



# Aachener Online-Schriften Wirtschaft und Recht

FH AACHEN | FACHBEREICH WIRTSCHAFTSWISSENSCHAFTEN

01/2025

---

Band 10

## 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

Mit Band 1/2025 erscheinen die *Aachener Online-Schriften Wirtschaft und Recht* bereits zum zehnten Mal. 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 Abschlussarbeiten. 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.

Der Jubiläumsband zeigt mit seinen fünf Arbeiten erneut eindrucksvoll die thematische Bandbreite und Praxisnähe der Studiengänge Wirtschaftsrecht und Wirtschaftswissenschaften an der FH Aachen. Die juristischen Arbeiten von Juliane Arndt, Grischa Hagemann, Christoph Huke und Johanna Häfner widmen sich Fragestellungen von der erbrechtlichen Nachfolge in der Kommanditgesellschaft, über die rechtssichere Implementierung von Force-Majeure-Klauseln in internationalen Verträgen und die Analyse der Anpassungsbedarfe des Entgelttransparenzgesetzes im Lichte der neuen EU-Richtlinie bis hin zu den Herausforderungen konzerninterner Hinweisgebersysteme. Die wirtschaftswissenschaftliche Arbeit von Alexander Zerbini untersucht empirisch das Verhalten mesokurtischer und leptokurtischer Verteilungen für langfristige Aktienmarktmodelle und liefert damit einen fundierten Beitrag zur finanzwirtschaftlichen Modellbildung.

Den Autorinnen und Autoren des vorliegenden Bandes sprechen wir unsere Anerkennung für ihre herausragenden Leistungen aus. Unser besonderer Dank gilt zudem den betreuenden Professorinnen und Professoren, deren fachliche Begleitung und Engagement die Veröffentlichung dieser Arbeiten erst möglich gemacht haben.



## Inhaltsverzeichnis

|                                                                                                                                                            |         |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------|
| Nachfolge von Todes wegen in der<br>Kommanditgesellschaft (KG) - Rechtliche Rahmenbedingungen<br>und Gestaltungsmöglichkeiten                              | 4-60    |
| - <i>Juliane Arndt</i>                                                                                                                                     |         |
| Die Implementierung von Force Majeure Klauseln in<br>internationalen Verträgen – Herausforderungen,<br>Gestaltung und Praxisrelevanz                       | 61-120  |
| - <i>Grischa Hagemann</i>                                                                                                                                  |         |
| Hinweisgebersysteme im Konzern - Rechtliche Vorgaben<br>und Herausforderungen                                                                              | 121-176 |
| - <i>Johanna Häfner</i>                                                                                                                                    |         |
| Vergleich des Entgelttransparenzgesetzes mit der<br>EU-Richtlinie 2023/970 und der daraus resultierende<br>Anpassungsbedarf des Entgelttransparenzgesetzes | 177-235 |
| - <i>Christoph Huke</i>                                                                                                                                    |         |
| Empirical Analysis of Mesokurtic and Leptokurtic Distributions<br>for Long-Term Stock Market Modelling                                                     | 236-304 |
| - <i>Alexander Zerbin</i>                                                                                                                                  |         |



# Nachfolge von Todes wegen in der Kommanditgesellschaft (KG) – Rechtliche Rahmenbedingungen und Gestaltungsmöglichkeiten

Bachelorarbeit

an der

FH Aachen

Fachbereich Wirtschaftswissenschaften

Wirtschaftsrecht (LL.B.)

Erstprüfer: bzw. Erstprüferin: Prof. Dr. jur. habil. Kathrin Kroll-Ludwigs

Eingereicht am: 31.12.2024

vorgelegt von

Juliane Arndt

aus Aachen

## **Abstract**

Die Nachfolge in einer Kommanditgesellschaft (KG) umfasst unterschiedliche Ansätze, die von der Übergabe zu Lebzeiten bis hin zur Nachfolge von Todes wegen reichen. Während die geplante und vorbereitete Nachfolge wünschenswert ist, lässt sich die Nachfolge von Todes wegen zuweilen nicht vermeiden. Sie stellt eine der anspruchsvollsten Herausforderungen dar, da sie sich genau an der Schnittstelle zwischen Erb- und Gesellschaftsrecht abspielt. Mit Inkrafttreten des Gesetzes zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts (MoPeG) zum 1. Januar 2024, dessen Einführung sich nun zum ersten Mal jährt, gewinnt die Thematik an zusätzlicher Relevanz.

Ziel der Arbeit ist es, einen umfassenden Überblick über die gesetzlichen Regelungen zur Nachfolge von Todes wegen, unter Berücksichtigung der Änderungen durch das MoPeG, zu schaffen und praxisnahe Gestaltungsmöglichkeiten aufzuzeigen, die sich zentral damit beschäftigen, wie der Fortbestand der Gesellschaft gesichert werden kann und rechtliche Risiken minimiert werden können.

Die Arbeit basiert auf einer umfassenden Analyse der gesetzlichen Grundlagen, insbesondere des HGB und BGB, sowie der Recherche und Auswertung einschlägiger Fachliteratur und Rechtsprechung.

Die Ergebnisse der Arbeit zeigen, dass eine sorgfältige und individuell abgestimmte Nachfolgeplanung wesentlich dazu beiträgt den Fortbestand der Gesellschaft zu sichern.

## Inhaltsverzeichnis

|      |                                                          |   |
|------|----------------------------------------------------------|---|
| A.   | Einleitung.....                                          | 1 |
| I.   | Problematik.....                                         | 1 |
| II.  | Zielsetzung der Arbeit.....                              | 1 |
| III. | Gang der Untersuchung .....                              | 1 |
| B.   | Grundlagen und Begriffe .....                            | 2 |
| I.   | Grundlagen der Kommanditgesellschaft.....                | 2 |
| 1.   | Struktur und Organisation der Kommanditgesellschaft..... | 2 |
| a)   | Der Komplementär.....                                    | 2 |
| b)   | Der Kommanditist.....                                    | 3 |
| 2.   | Entstehung der Kommanditgesellschaft .....               | 3 |
| a)   | Entstehung durch Neugründung.....                        | 3 |
| b)   | Entstehung durch Statuswechsel oder Umwandlung.....      | 4 |
| aa)  | Statuswechsel .....                                      | 4 |
| bb)  | Umwandlungen .....                                       | 4 |
| c)   | Exkurs: Transparenzregister.....                         | 4 |
| 3.   | Entwicklung der Kommanditgesellschaft .....              | 5 |
| a)   | Historische Entwicklung bis MoPeG.....                   | 5 |
| b)   | Modernisierung des Personengesellschaftsrechts .....     | 6 |
| aa)  | Überblick über die wesentlichen Änderungen .....         | 6 |
| bb)  | Auswirkungen und Änderungen im Recht der KG .....        | 7 |
| 4.   | Erscheinungsformen und Arten .....                       | 7 |
| a)   | Die gesetzestypische Kommanditgesellschaft.....          | 7 |
| b)   | GmbH & Co. KG.....                                       | 7 |
| aa)  | „echte“ und „unechte“ GmbH & Co. KG .....                | 8 |
| bb)  | beteiligungsidentlichen GmbH & Co. KG .....              | 8 |
| cc)  | Einheits-GmbH & Co.KG.....                               | 8 |
| dd)  | Ein-Personen-GmbH & Co. KG .....                         | 8 |
| ee)  | mehrstufige GmbH & Co. KG .....                          | 8 |
| ff)  | sternförmige GmbH & Co. KG .....                         | 9 |
| c)   | Sonