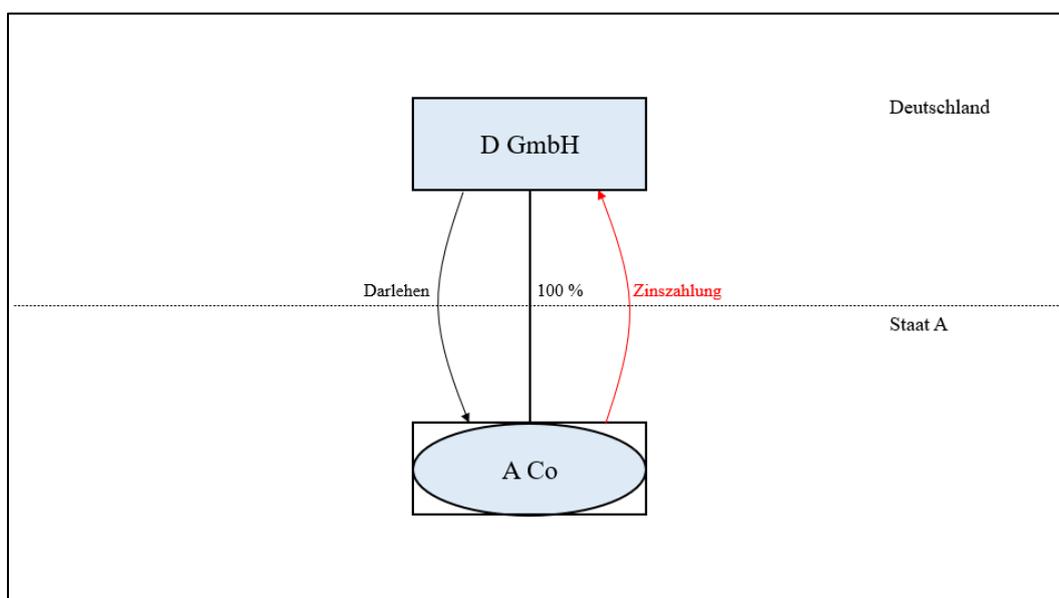


Abb. 10: D/NI-Inkongruenz in einem Outbound-Fall
selbst erstellte Grafik in Anlehnung an: *Latrovalis/Link, Steueranwaltsmagazin 2+3/2020, 48 (53)*

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.²⁶²

²⁵⁶ vgl. Brandis/Heuermann/Pohl, 166. EL Februar 2023, EStG, § 4k Rn. 98; Bundestag-Drucksache 19/28652 vom 19. April 2021, S. 35.

²⁵⁷ vgl. Zinowsky, IStR 2021, 500 (504).

²⁵⁸ vgl. Bundestag-Drucksache 19/28652 vom 19. April 2021, S. 36.

²⁵⁹ vgl. Zinowsky, IStR 2021, 500 (504).

²⁶⁰ vgl. Wacker, DStR 2005, 2014 (2014).

²⁶¹ vgl. Brandis/Heuermann/Pohl, 166. EL Februar 2023, EStG § 4k, Rn. 98.

²⁶² 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.²⁶³

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.²⁶⁴ 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.²⁶⁵ 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.²⁶⁶ 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.²⁶⁷ 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.²⁶⁸ 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

²⁶³ vgl. Gosch in: Kirchhof/Seer, Einkommensteuergesetz, § 4k Betriebsausgaben bei Besteuerungsinakongruenzen, Rn. 11.

²⁶⁴ vgl. Brandis/Heuermann/Pohl, 166. EL Februar 2023, EStG § 4k, Rn. 109.

²⁶⁵ vgl. Bundestag-Drucksache 19/28652 vom 19. April 2021, S. 37.

²⁶⁶ vgl. Gosch in: Kirchhof/Seer, Einkommensteuergesetz, § 4k Betriebsausgaben bei Besteuerungsinakongruenzen, Rn. 13.

²⁶⁷ vgl. Bundestag-Drucksache 19/28652 vom 19. April 2021, S. 37.

²⁶⁸ 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).²⁶⁹ 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.²⁷⁰

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.²⁷¹ 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.²⁷² 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.²⁷³ Bei unbeschränkt Steuerpflichtigen wird hier somit einfach unterstellt, dass das Ausland kein Abzugsverbot für die zugrunde liegende Aufwendungen vorsieht.²⁷⁴ 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.²⁷⁵ 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.²⁷⁶ 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

²⁶⁹ vgl. *Kaminskiy*, Korrespondenzregelungen zur Neutralisierung von Besteuerungsin kongruenzen aufgrund Hybrider Gestaltungen (2020), S. 95.

²⁷⁰ vgl. Kaminskiy in: Frotscher/Geurts, EStG, § 4k EStG, Rz. 147, Stand: 14.09.2021.

²⁷¹ vgl. Kaminskiy in: Frotscher/Geurts, EStG, § 4k EStG, Rz. 152, Stand: 14.09.2021.

²⁷² vgl. Brandis/Heuermann/Pohl, 166. EL Februar 2023, EStG § 4k Rn. 139.

²⁷³ vgl. Bundestag-Drucksache 19/28652 vom 19. April 2021, S. 38.

²⁷⁴ vgl. Kaminskiy in: Frotscher/Geurts, EStG, § 4k EStG, Rz. 155, Stand: 14.09.2021.

²⁷⁵ vgl. *Latrovalis/Link*, Steueranwaltsmagazin 2+3/2020, 48 (54f.)

²⁷⁶ 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.²⁷⁷ 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.²⁷⁸ 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).²⁷⁹ Bei der Abzugsmethode wird die im Ausland gezahlte Steuer im Inland von der steuerlichen Bemessungsgrundlage wie eine normale Betriebsausgabe abgezogen.²⁸⁰ 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.²⁸¹

V. Abzugsbeschränkungen bei importierten Besteuerungssinkongruenzen

Die Regelung zur Beseitigung von importierten Besteuerungssinkongruenzen sind in § 4k Abs. 5 EStG verankert.²⁸² 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.²⁸³ 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.²⁸⁴

Für das Betriebsausgabenabzugsverbot nach § 4k Abs. 5 EStG gibt es folgende Voraussetzungen: Zunächst müsste eine Besteuerungssinkongruenz zwischen ausländischen Staaten vorliegen.²⁸⁵ 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.²⁸⁶ 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.²⁸⁷ § 4k Abs. 5 EStG hat hierbei keine räumlichen Einschränkungen.

²⁷⁷ vgl. Bundestag-Drucksache 19/28652 vom 19. April 2021, S. 39.

²⁷⁸ vgl. Kaminskiy in: Frotscher/Geurts, EStG, § 4k EStG, Rz. 165, Stand: 14.09.2021.

²⁷⁹ vgl. Egner, Internationale Steuerlehre, 2. Aufl. 2019, S. 14f.

²⁸⁰ vgl. Egner, Internationale Steuerlehre, 2. Aufl. 2019, S. 15f.

²⁸¹ vgl. Schmidt/Loschelder, 42. Aufl. 2023, EStG § 4k Rn. 31.

²⁸² vgl. Bundestag-Drucksache 19/28652 vom 19. April 2021, S. 39.

²⁸³ vgl. Gosch in: Kirchhof/Seer, Einkommensteuergesetz, § 4k Betriebsausgaben bei Besteuerungssinkongruenzen, Rn. 19.

²⁸⁴ vgl. Tcherveniachki, in: Flick/Wassermeyer/Baumhoff/Schönfeld, Außensteuerrecht, Kommentar, §4k EStG Rz. 84, Stand: 01.10.2021.

²⁸⁵ vgl. Tcherveniachki, in: Flick/Wassermeyer/Baumhoff/Schönfeld, Außensteuerrecht, Kommentar, §4k EStG, Rz. 85, Stand: 01.10.2021.

²⁸⁶ vgl. Eggert, in: Littmann/Bitz/Pust, Das Einkommensteuerrecht, § 4k EStG Rn. 125, Stand: 01.06.2022.

²⁸⁷ 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.²⁸⁸ Da die Mitgliedstaaten jedoch aufgrund der ATAD-Richtlinie zur Umsetzung der Anti-Hybrid-Regelungen verpflichtet sind, dürften überwiegend Gestaltungen zwischen Drittstaaten praxisrelevant sein.²⁸⁹ 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.²⁹⁰

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.²⁹¹ Hierdurch geht dieser Absatz über die Regelungen der ATAD-Vorgaben aus Art. 9 Abs. 3 ATAD hinaus.²⁹² 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.²⁹³ Liegen diese Voraussetzungen vor, wird der Abzug der zugrunde liegenden Betriebsausgaben des Steuerpflichtigen, die zum Import der Besteuerungsinkongruenz führen, versagt.²⁹⁴ 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.²⁹⁵ 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.²⁹⁶

²⁸⁸ vgl. Kaminskiy, in: Frotscher/Geurts, EStG, § 4k EStG, Rz. 175, Stand: 14.09.2021.

²⁸⁹ vgl. Tcherveniachki, in Flick/Wassermeyer/Baumhoff/Schönfeld, Außensteuerrecht, Kommentar, §4kEStG Rz. 84, Stand: 01.10.2021.

²⁹⁰ vgl. Kaminskiy, in: Frotscher/Geurts, EStG, § 4k EStG, Rz. 177, Stand: 14.09.2021.

²⁹¹ vgl. Bundestag-Drucksache 19/28652 vom 19. April 2021, S. 40.

²⁹² vgl. Gosch in: Kirchhof/Seer, Einkommensteuergesetz, § 4k Betriebsausgaben bei Besteuerungsinkongruenzen, Rn. 18.

²⁹³ vgl. Kaminskiy, in: Frotscher/Geurts, EStG, § 4k EStG, Rz. 178f., Stand: 14.09.2021.

²⁹⁴ vgl. Bundestag-Drucksache 19/28652 vom 19. April 2021, S. 40.

²⁹⁵ vgl. Bundestag-Drucksache 19/28652 vom 19. April 2021, S. 40.

²⁹⁶ vgl. Tcherveniachki, in Flick/Wassermeyer/Baumhoff/Schönfeld, Außensteuerrecht, Kommentar, §4k EStG, Rz. 86, Stand: 01.10.2021.

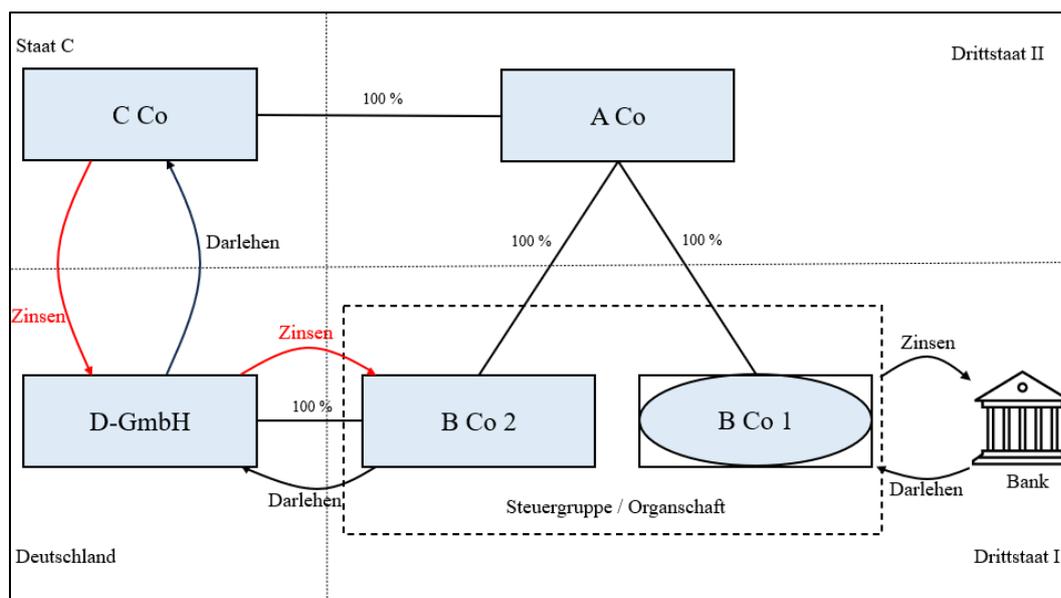


Abb. 11: nachgelagerte Beseitigung einer importierten Besteuerungsinkongruenz
 Selbst erstellte Grafik in Anlehnung an: Kaminskiy, Korrespondenzregelungen zur Neutralisierung von Besteuerungsinkongruenzen aufgrund hybrider Gestaltungen (2020), S. 149

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.²⁹⁷ In solch einem Sachverhalt könnte es demnach potenziell zu Doppelbesteuerungen kommen, sofern der nachgelagerte Staat nicht auf die Beseitigung der Besteuerungsinkongruenz verzichtet.²⁹⁸

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.²⁹⁹ Um diesen Steuervermeidungspraktiken entgegenzuwirken, wurden von der OECD Maßnahmen in Form von Korrespondenzregelungen herausgearbeitet,

²⁹⁷ vgl. Bundestag-Drucksache 19/28652 vom 19. April 2021, S. 40.

²⁹⁸ vgl. Tcherniacki, in Flick/Wassermeyer/Baumhoff/Schönfeld, Außensteuerrecht, Kommentar, §4k EStG, Rz. 87, Stand: 01.10.2021.

²⁹⁹ 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 vor³⁰⁰, 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.³⁰¹ 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).³⁰² Er muss nicht nur tatsächliche „Zahlungen“ umfassen, wie es in der Richtlinie formuliert ist, sondern könnte auch beispielsweise Abschreibungen miteinbeziehen.³⁰³ 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.³⁰⁴ 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.³⁰⁵ 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 Regulationssystems der Korrespondenzregelungen, das aus vorrangigen Gegenmaßnahmen und nachrangigen Abwehrregelungen besteht³⁰⁶, 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-

³⁰⁰ vgl. Tcherveniachki, in Flick/Wassermeyer/Baumhoff/Schönfeld, Außensteuerrecht, Kommentar, §4k EStG, Rz. 12, Stand: 01.10.2021.

³⁰¹ vgl. Zinowsky, IStR 2021, 500 (500).

³⁰² vgl. Brandis/Heuermann/Pohl, 166. EL Februar 2023, EStG § 4k, Rn. 189.

³⁰³ vgl. Greinert/Siebing, Ubg 2020, 589 (594).

³⁰⁴ 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.

³⁰⁵ vgl. Latrovalis/Link, Steueranwaltsmagazin 2+3/2020, 48 (58).

³⁰⁶ 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).³⁰⁷

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.

³⁰⁷ 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.)

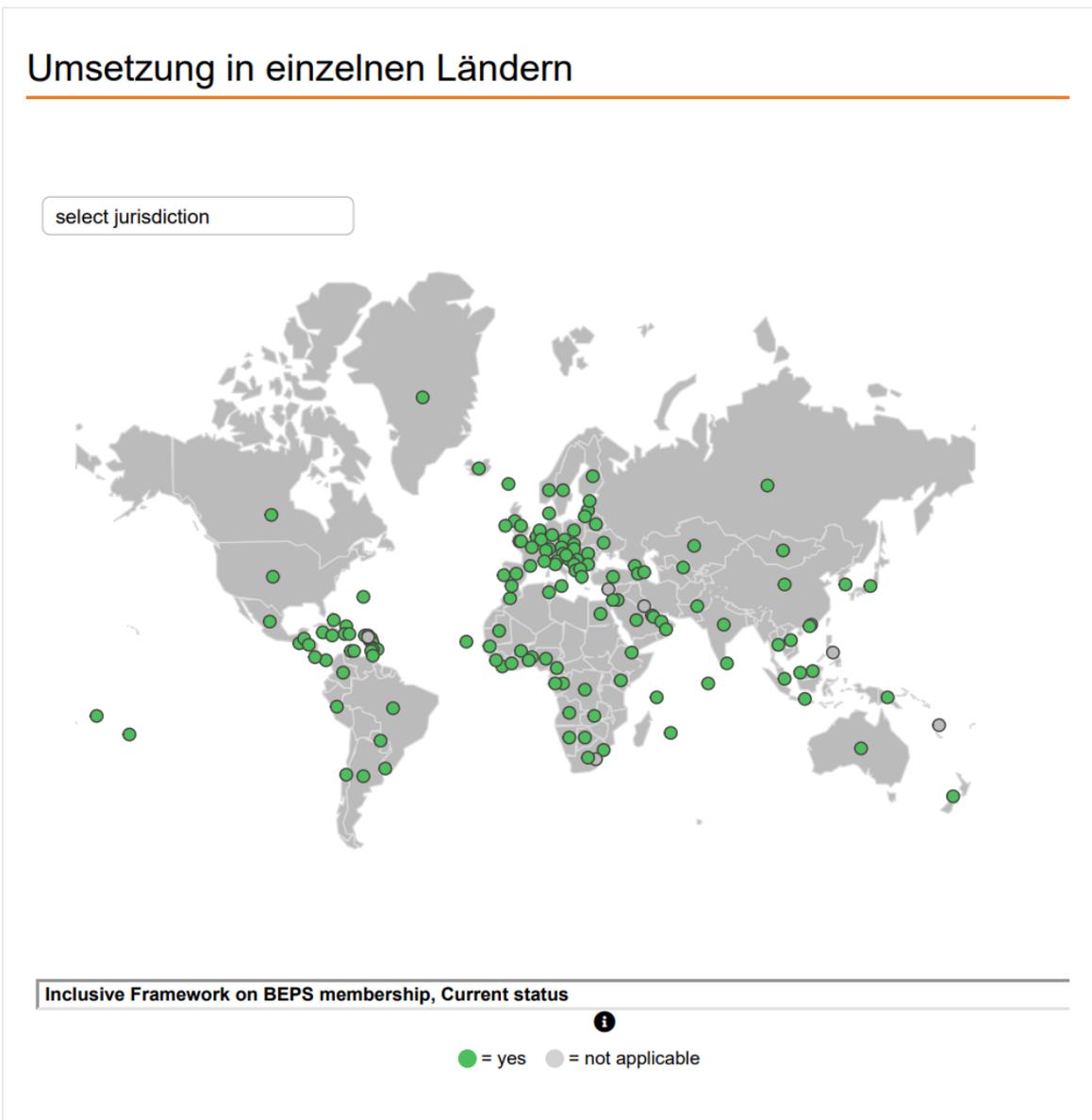
Die Rolle der OECD

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)

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)

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

Abkürzungsverzeichnis	VII
A. Einleitung	1
I. Ausgangskonstellation und Problematik	1
II. Zielsetzung	2
III. Themeneingrenzung	2
IV. Gang der Arbeit	3
B. Begrifflichkeiten und Grundlagen	3
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
C. Auf den Zuzug von Gesellschaften aus EU- bzw. Drittstaaten anwendbares Recht	10
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
D.	Mögliche Lösungen für den Zuzug einer Gesellschaft aus einem Drittstaat nach Deutschland	30
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
E.	Fazit.....	45
	Literaturverzeichnis	48

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.“¹ 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.² 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.³

In den letzten Jahren hat die Diskussion um die Behandlung von Gesellschaften in grenzüberschreitenden Sachverhalten stetig zugenommen.⁴ 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 hervorgetan. 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.⁵ 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.

¹ Gustav Robert Kirchhoff (1824 – 1887), dt. Physiker.

² MünchHdB GesR VIII/*Johannsen-Roth* § 42 Rn. 16.

³ *Prinz*, DB 2022, M4-M5.

⁴ *Forsthoff*, EuZW 2015, 248 (248).

⁵ *MüKo/Kindler*, BGB Band 13, Teil 10. Internationales Handels- und Gesellschaftsrecht Rn. 823.

ihre unternehmerische Tätigkeit aufgestellt zu sein, spielt nur eine untergeordnete Rolle.⁶ 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.⁷ 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 Kooperationsabkommens⁸ noch viele Fragen offen sind,⁹ werden diese sich ergebenden Besonderheiten in der vorliegenden Arbeit ausgeschlossen.

Zudem werden auch Besonderheiten, die sich durch weitere völkerrechtliche Übereinkommen ergeben¹⁰ und bestimmte Anknüpfungspunkte für Gesellschaften¹¹ aus diesen Staaten

⁶ Schön, ZGR 2013, 333 (354, 359).

⁷ Blücher/Spiering, GWR 2023, 97 (100).

⁸ 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.

⁹ Kumpan/Pauschinger, EuZW 2023, 446 (448).

¹⁰ 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.

¹¹ 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 Wirtschaftsraum¹² 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.¹³ 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.¹⁴ Es handelt sich somit um sogenannte „nicht-privilegierte Drittstaaten“.¹⁵

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.

¹² Abkommen über den Europäischen Wirtschaftsraum vom 02.05.1992 (EWRAbk), ABl. 1994 L 1 S. 3.

¹³ *Wall* in: Hausmann/Odersky IPR, § 18 Rn. 116.

¹⁴ MünchHdB GesR VIII/*Lieder* § 5 Rn. 22.

¹⁵ 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.“).¹⁶ Vereinzelt sind im Kontext des Internationalen Privatrechts (IPR) auch die Begriffe „Registrierungsort“ oder „Registersitz“ zu finden, die gleichbedeutend mit der Begrifflichkeit des Satzungssitzes sind.¹⁷

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.¹⁸

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.“¹⁹.

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.²⁰ Dies ist der Ort, an dem die tatsächliche Willensbildung der Geschäftsführung erfolgt und von wo aus die wesentlichen Unternehmenstätigkeiten der Gesellschaft geführt werden.²¹ Deshalb wird dieser Sitz auch als tatsächlicher oder effektiver Verwaltungssitz einer Gesellschaft bezeichnet.²² 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.²³ Um weitere Kriterien zur Bestimmung des tatsächlichen Verwaltungssitzes zu haben, kann auch darauf abgestellt werden, auf welche Rechtsordnung die Gesellschaft am stärksten einwirkt.²⁴ Denn diese Rechtsordnung ist am stärksten von den Aktivitäten der Gesellschaft betroffen und somit für Dritte leicht festzustellen.²⁵ 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.²⁶

¹⁶ *Kotzur/van de Loo* in: Geiger u.a., EUV/AEUV, Art. 54 AEUV Rn. 7.

¹⁷ MAH GmbH-Recht/*Dostal*, § 26 Rn. 93.

¹⁸ BeckOK BGB/*Mäsch*, EGBGB Art. 12 Rn. 23.

¹⁹ BGH, Urteil vom 21.03.1986, V ZR 10/85, NJW 1986, 2194 (2195).

²⁰ MHLS/*Leible*, Systematische Darstellung 2 Rn. 84; *Servatius* in: Henssler/Strohn, Internationales Gesellschaftsrecht Rn. 15.

²¹ MHLS/*Leible*, Systematische Darstellung 2 Rn. 84; *Servatius* in: Henssler/Strohn, Internationales Gesellschaftsrecht Rn. 15.

²² BayObLG, Beschluss vom 18.07.1985, BReg. 3 Z 62/85, BayObLGZ 1985, 272 (279).

²³ OLG München, Urteil vom 06.05.1986, 5 U 2562/85, NJW 1986, 2197 (2198).

²⁴ *Gössl* in: Jung/Krebs/Stiegler GesR in Europa, § 11 Rn. 51.

²⁵ *Gössl* in: Jung/Krebs/Stiegler GesR in Europa, § 11 Rn. 51.

²⁶ *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*.²⁷ Deshalb ist es im Verfahren vor deutschen Gerichten entscheidend, was das deutsche Verständnis des tatsächlichen Verwaltungssitz ist.²⁸ Es ist unerheblich, wie die Frage nach ausländischem Recht zu beurteilen wäre.²⁹

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.³⁰

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.³¹ Dem Primärrecht gehören nach h.L. auch die allgemeinen Rechtsgrundsätze des EuGH, das ungeschriebene Primärrecht, an.³²

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.³³

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.³⁴ Die sekundärrechtlichen Rechtshandlungen selbst haben kein normenhierarchisches Verhältnis zueinander.³⁵

Die Geltung des Primärrechts für die Mitgliedstaaten ergibt sich aus Art. 52, 53 EUV.³⁶ Das Sekundärrecht ist für die Mitgliedstaaten dann gültig, wenn es in Kraft tritt, nicht aufgehoben oder für ungültig erklärt wurde.³⁷

²⁷ MüKo/Kindler, BGB Band 13, Teil 10. Internationales Handels- und Gesellschaftsrecht Rn. 461; Spahlinger in: Spahlinger/Wegen, Int. Gesellschaftsrecht Rn. 81, 83.

²⁸ MüKo/Kindler, BGB Band 13, Teil 10. Internationales Handels- und Gesellschaftsrecht Rn. 461; Spahlinger in: Spahlinger/Wegen, Int. Gesellschaftsrecht Rn. 81, 83.

²⁹ MüKo/Kindler, BGB Band 13, Teil 10. Internationales Handels- und Gesellschaftsrecht Rn. 461; Spahlinger in: Spahlinger/Wegen, Int. Gesellschaftsrecht Rn. 81, 83.

³⁰ Ruffert in: Callies/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 1 AEUV Rn. 4.

³¹ Ruffert in: Callies/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 1 AEUV Rn. 8, 9; Schroeder in: Streinz EUV/AEUV, Art. 288 AEUV Rn. 17.

³² Ruffert in: Callies/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 1 AEUV Rn. 10; siehe dazu: C.2.a).aa).

³³ Schroeder in: Streinz EUV/AEUV, Art. 288 AEUV Rn. 23.

³⁴ Nettessheim in: GHN, Art. 288 AEUV Rn. 227; Schroeder in: Streinz EUV/AEUV, Art. 288 AEUV Rn. 24.

³⁵ Nettessheim in: GHN, Art. 288 AEUV Rn. 227; Schroeder in: Streinz EUV/AEUV, Art. 288 AEUV Rn. 24.

³⁶ Ehlers in: Schulze/Janssen/Kadelbach Europarecht, § 11 Rn. 4.

³⁷ 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).³⁸ Da es um die Auswahl mehrerer in Betracht kommenden Rechtsordnungen geht, wird es auch als Kollisionsrecht bezeichnet.³⁹ Die Normen des IPR werden deswegen als Kollisionsnormen verstanden.⁴⁰ Diese knüpfen an bestimmte Merkmale des Tatbestandes einer Norm an und bestimmen als Rechtsfolge die für den Sachverhalt einschlägige Rechtsordnung.⁴¹ Die Kollisionsnormen bilden nur das jeweilige Sachstatut und niemals eine Rechtsfolge auf der Ebene des materiellen Rechts.⁴² Das IPR verfolgt immer das Ziel, ein Rechtsverhältnis derjenigen Rechtsordnung zu unterstellen, dass die engste Verbindung aufweist.⁴³ Schon *Savigny*⁴⁴ formulierte als Ziel des IPR „daß bei jedem Rechtsverhältnis dasjenige Rechtsgebiet aufgesucht werde, welchem dieses Rechtsverhältniß seiner eigenthümlichen Natur angehört oder unterworfen ist.“⁴⁵

Übertragen auf das Internationale Gesellschaftsrecht stellt sich also die Frage, welchem Sachrecht die gesellschaftsrechtlichen Verhältnisse bei Sachverhalten mit Auslandsbezug zu entnehmen sind.⁴⁶ Es gilt zu klären, welche Rechtsordnung auf das Gesellschaftsstatut, dem *lex societatis* von Gesellschaften und juristische Personen (im Folgenden: Gesellschaften) anzuwenden ist.⁴⁷

Gesellschaften können anders als natürliche Personen nicht aus sich heraus existieren und benötigen daher eine rechtliche Anerkennung und einen rechtlichen Rahmen (Geschöpftheorie).⁴⁸ Somit sind Gesellschaften die Geschöpfe einer bestimmten Rechtsordnung, welche ihnen die Voraussetzungen verleiht, unter welchen die Gesellschaft „entsteht, lebt und vergeht“⁴⁹.⁵⁰ 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.⁵¹

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.⁵²

³⁸ *Kreuzer/Wagner/Reder* in: Dausen/Ludwigs EU-WirtschaftsR-HdB, R. Europäisches Internationales Privatrecht Rn. 1.

³⁹ BeckOK BGB/Lorenz, EGBGB Einleitung zum Internationalen Privatrecht Rn. 1.

⁴⁰ BeckOK BGB/Lorenz, EGBGB Einleitung zum Internationalen Privatrecht Rn. 1.

⁴¹ BeckOK BGB/Lorenz, EGBGB Einleitung zum Internationalen Privatrecht Rn. 1.

⁴² BeckOK BGB/Lorenz, EGBGB Einleitung zum Internationalen Privatrecht Rn. 2 ff.; MüKo/Hein, BGB Band 12, EGBGB Art. 3 Rn. 7.

⁴³ BeckOK BGB/Lorenz, EGBGB Einleitung zum Internationalen Privatrecht Rn. 2 ff.; MüKo/Hein, BGB Band 12, EGBGB Art. 3 Rn. 7.

⁴⁴ Friedrich Karl von Savigny (1779-1861).

⁴⁵ *Savigny*, System des heutigen Römischen Rechts, S. 108.

⁴⁶ MüKo/Kindler, BGB Band 13, Teil 10. Internationales Handels- und Gesellschaftsrecht Rn. 1.

⁴⁷ MAH GmbH-Recht/Dostal, § 26 Rn. 30.

⁴⁸ EuGH, Urteil vom 27.09.1988, Rs. 81/87, ECLI:EU:C:1988:456 – Daily Mail, EuZW-Sonderausgabe 2017, 25, Rn. 19.

⁴⁹ BGH, Urteil vom 11.07.1957, II ZR 318/55, NJW 1957, 1433 (1434).

⁵⁰ *Junker*, IPR, § 13 Rn. 36.

⁵¹ *Kessler* in: Saenger u.a., Handels- und Gesellschaftsrecht, § 8 Rn. 55.

⁵² *Junker*, IPR, § 13 Rn. 37.

Die Rom-I-VO⁵³ nimmt Fragen betreffen des Gesellschaftsrecht in Art. 1 Abs. 2 lit. f Rom-I-VO aus, gleichermaßen wie die Rom-II-VO⁵⁴ in Art. 1 Abs. 2 lit. d Rom-II-VO und die EUerbVO⁵⁵ 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.⁵⁶ Die Bestimmung des Gesellschaftsstatut kann über zwei verschiedene Anknüpfungen erfolgen, über den tatsächlichen Verwaltungssitz oder den Satzungssitz einer Gesellschaft.⁵⁷

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.⁵⁸ 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).⁵⁹

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“^{60, 61} 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“^{62, 63}

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.⁶⁴ 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.⁶⁵ 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.

⁵³ 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.

⁵⁴ 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.

⁵⁵ 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.

⁵⁶ *Junker*, IPR, § 13 Rn. 37.

⁵⁷ *Saenger* in: *Saenger u.a., Handels- und Gesellschaftsrecht*, § 8 Rn. 12 f; siehe vertiefend: B.II.3.

⁵⁸ *Kessler* in: *Saenger u.a., Handels- und Gesellschaftsrecht*, § 8 Rn. 40.

⁵⁹ *Kessler* in: *Saenger u.a., Handels- und Gesellschaftsrecht*, § 8 Rn. 40.

⁶⁰ EuGH, Urteil vom 30.11.1995, C-55/94, ECLI:EU:C:1995:411 – Gebhard, juris, Rn. 25.

⁶¹ *Kessler* in: *Saenger u.a., Handels- und Gesellschaftsrecht*, § 8 Rn. 44.

⁶² EuGH, Urteil vom 25.07.1991, C-221/89, ECLI:EU:C:1991:320 – Factortame, juris, Rn. 20.

⁶³ *Kindler*, EuZW 2012, 888 (891).

⁶⁴ *Müller-Graff* in: *Streinz EUV/AEUV*, Art. 54 AEUV Rn. 1.

⁶⁵ *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.⁶⁶

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.⁶⁷

Drittstaatengesellschaften sind durch die unionsrechtliche Niederlassungsfreiheit nicht geschützt.⁶⁸

3. Sitztheorie und Gründungstheorie

a) Sitztheorie

Die zentrale Anknüpfung der Sitztheorie, um das Gesellschaftsstatut zu bestimmen, ist der tatsächliche Verwaltungssitz einer Gesellschaft.⁶⁹ 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.⁷⁰ 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.⁷¹ Die Sitztheorie baut daher auf der Annahme eines einheitlichen Gesellschaftsstatuts (Einheitstheorie) auf.⁷²

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.⁷³ Dies folgt aus dem Umstand, dass dort auch meistens mehr Direktoren, leitende Angestellte, Begünstigte, Anteilseigner und Gläubiger tätig sind.⁷⁴ Diese Annahme wird in Folge der fortschreitenden Internationalisierung des Wirtschaftslebens nicht mehr immer der Realität entsprechen.⁷⁵ Die Sitztheorie setzt diese Annahme voraus bzw. geht davon aus, dass sie in den überwiegenden Fällen weiter zutrifft.⁷⁶

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.⁷⁷ So können inländische gesellschaftsrechtliche Statuten nicht durch weniger strenge ausländische unterlaufen werden.⁷⁸

⁶⁶ MüKo/Kindler, BGB Band 13, Teil 10. Internationales Handels- und Gesellschaftsrecht Rn. 111.

⁶⁷ Wall in: Hausmann/Odersky IPR, § 18 Rn. 32, 51; siehe dazu: C.I.2.

⁶⁸ MünchHdB GesR VIII/Lieder § 5 Rn. 22; zum Begriffe siehe: B.I.2.b).

⁶⁹ 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.

⁷⁰ Spahlinger in: Spahlinger/Wegen, Int. Gesellschaftsrecht Rn. 35.

⁷¹ MüKo/Kindler, BGB Band 13, Teil 10. Internationales Handels- und Gesellschaftsrecht Rn. 423.

⁷² MüKo/Kindler, BGB Band 13, Teil 10. Internationales Handels- und Gesellschaftsrecht Rn. 423.

⁷³ MüKo/Kindler, BGB Band 13, Teil 10. Internationales Handels- und Gesellschaftsrecht Rn. 424.

⁷⁴ MüKo/Kindler, BGB Band 13, Teil 10. Internationales Handels- und Gesellschaftsrecht Rn. 424.

⁷⁵ Eidenmüller/Rehm, ZGR 1997, 89 (89 ff.).

⁷⁶ Eidenmüller/Rehm, ZGR 1997, 89 (89 ff.).

⁷⁷ 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.

⁷⁸ 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.⁷⁹ 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.⁸⁰ Die Gesellschaft besteht nicht nach dem Recht ihres Satzungssitzes fort, sondern muss sich dem Gesellschaftsrecht des neuen Verwaltungssitzes anpassen.⁸¹ 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.⁸²

b) Gründungstheorie

Im Unterschied zur Sitztheorie knüpft die Gründungstheorie an dasjenige Recht an, nach dem die Gesellschaft gegründet worden ist.⁸³ Entscheidend ist also die Rechtsordnung des Staates, an dem sich regelmäßig der Satzungssitz befindet.⁸⁴

Im Zeitpunkt der Gründung wählen die Gesellschafter das anwendbare Gesellschaftsstatut.⁸⁵ 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.⁸⁶ Die Gründungstheorie verwirklicht deshalb vor allem den Willen der Gründungsgesellschafter, wodurch das Parteiinteresse in den Vordergrund gestellt wird.⁸⁷ Ist eine Gesellschaft einmal wirksam gegründet worden, so führen spätere Veränderungen, zum Beispiel die Veränderungen des tatsächlichen Verwaltungssitzes, nicht zu einem Wechsel des Gesellschaftsstatuts.⁸⁸ 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.⁸⁹

Allerdings können Gesellschaften nach dem Recht eines Staates gegründet werden, zu dem sonst keinerlei Verbindung besteht.⁹⁰ Dadurch kommt es zu sogenanntem „*legal form shopping*“⁹¹ in den Staaten mit den gründerfreundlichsten Gesellschaftsformen, da es nicht von Relevanz ist, ob wirtschaftliche Aktivitäten im In- oder Ausland entfaltet werden.⁹² Es kann jedoch zur Beeinträchtigung von Verkehrsinteressen, insbesondere des Gläubigerschutzes, kommen.⁹³ Schutzvorschriften, beispielsweise hinsichtlich des Mindestkapitals,

⁷⁹ BGH, Urteil vom 21.03.1986, V ZR 10/85, NJW 1986, 2194 (2195).

⁸⁰ BGH, Urteil vom 21.03.1986, V ZR 10/85, NJW 1986, 2194 (2195).

⁸¹ BGH, Urteil vom 21.03.1986, V ZR 10/85, NJW 1986, 2194 (2195).

⁸² BGH, Urteil vom 01.07.2002, II ZR 380/00, NJW 2002, 3539 (3540); siehe hierzu: C.III.3.a).

⁸³ BGH, Urteil vom 12.07.2011, II ZR 28/10, NJW 2011, 3372, Rn. 25; Grüneberg/Thorn, EGBGB Art. 12 Rn. 1.

⁸⁴ BGH, Urteil vom 12.07.2011, II ZR 28/10, NJW 2011, 3372, Rn. 25; Grüneberg/Thorn, EGBGB Art. 12 Rn. 1.

⁸⁵ Wall in: Hausmann/Odersky IPR, § 18 Rn. 14.

⁸⁶ Wall in: Hausmann/Odersky IPR, § 18 Rn. 14.

⁸⁷ Wall in: Hausmann/Odersky IPR, § 18 Rn. 16.

⁸⁸ MHLS/Leible, Systematische Darstellung 2 Rn. 7.

⁸⁹ Junker, IPR, § 13 Rn. 40.

⁹⁰ MüKo/Kindler, BGB Band 13, Teil 10. Internationales Handels- und Gesellschaftsrecht Rn. 371.

⁹¹ Spahlinger in: Spahlinger/Wegen, Int. Gesellschaftsrecht Rn. 60.

⁹² MüKo/Kindler, BGB Band 13, Teil 10. Internationales Handels- und Gesellschaftsrecht Rn. 371.

⁹³ Junker, IPR, § 13 Rn. 41.

finden keine Anwendung.⁹⁴ Auch die Ordnungsinteressen des Staates, in dem der tatsächliche Verwaltungssitz der Gesellschaft liegt, können berührt sein.⁹⁵

III. Zwischenfazit

Eine identitätswahrende Sitzverlegung kann nur eine des Verwaltungs- und nicht des Satzungssitzes sein.⁹⁶ Bei der Gründung einer Gesellschaft bestimmt die Wahl des Satzungssitzes das anwendbare Recht und die Identität der Gesellschaft.⁹⁷ Diese Identität und dadurch auch das anwendbare Recht sollen bei der Sitzverlegung beibehalten werden, um keinen Rechtsformwechsel durchführen zu müssen.⁹⁸

Durch die fehlenden kollisionsrechtlichen Regelungen im Internationalen Gesellschaftsrecht erhalten die Anknüpfungspunkte der Sitz- und Gründungstheorie sowie ihre Rechtsfolgen erst bei grenzüberschreitenden Sachverhalten Bedeutung.⁹⁹ Wenn Staaten nicht einheitlich der Sitztheorie oder der Gründungstheorie folgen, entstehen Widersprüche, die kaum aufzulösen sind.¹⁰⁰

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“).¹⁰¹ Andererseits ist nach Art. 49 Abs. 1 S.2 AEUV die Gründung von Zweigniederlassungen unter Wahrung des Unternehmensschwerpunktes im Heimatstaat erfasst (sogenannte „sekundäre Niederlassungsfreiheit“).¹⁰²

Der Schutzbereich der Niederlassungsfreiheit ist in räumlicher Hinsicht auf den in den Art. 52 EUV beschriebenen Geltungsbereich begrenzt.¹⁰³ 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

⁹⁴ *Junker*, IPR, § 13 Rn. 41.

⁹⁵ *Junker*, IPR, § 13 Rn. 41.

⁹⁶ *Leible*, ZGR 2004, 531 (535).

⁹⁷ *Spahlinger* in: *Spahlinger/Wegen*, Int. Gesellschaftsrecht Rn. 60.

⁹⁸ *MHLS/Leible*, Systematische Darstellung 2 Rn. 7.

⁹⁹ *Kessler* in: *Saenger u.a.*, Handels- und Gesellschaftsrecht, § 8 Rn. 56.

¹⁰⁰ *Kessler* in: *Saenger u.a.*, Handels- und Gesellschaftsrecht, § 8 Rn. 56.

¹⁰¹ *Ludwigs* in: *Dauses/Ludwigs EU-WirtschaftsR-HdB*, E. I. Grundregeln Rn. 58 f.

¹⁰² *Ludwigs* in: *Dauses/Ludwigs EU-WirtschaftsR-HdB*, E. I. Grundregeln Rn. 58 f.

¹⁰³ *Korte* in: *Callies/Ruffert*, EUV/AEUV, Art. 49 AEUV Rn. 48.

Grundfreiheit zu berufen.¹⁰⁴ Um den Schutzbereich der Niederlassungsfreiheit aus Art. 49, 54 AEUV zu eröffnen, ist ein grenzüberschreitender Unionsbezug stets erforderlich.¹⁰⁵

Grundsätzlich folgt der Gewährleistungsgehalt der Niederlassungsfreiheit für Gesellschaften aufgrund des Gleichstellungsprinzips aus Art. 54 Abs. 1 AEUV demjenigen für natürliche Personen.¹⁰⁶ Es ergeben sich jedoch spezifische Fragen, die auf Gesellschaft bezogen sind, sowohl im Hinblick auf die primäre Niederlassungsfreiheit als auch auf die sekundäre Niederlassungsfreiheit.¹⁰⁷

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.¹⁰⁸

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.¹⁰⁹ Diese gewährt das Recht, den wirtschaftlichen Schwerpunkt eines Unternehmens in einem anderen Mitgliedstaat zu etablieren.¹¹⁰

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.¹¹¹ 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.¹¹²

Die sekundäre Niederlassungsfreiheit gem. Art. 49 Abs. 1 S.2 AEUV umfasst sowohl die Gründung rechtlich selbstständiger Tochterunternehmen als auch unselbstständiger Unternehmenseinheiten oder Zweigniederlassungen.¹¹³ 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.¹¹⁴ Für Gesellschaften wird dadurch die Möglichkeit geschaffen, ohne ihre Hauptniederlassung aufzugeben, Zweigniederlassungen in anderen Mitgliedstaaten zu errichten.

¹⁰⁴ Korte in: Callies/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 49 AEUV Rn. 48.

¹⁰⁵ Müller-Graff in: Streinz EUV/AEUV, Art. 49 AEUV Rn. 20.

¹⁰⁶ Müller-Graff in: Streinz EUV/AEUV, Art. 54 AEUV Rn. 13.

¹⁰⁷ Müller-Graff in: Streinz EUV/AEUV, Art. 54 AEUV Rn. 13.

¹⁰⁸ Müller-Graff in: Streinz EUV/AEUV, Art. 54 AEUV Rn. 14.

¹⁰⁹ Stiegler in: Jung/Krebs/Stiegler GesR in Europa, § 10 Rn. 17.

¹¹⁰ Stiegler in: Jung/Krebs/Stiegler GesR in Europa, § 10 Rn. 17.

¹¹¹ Khan/Eisenhut in: Vedder/Heintschel von Heinegg, Europ. Unionsrecht, Art. 54 AEUV Rn. 6.

¹¹² Jung in: Schwarze u.a. EU-Kommentar, Art. 54 AEUV Rn. 46.

¹¹³ Schlag in: Schwarze u.a. EU-Kommentar, Art. 49 AEUV Rn. 20.

¹¹⁴ 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.¹¹⁵

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.¹¹⁶ Grundsätzlich gelten durch die Gleichstellung von natürlichen Personen und Gesellschaften im Rahmen des Diskriminierungs- und Beschränkungsverbots die gleichen nachfolgend dargestellten Maßstäbe.¹¹⁷ Jedoch ist festzuhalten, dass erhebliche Schwierigkeiten aufgrund der Natur der Gesellschaften als Rechtsgebilde weitgehend ungeklärt sind.¹¹⁸

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.¹¹⁹ 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.¹²⁰

Als Eingriff in die Niederlassungsfreiheit kommen offene und verdeckte Diskriminierungen in Betracht.¹²¹ 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.¹²² Die Niederlassungsfreiheit verbietet verdeckte Diskriminierungen, welche ausländische Gesellschaften wegen ihres Gesellschaftsstatuts anhand von Regelungen und Maßnahmen benachteiligen.¹²³ Diese Regelungen und Maßnahmen werden gleichermaßen auf In- und EU-Ausländer angewendet, führen aber in Wirklichkeit zu einer Benachteiligung von EU-Ausländern.¹²⁴

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“¹²⁵.¹²⁶ Die Mitgliedstaaten sind die Adressaten des Beschränkungsverbots und haben die Verpflichtung, ihre nationalen Rechtsvorschriften im Einklang mit den Vorgaben der Niederlassungsfreiheit auszugestalten und anzuwenden.¹²⁷ Solche nationalen Rechtsvorschriften werden von dem allgemeinen Beschränkungsverbot erfasst, wenn sie in ihrer Wirkung den

¹¹⁵ Forsthoff in: GHN, Art. 54 AEUV Rn. 17; Müller-Graff in: Streinz EUV/AEUV, Art. 49 AEUV Rn. 32.

¹¹⁶ Kalss/Klampfl in: Dausen/Ludwigs EU-WirtschaftsR-HdB, E. III. Gesellschaftsrecht Rn. 54.

¹¹⁷ Forsthoff in: GHN, Art. 49 AEUV Rn. 88; Jung in: Schwarze u.a. EU-Kommentar, Art. 54 AEUV Rn. 24.

¹¹⁸ Forsthoff in: GHN, Art. 49 AEUV Rn. 88; Jung in: Schwarze u.a. EU-Kommentar, Art. 54 AEUV Rn. 24.

¹¹⁹ Müller-Graff in: Streinz EUV/AEUV, Art. 49 AEUV Rn. 41.

¹²⁰ 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.

¹²¹ Müller-Graff in: Streinz EUV/AEUV, Art. 49 AEUV Rn. 44 ff.

¹²² Müller-Graff in: Streinz EUV/AEUV, Art. 49 AEUV Rn. 44 ff.

¹²³ 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.

¹²⁴ 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.

¹²⁵ EuGH, Urteil vom 30.11.1995, C-55/94, ECLI:EU:C:1995:411 – Gebhard, juris, Rn. 37.

¹²⁶ Forsthoff in: GHN, Art. 49 AEUV Rn. 88.

¹²⁷ Stiegler in: Jung/Krebs/Stiegler GesR in Europa, § 10 Rn. 27.

Marktzugang oder die Wettbewerbsgleichheit von Gesellschaften innerhalb der EU beeinträchtigen.¹²⁸ 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.¹²⁹

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.¹³⁰ In Betracht kommen geschriebene Rechtfertigungsgründe aus Art. 52 Abs. 1 AEUV sowie ungeschriebene Rechtfertigungsgründe.¹³¹

Die geschriebenen Rechtfertigungsgründe des Art. 52 Abs. 1 AEUV gelten nach dem Gleichstellungsprinzip aus Art. 54 AEUV auch für die Niederlassungsfreiheit von Gesellschaften.¹³² 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.¹³³ Sie können offene sowie verdeckte Diskriminierungen und Beschränkungen rechtfertigen.¹³⁴

Nach der Rechtsprechung des EuGH können verdeckte Diskriminierungen und Beschränkungen auch aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt sein, welche ungeschriebene Rechtfertigungsgründe darstellen.¹³⁵ Im Gesellschaftsrecht können zwingende Gründe des Allgemeininteresses Interessen der Gläubiger, der Minderheitsgesellschafter, der Arbeitnehmer und des Fiskus sein.¹³⁶ Der EuGH hat in der Entscheidung „Gebhard“¹³⁷ 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.“¹³⁸

Da der Schutzgehalt der Niederlassungsfreiheit für alle Gesetze, Verwaltungsvorschriften und Gerichtsentscheidungen zu beachten ist, bestehen generelle Ausnahmen einzelner Rechtsbereiche wie dem internationalem Gesellschaftsrecht nicht.¹³⁹ Regelungen und

¹²⁸ *Ludwigs* in: Dausen/Ludwigs EU-WirtschaftsR-HdB, E. I. Grundregeln Rn. 92.

¹²⁹ *Jung* in: Schwarze u.a. EU-Kommentar, Art. 54 AEUV Rn. 21; *Kalss/Klampfl* in: Dausen/Ludwigs EU-WirtschaftsR-HdB, E. III. Gesellschaftsrecht Rn. 56.

¹³⁰ *Forsthoff* in: GHN, Art. 49 AEUV Rn. 122.

¹³¹ *Stiegler* in: Jung/Krebs/Stiegler GesR in Europa, § 10 Rn. 28.

¹³² EuGH, Urteil vom 10.07.1986, C-79/85, ECLI:EU:C:1986:308 – Segers, NJW 1987, 571, Rn. 17.

¹³³ *Forsthoff* in: GHN, Art. 49 AEUV Rn. 122; *Forsthoff* in: GHN, Art. 52 AEUV Rn. 3.

¹³⁴ *Forsthoff* in: GHN, Art. 49 AEUV Rn. 122; *Forsthoff* in: GHN, Art. 52 AEUV Rn. 3.

¹³⁵ 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.

¹³⁶ *Jung* in: Schwarze u.a. EU-Kommentar, Art. 54 AEUV Rn. 26.

¹³⁷ EuGH, Urteil vom 30.11.1995, C-55/94, ECLI:EU:C:1995:411 – Gebhard, juris.

¹³⁸ EuGH, Urteil vom 30.11.1995, C-55/94, ECLI:EU:C:1995:411 – Gebhard, juris, Rn. 37.

¹³⁹ *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.¹⁴⁰

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“¹⁴¹ in den letzten Jahren zu einer erheblichen Weiterentwicklung des Gesellschaftskollisionsrechts beigetragen.¹⁴² Auf diese Weise hat der EuGH zu einer Ausweitung der Mobilität von Gesellschaften innerhalb der EU mitgewirkt.¹⁴³

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.¹⁴⁴ Denn wie bereits dargestellt, gibt es keine geschriebenen Rechtsakte, die das auf das Gesellschaftsstatut anwendbare Recht einheitlich bestimmen.¹⁴⁵ 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.¹⁴⁶

Die Rechtsprechung des EuGH ist in diesem Fall besonders bedeutsam.¹⁴⁷ 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.¹⁴⁸ Darüber haben in der Rechtsprechung der Unionsgerichtsbarkeit eine Vielzahl allgemeiner Rechtsgrundsätze Anerkennung gefunden.¹⁴⁹ Diese geben dem EuGH einen Anhaltspunkt und ein Richtmaß, um Regelungslücken im geschriebenen Unionsrecht zu füllen.¹⁵⁰ 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.¹⁵¹ Die allgemeinen Rechtsgrundsätze stehen auf unionsrechtlicher Ebene im Rang vom Primärrecht.¹⁵²

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

¹⁴⁰ Müller-Graff in: Streinz EUV/AEUV, Art. 49 AEUV Rn. 35; Müller-Graff in: Streinz EUV/AEUV, Art. 54 AEUV Rn. 15.

¹⁴¹ Wachter, NZG 2017, 1308 (1312).

¹⁴² MAH GmbH-Recht/Dostal, § 26 Rn. 100.

¹⁴³ MAH GmbH-Recht/Dostal, § 26 Rn. 100.

¹⁴⁴ MüKo/Hein, BGB Band 12, EGBGB Art. 3 Rn. 94.

¹⁴⁵ MüKo/Hein, BGB Band 12, EGBGB Art. 3 Rn. 94.

¹⁴⁶ MüKo/Hein, BGB Band 12, EGBGB Art. 3 Rn. 94.

¹⁴⁷ Streinz: Europarecht, § 2 Rn. 464.

¹⁴⁸ Schroeder in: Streinz EUV/AEUV, Art. 288 AEUV Rn. 18.

¹⁴⁹ Wegener in: Callies/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 19 EUV Rn. 57.

¹⁵⁰ Schwarze/Wunderlich in: Schwarze u.a. EU-Kommentar, Art. 19 AEUV Rn. 23.

¹⁵¹ Streinz: Europarecht, § 2 Rn. 464.

¹⁵² 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.¹⁵³

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.¹⁵⁴

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.¹⁵⁵

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“¹⁵⁶-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.¹⁵⁷ Aufgrund eines damals geltenden Steuergesetzes in Großbritannien, dass die Zustimmung des britischen Finanzministeriums erforderte, wurde die Verlegung abgelehnt.¹⁵⁸ Die Gesellschaft Daily Mail sah darin einen Verstoß gegen ex. Art. 52, 58 EGV (Art. 49, 54 AEUV).¹⁵⁹

Erst 20 Jahre nach „Daily Mail“ konnte sich der EuGH im Rahmen der „Cartesio“¹⁶⁰-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.¹⁶¹ Die nach ungarischem Recht gegründete

¹⁵³ MAH GmbH-Recht/Dostal, § 26 Rn. 38.

¹⁵⁴ Tiedje in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, Art. 54 AEUV Rn. 49.

¹⁵⁵ Heckschen, GWR 2020, 449 (449).

¹⁵⁶ EuGH, Urteil vom 27.09.1988, Rs. 81/87, ECLI:EU:C:1988:456 – Daily Mail, EuZW-Sonderausgabe 2017, 25.

¹⁵⁷ EuGH, Urteil vom 27.09.1988, Rs. 81/87, ECLI:EU:C:1988:456 – Daily Mail, EuZW-Sonderausgabe 2017, 25 (25).

¹⁵⁸ EuGH, Urteil vom 27.09.1988, Rs. 81/87, ECLI:EU:C:1988:456 – Daily Mail, EuZW-Sonderausgabe 2017, 25 (25).

¹⁵⁹ EuGH, Urteil vom 27.09.1988, Rs. 81/87, ECLI:EU:C:1988:456 – Daily Mail, EuZW-Sonderausgabe 2017, 25 (25).

¹⁶⁰ EuGH, Urteil vom 16.12.2008, C-210/06, ECLI:EU:C:2008:723 – Cartesio, NJW 2009, 569.

¹⁶¹ Lutter/Bayer/Schmidt, EuropUR Rn. 7.42.

Kommanditgesellschaft Cartesio wollte ihren Verwaltungssitz unter Beibehaltung des ungarischen Gesellschaftsstatuts nach Italien verlegen.¹⁶² 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.¹⁶³ 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.¹⁶⁴

Im Rahmen der „National-Grid-Indus“¹⁶⁵-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.¹⁶⁶ Allerdings erhob die niederländische Finanzverwaltung eine Wegzugsbesteuerung, gegen die die Gesellschaft Klage einreichte.¹⁶⁷ Der Gerichtshof Amsterdam legte unter anderem eine Frage, die aus gesellschaftsrechtlicher Sicht von besonderem Interesse ist, dem EuGH vor.¹⁶⁸ 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.¹⁶⁹

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.¹⁷⁰

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.¹⁷¹ In der „Cartesio“-Entscheidung bestätigte der EuGH die zentrale Aussage aus seinem „Daily Mail“-Urteil und damit die propagierende Geschöpftheorie.¹⁷² Demnach kann jeder Mitgliedstaat autonom darüber entscheiden, ob er den Wegzug einer Gesellschaft zulassen möchte, denn „Jenseits

¹⁶² EuGH, Urteil vom 16.12.2008, C-210/06, ECLI:EU:C:2008:723 – Cartesio, NJW 2009, 569 (569).

¹⁶³ EuGH, Urteil vom 16.12.2008, C-210/06, ECLI:EU:C:2008:723 – Cartesio, NJW 2009, 569 (569).

¹⁶⁴ EuGH, Urteil vom 16.12.2008, C-210/06, ECLI:EU:C:2008:723 – Cartesio, NJW 2009, 569 (569).

¹⁶⁵ EuGH, Urteil vom 29.11.2011, C-371/10, ECLI:EU:C:2011:785 – National Grid Indus, NZG 2012, 114.

¹⁶⁶ EuGH, Urteil vom 29.11.2011, C-371/10, ECLI:EU:C:2011:785 – National Grid Indus, NZG 2012, 114 (114).

¹⁶⁷ EuGH, Urteil vom 29.11.2011, C-371/10, ECLI:EU:C:2011:785 – National Grid Indus, NZG 2012, 114 (114).

¹⁶⁸ 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.

¹⁶⁹ EuGH, Urteil vom 29.11.2011, C-371/10, ECLI:EU:C:2011:785 – National Grid Indus, NZG 2012, 114, Rn. 21.

¹⁷⁰ EuGH, Urteil vom 27.09.1988, Rs. 81/87, ECLI:EU:C:1988:456 – Daily Mail, EuZW-Sonderausgabe 2017, 25, Rn. 24.

¹⁷¹ MüKo/Weller, GmbHG, Einleitung Rn. 390.

¹⁷² 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.“¹⁷³.

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.¹⁷⁴ Denn bei dem gegenwärtigen Stand des Unionsrecht insbesondere in Ermangelung einer „einheitlichen gemeinschaftlichen Definition der Gesellschaften, denen die Niederlassungsfreiheit zugutekommt“¹⁷⁵, kann dies nur nach geltenden nationalem Recht beantwortet werden.¹⁷⁶ Die Frage kann zudem nur dadurch beantwortet werden, ob die Gesellschaft in der Ausübung ihrer Niederlassungsfreiheit aus Art. 49 Abs. 1 AEUV eingeschränkt wird.¹⁷⁷

In dem Urteil „National Grid Indus“ bekräftigte der EuGH nochmals seine Aussage zu der Zulässigkeit von Wegzugshindernissen.¹⁷⁸ 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.¹⁷⁹ Zudem kann er die Anknüpfungen bestimmen, nach denen diese Eigenschaften erhalten bleiben.¹⁸⁰ 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.¹⁸¹

Hieraus kann geschlossen werden, dass gesellschaftsrechtliche Wegzugsbeschränkungen im Hinblick auf die Verwaltungssitzverlegung aus dem Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit ausgenommen sind.¹⁸²

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.

¹⁷³ 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.

¹⁷⁴ 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.

¹⁷⁵ EuGH, Urteil vom 16.12.2008, C-210/06, ECLI:EU:C:2008:723 – Cartesio, NJW 2009, 569, Rn. 109.

¹⁷⁶ 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.

¹⁷⁷ 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.

¹⁷⁸ MüKo/Kindler, BGB Band 13, Teil 10. Internationales Handels- und Gesellschaftsrecht Rn. 133.

¹⁷⁹ EuGH, Urteil vom 29.11.2011, C-371/10, ECLI:EU:C:2011:785 – National Grid Indus, NZG 2012, 114, Rn. 26 f.

¹⁸⁰ EuGH, Urteil vom 29.11.2011, C-371/10, ECLI:EU:C:2011:785 – National Grid Indus, NZG 2012, 114, Rn. 26 f.

¹⁸¹ EuGH, Urteil vom 29.11.2011, C-371/10, ECLI:EU:C:2011:785 – National Grid Indus, NZG 2012, 114, Rn. 31.

¹⁸² 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.¹⁸³

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.¹⁸⁴

bb) Centros

(1) Sachverhalt

In dem Fall „Centros“¹⁸⁵ 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.¹⁸⁶ 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.¹⁸⁷ 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.¹⁸⁸ Sie verweigerten die für die Ausübung der Geschäftstätigkeit notwendige Eintragung.¹⁸⁹ Das Ehepaar berief sich auf die Niederlassungsfreiheit.¹⁹⁰ Es stellte sich die Frage, ob die Verweigerung der Eintragung einen Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit darstellt.¹⁹¹

(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.¹⁹²

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.¹⁹³ Die missbräuchliche, betrügerische Berufung auf das Gemeinschaftsrecht sei nicht gestattet, doch das gezielte Ausnutzen verschiedener Rechtssysteme und deren Regelungunterschiede im mitgliedstaatlichen Gesellschaftsrecht allein stelle noch keinen Missbrauch dar.¹⁹⁴ Es stelle selbst keinen Missbrauch dar, wenn die Gründung im Ausland allein dazu dient, die inländischen Mindestkapitalvorschriften zu umgehen.¹⁹⁵ Die Gründe, aus denen

¹⁸³ BeckOGK/*Großerichter/Zwirlein-Forschner* Internationales Gesellschaftsrecht, Allgemeiner Teil Rn. 147.

¹⁸⁴ *Wall* in: Hausmann/Odersky IPR, § 18 Rn. 35.

¹⁸⁵ EuGH, Urteil vom 09.03.1999, C-212/97, ECLI:EU:C:1999:126 – Centros, juris.

¹⁸⁶ EuGH, Urteil vom 09.03.1999, C-212/97, ECLI:EU:C:1999:126 – Centros, juris, Rn. 3.

¹⁸⁷ EuGH, Urteil vom 09.03.1999, C-212/97, ECLI:EU:C:1999:126 – Centros, juris, Rn. 6.

¹⁸⁸ EuGH, Urteil vom 09.03.1999, C-212/97, ECLI:EU:C:1999:126 – Centros, juris, Rn. 7.

¹⁸⁹ EuGH, Urteil vom 09.03.1999, C-212/97, ECLI:EU:C:1999:126 – Centros, juris, Rn. 7.

¹⁹⁰ EuGH, Urteil vom 09.03.1999, C-212/97, ECLI:EU:C:1999:126 – Centros, juris, Rn. 10.

¹⁹¹ EuGH, Urteil vom 09.03.1999, C-212/97, ECLI:EU:C:1999:126 – Centros, juris, Rn. 12.

¹⁹² EuGH, Urteil vom 09.03.1999, C-212/97, ECLI:EU:C:1999:126 – Centros, juris, Rn. 30, 35.

¹⁹³ EuGH, Urteil vom 09.03.1999, C-212/97, ECLI:EU:C:1999:126 – Centros, juris, Rn. 29.

¹⁹⁴ EuGH, Urteil vom 09.03.1999, C-212/97, ECLI:EU:C:1999:126 – Centros, juris, Rn. 24, 27.

¹⁹⁵ 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.¹⁹⁶

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.¹⁹⁷

(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,¹⁹⁸ 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.¹⁹⁹

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.²⁰⁰ 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.²⁰¹

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.²⁰²

cc) Überseering

(1) Sachverhalt

In der Entscheidung „Überseering“²⁰³ 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.²⁰⁴ 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.²⁰⁵ 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

¹⁹⁶ EuGH, Urteil vom 09.03.1999, C-212/97, ECLI:EU:C:1999:126 – Centros, juris, Rn. 26.

¹⁹⁷ EuGH, Urteil vom 09.03.1999, C-212/97, ECLI:EU:C:1999:126 – Centros, juris, Rn. 27.

¹⁹⁸ MüKo/Kindler, BGB Band 13, Teil 10. Internationales Handels- und Gesellschaftsrecht Rn. 121.

¹⁹⁹ 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.

²⁰⁰ Forsthoff, EuR 2000, 167 (196); Roth, ZGR 2000, 311 (326 f.).

²⁰¹ Görk, MittBayNot 1999, 298 (302); Kindler, NJW 1999, 1993 (1997).

²⁰² Lange, DNotZ 1999, 593 (607).

²⁰³ EuGH, Urteil vom 05.11.2002, C-208/00, ECLI:EU:C:2002:632 – Überseering, juris.

²⁰⁴ EuGH, Urteil vom 05.11.2002, C-208/00, ECLI:EU:C:2002:632 – Überseering, juris, Rn. 50.

²⁰⁵ 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.²⁰⁶ Für die rechtliche Anerkennung hätte eine Neugründung der Gesellschaft nach deutschem Recht erfolgen müssen.²⁰⁷

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.²⁰⁸

(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).²⁰⁹

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“^{210, 211}

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.²¹²

(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.²¹³

Einige Stimmen der Literatur erblicken in dem Urteil den Übergang von der Sitztheorie zu der Gründungstheorie.²¹⁴ 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.²¹⁵ Er traf damit keine ausdrückliche Aussage zum IPR, sondern nur die mittelbare Aussage, dass sich eine juristische Person nur einmalig konstituieren kann.²¹⁶ Die Identität einer Gesellschaft, hier der Überseering B.V., ist notwendigerweise an das Recht des Staates gebunden, in dem die Gründung stattgefunden hat.²¹⁷ Ein grenzüberschreitendes Tätigwerden ist vor diesem

²⁰⁶ EuGH, Urteil vom 05.11.2002, C-208/00, ECLI:EU:C:2002:632 – Überseering, juris, Rn. 3 – 5, 9.

²⁰⁷ EuGH, Urteil vom 05.11.2002, C-208/00, ECLI:EU:C:2002:632 – Überseering, juris, Rn. 3 – 5, 9.

²⁰⁸ EuGH, Urteil vom 05.11.2002, C-208/00, ECLI:EU:C:2002:632 – Überseering, juris, Rn. 17, 20.

²⁰⁹ EuGH, Urteil vom 05.11.2002, C-208/00, ECLI:EU:C:2002:632 – Überseering, juris, Rn. 80.

²¹⁰ EuGH, Urteil vom 05.11.2002, C-208/00, ECLI:EU:C:2002:632 – Überseering, juris, Rn. 81.

²¹¹ EuGH, Urteil vom 05.11.2002, C-208/00, ECLI:EU:C:2002:632 – Überseering, juris, Rn. 81.

²¹² EuGH, Urteil vom 05.11.2002, C-208/00, ECLI:EU:C:2002:632 – Überseering, juris, Rn. 95.

²¹³ MHLS/Leible, Systematische Darstellung 2 Rn. 29; Wall in: Hausmann/Odersky IPR, § 18 Rn. 46.

²¹⁴ Geyrhalter/Gänßler, NZG 2003, 409 (411).

²¹⁵ Behrens, IPRax 2003, 193 (203); Geyrhalter/Gänßler, NZG 2003, 409 (411); Kindler, NJW 2003, 1073 (1077).

²¹⁶ Zimmer, BB 2003, 1 (2).

²¹⁷ 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.²¹⁸

Deshalb lässt sich ausschließlich faktisch auf die Anwendung des Gründungsrechts und somit der Gründungstheorie schließen.²¹⁹

dd) Inspire Art

(1) Sachverhalt

In dem Urteil „Inspire Art“²²⁰ aus dem Jahr 2003 ging es um die nach englischem Recht gegründete Inspire Art Ltd. mit Satzungssitz in Folkestone.²²¹ Sie errichtete eine Zweigniederlassung in Amsterdam, um dort ihre Geschäftstätigkeit ausschließlich auszuüben.²²² Die Inspire Art ließ sich ohne den Zusatz, dass es sich um eine ausländische Gesellschaft handelt, in das niederländische Handelsregister eintragen.²²³ Jedoch wäre dies – neben anderen besonderen Anforderungen wie eine Mindestkapitalaufbringung – nach dem „Gesetz über formal ausländische Gesellschaften“²²⁴ vorgeschrieben gewesen.²²⁵ 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.²²⁶ Die Inspire Art Ltd. machte geltend, dass sie vollständig eingetragen sei, da sie nicht unter das „Gesetz über formal ausländische Gesellschaften“ falle.²²⁷ 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.²²⁸ Diese Frage wurde durch das Bezirksgericht Amsterdam dem EuGH zur Vorabentscheidung vorgelegt.²²⁹

(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.²³⁰ 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.²³¹

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“²³², selbst wenn keine wirtschaftliche Tätigkeit im Gründungsstaat

²¹⁸ *Großrichter*, DStR 2003, 159 (166); *Kersting*, NZG 2003, 9 (12).

²¹⁹ *Behrens*, IPRax 2003, 193 (206); *Eidenmüller*, ZIP 2002, 2233 (2244); *Heidenhain*, NZG 2002, 1141 (1143).

²²⁰ EuGH, Urteil vom 30.09.2003, C-167/01, ECLI:EU:C:2003:512 – Inspire Art, juris.

²²¹ EuGH, Urteil vom 30.09.2003, C-167/01, ECLI:EU:C:2003:512 – Inspire Art, juris, Rn. 34.

²²² EuGH, Urteil vom 30.09.2003, C-167/01, ECLI:EU:C:2003:512 – Inspire Art, juris, Rn. 34.

²²³ EuGH, Urteil vom 30.09.2003, C-167/01, ECLI:EU:C:2003:512 – Inspire Art, juris, Rn. 35

²²⁴ EuGH, Urteil vom 30.09.2003, C-167/01, ECLI:EU:C:2003:512 – Inspire Art, juris, Rn. 2.

²²⁵ EuGH, Urteil vom 30.09.2003, C-167/01, ECLI:EU:C:2003:512 – Inspire Art, juris, Rn. 22 – 33.

²²⁶ EuGH, Urteil vom 30.09.2003, C-167/01, ECLI:EU:C:2003:512 – Inspire Art, juris, Rn. 36.

²²⁷ EuGH, Urteil vom 30.09.2003, C-167/01, ECLI:EU:C:2003:512 – Inspire Art, juris, Rn. 37.

²²⁸ EuGH, Urteil vom 30.09.2003, C-167/01, ECLI:EU:C:2003:512 – Inspire Art, juris, Rn. 37.

²²⁹ EuGH, Urteil vom 30.09.2003, C-167/01, ECLI:EU:C:2003:512 – Inspire Art, juris, Rn. 39.

²³⁰ EuGH, Urteil vom 30.09.2003, C-167/01, ECLI:EU:C:2003:512 – Inspire Art, juris, Rn. 143.

²³¹ EuGH, Urteil vom 30.09.2003, C-167/01, ECLI:EU:C:2003:512 – Inspire Art, juris, Rn. 105.

²³² EuGH, Urteil vom 30.09.2003, C-167/01, ECLI:EU:C:2003:512 – Inspire Art, juris, Rn. 96

entfaltet wird.²³³ 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.²³⁴ Der EuGH betont damit in „Inspire Art“ erneut die Differenzierung in der Rechtsprechung zwischen der Zuzugs- und Wegzugsfreiheit.²³⁵

(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.²³⁶

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.²³⁷ Jede Durchbrechung des Gesellschaftsstatuts beschränkt die Niederlassungsfreiheit einer Gesellschaft und bedarf deshalb der Rechtfertigung.²³⁸

Damit ist auch eine Entscheidung gegen die Anwendung der Sitztheorie in Zuzugskonstellationen gefallen.²³⁹ 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.²⁴⁰ 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.²⁴¹

d) Zusammenfassung

Zusammenfassend lässt sich aus dem prägenden „Entscheidungstrias“²⁴² „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.²⁴³ Die Pflicht zur Anwendung der Gründungstheorie betrifft ohne Zweifel die Anerkennung der Rechts- und Parteifähigkeit jeder Gesellschaft, die innerhalb der Union gegründet wurde.²⁴⁴ 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.²⁴⁵

²³³ EuGH, Urteil vom 30.09.2003, C-167/01, ECLI:EU:C:2003:512 – Inspire Art, juris, Rn. 96, 139.

²³⁴ EuGH, Urteil vom 30.09.2003, C-167/01, ECLI:EU:C:2003:512 – Inspire Art, juris, Rn. 98.

²³⁵ EuGH, Urteil vom 30.09.2003, C-167/01, ECLI:EU:C:2003:512 – Inspire Art, juris, Rn. 103.

²³⁶ Bayer, BB 2003, 2357 (2363).

²³⁷ MüKo/Kindler, BGB Band 13, Teil 10. Internationales Handels- und Gesellschaftsrecht Rn. 126.

²³⁸ Leible/Hoffmann, EuZW 2003, 677 (681); Zimmer, NJW 2003, 3585 (3591).

²³⁹ Bayer, BB 2003, 2357 (2363).

²⁴⁰ Kieninger, ZEuP 2004, 685 (690).

²⁴¹ 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.

²⁴² Lutter/Bayer/Schmidt, EuropUR Rn. 7.27.

²⁴³ Lutter/Bayer/Schmidt, EuropUR Rn. 7.30.

²⁴⁴ Lutter/Bayer/Schmidt, EuropUR Rn. 7.61.

²⁴⁵ 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.²⁴⁶

II. Sekundärrecht

1. Die Umwandlungsrichtlinie

Durch die Umwandlungsrichtlinie²⁴⁷ (UmwRL) wird ein spezieller europäischer Rechtsrahmen für grenzüberschreitende Spaltungen und grenzüberschreitende Formwechsel geschaffen, sowie eine Novellierung für grenzüberschreitenden Verschmelzungen.²⁴⁸

Die Regelungen der Art. 86a ff. Gesellschaftsrechtsrichtlinie²⁴⁹ (GesR-RL), die im Rahmen von Art. 1 UmwRL neu eingeführt worden sind,²⁵⁰ 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 Änderungen²⁵¹ 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.²⁵²

2. Umwandlungsgesetz, §§ 190 ff. UmwG

Das Umwandlungsgesetz als solches ist nicht einer Rechtsquelle des Sekundärrechts zuzuordnen.²⁵³ Jedoch enthält das Gesetz zur Umsetzung der UmwRL (UmRUG) zahlreiche Eingriffe in das UmwG.²⁵⁴

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.²⁵⁵

In Bezug auf ein Formwechselverfahren mit einer Drittstaatengesellschaft ist diese Verpflichtung nicht ersichtlich.²⁵⁶ Es gibt keine sachrechtlichen Regelungen hinsichtlich einer grenzüberschreitenden Umwandlung in Drittstaaten, wodurch dies im Grundsatz

²⁴⁶ Lutter/Bayer/Schmidt, EuropUR Rn. 7.61.

²⁴⁷ 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.

²⁴⁸ Heckschen, GWR 2020, 449 (451); Schmidt, NZG 2022, 579 (579).

²⁴⁹ Richtlinie (EU) 2017/1132 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14.06.2017 über bestimmte Aspekte des Gesellschaftsrechts.

²⁵⁰ Heckschen, GWR 2020, 449 (451).

²⁵¹ zu den Änderungen: Goette, DStR 2023, 157; Heckschen/Hilser, DStR 2022, 1005.

²⁵² Heckschen/Hilser, DStR 2022, 1005 (1007).

²⁵³ MHLS/Schmidt, § 4a Rn. 33.

²⁵⁴ BT-Drs. 20/3822, S.1.

²⁵⁵ EuGH, Urteil vom 12.07.2012, C-378/10, ECLI:EU:C:2012:440 – VALE, NJW 2012, 2715, Rn. 30.

²⁵⁶ Heckschen/Hilser, DStR 2022, 1005 (1007).

gesellschaftsrechtlich nicht möglich ist.²⁵⁷ Der erfolgende Statutenwechsel kann nur nach allgemeinen kollisionsrechtlichen Grundsätzen durchgeführt werden.²⁵⁸

III. Deutsches IPR

1. Einleitung

Beeinflusst von den europarechtlichen Entwicklungen, insbesondere durch die Rechtsprechung des EuGH zur Niederlassungsfreiheit,²⁵⁹ 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.²⁶⁰

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.²⁶¹ 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.²⁶² Es ist je nach Anwendungsbereich der Kollisionsnormen zu differenzieren ist, zum Beispiel zwischen EU- oder Drittstaatengesellschaften.²⁶³

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.²⁶⁴ Als Leitentscheidung diesbezüglich gilt das „Trabrennbahn“-Urteil²⁶⁵ des BGH aus 2008, welches die Anwendung bekräftigt hat.²⁶⁶

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.²⁶⁷ 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.²⁶⁸ 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.²⁶⁹ 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

²⁵⁷ *Heckschen/Hilser*, DStR 2022, 1005 (1007).

²⁵⁸ *Heckschen/Hilser*, DStR 2022, 1005 (1008).

²⁵⁹ Siehe: C.I.2.

²⁶⁰ *MüKo/Hein*, BGB Band 12, EGBGB Art. 3 Rn. 102.

²⁶¹ *MüKo/Weller*, GmbHG, Einleitung Rn. 364.

²⁶² *MüKo/Weller*, GmbHG, Einleitung Rn. 364.

²⁶³ *MüKo/Weller*, GmbHG, Einleitung Rn. 364.

²⁶⁴ MAH GmbH-Recht/*Dostal*, § 26 Rn. 176; *MüKo/Hein*, BGB Band 12, EGBGB Art. 3 Rn. 101.

²⁶⁵ BGH, Urteil vom 27.10.2008, II ZR 158/06, BGHZ 178, 192.

²⁶⁶ *Lutter/Bayer/Schmidt*, EuropUR Rn. 7.67.

²⁶⁷ BGH, Urteil vom 27.10.2008, II ZR 158/06, BGHZ 178, 192, Rn. 1.

²⁶⁸ BGH, Urteil vom 27.10.2008, II ZR 158/06, BGHZ 178, 192, Rn. 1, 6.

²⁶⁹ 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 ihrem Status als ausländische Gesellschaft anerkannt werden müsse.²⁷⁰

b) Entscheidung

Der BGH hat mit seinem Urteil zur Rechtsfähigkeit der Schweizer AG die Anwendung der Sitztheorie gegenüber Drittstaatengesellschaften bestätigt.²⁷¹ Denn die Gründungstheorie findet im konkreten Verhältnis zwischen Deutschland und der Schweiz, welche als Drittstaat zu behandeln ist, nach geltendem Recht keine Anwendung.²⁷² 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.²⁷³

Demnach ist die Rechtsfähigkeit einer in der Schweiz gegründete AG nach ihrem tatsächlichen Verwaltungssitz zu beurteilen.²⁷⁴ 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.²⁷⁵ 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.²⁷⁶ Das bedeutet, dass die schweizerische AG mit Verwaltungssitz in Deutschland nicht als AG rechtsfähig wäre, sondern lediglich eine rechtsfähige Personengesellschaft.²⁷⁷

3. Die modifizierte Sitztheorie

a) Von der traditionellen zur modifizierten Sitztheorie

Das deutsche Gesellschaftsrecht ist geprägt von dem *numerus clausus* der Gesellschaftsformen.²⁷⁸ Verlegt eine Drittstaatengesellschaft ihren Verwaltungssitz nach Deutschland, wird das Gesellschaftsstatut nach dem autonomen deutschen Kollisionsrecht und der Sitztheorie beurteilt.²⁷⁹ Die ausländische Gesellschaft ist dem *numerus clausus* nicht bekannt, weshalb das ausländische Gesellschaftsstatut im Inland nicht anerkannt wird.²⁸⁰ Das hatte nach der „traditionellen“ Sitztheorie zur Folge, dass die Drittstaatengesellschaft als rechtlich inexistent betrachtet wurde.²⁸¹ 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.²⁸² Die Gesellschaft musste sich

²⁷⁰ 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.

²⁷¹ BGH, Urteil vom 27.10.2008, II ZR 158/06, BGHZ 178, 192, Rn. 19, 21.

²⁷² BGH, Urteil vom 27.10.2008, II ZR 158/06, BGHZ 178, 192, Rn. 13 f.

²⁷³ BGH, Urteil vom 27.10.2008, II ZR 158/06, BGHZ 178, 192, Rn. 19.

²⁷⁴ BGH, Urteil vom 27.10.2008, II ZR 158/06, BGHZ 178, 192, Rn. 21.

²⁷⁵ BGH, Urteil vom 27.10.2008, II ZR 158/06, BGHZ 178, 192, Rn. 23.

²⁷⁶ BGH, Urteil vom 27.10.2008, II ZR 158/06, BGHZ 178, 192, Rn. 21.

²⁷⁷ BGH, Urteil vom 27.10.2008, II ZR 158/06, BGHZ 178, 192, Rn. 23.

²⁷⁸ MAH PersGesR/Mutter/Müller, § 1 Rn. 1.

²⁷⁹ Eberhard in: Beck Hdb. PersG, § 28 Rn. 14.

²⁸⁰ Weller, IPRax 2009, 202 (207).

²⁸¹ Eberhard in: Beck Hdb. PersG, § 28 Rn. 14.

²⁸² Eberhard in: Beck Hdb. PersG, § 28 Rn. 14.

erst nach deutschem Recht neu konstituieren, um Träger von Rechten und Pflichten sein zu können.²⁸³

Der BGH hat 2002 aufgrund der Entscheidung des EuGH in „Überseering“²⁸⁴ in seiner „Jersey“-Entscheidung²⁸⁵ kongruent mit der überwiegenden Literaturansicht²⁸⁶ die gravierenden Rechtsfolgen der „traditionellen“ Sitztheorie abgemildert.²⁸⁷

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- anerkannt wird, sondern als rechtsfähige Personengesellschaft anzusehen ist, wodurch ihr aktive und passive Parteifähigkeit nach § 50 Abs. 1 ZPO zukommt („modifizierte“ Sitztheorie).²⁸⁸

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.²⁸⁹ 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.²⁹⁰ Der Gesellschaftszweck entscheidet, ob es sich um eine GbR oder OHG handelt.²⁹¹ 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).²⁹²

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.²⁹³ Die Gesellschaft wird durch Angleichung in eine Gesellschaftsform angepasst, die dem *numerus clausus* der Gesellschaftstypen des deutschen Sachrechts entspricht.²⁹⁴ Dieser Vorgang der „modifizierten Sitztheorie“ wird in der Literatur auch als „Wechselbalgtheorie“ bezeichnet.²⁹⁵ 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.²⁹⁶

²⁸³ BGH, Urteil vom 21.03.1986, V ZR 10/85, NJW 1986, 2194 (2195).

²⁸⁴ Siehe: C.I.2.c).cc).

²⁸⁵ BGH, Urteil vom 01. 07.2002, II ZR 380/00, NJW 2002, 3539.

²⁸⁶ Für viele: Goette, DStR 2002, 1678 (1680); Müller, ZIP 1997, 1049 (1051).

²⁸⁷ MAH GmbH-Recht/Dostal, § 26 Rn. 164.

²⁸⁸ BGH, Urteil vom 01. 07.2002, II ZR 380/00, NJW 2002, 3539 (3539 f.); zum Begriff: Gottschalk, ZIP 2009, 948.

²⁸⁹ MAH GmbH-Recht/Dostal, § 26 Rn. 285.

²⁹⁰ Goette, DStR 2002, 1678 (1680); MüKo/Weller, GmbHG, Einleitung Rn. 351.

²⁹¹ Weller, Festschrift für Wulf Goette zum 65. Geburtstag 2011, 583 (598).

²⁹² MünchHdB GesR VIII/Johannsen-Roth § 42 Rn. 4.

²⁹³ Leible/Hoffmann, DB 2002, 2203 (2204); Weller, Festschrift für Wulf Goette zum 65. Geburtstag 2011, 583 (592).

²⁹⁴ Wall in: Hausmann/Odersky IPR, § 18 Rn. 21; Weller, Festschrift für Wulf Goette zum 65. Geburtstag 2011, 583 (591 ff.).

²⁹⁵ Forsthoff, DB 2002, 2471 (24769); Goette S.5 zit. nach: Festschrift für Wulf Goette zum 65. Geburtstag 2011, 583 (584).

²⁹⁶ 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 Beschluss²⁹⁷ über eine in Singapur gegründete Ltd. seine Rechtsprechungslinie fort.²⁹⁸ 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.²⁹⁹

Der BGH hält an der modifizierten Sitztheorie fest.³⁰⁰ Für eine Kapitalgesellschaft aus einem nicht-privilegierten Drittstaat mit einem Verwaltungssitz in Deutschland ist damit das deutsche Recht maßgeblich.³⁰¹ 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.³⁰² Ohne eine Eintragung in das Handelsregister nach § 11 Abs. 1 GmbHG kann keine Haftungsbeschränkung auf das Gesellschaftsvermögen nach § 13 Abs. 2 GmbHG eintreten.³⁰³ Die für die Gesellschaft Handelnden haften nach § 11 Abs. 2 GmbHG persönlich und die Gesellschafter nach § 128 HGB entsprechend.³⁰⁴

Auch in seinem Beschluss³⁰⁵ über eine auf den Bahamas gegründeten Ltd. zur Restgesellschaft und ihrer Vertretung stellt der BGH fest, wie die Rechtsfähigkeit der Ltd. zu beurteilen ist.³⁰⁶ Der BGH bestätigt seine Rechtsprechung zu dem Gesellschaftsstatut einer Gesellschaft, die sich nicht auf Niederlassungsfreiheit berufen kann und aus einem Drittstaat stammt.³⁰⁷ Hat sich der tatsächliche Verwaltungssitz der Ltd. zuletzt in Deutschland befunden, bestimmt sich die Rechtsfähigkeit der Ltd. nach deutschem Recht.³⁰⁸ Durch die Anwendung der modifizierten Sitztheorie wäre die Gesellschaft in Deutschland als OHG oder GbR zu behandeln und³⁰⁹ es wäre auf Basis des vorliegenden Sachverhalts auch keine Restgesellschaft entstanden.³¹⁰

Der BGH hat in seiner Entscheidung³¹¹ über eine britische Ltd. seine Rechtsprechungslinie ein weiteres Mal bestätigt.³¹² Auf die britische Gesellschaft findet die Niederlassungsfreiheit aus Art. 49, 54 AEUV keine Anwendung mehr.³¹³ Großbritannien ist als Drittstaat zu behandeln.³¹⁴ Auf die britische Gesellschaft ist deshalb nun nicht mehr die Gründungstheorie anzuwenden. Das Gesellschaftsstatut ist nach der modifizierten Sitztheorie über den

²⁹⁷ BGH, Beschluss vom 08.10.2009, IX ZR 227/06, juris.

²⁹⁸ *Wöhlert*, GWR 2009, 417 (417).

²⁹⁹ BGH, Beschluss vom 08.10.2009, IX ZR 227/06, juris, Rn. 1.

³⁰⁰ *Lieder/Kliebisch*, EWIR 2010, 117 (117).

³⁰¹ *Wöhlert*, GWR 2009, 417 (417).

³⁰² BGH, Beschluss vom 22.11.2016, II ZB 19/15, BGHZ 212, 381.

³⁰³ BGH, Beschluss vom 08.10.2009, IX ZR 227/06, juris, Rn. 5.

³⁰⁴ BGH, Beschluss vom 08.10.2009, IX ZR 227/06, juris, Rn. 5.

³⁰⁵ BGH, Beschluss vom 22.11.2016, II ZB 19/15, BGHZ 212, 381.

³⁰⁶ *Otte-Gräbener*, GWR 2017, 139 (139).

³⁰⁷ *Bayer/Unglaube*, EWIR 2017, 231 (232).

³⁰⁸ BGH, Beschluss vom 22.11.2016, II ZB 19/15, BGHZ 212, 381, Rn. 21 f.

³⁰⁹ BGH, Beschluss vom 22.11.2016, II ZB 19/15, BGHZ 212, 381, Rn. 22.

³¹⁰ *Otte-Gräbener*, GWR 2017, 139 (139).

³¹¹ BGH, Beschluss vom 16.02.2021, II ZB 25/17, juris.

³¹² *Schollmeyer*, NZG 2021, 692 (696).

³¹³ BGH, Beschluss vom 16.02.2021, II ZB 25/17, juris, Rn. 7, 9.

³¹⁴ BGH, Beschluss vom 16.02.2021, II ZB 25/17, juris, Rn. 7, 9.

tatsächlichen Verwaltungssitz zu bestimmen, die Trabrennbahn-Rechtsprechung findet entsprechend Anwendung.³¹⁵

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.³¹⁶ Dennoch wirft die modifizierte Sitztheorie in kollisionsrechtlicher als auch sachlicher Hinsicht drastische Folgen auf.³¹⁷

Auf kollisionsrechtlicher Ebene führt die Umwandlung der ausländischen (Kapital-)Gesellschaft in eine Personengesellschaft des deutschen Rechts zu dem Problem der „hinkenden Rechtsverhältnisse“.³¹⁸ Diese „hinkenden Rechtsverhältnisse“ sind Rechtserscheinungen, die von einem Recht als gültig und von dem anderen Recht als ungültig angesehen werden.³¹⁹ Denn aus der Sicht des Gründungsstaates der Gesellschaft bleibt die Gesellschaft als solche bestehen, vorausgesetzt dieser folgt der Gründungstheorie.³²⁰ Es kommt nicht zu einem Wechsel des Gesellschaftsstatuts³²¹, sondern zu einer Verdopplung der Gesellschaftsstatuten.³²² Die modifizierte Sitztheorie führt dazu, dass ein und dieselbe Gesellschaft in dem Zuzugsstaat eine vom Gründungsstaat abweichendes eigenes „Rechtsformleben“ führt.³²³ Die Duplizierung der Gesellschaftsstatuten führt dazu, dass für ein und dasselbe Gebilde in Hinsicht auf die Prozessfähigkeit und Vollstreckbarkeit zwei verschiedene Parteien existieren.³²⁴ Das stellt eine Gefahr für die eindeutige Bestimmung der internationalen Zuständigkeit und dadurch für die Rechtshängigkeit und Rechtskraft dar.³²⁵

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.³²⁶ 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.³²⁷ Die Vertretungsmacht der Organe bestimmt sich ebenfalls nach den Vorschriften über die Personengesellschaften nach deutschem Recht.³²⁸ Die Satzung der ausländischen Gesellschaft, welche im Rahmen der Zwei-Stufen-Theorie³²⁹ 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.³³⁰ Hatte die ausländische

³¹⁵ Schollmeyer, NZG 2021, 692 (696).

³¹⁶ Weller, Festschrift für Wulf Goette zum 65. Geburtstag 2011, 583 (592).

³¹⁷ Weller, Festschrift für Wulf Goette zum 65. Geburtstag 2011, 583 (592).

³¹⁸ Weller, Festschrift für Wulf Goette zum 65. Geburtstag 2011, 583 (593); MüKo/Weller, GmbHG, Einleitung Rn. 352.

³¹⁹ Hausmann in: Hausmann/Odersky IPR, § 3 Rn. 95.

³²⁰ Dubovizkaja, GmbHR 2003, 694 (695); Roth, IPRax 2003, 117 (124).

³²¹ 225: Henssler/Strohn GesR, Internationales Gesellschaftsrecht A. Mobilität der Gesellschaften Rn. 16

³²² Behrens, IPRax 2003, 193 (200); Sagasser/Clasen in: Sagasser/Bula/Brünger Umwandlungen, § 32 Rn. 102.

³²³ Behrens, IPRax 2003, 193 (200); Weller, Festschrift für Wulf Goette zum 65. Geburtstag 2011, 583 (593).

³²⁴ Binz/Mayer, BB 2005, 2361 (2364); Lutter/Bayer/Schmidt, EuropUR Rn. 7.68.

³²⁵ Binz/Mayer, BB 2005, 2361 (2364).

³²⁶ MüKo/Weller, GmbHG, Einleitung Rn. 350.

³²⁷ MüKo/Weller, GmbHG, Einleitung Rn. 350.

³²⁸ BGH, Urteil vom 27.10.2008, II ZR 158/06, BGHZ 178, 192, Rn. 19; MüKo/Weller, GmbHG, Einleitung Rn. 350.

³²⁹ MüKo/Hein, BGB Band 12, Einleitung zum Internationalen Privatrecht Rn. 294.

³³⁰ 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.³³¹

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.³³²

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.³³³

Die zugezogene Drittstaatengesellschaft wird aufgrund des *numerus clausus* nicht als ausländische Gesellschaft anerkannt. Die Gesellschaft ist nicht mehr ein rechtliches nullum,³³⁴ jedoch nur als eine rechts- und parteifähige Personengesellschaft zu qualifizieren.³³⁵ Eine persönliche und unbeschränkte Haftung für Gesellschaftsverbindlichkeiten ist durch diesen automatischen Statutenwechsel unumgänglich.³³⁶

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.³³⁷ 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.³³⁸

Die Rechtsprechung des EuGH gilt nicht für Drittstaatengesellschaften.³³⁹ Auch auf sekundärrechtlicher Ebene fehlt es an rechtlichen Rahmenbedingungen für den Zuzug einer Gesellschaft aus Drittstaaten.³⁴⁰

Die modifizierte Sitztheorie ist *de lege lata* weiterhin und grundsätzlich auf Drittstaatengesellschaften anzuwendenden, wie der BGH es schon in seiner Trabrennbahn-Entscheidung bestätigt hat.³⁴¹ Eine Drittstaatengesellschaft, die ihren Verwaltungssitz nach Deutschland verlegt ist *ipso iure* in eine deutsche Personengesellschaft umzuqualifizieren.³⁴²

Ein grenzüberschreitender Formwechsel aus einem Drittstaat ist damit *de lege lata* auch nicht rechtssicher durchführbar.³⁴³ Bei gewillkürter grenzüberschreitender

³³¹ Weller, Festschrift für Wulf Goette zum 65. Geburtstag 2011, 583 (595).

³³² Wall in: Hausmann/Odersky IPR, § 18 Rn. 116.

³³³ Heckschen/Hilser, DStR 2022, 1005 (1008); Stiegler in: Jung/Krebs/Stiegler GesR in Europa, § 10 Rn. 110.

³³⁴ Heckschen/Hilser, DStR 2022, 1005 (1008); MüKo/Weller, GmbHG, Einleitung Rn. 351.

³³⁵ BGH, Urteil vom 01. 07.2002, II ZR 380/00, NJW 2002, 3539 (3539 f.).

³³⁶ Servatius in: Henssler/ Strohn, Internationales Gesellschaftsrecht Rn. 16; MüKo/Weller, GmbHG, Einleitung Rn. 350.

³³⁷ Wall in: Hausmann/Odersky IPR, § 18 Rn. 115.

³³⁸ Wöhlert, GWR 2009, 417 (417).

³³⁹ MünchHdB GesR VIII/Lieder § 5 Rn. 22.

³⁴⁰ Siehe C.II.

³⁴¹ MüKo/Weller, GmbHG, Einleitung Rn. 353.

³⁴² MüKo/Weller, GmbHG, Einleitung Rn. 353.

³⁴³ Heckschen/Hilser, DStR 2022, 1005 (1008).

Verwaltungssitzverlegung sind die mobilitätswilligen Gesellschaften gezwungen, die Änderungen ihres Rechtskleids durch verschiedene Gestaltungsvarianten zu subsumieren.³⁴⁴

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.³⁴⁵

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.³⁴⁶ Im Zuge der Neugründung kann, wenn noch vorhandenes Vermögen aus der Liquidation hervorgeht, über die Sachgründung oder im Rahmen eines Sachgros bei einer Bargründung eingebracht werden.³⁴⁷

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.³⁴⁸

aa) Überblick

Die bloße Verlegung des Satzungssitzes hat noch keinen identitätswahrenden Formwechsel zur Folge, weshalb eine Neugründung in Deutschland zu erfolgen hat.³⁴⁹

Ein grenzüberschreitender und identitätswahrender Formwechsel von einer Drittstaaten-gesellschaftsform in eine deutsche Gesellschaftsform ist dem deutschen Sachrecht unbekannt.³⁵⁰

In seinen Urteilen „Vale“³⁵¹ und „Polbud“³⁵² hat der EuGH entschieden, dass die Niederlassungsfreiheit aus Art. 49, 54 AEUV bei einem identitätswahrenden Satzungssitzwechsel Anwendung findet.³⁵³

³⁴⁴ Heckschen/Hilser, DStR 2022, 1005 (1008).

³⁴⁵ Heckschen/Hilser, DStR 2022, 1005 (1008).

³⁴⁶ Heckschen/Hilser, DStR 2022, 1005 (1009).

³⁴⁷ Heckschen/Hilser, DStR 2022, 1005 (1009).

³⁴⁸ Widmann/Mayer/Vossius UmwG § 191 Rn. 27.

³⁴⁹ MünchHdB GesR VIII/Johannsen-Roth § 42 Rn. 10.

³⁵⁰ MünchHdB GesR VIII/Johannsen-Roth § 42 Rn. 10.

³⁵¹ EuGH, Urteil vom 12.07.2012, C-378/10, ECLI:EU:C:2012:440 – VALE, NJW 2012, 2715.

³⁵² EuGH, Urteil vom 25.10.2017, C-106/16, ECLI:EU:C:2017:804 – Polbud, NJW 2017, 3639.

³⁵³ 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.³⁵⁴ 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.³⁵⁵ Voraussetzung ist, dass die Gesellschaft im Zielland auch wirtschaftliche Aktivitäten erbringt.³⁵⁶ Für diese Umwandlung ist eine sukzessive Anwendung von zwei nationalen Rechtsordnungen erforderlich.³⁵⁷ Der Heimatmitgliedstaat und der Aufnahmestaat können das für den Rechtsformwechsel maßgebliche innerstaatliche Recht bestimmen.³⁵⁸

Hierbei muss in beiden Mitgliedstaaten der unionsrechtliche Äquivalenzgrundsatz und der Effektivitätsgrundsatz beachtet werden.³⁵⁹ Nach dem Äquivalenzgrundsatz dürfen die Modalitäten des nationalen Rechts für grenzüberschreitende Vorgänge nicht ungünstiger sein als diejenigen, die vergleichbare Situationen im innerstaatlichen Rahmen regeln.³⁶⁰ 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.³⁶¹

In „Polbud“ mildert der EuGH seine Rechtsprechung weiter ab. Es wird keine wirtschaftliche Aktivität mehr im Zielstaat vorausgesetzt.³⁶² Der Anspruch setzt nur noch die Zulässigkeit der „Selbstinkorporation“³⁶³ der wegziehenden Gesellschaft als eine Gesellschaft im Zielland voraus.³⁶⁴ 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.³⁶⁵

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.³⁶⁶ Bei einem grenzüberschreitenden Rechtsformwechsel stellt eine Regelung, in dem der Gründungsstaat, die eine Gesellschaft bei einer Satzungssitzverlegung in das EU-Ausland stets zur

³⁵⁴ EuGH, Urteil vom 12.07.2012, C-378/10, ECLI:EU:C:2012:440 – VALE, NJW 2012, 2715, Rn. 56.

³⁵⁵ EuGH, Urteil vom 12.07.2012, C-378/10, ECLI:EU:C:2012:440 – VALE, NJW 2012, 2715, Rn. 34.

³⁵⁶ EuGH, Urteil vom 12.07.2012, C-378/10, ECLI:EU:C:2012:440 – VALE, NJW 2012, 2715, Rn. 34.

³⁵⁷ EuGH, Urteil vom 12.07.2012, C-378/10, ECLI:EU:C:2012:440 – VALE, NJW 2012, 2715, Rn. 37, 44.

³⁵⁸ EuGH, Urteil vom 12.07.2012, C-378/10, ECLI:EU:C:2012:440 – VALE, NJW 2012, 2715, Rn. 62.

³⁵⁹ EuGH, Urteil vom 12.07.2012, C-378/10, ECLI:EU:C:2012:440 – VALE, NJW 2012, 2715, Rn. 48.

³⁶⁰ EuGH, Urteil vom 12.07.2012, C-378/10, ECLI:EU:C:2012:440 – VALE, NJW 2012, 2715, Rn. 54.

³⁶¹ EuGH, Urteil vom 12.07.2012, C-378/10, ECLI:EU:C:2012:440 – VALE, NJW 2012, 2715, Rn. 56.

³⁶² EuGH, Urteil vom 25.10.2017, C-106/16, ECLI:EU:C:2017:804 – Polbud, NJW 2017, 3639, Rn. 37.

³⁶³ Schall, ZfPW 2018, 176 (186).

³⁶⁴ EuGH, Urteil vom 25.10.2017, C-106/16, ECLI:EU:C:2017:804 – Polbud, NJW 2017, 3639, Rn. 35.

³⁶⁵ EuGH, Urteil vom 25.10.2017, C-106/16, ECLI:EU:C:2017:804 – Polbud, NJW 2017, 3639, Rn. 35.

³⁶⁶ 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.³⁶⁷ 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.³⁶⁸

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.³⁶⁹

Die Rechtsprechung des EuGH zeigt, dass ein grenzüberschreitendes Formwechselverfahren für Kapitalgesellschaften möglich ist.³⁷⁰ Dabei kommt als Zielrechtsform zum einen das Pendant der bisherigen Gesellschaftsform in Betracht, zum anderen auch eine andere Gesellschaftsform.³⁷¹ Das Verfahren ist durch die Literatur und durch die gefestigte Rechtsprechung weitgehend sicher ausgestaltet.³⁷² Hinzu kommt die UmwRL, die einen sekundärrechtlichen Rahmen für grenzüberschreitende Umwandlungen, Verschmelzungen und Spaltungen geschaffen hat.³⁷³

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.³⁷⁴

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.³⁷⁵

Bei einem grenzüberschreitenden Rechtsformwechsel, wechselt die Gesellschaft nur die „Nationalität ihres Rechtskleid“^{376, 377} Dadurch würde aus einer Ltd. eine GmbH werden, ohne dass eine Rechtsnachfolge im eigentlichen Sinne oder ein Übertragungsvorgang stattfindet.³⁷⁸ Es ändert sich lediglich das Rechtskleid desselben Rechtsträgers mit derselben

³⁶⁷ EuGH, Urteil vom 25.10.2017, C-106/16, ECLI:EU:C:2017:804 – Polbud, NJW 2017, 3639, Rn. 58.

³⁶⁸ EuGH, Urteil vom 25.10.2017, C-106/16, ECLI:EU:C:2017:804 – Polbud, NJW 2017, 3639, Rn. 43.

³⁶⁹ Schmidt/Lutter/Ringe AktG Internationales Gesellschaftsrecht Rn. 60.

³⁷⁰ Knaier, DNotZ 2021, 148 (154).

³⁷¹ Knaier, DNotZ 2021, 148 (154).

³⁷² Knaier, DNotZ 2021, 148 (154).

³⁷³ Knaier, DNotZ 2021, 148 (154).

³⁷⁴ Widmann/Mayer/Vossius UmwG § 191 Rn. 27.

³⁷⁵ Heckschen/Hilser, DStR 2022, 1005 (1009).

³⁷⁶ Zwirlein/Großerichter/Gätsch, NZG 2017, 1041 (1043).

³⁷⁷ Zwirlein/Großerichter/Gätsch, NZG 2017, 1041 (1043).

³⁷⁸ Zwirlein/Großerichter/Gätsch, NZG 2017, 1041 (1043).

Gesellschaftsform.³⁷⁹ Die Identitätswahrung zeichnet sich dadurch aus, dass es eben nicht zu einer „Auflösung der ursprünglichen juristischen Person und zur Schaffung einer neuen juristischen Person“³⁸⁰ kommt. In der Literatur wird dies auch als Kontinuitätsprinzip bezeichnet.³⁸¹

Da die Identität des Rechtsträger gewahrt wird, kommt es ebenfalls nicht zu einer Überleitung von Vertragsverhältnissen durch aufwendige Vertragsübernahmen (vgl. §§ 414 ff. BGB).³⁸² Die Gesellschaft bleibt Inhaberin der Vermögensgegenstände und Forderungen sowie Schuldnerin sämtlicher Verbindlichkeiten.³⁸³ Das entspricht dem Willen der Gesellschafter und den Interessen der Beteiligten.³⁸⁴

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.³⁸⁵ 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.³⁸⁶ Die Übertragung beweglicher und unbeweglicher Sachen richtet sich nach dem Prinzip der *lex rei sitea*.³⁸⁷ Wenn sämtliches Vermögen übertragen ist, kann die übertragende Gesellschaft liquidiert und im entsprechenden Register gelöscht werden.³⁸⁸

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.³⁸⁹

Zudem kann die Singularsukzession, wenn die Gesellschaft über eine Vielzahl an Vermögensgegenständen verfügt, ein Hindernis darstellen, welches nicht überbrückbar ist.³⁹⁰ Sämtliche Vermögensgegenstände müssen im Wege der Einzelrechtsnachfolge übertragen werden.³⁹¹

³⁷⁹ Weller, Festschrift für Uwe Blaurock zum 70. Geburtstag 2013, 497 (511).

³⁸⁰ EuGH, Urteil vom 16.12.2008, C-210/06, ECLI:EU:C:2008:723 – Cartesio, NJW 2009, 569, Rn. 117.

³⁸¹ Weller, Festschrift für Uwe Blaurock zum 70. Geburtstag 2013, 497 (511).

³⁸² Weller, Festschrift für Uwe Blaurock zum 70. Geburtstag 2013, 497 (511).

³⁸³ Thiermann, EuZW 2012, 209 (211).

³⁸⁴ Thiermann, EuZW 2012, 209 (211). I

³⁸⁵ MünchHdB GesR VIII/Lieder § 5 Rn. 25.

³⁸⁶ Lieder/Bialluch, NotBZ 2017, 209 (215).

³⁸⁷ Lieder/Bialluch, NotBZ 2017, 209 (215).

³⁸⁸ Lieder/Bialluch, NotBZ 2017, 209 (215).

³⁸⁹ Lieder/Bialluch, NotBZ 2017, 209 (215).

³⁹⁰ Heckschen/Hilser, DStR 2022, 1005 (1009).

³⁹¹ 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.³⁹² Mit jedem einzelnen Vertragspartner müssen Übertragungsvereinbarungen getroffen werden.³⁹³

Ein Asset Deal ist aufgrund der Vielzahl an Transaktionen, die durchgeführt werden müssen, mit erheblichen Mehrkosten verbunden.³⁹⁴ Der Asset Deal ist damit eher als Option für einen wirtschaftlichen Neuanfang als für eine wirtschaftlichen Umstrukturierung anzusehen.³⁹⁵

3. Anwachsung

a) Funktionsweise

Das grenzüberschreitende Anwachsungsmodell beruht auf dem Grundgedanken, dass eine Personengesellschaft zumindest aus zwei Gesellschaftern bestehen muss.³⁹⁶ Bei dem Ausscheiden des vorletzten Gesellschafters wächst das Vermögen auf den verbleibenden Gesellschafter an.³⁹⁷

Im ersten Schritt wird im Ausgangsstaat die Kapitalgesellschaft in eine Personengesellschaft umgewandelt.³⁹⁸ Im zweiten Schritt tritt eine Kapitalgesellschaft aus dem Zielstaat als Gesellschafter in die Personengesellschaft ein.³⁹⁹ Im dritten und letzten Schritt treten alle Gesellschafter, außer dem neu eingetretenen Gesellschafter, aus der Gesellschaft aus.⁴⁰⁰ 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.⁴⁰¹ Über die Verweisungsnormen §§ 105 Abs. 3, 161 Abs. 2 HGB gilt dies auch für die Personenhandelsgesellschaftsformen KG und OHG.⁴⁰² Der Anteil am Gesellschaftsvermögen des ausscheidenden Gesellschafters wächst *ispo iure* den übrigen Gesellschafter zu.⁴⁰³ Die Gesellschaft erlischt liquidationslos, ohne dass ein Auflösungsbeschluss der Gesellschafter erforderlich ist.⁴⁰⁴ Der verbleibende Gesellschafter tritt in die Rechtsstellung der liquidierten Personengesellschaft ein.⁴⁰⁵

Zu unterscheiden ist zudem nochmal zwischen der gerade beschriebenen sogenannten „einfachen Anwachsung“ und der in der Praxis deutlich verbreiteteren „erweiterten Anwachsung“.⁴⁰⁶ Die Gesellschafter werden in dem übernehmenden Rechtsträger zusammengeführt.⁴⁰⁷ Sie treten dafür nicht aus der Gesellschaft aus, sondern bringen ihre bisherigen Anteile an dem übertragenden Rechtsträger gegen Gewährung neuer Anteile am

³⁹² Seeger, DStR 2016, 1817 (1822).

³⁹³ Zwirlein/Großrichter/Gätsch, NZG 2017, 1041 (1043).

³⁹⁴ Schmidt, M., Grenzüberschreitender Formwechsel, S. 44.

³⁹⁵ Schmidt, M., Grenzüberschreitender Formwechsel, S. 44.

³⁹⁶ Heckschen/Hilser, DStR 2022, 1005 (1009).

³⁹⁷ Heckschen/Hilser, DStR 2022, 1005 (1009).

³⁹⁸ Heckschen/Hilser, DStR 2022, 1005 (1009).

³⁹⁹ Heckschen/Hilser, DStR 2022, 1005 (1009).

⁴⁰⁰ Heckschen/Hilser, DStR 2022, 1005 (1009).

⁴⁰¹ Schmidt, M., Grenzüberschreitender Formwechsel, S. 40.

⁴⁰² MünchHdB GesR VIII/Johannsen-Roth § 42 Rn. 40.

⁴⁰³ Schmidt, M., Grenzüberschreitender Formwechsel, S. 42.

⁴⁰⁴ Freiherr v. Proff, DStR 2016, 2227 (2228).

⁴⁰⁵ MünchHdB GesR VIII/Johannsen-Roth § 42 Rn. 40.

⁴⁰⁶ zu den Gründen etwa: Freiherr v. Proff, DStR 2016, 2227.

⁴⁰⁷ MünchHdB GesR VIII/Johannsen-Roth § 42 Rn. 52.

übernehmenden Rechtsträger gem. §§ 398, 413 BGB ein.⁴⁰⁸ Parallel zu der Übertragung der Anteile erhöht die übernehmende Gesellschaft ihr Kapital gegen eine Sacheinlage.⁴⁰⁹ Dabei werden den Gesellschaftern der übertragenden Gesellschaft Anteile an der übernehmenden Gesellschaft gewährt.⁴¹⁰ Somit fallen dann die Anteile in einer Person zusammen und die Aktiva und Passiva der übertragenden Personengesellschaft können in den übernehmenden Gesellschaft anwachsen.⁴¹¹

b) Bewertung

Das Modell der grenzüberschreitenden Anwachsung ist, unabhängig davon, ob eine einfache oder der erweiterte Anwachsung erfolgt, in seiner Gestaltung sehr flexibel.⁴¹² Außerdem ist es deutlich weniger formstreng als beispielsweise die grenzüberschreitende Verschmelzung.⁴¹³

Bei einer grenzüberschreitenden Anwachsung kommen nur diejenigen Rechtsordnungen zur Anwendung, die auch berührt werden.⁴¹⁴ Demnach richteten sich die Zulässigkeit und die Voraussetzungen einer grenzüberschreitenden Anwachsung nach dem Gesellschaftsstatut der übertragenden Gesellschaft.⁴¹⁵

Ein weiterer Vorteil besteht darin, dass die grenzüberschreitende Anwachsung ohne vorangegangene Liquidation vollzogen werden kann, da die verbleibende Gesellschaft durch die Anwachsung erlischt.⁴¹⁶ Außerdem muss kein formelles Umwandlungsverfahren durchlaufen werden.⁴¹⁷ 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.⁴¹⁸ Die grenzüberschreitende Anwachsung wird außerhalb der Register vollzogen, weshalb die Gesellschafter den Zeitpunkt des Wirksamwerdens der grenzüberschreitenden Anwachsung selbst bestimmen können.⁴¹⁹

Der schwerwiegendste Nachteil besteht darin, dass sämtliche Gesellschafter einheitlich zusammenwirken müssen.⁴²⁰ Möchte ein Gesellschafter nicht austreten, wird die grenzüberschreitende Anwachsung erheblich erschwert, wenn nicht sogar verhindert.⁴²¹

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.⁴²² Ansonsten kommt es zu Problemen mit der Übertragung von in dem Drittstaat belegenen Vermögensgegenständen.⁴²³ Denn dann unterliegen die in Deutschland belegenen Vermögensgegenstände dem Anwachsungsmechanismus, jedoch nicht die in dem Herkunftsland der Drittstaatengesellschaft belegenen

⁴⁰⁸ MünchHdB GesR VIII/*Johannsen-Roth* § 42 Rn. 52.

⁴⁰⁹ MünchHdB GesR VIII/*Johannsen-Roth* § 42 Rn. 52.

⁴¹⁰ MünchHdB GesR VIII/*Johannsen-Roth* § 42 Rn. 52.

⁴¹¹ MünchHdB GesR VIII/*Johannsen-Roth* § 42 Rn. 52.

⁴¹² *Lieder/Bialluch*, NotBZ 2017, 209 (215).

⁴¹³ *Lieder/Bialluch*, NotBZ 2017, 209 (215).

⁴¹⁴ MünchHdB GesR VIII/*Johannsen-Roth* § 42 Rn. 44.

⁴¹⁵ MünchHdB GesR VIII/*Johannsen-Roth* § 42 Rn. 44.

⁴¹⁶ *Sagasser/Bula/Abele in: Sagasser/Bula/Brünger Umwandlungen*, § 29 Rn. 6.

⁴¹⁷ *Lieder/Bialluch*, NotBZ 2017, 209 (215).

⁴¹⁸ MünchHdB GesR VIII/*Johannsen-Roth* § 42 Rn. 44.

⁴¹⁹ *Lieder/Bialluch*, NotBZ 2017, 209 (215).

⁴²⁰ *Lieder/Bialluch*, NotBZ 2017, 209 (215).

⁴²¹ *Lieder/Bialluch*, NotBZ 2017, 209 (215).

⁴²² MünchHdB GesR VIII/*Johannsen-Roth* § 42 Rn. 48.

⁴²³ *Fisch*, NZG 2016, 448 (448).

Gegenstände.⁴²⁴ Bei der erweiterten Anwachsung ist zusätzlich darauf zu achten, dass die Kapitalschutzvorschriften im Rahmen der Sachkapitalerhöhung eingehalten werden.⁴²⁵

Außerdem ist der Nachweis des Rechtsübergang auf den Alleingesellschafter der vormaligen Gesellschaft schwer darzulegen.⁴²⁶ Durch die fehlende Registereintragung der Anwachsung ist der Zielrechtsträger nicht mit einer erforderlichen Rechtssicherheit erkennbar.⁴²⁷

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.⁴²⁸

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.⁴²⁹

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).⁴³⁰ Eine der beteiligten Gesellschaften gibt dabei ihre rechtliche Existenz auf, ohne abgewickelt zu werden.⁴³¹ Gleichzeitig werden die Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft zu Gesellschaftern der aufzunehmenden oder neu zu bildenden Gesellschaft.⁴³² Das bedeutet, dass in dem Zuzugsstaat muss eine Mantelgesellschaft erworben werden oder eine neue Gesellschaft, die die Gesellschaft aufnimmt, gegründet werden muss.⁴³³ Die Gesellschaft, die ihr „Rechtskleid“ wechseln soll, wird auf die neue Gesellschaft verschmolzen.⁴³⁴

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.⁴³⁵

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.⁴³⁶ Auch die Niederlassungsfreiheit aus Art. 49, 54 AEUV der Inlandsgesellschaft ist nicht verletzt.⁴³⁷ Der persönliche Schutzbereich ist

⁴²⁴ *Fisch*, NZG 2016, 448 (448).

⁴²⁵ *Schmidt, M.*, Grenzüberschreitender Formwechsel, S. 43.

⁴²⁶ *Lieder/Bialluch*, NotBZ 2017, 209 (215).

⁴²⁷ *Lieder/Bialluch*, NotBZ 2017, 209 (215).

⁴²⁸ MünchHdB GesR VIII/*Johannsen-Roth* § 42 Rn. 48.

⁴²⁹ *Widmann/Mayer/Vossius* UmwG § 191 Rn.43.

⁴³⁰ *MüKo/Kindler*, BGB Band 13, Teil 10. Internationales Handels- und Gesellschaftsrecht Rn. 783.

⁴³¹ *MüKo/Kindler*, BGB Band 13, Teil 10. Internationales Handels- und Gesellschaftsrecht Rn. 783.

⁴³² *MHLS/Leible*, Systematische Darstellung 2 Rn. 222.

⁴³³ *Heckschen/Hilser*, DStR 2022, 1005 (1010).

⁴³⁴ *Heckschen/Hilser*, DStR 2022, 1005 (1010).

⁴³⁵ *Günes*, IStR 2013, 213 (213).

⁴³⁶ MünchHdB GesR VIII/*Lieder* § 5 Rn. 22.

⁴³⁷ 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.⁴³⁸ Die Niederlassungsfreiheit kann also nicht zur Begründung eines Rechts auf grenzüberschreitende Verschmelzung mit einer Drittstaatengesellschaft herangezogen werden.⁴³⁹ Der Verschmelzungsvorgang stellt in sachlicher Hinsicht einen Vorgang des Kapitalverkehrs dar.⁴⁴⁰ Die Zulässigkeit der Verschmelzung mit einer Drittstaatengesellschaft aus der Kapitalverkehrsfreiheit gem. Art. 63 AEUV ist nicht gegeben.⁴⁴¹ Damit kann die Zulässigkeit einer grenzüberschreitenden Verschmelzung unter der Beteiligung von Drittstaatengesellschaften nicht aus europarechtlichen Normen bzw. Grundfreiheiten abgeleitet werden.⁴⁴²

Das deutsche Sachrecht bestimmt diesen Vorhang maßgeblich allein. Hierbei kommt es auf § 1 Abs. 1 UmwG an.⁴⁴³ Gemäß dem Wortlaut von § 1 Abs. 1 UmwG können nur „Rechtsträger mit einem Sitz im Inland“ an einer Umwandlungsmaßnahme beteiligt sein.⁴⁴⁴ Das UmwG ist systematisch nach h.L. so zu verstehen, dass § 1 Abs. 1 UmwG auf den Satzungssitz abstellt.⁴⁴⁵ Auch §§ 122a, 122b UmwG finden nur für die grenzüberschreitende Verschmelzung einer deutschen Kapitalgesellschaft mit einer Kapitalgesellschaft aus dem EU Raum *lex specialis* Anwendung.⁴⁴⁶ Daher fallen rein nationale Verschmelzungen oder Verschmelzungen mit Drittstaatengesellschaften nicht unter §§ 122a ff. UmwG.⁴⁴⁷ Eine grenzüberschreitende Verschmelzung mit der Beteiligung einer Drittstaatengesellschaft nach deutschem Sachrecht wird deswegen aus Gründen der Rechtssicherheit für unzulässig erachtet.⁴⁴⁸

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.⁴⁴⁹ Die Vereinigungstheorie findet bei der grenzüberschreitenden Verschmelzung Anwendung.⁴⁵⁰ Nach der Vereinigungstheorie wird das Recht aller beteiligten Rechtsträger im Rahmen eines differenzierten Zusammenspiels der entsprechenden Gesellschaftsstatute berücksichtigt.⁴⁵¹

Das UmwG wäre damit nur auf die inländische Gesellschaft anzuwenden.⁴⁵² Für das Gesellschaftsstatut der Drittstaatengesellschaft wäre das eigene nationale Umwandlungsrecht maßgeblich.⁴⁵³ Die einzelnen spezifischen Verfahrensvoraussetzungen bestimmen sich nach der strengsten sich durchsetzenden Rechtsordnung.⁴⁵⁴ Nur dadurch kann sichergestellt werden, dass die Interessen der beteiligten Gesellschaften in der

⁴³⁸ MünchHdB GesR VIII/*Johannsen-Roth* § 42 Rn. 27.

⁴³⁹ MünchHdB GesR VIII/*Johannsen-Roth* § 42 Rn. 27.

⁴⁴⁰ *Günes*, IStR 2013, 213 (214 f.).

⁴⁴¹ *Günes*, IStR 2013, 213 (214 f.).

⁴⁴² MünchHdB GesR VIII/*Johannsen-Roth* § 42 Rn. 27.

⁴⁴³ Schmitt/Hörtnagl/*Hörtnagl* UmwG § 1 Rn. 23.

⁴⁴⁴ Schmitt/Hörtnagl/*Hörtnagl* UmwG § 1 Rn. 23.

⁴⁴⁵ Widmann/Mayer/*Heckschen* UmwG § 1 Rn. 105.

⁴⁴⁶ Schmitt/Hörtnagl/*Hörtnagl* UmwG § 122a Rn. 1; Schmitt/Hörtnagl/*Hörtnagl* UmwG § 122b Rn. 1.

⁴⁴⁷ Widmann/Mayer/*Heckschen* UmwG § 122a Rn. 70.

⁴⁴⁸ *Günes*, IStR 2013, 213 (219); Widmann/Mayer/*Heckschen* UmwG § 1 Rn. 107 ff.

⁴⁴⁹ MünchHdB GesR VIII/*Johannsen-Roth* § 42 Rn. 32.

⁴⁵⁰ MünchHdB GesR VIII/*Johannsen-Roth* § 42 Rn. 34.

⁴⁵¹ *Spahlinger/Wegen* in: *Spahlinger/Wegen*, Int. Gesellschaftsrecht Rn. 504.

⁴⁵² Kraft/*Redenius-Hövermann* Umwandlungsrecht, Kap. 6 Rn 95.

⁴⁵³ Kraft/*Redenius-Hövermann* Umwandlungsrecht, Kap. 6 Rn 95.

⁴⁵⁴ MüKo/*Kindler*, BGB Band 13, Teil 10. Internationales Handels- und Gesellschaftsrecht Rn. 814.

Verfahrensdurchführung beachtet werden.⁴⁵⁵ Die konkrete Durchführung der grenzüberschreitenden Verschmelzung unter der Beteiligung einer Drittstaatengesellschaft hängt somit von der anwendbaren Rechtsordnung ab.⁴⁵⁶

Die konsequente Anwendung der Vereinigungstheorie konsequent kann zu Problemen führen, wenn die Rechtsfolgen der anzuwendenden Rechtsordnungen sich gegenseitig ausschließen.⁴⁵⁷ 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.⁴⁵⁸ Das zeigt, dass die Vereinigungstheorie zurecht vorsieht, dass die beteiligten Rechtsordnungen Mindestübereinstimmungen aufweisen müssen.⁴⁵⁹ Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass die potenzielle Rechtsordnung der beteiligten Drittstaatengesellschaft, kaum Ähnlichkeiten mit dem deutschen UmwG hat.⁴⁶⁰ Dadurch wäre die erforderliche Mindestübereinstimmungen der beteiligten Rechtsordnungen nicht erreichbar.⁴⁶¹

Darüber hinaus ist die grenzüberschreitende Verschmelzung kein Verfahren, wo die Identität des Rechtsträgers gewahrt wird.⁴⁶² Sie führt geradewegs zu einem Rechtsträgerwechsel.⁴⁶³ 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).⁴⁶⁴ Zudem kann die Universalsukzession bei der Verschmelzung Auswirkungen auf Rechtsverhältnisse haben, bei denen der übertragende Rechtsträger beteiligt ist.⁴⁶⁵ Es ist möglich, dass die grenzüberschreitende Verschmelzung zudem ein Auslösen der „Change-of-Control“-Klausel (vgl. im deutschen Recht § 21 UmwG) zur Folge hat.⁴⁶⁶

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.⁴⁶⁷

5. Statutenwechsel ipso iure

a) Funktionsweise

Eine weitere Möglichkeit wäre ein Statutenwechsel *ipso iure*, bei dem die Drittstaatengesellschaft von der modifizierten Sitztheorie Gebrauch macht.⁴⁶⁸

Die ausländische Kapitalgesellschaft verlegt ihren Verwaltungssitz nach Deutschland, die Gesellschaft könnte sich alternativ schon im Ausland in eine Personengesellschaft nach ausländischem Recht umwandeln.⁴⁶⁹ Nach der vorangegangenen Darstellung der

⁴⁵⁵ MüKo/Kindler, BGB Band 13, Teil 10. Internationales Handels- und Gesellschaftsrecht Rn. 814.

⁴⁵⁶ MünchHdB GesR VIII/Johannsen-Roth § 42 Rn. 33.

⁴⁵⁷ MünchHdB GesR VIII/Johannsen-Roth § 42 Rn. 34.

⁴⁵⁸ MünchHdB GesR VIII/Johannsen-Roth § 42 Rn. 34.

⁴⁵⁹ MüKo/Kindler, BGB Band 13, Teil 10. Internationales Handels- und Gesellschaftsrecht Rn. 819.

⁴⁶⁰ MünchHdB GesR VIII/Johannsen-Roth § 42 Rn. 34.

⁴⁶¹ MünchHdB GesR VIII/Johannsen-Roth § 42 Rn. 34.

⁴⁶² Schmidt, M., Grenzüberschreitender Formwechsel, S. 40.

⁴⁶³ Schmidt, M., Grenzüberschreitender Formwechsel, S. 40.

⁴⁶⁴ Weller, Festschrift für Uwe Blaurock zum 70. Geburtstag 2013, 497 (512).

⁴⁶⁵ Widmann/Mayer/Vossius UmwG § 191 Rn. 39.

⁴⁶⁶ Widmann/Mayer/Vossius UmwG § 191 Rn. 39.

⁴⁶⁷ MünchHdB GesR VIII/Johannsen-Roth § 42 Rn. 48.

⁴⁶⁸ Heckschen/Hilser, DStR 2022, 1005 (1010).

⁴⁶⁹ Widmann/Mayer/Stelmaszczyk UmwG § 334 Rn. 22.

Rechtsprechung des BGH entsteht dann mit der Verwaltungssitzverlegung eine GbR oder OHG nach deutschem Recht.⁴⁷⁰

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.⁴⁷¹ Nach der Eintragung kann die OHG nach den Regeln des UmwG in eine beliebige dem *numerus clausus* entsprechende Gesellschaft formwechseln.⁴⁷²

b) Bewertung

Der Vorteil des Statutenwechsel *ipso iure* ist, dass keine Universalsukzession stattfindet, sondern die Identität des Rechtsträgers erhalten bleibt.⁴⁷³

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.⁴⁷⁴

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.⁴⁷⁵ Der Herkunftsstaat der Gesellschaft muss die Löschung zulassen, damit eine Verdopplung des Gesellschaftsstatuts vermieden wird.⁴⁷⁶ Die Umwandlung einer Kapitalgesellschaft in eine Personengesellschaft ist in vielen Rechtsordnungen nicht vorgesehen.⁴⁷⁷ 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.⁴⁷⁸

6. Sonderfall: Grenzüberschreitender Formwechsel zwischen zwei Personengesellschaftsformen

Das OLG Oldenburg⁴⁷⁹ entschied über die Zulässigkeit eines grenzüberschreitenden Formwechsels einer luxemburgischen Kommanditgesellschaft in eine deutsche Kommanditgesellschaft.⁴⁸⁰

Die Entscheidung verdeutlicht, dass für den Fall, dass der Ausgangsrechtsträger eine Personengesellschaft ist, eine grenzüberschreitende Sitzverlegung ein sehr unkompliziertes Verfahren sein kann.⁴⁸¹ Voraussetzung ist, dass die Gesellschaft in ihrem Ausgangsstaat in die Rechtsform der Personenhandelsgesellschaft wechselt, um sich dann im Zielstaat neu registrieren zu lassen.⁴⁸² Dies ist dennoch mit einem erheblichen Maß an

⁴⁷⁰ BGH, Urteil vom 01.07.2002, II ZR 380/00, NJW 2002, 3539 (3539 f.).

⁴⁷¹ Heckschen/Hilser, DStR 2022, 1005 (1010).

⁴⁷² Heckschen/Hilser, DStR 2022, 1005 (1010).

⁴⁷³ Widmann/Mayer/Stelmaszczyk UmwG § 334 Rn. 22.

⁴⁷⁴ Widmann/Mayer/Stelmaszczyk UmwG § 334 Rn. 22.

⁴⁷⁵ Widmann/Mayer/Stelmaszczyk UmwG § 334 Rn. 22.

⁴⁷⁶ Widmann/Mayer/Stelmaszczyk UmwG § 334 Rn. 22.

⁴⁷⁷ Widmann/Mayer/Stelmaszczyk UmwG § 334 Rn. 22.

⁴⁷⁸ Widmann/Mayer/Stelmaszczyk UmwG § 334 Rn. 22.

⁴⁷⁹ OLG Oldenburg, Beschluss vom 30.06.2020, 12 W 23/20, NZG 2020, 992.

⁴⁸⁰ OLG Oldenburg, Beschluss vom 30.06.2020, 12 W 23/20, NZG 2020, 992 (992).

⁴⁸¹ Heckschen/Hilser, DStR 2022, 1005 (1011).

⁴⁸² Heckschen/Hilser, DStR 2022, 1005 (1011).

Rechtsunsicherheit verbunden.⁴⁸³ Hinzu kommt, dass der Rechtsformwechsel von einer Kapitalgesellschaft in eine Personengesellschaft in einigen Ländern nicht zugelassen ist.⁴⁸⁴

Diese Entscheidung hebt ein weiteres Mal hervor, dass Deutschland eine identitätswahrende Sitzverlegung aus Drittstaaten nicht anerkennt.⁴⁸⁵ Die hinzuziehende Drittstaatengesellschaft wird wie vorangegangen dargestellt als deutsche Personengesellschaft behandelt.⁴⁸⁶ Eine identitätswahrende Sitzverlegung ist nur in einem – äußert praxisrelevanten Fall – möglich, wenn der Zielrechtsträger eine deutsche Personengesellschaft sein soll.⁴⁸⁷

II. Übergang von der modifizierten Sitztheorie zur Gründungstheorie

Das deutsche Gesellschaftskollisionsrecht gleicht, wie *Schmidt* es zutreffend bezeichnet einem „Labyrinth“.⁴⁸⁸

Im deutschen Gesellschaftskollisionsrecht ist eine gespaltene Lösung vorzufinden, da der BGH wie vorangegangen dargestellt an seiner Rechtsprechung in Bezug auf („nicht-privilegierte“) Drittstaaten festhält⁴⁸⁹ und es in einem Akt von *judicial self restraint*⁴⁹⁰ „nicht Sache des Senats [sei] der Willensbildung des Gesetzgebers vorzugreifen und die bisherige Rechtsprechung zu ändern“⁴⁹¹. Dieses Argument wurde vor dem Hintergrund vorgebracht, dass es damals aktuelle Reformpläne⁴⁹² der Legislative gab, in die die Richter nicht eingreifen wollten.⁴⁹³

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.⁴⁹⁴ Dieser Übergang hätte auch Drittstaatengesellschaften betroffen.⁴⁹⁵ Der Entwurf ist auf starken Widerstand gestoßen und wurde vor allem aufgrund gewerkschaftlicher Proteste verworfen.⁴⁹⁶

Trotzdem hat sich die Rechtsprechung des BGH nicht geändert⁴⁹⁷ und Stimmen in der Literatur, die einen Übergang zur Anwendung der Gründungstheorie, also die Anknüpfung

⁴⁸³ *Heckschen/Hilser*, DStR 2022, 1005 (1011).

⁴⁸⁴ *Heckschen/Hilser*, DStR 2022, 1005 (1011).

⁴⁸⁵ *Sagasser/Clasen* in: *Sagasser/Bula/Brünger Umwandlungen*, § 32 Rn. 102.

⁴⁸⁶ *Sagasser/Clasen* in: *Sagasser/Bula/Brünger Umwandlungen*, § 32 Rn. 102.

⁴⁸⁷ *Heckschen/Hilser*, DStR 2022, 1005 (1011).

⁴⁸⁸ *Schmidt*, EuZW 2021, 613 (613).

⁴⁸⁹ 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).

⁴⁹⁰ *Kieninger*, NJW 2009, 289 (293).

⁴⁹¹ BGH, Urteil vom 27.10.2008, II ZR 158/06, BGHZ 178, 192, Rn. 22.

⁴⁹² Referentenentwurf eines Gesetzes zum Internationalen Privatrecht der Gesellschaften, Vereine und Juristischen Personen vom 07.01.2008.

⁴⁹³ BGH, Urteil vom 27.10.2008, II ZR 158/06, BGHZ 178, 192, Rn. 22.

⁴⁹⁴ *Servatius/Fastrich GmbHG*, Einleitung Rn. 67; *MüKo/Weller, GmbHG*, Einleitung Rn. 406.

⁴⁹⁵ *Servatius/Fastrich GmbHG*, Einleitung Rn. 67; *MüKo/Weller, GmbHG*, Einleitung Rn. 406.

⁴⁹⁶ *Leible/Hoffmann*, BB 2009, 58 (62).

⁴⁹⁷ Vgl. C.III.3.c).

an den Registrierungsort, der regelmäßig der Satzungssitz ist,⁴⁹⁸ auf das Gesellschaftsstatut einer Drittstaatengesellschaft fordern, immer lauter werden.⁴⁹⁹

Immer wieder wurde in der Literatur vorgebracht, dass der Schutz durch die Gründungstheorie für den inländischen Rechtsverkehr nicht ausreicht.⁵⁰⁰ *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.⁵⁰¹ Ausländische Kapitalgesellschaften mit deutschem tatsächlichen Verwaltungssitz sollen als solche anerkannt werden, wenn sie in ihrem Gründungsstaat eine qualifizierte wirtschaftliche Aktivität entfalten.⁵⁰² Denn so kann davon ausgegangen werden, dass die Gesellschaft nicht zur Umgehung von deutschen gesellschaftsrechtlichen Vorschriften im Ausland errichtet wurde.⁵⁰³ Fehlt es an diesem *genuine link*, handelt es sich um eine bloße Briefkastengesellschaft.⁵⁰⁴ 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.⁵⁰⁵ 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.⁵⁰⁶ Diese Zwischenlösung erscheint aufgrund der mit ihr verbundenen Rechtsunsicherheit als nichttragfähig.⁵⁰⁷ Sie kann im Vergleich zur unkomplizierten Anknüpfung an die Gründungstheorie nicht überzeugen.⁵⁰⁸

Auch *Lieder* und *Kliebisch* befürworten für Drittstaatsverhältnisse eine Gründungstheorie in einer modifizierten Form mit Sonderanknüpfungen.⁵⁰⁹ Mit dieser können die berechtigten Schutzinteressen der inländischen Beteiligten, also der Gläubiger und Arbeitnehmer durch die Anerkennung von Sonderanknüpfungen gewährleistet werden.⁵¹⁰ 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.⁵¹¹ Zudem sind Ansprüche aus § 826 BGB bei existenzgefährdenden Eingriffen der Gesellschaft rechtsdogmatisch zweifelhaft.⁵¹² 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.⁵¹³ Die unkomplizierte Anknüpfung an die Gründungstheorie

⁴⁹⁸ BGH, Urteil vom 12.07.2011, II ZR 28/10, NJW 2011, 3372, Rn. 25; Grüneberg/*Thorn*, EGBGB Art. 12 Rn. 1.

⁴⁹⁹ Etwa: *Eidenmüller*, ZIP 2002, 2233 (2244); *Hellgardt/Illmer*, NZG 2009, 94 (96); *Kieninger*, ZEuP 2018, 309 (317 f.).

⁵⁰⁰ *Forsthoff*, DB 2002, 2471 (2476).

⁵⁰¹ *Binz/Mayer*, BB 2005, 2361 (2367).

⁵⁰² *Binz/Mayer*, BB 2005, 2361 (2367).

⁵⁰³ *Binz/Mayer*, BB 2005, 2361 (2367).

⁵⁰⁴ *Binz/Mayer*, BB 2005, 2361 (2368).

⁵⁰⁵ *Binz/Mayer*, BB 2005, 2361 (2368).

⁵⁰⁶ *Binz/Mayer*, BB 2005, 2361 (2368).

⁵⁰⁷ *Hellgardt/Illmer*, NZG 2009, 94 (96).

⁵⁰⁸ *Hellgardt/Illmer*, NZG 2009, 94 (96).

⁵⁰⁹ *Lieder/Kliebisch*, BB 2009, 338 (342).

⁵¹⁰ *Lieder/Kliebisch*, BB 2009, 338 (342).

⁵¹¹ *Lieder/Kliebisch*, BB 2009, 338 (342).

⁵¹² *Lieder/Kliebisch*, BB 2009, 338 (342).

⁵¹³ *Bayer*, BB 2003, 2357 (2365).

überzeugt auch hier gegenüber der Anknüpfung an eine in ihren Einzelheiten komplexe modifizierte Form.⁵¹⁴

Auch der immer wieder vorgebrachte Einwand eines drohenden *race to the bottom*⁵¹⁵ kombiniert mit einer Aufgabe des Gläubigers- und Minderheitenschutzes kann nicht gehalten werden.⁵¹⁶ Denn den schutzwürdigen Interessen von Gläubigern, Gesellschaftern und Rechtsverkehr kann durch spezielle – in den Einzelheiten noch zu bestimmende – Verkehrsregeln und gegebenenfalls dem allgemeinen *ordre public*-Vorbehalt aus Art. 6 EGBGB Sorge getragen werden.⁵¹⁷ Das Argument ein *race to the bottom* zu wollen, ist damit überholt.⁵¹⁸ Es erscheint, als würde dieses von Vertretern der Sitztheorie eher aus Gründen der Nostalgie vorgebracht werden.⁵¹⁹

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.⁵²⁰ Bei einem Blick auf weitere Mitgliedstaaten der EU wird deutlich, dass beispielsweise die Niederlande, Bulgarien, Dänemark und Spanien der Gründungstheorie folgen.⁵²¹ Die Gründungstheorie fördert die Konkurrenz der Gesellschaftsrechtordnungen und die Mobilität der Unternehmen.⁵²²

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.⁵²³ Das Nebeneinander völlig unterschiedlicher kollisionsrechtlicher Anknüpfungspunkte führt zu einer unnötigen Komplexität, welche Rechtssicherheit, Investitionen und verlässlichen Vertragsschlüssen entgegensteht, wenn nicht sogar verhindert.⁵²⁴ 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.⁵²⁵ Durch die einheitliche Anknüpfung würde die konstruiert wirkende Rechtswirklichkeit mit ausländischen Gesellschaften unterschiedlicher Privilegierungsstufen vermieden.⁵²⁶

Weller wendet ein, dass aus Gründen des Schutzinteresses das generelle Plädoyer für die Gründungstheorie rechtspolitisch zu weit geht.⁵²⁷ Denn nicht erst durch die in den

⁵¹⁴ Hier etwa: *Hellgardt/Illmer*, NZG 2009, 94 (96).

⁵¹⁵ *MüKo/Weller*, GmbHG, Einleitung Rn. 341.

⁵¹⁶ *Lutter/Bayer/Schmidt*, EuropUR Rn. 7.68.

⁵¹⁷ *Lutter/Bayer/Schmidt*, EuropUR Rn. 7.68.

⁵¹⁸ *Steinrötter*, GPR 2012, 119 (127).

⁵¹⁹ *Steinrötter*, GPR 2012, 119 (127).

⁵²⁰ *BeckOGK/Großerichter/Zwirlein-Forschner* Internationales Gesellschaftsrecht, Allgemeiner Teil Rn. 76.

⁵²¹ *Randelzhofer/Forsthoff* in: GHN 40. EL 2009, Art. 48 EGV Rn. 4.

⁵²² *Steinrötter*, GPR 2012, 119 (127).

⁵²³ *Bar/Mankowski* IPR II, § 7 Rn. 115.

⁵²⁴ *Schmidt/Lutter/Ringe* AktG § 45 Rn. 76.

⁵²⁵ *Schmidt/Lutter/Ringe* AktG § 45 Rn. 76.

⁵²⁶ *Bar/Mankowski* IPR II, § 7 Rn. 116.

⁵²⁷ *Weller*, IPRax 2017, 167 (177).

„Panama-Papers“⁵²⁸ offengewordenen Rechtsarbitragen im Unternehmensrecht sei ein effektiver zivilrechtlicher Mechanismus erforderlich.⁵²⁹ Nur so lassen sich die Souveränitätsinteressen der Inlandsordnung gegenüber ausländischen Briefkastengesellschaften behaupten.⁵³⁰ Die Sitztheorie zielt auf den Schutz der inländischen Verkehrs- und Marktordnungsinteressen ab.⁵³¹ Dadurch knüpft diese sachgerecht an den Anknüpfungspunkt des tatsächlichen Verwaltungssitzes und damit der engsten Verbindung im Sinne von *Savigny* an.⁵³²

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 Folgen⁵³³, wie der Duplizierung des Gesellschaftsstatuts, der persönlichen Haftung und der Vertretungsproblematik, ist das Aufrechterhalten der Sitztheorie nur augenscheinlich eine vermeidlich gute Lösung.⁵³⁴ Die zahlreichen Probleme, die sich durch die Umqualifizierung ergeben, zeigen, dass die modifizierte Sitztheorie nicht durch ihr Nutzen als Schutztheorie überzeugen kann.⁵³⁵ Durch die Anknüpfung an die Gründungstheorie würden die „hinkenden“ Rechtsverhältnisse, die sich sonst praktisch kaum auflösen lassen, erst gar nicht mehr zustande kommen.⁵³⁶

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.⁵³⁷ 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.⁵³⁸ Beispielsweise der EWR-Staat Liechtenstein, für den die Niederlassungsfreiheit gilt, sticht in den Bezug auf Briefkastengesellschaften heraus.⁵³⁹ Die Argumentation bezüglich des Gläubiger- und Minderheitenschutz erscheint als fadenscheinig.⁵⁴⁰

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.

⁵²⁸ o.V., becklink 2008225.

⁵²⁹ *Weller*, IPRax 2017, 167 (177).

⁵³⁰ *Weller*, IPRax 2017, 167 (177).

⁵³¹ *Weller*, IPRax 2017, 167 (177).

⁵³² *Weller*, IPRax 2017, 167 (177).

⁵³³ Siehe C.III.3.d).

⁵³⁴ *Binz/Mayer*, BB 2005, 2361 (2364 f.).

⁵³⁵ *Binz/Mayer*, BB 2005, 2361 (2366); a.A.: *Weller/Kienle*, DStR 2005, 1060 (1061).

⁵³⁶ *Bar/Mankowski* IPR II, § 7 Rn. 116.

⁵³⁷ *Franz*, BB 2009, 1250 (1258).

⁵³⁸ *Franz*, BB 2009, 1250 (1258).

⁵³⁹ *Junker*, IPR, § 13 Rn. 60.

⁵⁴⁰ *Junker*, IPR, § 13 Rn. 60.

Gegen die Beibehaltung der modifizierten Sitztheorie spricht auch, dass die Gründungstheorie traditionell der Anknüpfungspunkt für kapitalexportierende Staaten ist.⁵⁴¹ Die Gründungstheorie ist zweifelsfrei wettbewerbsfreundlicher als die (modifizierte) Sitztheorie.⁵⁴² Diese erlaubt den Wirtschaftsteilnehmern, ihre Gesellschaften in denen ihnen vertrauten Gesellschaftsformen des nationalen Rechts zu organisieren.⁵⁴³ Dadurch kann den wirtschaftlichen Gegebenheiten besser Rechnung getragen werden und die internationale wirtschaftliche Verflechtung könnte in Deutschland weiter zunehmen.⁵⁴⁴

Für den Übergang zur Gründungstheorie spricht auch die Globalisierung, die die Internationalisierung des Wirtschaftslebens fördert.⁵⁴⁵ Die Anknüpfung an die Sitztheorie schränkt die Freizügigkeit seriöser Gesellschaften hingegen ein und behindert die Internationalisierung des Wirtschaftsverkehrs.⁵⁴⁶ 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.⁵⁴⁷

Es ist *de lege ferenda* absolut wünschenswert, die Gründungstheorie auch auf Drittstaatsengesellschaften anzuwenden.⁵⁴⁸ 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.⁵⁴⁹ Denn aus dogmatischer Sicht ist es eine der elementaren Aufgaben des IPR, ein gespaltenes Kollisionsrecht zu vermeiden.⁵⁵⁰ Das muss auch uneingeschränkt in den Bereichen des Internationalen Gesellschaftsrechts gelten.⁵⁵¹

Durch den Übergang zur Gründungstheorie könnte der „Flickenteppich des deutschen Internationalen Gesellschaftsrecht“⁵⁵² 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.⁵⁵³ Die modifizierte Sitztheorie, die zwar den Ausgang des Problems darstellt, steht einem Statutenwechsel nicht entgegen.⁵⁵⁴ Es mangelt an sachrechtlichen Grundlagen für diese grenzüberschreitenden Umstrukturierungen im deutschen Sachrecht.⁵⁵⁵ Denn für Drittstaatenkonstellationen existieren keine höherrangigen Verpflichtungen, die grenzüberschreitende Mobilität zu ermöglichen.⁵⁵⁶

⁵⁴¹ Forsthoff, DB 2002, 2471 (2476).

⁵⁴² Eidenmüller, ZIP 2002, 2233 (2237).

⁵⁴³ Forsthoff, DB 2002, 2471 (2476).

⁵⁴⁴ Forsthoff, DB 2002, 2471 (2476).

⁵⁴⁵ MünchHdB GesR VIII/Johannsen-Roth § 42 Rn. 18.

⁵⁴⁶ MAH AktienR/Schaub, § 5 Rn. 12.

⁵⁴⁷ MAH AktienR/Schaub, § 5 Rn. 16.

⁵⁴⁸ Hellgardt/Illmer, NZG 2009, 94 (96).

⁵⁴⁹ Hellgardt/Illmer, NZG 2009, 94 (96).

⁵⁵⁰ Franz, BB 2009, 1250 (1259).

⁵⁵¹ Franz, BB 2009, 1250 (1259).

⁵⁵² Forsthoff, DB 2002, 2471 (2476).

⁵⁵³ Hilser, Grenzüberschreitender Rechtsformwechsel in der Europäischen Union, S. 369.

⁵⁵⁴ Hilser, Grenzüberschreitender Rechtsformwechsel in der Europäischen Union, S. 369.

⁵⁵⁵ Hilser, Grenzüberschreitender Rechtsformwechsel in der Europäischen Union, S. 369.

⁵⁵⁶ 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.⁵⁵⁷ Diese Rechtssicherheit ist den Gesellschaften *de lege lata* aufgrund eines mangelnden kodifizierten Rechtsrahmens für außereuropäische Umstrukturierungen nicht gegeben.⁵⁵⁸

Auch ein Asset Deal, der als alternative Strukturgestaltung versucht den fehlenden Rechtsrahmen zu beheben und dabei umwandlungsähnliche Ergebnisse erzielt,⁵⁵⁹ 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.⁵⁶⁰ Für Deutschland hatte die Rechtsprechung des EuGH nicht nur erhebliche rechtspraktische Folgen, sie entfaltete vielmehr eine spürbare rechtspolitische Wirkung.⁵⁶¹

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.⁵⁶²

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.⁵⁶³ 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.⁵⁶⁴

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.⁵⁶⁵ Eine in einem Mitgliedstaat der EU gegründete Gesellschaft ist damit bei der Verlegung ihres Verwaltungssitzes nach ihrem Gründungsrecht als rechts- und parteifähige Gesellschaft anzusehen.⁵⁶⁶ Die Auswirkungen der Sitztheorie stellen bei dem Zuzug einer

⁵⁵⁷ MünchHdB GesR VIII/Johannsen-Roth § 42 Rn. 17.

⁵⁵⁸ Heckschen/Hilser, DStR 2022, 1053 (1059).

⁵⁵⁹ MünchHdB GesR VIII/Johannsen-Roth § 42 Rn. 17.

⁵⁶⁰ Forsthoff, EuZW 2015, 248 (248).

⁵⁶¹ Forsthoff, EuZW 2015, 248 (248).

⁵⁶² MüKo/Weller, GmbHG, Einleitung Rn. 365.

⁵⁶³ EuGH, Urteil vom 27.09.1988, Rs. 81/87, ECLI:EU:C:1988:456 – Daily Mail, EuZW-Sonderausgabe 2017, 25, Rn. 24.

⁵⁶⁴ MüKo/Weller, GmbHG, Einleitung Rn. 390.

⁵⁶⁵ Lutter/Bayer/Schmidt, EuropUR Rn. 7.30.

⁵⁶⁶ Lutter/Bayer/Schmidt, EuropUR Rn. 7.61.

Gesellschaft in einen anderen Mitgliedstaat eine ungerechtfertigte Beschränkung der Niederlassungsfreiheit aus Art. 49, 54 AEUV dar.⁵⁶⁷

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.⁵⁶⁸ Denn wie in der „Trabrennbahn“-Entscheidung bestätigt, findet die Gründungstheorie nicht auf Drittstaatengesellschaften Anwendung.⁵⁶⁹

Es besteht *de lege lata* ein erhebliches Maß an Rechtsunsicherheit bei der grenzüberschreitenden Sitzverlegung einer Drittstaatengesellschaft.⁵⁷⁰ Durch die verharnte Anwendung der Sitztheorie in ihrer modifizierten Form („Wechselbalgtheorie“) wird eine identitätswahrende Verlegung des Verwaltungssitzes unmöglich gemacht.⁵⁷¹ Verlegt eine Drittstaatengesellschaft ihren Verwaltungssitz nach Deutschland, ist diese *ipso iure* in eine deutsche Personengesellschaft umzuqualifizieren.⁵⁷² 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.⁵⁷³ Durch die Qualifizierung als Personengesellschaft kommt der Drittstaatengesellschaft immerhin Rechts- und Parteifähigkeit nach § 50 Abs. 1 ZPO zu.⁵⁷⁴

Um die Konsequenzen der modifizierten Sitztheorie zu umgehen, müssen Drittstaatengesellschaften auf alternative Gestaltungsvarianten zurückgreifen, was keinen befriedigenden Zustand darstellt.⁵⁷⁵ Diese alternativen Gestaltungsvarianten sind weder auf einen rechtssicheren Rahmen gestützt noch durch die Praxis ausreichend erprobt und zudem auch noch zeit- und kostenintensiv.⁵⁷⁶ Eine Normierung von Vorschriften für grenzüberschreitende Umwandlungen von Drittstaatengesellschaften ist dringend notwendig.⁵⁷⁷

Die Hindernisse, welche die modifizierte Sitztheorie für Drittstaatengesellschaften aufstellt, sind unüberwindbar.⁵⁷⁸ Es sind keine rechtspolitischen Gründe mehr erkennbar, die die unterschiedliche Behandlung von Drittstaatsverhalten zu EU-Sachverhalten begründen würden.⁵⁷⁹

Diese Arbeit verdeutlicht die dringende Notwendigkeit, das gespaltene deutsche Kollisionsrecht zugunsten einer einheitlichen Bestimmung des Gesellschaftsstatuts hinter sich zu lassen.⁵⁸⁰ Um die Komplexität zu verringern und Rechtssicherheit zu schaffen, sollte auch das Gesellschaftsstatut einer Drittstaatengesellschaft endlich an die Gründungstheorie angeknüpft werden.⁵⁸¹

⁵⁶⁷ MüKo/Weller, GmbHG, Einleitung Rn. 371.

⁵⁶⁸ MüKo/Hein, BGB Band 12, EGBGB Art. 3 Rn. 102.

⁵⁶⁹ BGH, Urteil vom 27.10.2008, II ZR 158/06, BGHZ 178, 192, Rn. 19, 21.

⁵⁷⁰ Heckschen/Hilser, DStR 2022, 1053 (1059).

⁵⁷¹ Heckschen/Hilser, DStR 2022, 1005 (1008).

⁵⁷² MüKo/Weller, GmbHG, Einleitung Rn. 353.

⁵⁷³ 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.

⁵⁷⁴ BGH, Urteil vom 01.07.2002, II ZR 380/00, NJW 2002, 3539 (3539 f.).

⁵⁷⁵ Heckschen/Hilser, DStR 2022, 1053 (1059).

⁵⁷⁶ Heckschen/Hilser, DStR 2022, 1053 (1059).

⁵⁷⁷ Heckschen/Hilser, DStR 2022, 1053 (1059).

⁵⁷⁸ Hilser, Grenzüberschreitender Rechtsformwechsel in der Europäischen Union, S. 370.

⁵⁷⁹ Hilser, Grenzüberschreitender Rechtsformwechsel in der Europäischen Union, S. 370.

⁵⁸⁰ Schon: Eidenmüller, ZIP 2002, 2233 (2244); Franz, BB 2009, 1250 (1259).

⁵⁸¹ 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

α	Signifikanz
β	Regressionskoeffizient
bzw.	beziehungsweise
CSR	Corporate Social Responsibility, auch: gesellschaftliche nachhaltige/ soziale Verantwortung
Δ	Delta (für Differenz)
EOC	Escalation of Commitment
Max.	Maximum
Min.	Minimum
MITTELW.	Mittelwert
n	Anzahl der Beobachtungen der Online-Studie
p	Signifikanz
r	Korrelationskoeffizient
SCF	Sunk Cost Fallacy
ST.ABW	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.¹ Das Augenmerk der existierenden Forschung liegt auf Heuristiken und kognitiven Verzerrungen, die diese Prozesse beeinträchtigen können.²

Einen weiteren, bedeutsamen Prozess im Lebenszyklus eines Start-Ups sowie im Leben des Gründers/ der Gründerin bildet jedoch auch der Exit ab.³ 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.

¹ vgl. DeTienne, D. R., 2010, S. 204.

² vgl. Shepherd, D. A.; Patzelt, H., 2018, S. 3.

³ 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.⁴

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.⁵

Der Prozess wird ausgelöst mit dem Bewusstwerden der Entscheidungssituation oder einer Abweichung zwischen Soll- und Ist-Zustand.⁶ 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.⁷ Jedoch werden auch viele Entscheidungen durch aktuelle und durch potenziell ausgelöste Emotionen, die die Entscheidung gegebenenfalls mit sich bringt, beeinflusst.⁸

Auf Grundlage der Beurteilung anhand der individuellen Gesichtspunkte wird die bevorzugte Option ausgewählt. Im Anschluss erfolgt die nachträgliche Evaluierung der jeweiligen Entscheidung.⁹

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.¹⁰

⁴ vgl. Yagnik, A.; Chandra, Y., 2019, S. 11.

⁵ vgl. Pfister, H.-R.; Jungermann, H.; Fischer, K., 2017, S. 4.

⁶ vgl. Pfister, H.-R.; Jungermann, H.; Fischer, K., 2017, S. 4.

⁷ vgl. Bargh, J. A., 2022, S. 177. ff.

⁸ vgl. Bargh, J. A., 2022, S. 159. ff..

⁹ vgl. Pfister, H.-R.; Jungermann, H.; Fischer, K., 2017, S. 4.

¹⁰ 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.¹¹

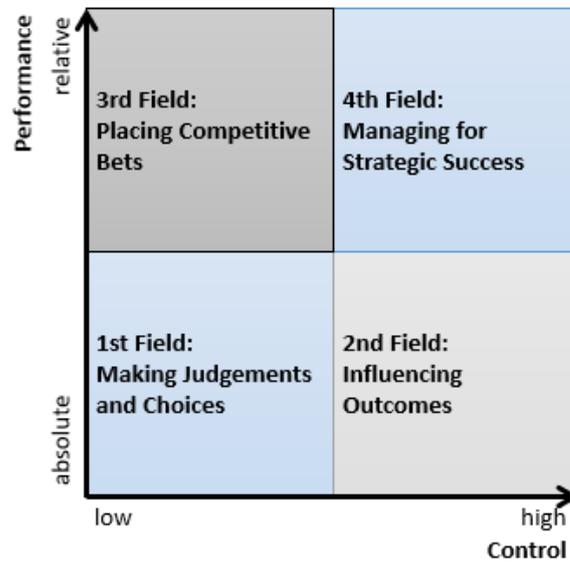


Abbildung 1: Entscheidungsmatrix (vgl. Rosenzweig, P., 2019)

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.¹² 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

¹¹ vgl. Rosenzweig, P., 2019.

¹² 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.¹³ 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.“¹⁴ 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.¹⁵

Die Erwartungsnutzentheorie nach Morgenstern und von Neumann führt diese Idee fort.¹⁶ Sie beschreibt das optimale rationale Verhalten unter der Bedingung vollständiger Information und addiert die Komponente unbegrenzter Zeit als weitere Voraussetzung.¹⁷ Kernpunkt der Theorie ist, dass Menschen unter den gegebenen Voraussetzungen den Erwartungswert des Nutzen maximieren.¹⁸ 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.¹⁹ 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.²⁰

¹³ vgl. Allen, C. D.; Coates, B. E., 2009, S. 7.

¹⁴ Wirtz, M. A., 2022.

¹⁵ vgl. Bundeszentrale für politische Bildung, o.J.

¹⁶ vgl. Kahneman, D., 2012, S. 326.

¹⁷ vgl. Wirtz, M. A., 2022.

¹⁸ vgl. Springer Verlag GmbH, 2023a.

¹⁹ vgl. Pfister, H.-R.; Jungermann, H.; Fischer, K., 2017, S. 5.

²⁰ vgl. Simon, H. A., 1990, S. 15.

Zudem liegt der Fokus der systematischen Datenanalyse vermehrt auf der Retrospektive.²¹ 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.²² 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 2.²³

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.²⁴ System 1 verarbeitet die ersten Reize und nimmt bereits Bewertungen vor. „Seine Modelle vertrauter Situationen sind richtig, seine kurzfristigen Vorhersagen sind ebenfalls zutreffend [...]“²⁵ 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.²⁶ Im Allgemeinen

²¹ vgl. Lin, N. et al., 2022, S. 15.

²² vgl. Nouri, P., 2021, S. 215.

²³ vgl. Kahneman, D., 2012, S. 30.

²⁴ vgl. Kahneman, D., 2012, S. 35.

²⁵ vgl. Kahneman, D., 2012, S. 37.

²⁶ 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.²⁷ Häufig wird die schwierige, auf Anhieb nicht lösbare Problemstellung ausgetauscht durch eine inhaltlich ähnliche, aber leichter zu beantwortende Frage.²⁸ Die Antwort ist dann ausreichend und adäquat, jedoch nicht gleichzusetzen mit einer vollkommenen und korrekten Lösung.²⁹ Im Rahmen von kognitiven Verzerrungen liegen systematische, logisch nachvollziehbare Denkfehler vor.³⁰

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.³¹ 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.³²

Auch die Verfügbarkeitsheuristik ist regelmäßig beobachtbar. Hierbei werden voreilige Schlüsse und Verallgemeinerungen aus der begrenzten, verfügbaren Information gezogen.³³

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.³⁴

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 Investmentsentscheidung festzuhalten.³⁵ Die Erfolgswahrscheinlichkeit der Unternehmung oder des

²⁷ vgl. Gigerenzer, G.; Zimmer, A., 2021.

²⁸ vgl. Kahneman, D., 2012, S. 127.

²⁹ vgl. Gigerenzer, G.; Zimmer, A., 2021.

³⁰ vgl. Schuch, B., 2000, S. 350.

³¹ vgl. zu diesem Absatz Kahneman, D., 2012, S. 106.

³² Nouri, P., 2021, S. 213.

³³ Nouri, P., 2021, S. 213.

³⁴ vgl. Nouri, P., 2021, S. 215.

³⁵ vgl. Arkes, H. R.; Blumer, C., 1985, S. 124.

Projekts wird nun danach bemessen, was bereits investiert wurde.³⁶ Obwohl vergangene Investments aus rationaler Betrachtung heraus nicht als Entscheidungsgrundlage dienen sollen, stellt sich dies hier klar heraus.³⁷

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.³⁸ 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.³⁹ Der Gründer / die Gründerin verknüpft emotionalen Wert mit seinem/ ihrem Investment.⁴⁰ Hoffnung darauf, die bereits irreversibel eingesetzten Ressourcen wiederzuerlangen und einen Turnaround zu erwirken, ist einer der Hintergründe für Sunk Cost Fallacy.⁴¹ Der Bias der SCF bildet die vorrangig zugrunde liegende kognitive Verzerrung für das gezeigte Verhalten von Escalation of Commitment.⁴²

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.⁴³ 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.⁴⁴ 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.⁴⁵ Aus diesem Grund werden Handlungsstränge und äußere Einflüsse, die nicht ins Selbstbild passen, rationalisiert und/ oder durch defensives Verhalten legitimiert.⁴⁶

³⁶ vgl. Nouri, P., 2021, S. 215.

³⁷ vgl. Arkes, H. R.; Blumer, C., 1985, S. 124.

³⁸ vgl. Meyer, W. G., 2014, S. 7.

³⁹ vgl. Sandri, S. et al., 2010, S. 43.

⁴⁰ vgl. Meyer, W. G., 2014, S. 7.

⁴¹ vgl. Sandri, S. et al., 2010, S. 34.

⁴² vgl. Nouri, P., 2021, S. 214.

⁴³ vgl. Nouri, P., 2021, S. 214.

⁴⁴ vgl. Nouri, P., 2021, S. 214.

⁴⁵ vgl. Nauen, A., S. 7.

⁴⁶ vgl. Schütz, N., 2022.

Die Konsequenz ohne dieses Verfahren wäre kognitive Dissonanz, die entsteht, „wenn eine Person zwischen zwei wahrgenommenen Kognitionen einen Widerspruch empfindet.“⁴⁷ Es entsteht eine innere Angespanntheit, welche grundsätzlich als unangenehm empfunden wird, sowie das Bedürfnis, den wahrgenommenen Widerspruch zu beseitigen.⁴⁸ 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.⁴⁹

Eng hiermit verwandt ist der sogenannte „Need for cognitive closure“.⁵⁰ 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.⁵¹ 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.⁵² Vorangegangene, negative Erfahrungen im Kontext Start-Up-Gründung und -Etablierung werden dabei in die Berücksichtigung einbezogen.^{53, 54}

Eng verknüpft ist diese Versagensangst mit Schamgefühlen und der Furcht von gesellschaftlicher oder familiärer Verurteilung.⁵⁵ 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.⁵⁶ 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.⁵⁷ Durch die hohe Unsicherheit und Ambiguität bei Gründung eines Start-

⁴⁷ Raab, G.; Unger, A.; Unger, F., 2010, S. 42.

⁴⁸ vgl. Raab, G.; Unger, A.; Unger, F., 2010, S. 42.

⁴⁹ vgl. Brockner, J., 1992, S. 43.

⁵⁰ Lin, N. et al., 2022, S. 3.

⁵¹ vgl. Lin, N. et al., 2022, S. 3.

⁵² vgl. Costa, P. L.; Ferreira, J. J.; Torres de Oliveira, R., 2023, S. 11.

⁵³ vgl. Costa, P. L.; Ferreira, J. J.; Torres de Oliveira, R., 2023, S. 11.

⁵⁴ vgl. Nouri, P., 2021, S. 217.

⁵⁵ vgl. Costa, P. L.; Ferreira, J. J.; Torres de Oliveira, R., 2023, S. 13.

⁵⁶ vgl. Ucbasaran, D. et al., 2013, S. 178.

⁵⁷ vgl. Nouri, P., 2021, S. 215.

Ups sind Misserfolge relativ häufig zu verzeichnen.⁵⁸ 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.⁵⁹

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.⁶⁰ 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.⁶¹

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.^{62, 63} 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.⁶⁴

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.⁶⁵ Es kommt aufgrund eines Zwiespalts zu einer „Entscheidungs-Trägheit“.⁶⁶ Dies erfolgt jedoch nicht nur nach

⁵⁸ vgl. Shepherd, D. A.; Patzelt, H., 2017, S. 63.

⁵⁹ vgl. Kollmann, T. Prof. Dr. et al., 2022, S. 53.

⁶⁰ vgl. Nouri, P., 2021, S. 217.

⁶¹ vgl. Annika van der Hoek, 2023.

⁶² vgl. Shepherd, D. A.; Patzelt, H., 2017, S. 65.

⁶³ vgl. Costa, P. L.; Ferreira, J. J.; Torres de Oliveira, R., 2023, S. 1.

⁶⁴ vgl. DeTienne, D. R., 2010, S. 204.

⁶⁵ vgl. Sandri, S. et al., 2010, S. 32.

⁶⁶ vgl. Sandri, S. et al., 2010, S. 31.

rationalen Aspekten, sondern beruht auch und vor allem auf Biases wie der Sunk Cost Fallacy.⁶⁷

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.⁶⁸

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.⁶⁹

Auch die Komponente Verlustaversion der Prospect Theory bildet ein wichtiges Argument: Für Menschen haben Verluste eine stärkere negative Gewichtung als Gewinne eine positive.⁷⁰

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.⁷¹ 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.⁷² 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.⁷³

⁶⁷ vgl. Sandri, S. et al., 2010, S. 31.

⁶⁸ vgl. Kahneman, D.; Tversky, A., 1979, 280 f.

⁶⁹ vgl. Kahneman, D.; Tversky, A., 1979, 280 f.

⁷⁰ vgl. Kahneman, D.; Tversky, A., 1979, 279 f.

⁷¹ vgl. Meyer, W. G., 2014, S. 10.

⁷² vgl. Meyer, W. G., 2014, S. 17.

⁷³ 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.⁷⁴

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.⁷⁵

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.

⁷⁴ vgl. Sandri, S. et al., 2010, S. 42.

⁷⁵ 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.⁷⁶ Bei steigender Risikoaversion nimmt die weiterhin investierte Zeit ab. Weitere Empirie besagt, dass Risikoneigung keinen expliziten Einfluss auf Escalation of Commitment nimmt.⁷⁷

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.⁷⁸ 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.⁷⁹ 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.⁸⁰

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.⁸¹ 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%

⁷⁶ vgl. Sandri, S. et al., 2010, S. 31.

⁷⁷ vgl. Sandri, S. et al., 2010, S. 41.

⁷⁸ vgl. Nouri, P., 2021, S. 215.

⁷⁹ vgl. Nouri, P., 2023, S. 893.

⁸⁰ vgl. Meertens, R. M.; Lion, R., 2008, S. 1516. f.

⁸¹ vgl. Kollmann, T. Prof. Dr. et al., 2022, S. 36.

präferiert.⁸² 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.⁸³ Auch die Erhaltung externer Bestätigung in Form von sozialer Wertschätzung spielt eine wichtige Rolle in diesem Kontext.⁸⁴

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.⁸⁵ Dies kann auch als unternehmerische Leidenschaft betitelt und als Grund für EOC angeführt werden.⁸⁶

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.⁸⁷

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 Gesichtsverlust in der Öffentlichkeit und Stigmatisierung aufgrund des Versagens bilden einen potenzielle Motivatoren für Escalation of Commitment.^{88,89}

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.⁹⁰ Potenzielle Hintergründe bzw. Motivatoren für das Festhalten an fehlgehenden Handlungssträngen werden zumeist nicht ausreichend einbezogen. Diese Arbeit setzt das potentiell auftretende Verhaltensmuster

⁸² vgl. Kollmann, T. Prof. Dr. et al., 2022, S. 36.

⁸³ vgl. Nouri, P., 2021, S. 216.

⁸⁴ vgl. Costa, P. L.; Ferreira, J. J.; Torres de Oliveira, R., 2023, S. 11.

⁸⁵ vgl. DeTienne, D. R.; Shepherd, D. A.; Castro, J. O. de, 2008, S. 534.

⁸⁶ vgl. Nouri, P., 2021, S. 216.

⁸⁷ vgl. Kollmann, T. Prof. Dr. et al., 2022, S. 31.

⁸⁸ vgl. Nouri, P., 2021, S. 216.

⁸⁹ vgl. Ucbasaran, D. et al., 2013, S. 177.

⁹⁰ 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.⁹¹ 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.⁹² 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.⁹³

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

⁹¹ vgl. Beck, E., 2023, S. 25.

⁹² vgl. Bhandari, P., 2023.

⁹³ 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.⁹⁴ 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.⁹⁵

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.⁹⁶

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

⁹⁴ vgl. Kollmann, T. Prof. Dr. et al., 2022, S. 16.

⁹⁵ vgl. Kollmann, T. Prof. Dr. et al., 2022, S. 17.

⁹⁶ 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.

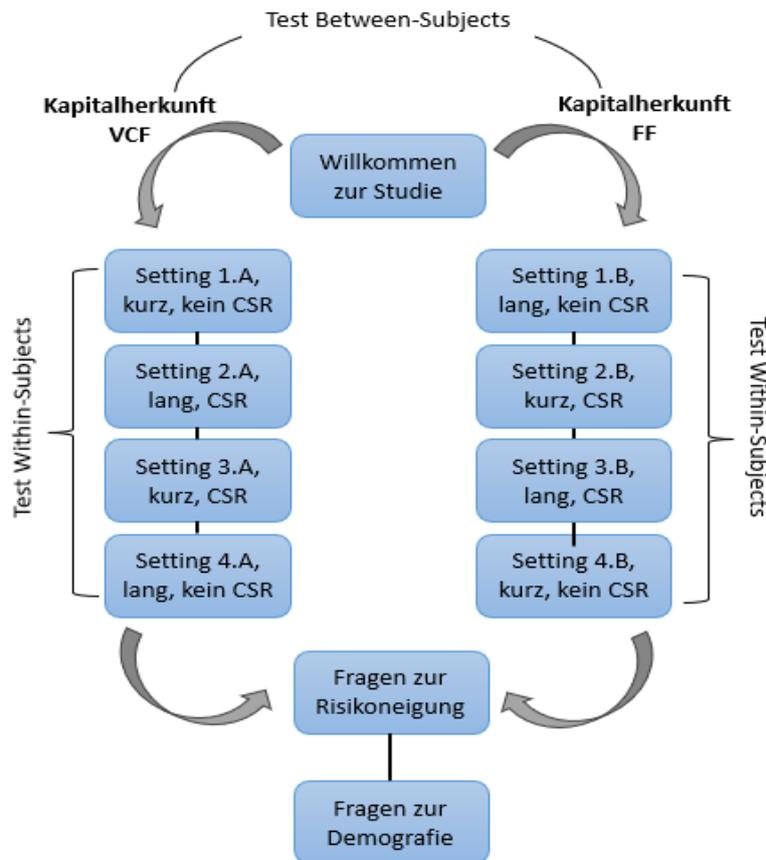


Abbildung 2: Vereinfacht dargestellter Studienverlauf

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.⁹⁷ 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

⁹⁷ 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.⁹⁸

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.⁹⁹

⁹⁸ vgl. Meertens, R. M.; Lion, R., 2008, 1515 ff.

⁹⁹ 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.¹⁰⁰ 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.

¹⁰⁰ vgl. Wirtz, M. A., 2021.

Variable	Eigenschaften	Codierung
Weiterhin investierte Zeit	Abhängige Variable, zu bewerten durch die Probanden auf einer Skala mit Schieberegler	0 – 24, diskret
Bereits eingesetzte Zeit	Kurz / lang	0 / 1
Risikoneigung	Individuelle Punktzahl zum Risikoverhalten des Probanden/ der Probandin, wobei 1 = maximale Ausprägung der Risikoaversion und 9 = maximale Ausprägung der Risikofreudigkeit	1 – 9, stetig
Kapitalherkunft	Venture Capital Fund / Familie und Freunde	0 / 1
Geschäftszweck mit gesellschaftlicher/ ökologischer Verantwortung	Nicht vorhanden / vorhanden	0 / 1
Geschlecht	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.

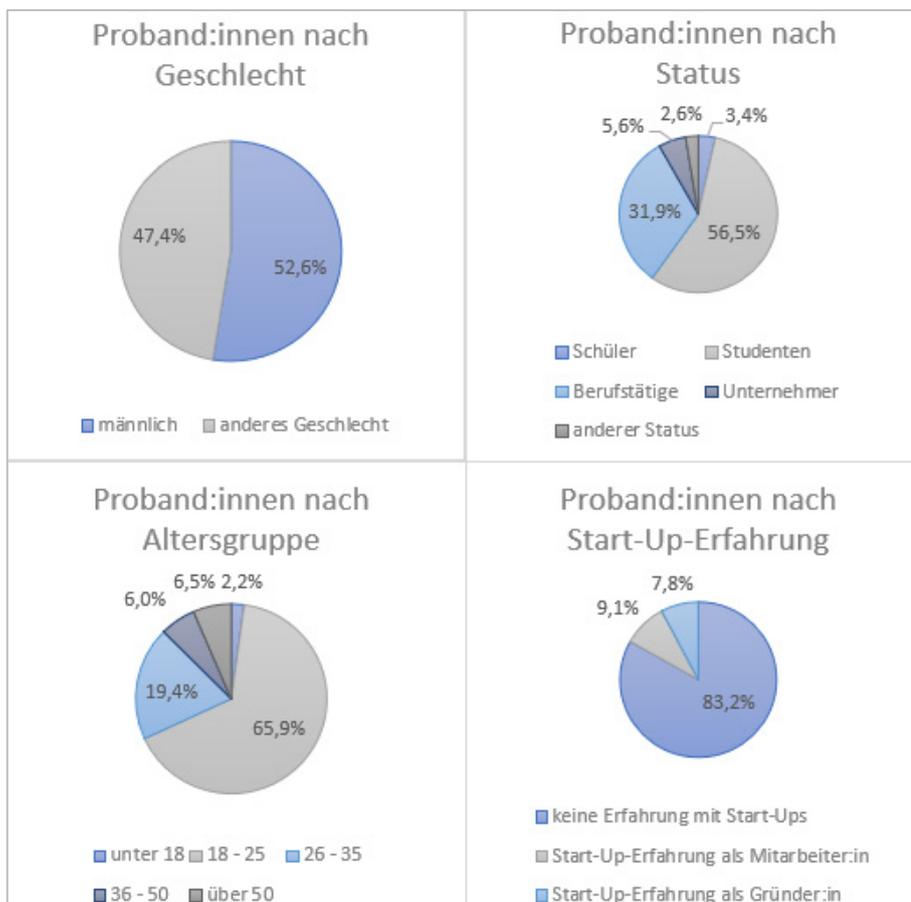


Abbildung 3: Demografische Merkmale der Probanden und Probandinnen

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.

Individuelle Risikoneigung			
	Männlich	Nicht-männlich	Δ
n	1.464	1.320	-
Anz. Proband:innen	122	110	-
MITTELW.	5,084	3,637	1,447
Median	5,071	3,571	1,500
ST.ABW	1,335	1,145	0,190
Min.	1,429	1,143	0,286
Max.	8,286	7,286	1,000
KOR Risiko-Score, Geschlecht	- 0,501		
p-value	< 2,2e ⁻¹⁶		

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 α -Wert für induktive Signifikanztests ab. Die Zuverlässigkeit dieser Tests liegt somit bei $1 - \alpha$.¹⁰¹ Der gängigste Wert für ist 0,05.¹⁰² Der Test gewährleistet ergo eine Zuverlässigkeit von 95 %.

¹⁰¹ vgl. Weigand, C., 2019, S. 17.

¹⁰² 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.

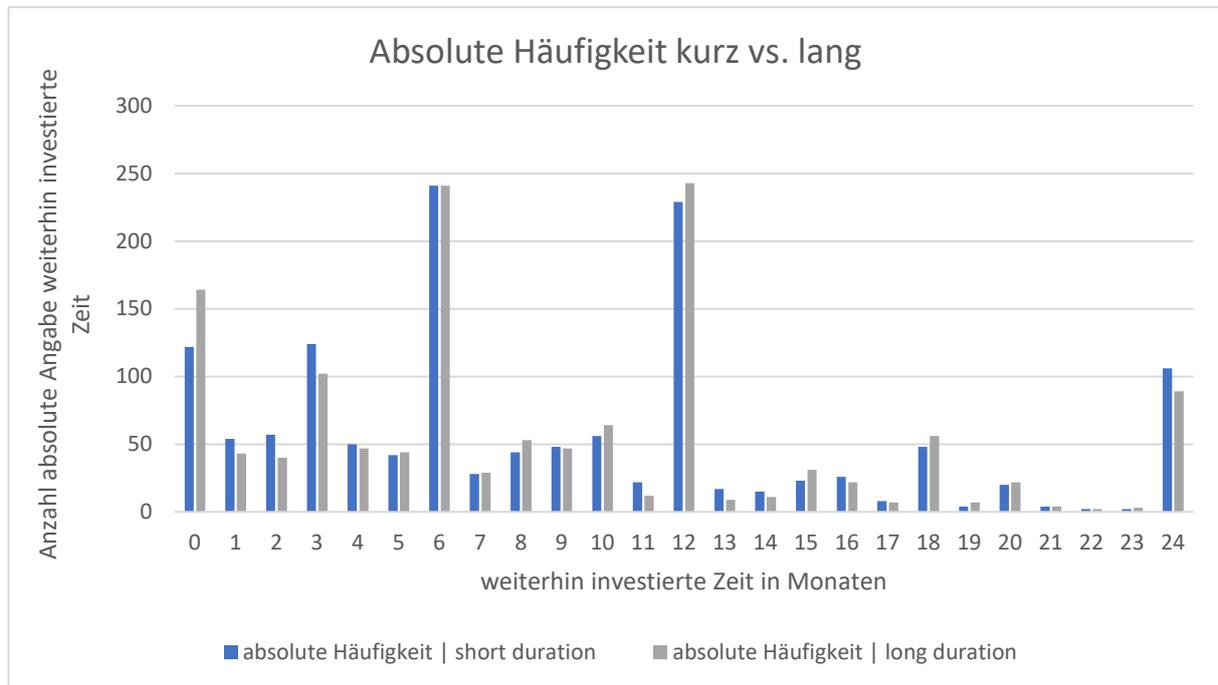


Abbildung 4: Absolute Häufigkeit der gewählten, weiterhin investierten Zeit bei kurzem vs. langem Geschäftsbetrieb

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.¹⁰³

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.

¹⁰³ vgl. Weigand, C., 2019, S. 250.

Weiterhin investierte Zeit in Monaten in Bezug auf die bereits eingesetzte Zeit

	kurz	lang	Δ
n	1.392	1,392	-
MITTELW.	8,84	8,72	0,12
Median	7	7	-
ST.ABW	6,68	6,6	0,08
t-Test			
t	-0,567		
df	1391		
p-Wert	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

Obgleich 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.¹⁰⁴ 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)

¹⁰⁴ vgl. Walther, B., 2023.

minimiert werden.¹⁰⁵ 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.¹⁰⁶

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.^{107, 108}

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.¹⁰⁹ Autokorrelation bedeutet, dass diese Störterme sich gegenseitig bedingen und beeinflussen.¹¹⁰ 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.¹¹¹ 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.¹¹² Aufgrund des Zentralen Grenzwertsatzes und der Summe der Beobachtungen $n = 2.784$ ist davon auszugehen, dass die Residuen approximativ normalverteilt sind.¹¹³ 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.¹¹⁴ In den weiteren Modellen wird Multikollinearität in Kauf genommen, da Interaktionseffekte über Multiplikation in das Modell eingearbeitet werden.¹¹⁵

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).

¹⁰⁵ vgl. Gautschi, T., 2010, S. 206.

¹⁰⁶ vgl. Auer, B. R.; Rottmann, H., 2020, S. 561.

¹⁰⁷ vgl. Walther, B., 2022a.

¹⁰⁸ vgl. Auer, B. R.; Rottmann, H., 2020, S. 528. ff.

¹⁰⁹ vgl. Auer, B. R.; Rottmann, H., 2020, S. 437.

¹¹⁰ vgl. Schira, J., 2016, S. 541. ff.

¹¹¹ vgl. o.V., 2021.

¹¹² vgl. Walther, B., 2022c.

¹¹³ vgl. Weigand, C., 2019, S. 249. ff.

¹¹⁴ vgl. Walther, B., 2022b.

¹¹⁵ 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)
Bereits investierte Zeit	-0,122 (0,247)	-1,956 (1,418)	- 1,952 (1,195)
Soz. Druck / soziale Bindungen	-0,654** (0,247)	-2,434*** (0,479)	-2,434** (0,755)
Soz. Druck / gesellschaftl. Verantwortung	1,595*** (0,247)	1,183* (0,478)	1,183** (0,403)
Risikoneigung	0,751*** (0,099)	0,628*** (0,179)	0,628* (0,282)
Geschlecht	0,035 (0,286)	- 2,289 • (1,337)	- 2,288 (2,057)
Bereits investierte Zeit * Soz. Druck / soziale Bindungen	-	2,605*** (0,677)	2,305*** (0,571)
Bereits investierte Zeit * Soz. Druck / gesellschaftl. Verantwortung	-	- 0,431 (0,677)	- 0,431 (0,570)
Bereits investierte Zeit * Risikoneigung	-	0,123 (0,253)	0,123 (0,214)
Bereits investierte Zeit * Geschlecht	-	1,161 (1,891)	1,161 (1,594)
Soz. Druck / soziale Bindungen * Geschlecht	-	1,179 • (0,699)	1,179 (1,102)
Soz. Druck / gesellschaftl. Verantwortung * Geschlecht	-	1,099 (0,694)	1,099 • (0,585)
Risikoneigung * Geschlecht	-	0,203 (0,286)	0,203 (0,450)
Konstante	5,048*** (0,565)	6,870*** (1,003)	6,870*** (1,548)
Beobachtungen	2.784	2.784	n = 232; t = 12; N = 2.784
R²	0,0425	0,0566	0,0444
R² (adjusted)	0,0408	0,0515	0,0392
F-Statistic (p-Wert)	2,22e ⁻¹⁶	2,22*e ⁻¹⁶	2,22e ⁻¹⁶

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.¹¹⁶

Weiterhin können gemäß des Wertes des Bestimmtheitsmaßes R^2 4,25 % der Varianzen der abhängigen Variable (weiterhin investierte Zeit) erklärt werden.¹¹⁷

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.

¹¹⁶ vgl. Walther, B., 2022c.

¹¹⁷ vgl. Walther, B., 2022c.

Mittelwert von weiterhin investierter Zeit in Monaten	männlich	nicht-männlich	gesamt
Familie/ Freunde	8,595	8,424	8,487
Venture Capital Fund	9,919	8,071	9,065
gesamt	9,290	8,246	8,784

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 ($\bar{x} = 9,047$).

Mittelwert von weiterhin investierter Zeit in Monaten	kurz	lang	gesamt
Familie/ Freunde	7,928	9,047	8,487
Venture Capital Fund	9,716	8,415	9,065
gesamt	8,845	8,723	8,784

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.¹¹⁸

Regressionsmodell (3) hebt einen statistisch relevanteren ($p < 0,1$) Zusammenhang zwischen weiterhin investierter Zeit und gesellschaftlicher Verantwortung in Verbindung mit

¹¹⁸ 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.

Mittelwert von weiterhin investierter Zeit in Monaten	männlich	nicht-männlich	Gesamtergebnis
Kein CSR	8,806	7,076	8,487
CSR	9,773	9,416	9,065
Gesamtergebnis	9,290	8,246	8,784

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.¹¹⁹

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.

¹¹⁹ 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.¹²⁰ 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.¹²¹

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

¹²⁰ vgl. Negrini, M.; Riedl, A. M.; Wibrall, M., 2020, S. 1117.

¹²¹ 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.¹²²

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.¹²³ 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.¹²⁴ 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.¹²⁵

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

¹²² vgl. Sandri, S. et al., 2010, S. 31.

¹²³ vgl. Ucbasaran, D. et al., 2013, S. 177.

¹²⁴ vgl. Nouri, P., 2023, S. 893.

¹²⁵ 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.¹²⁶

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.¹²⁷

¹²⁶ vgl. Kahneman, D., 2012, S. 39.

¹²⁷ vgl. Georg, S., 2019, 35 ff.

Des Weiteren ist es für Personen leichter, die Fehler anderer zu erkennen als ihre eigenen.¹²⁸ 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“¹²⁹ 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.¹³⁰

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

¹²⁸ vgl. Kahneman, D., 2012, S. 39.

¹²⁹ Ucbasaran, D. et al., 2013, S. 179.

¹³⁰ 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 (Σ 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

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, 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, 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.; Wibrall, 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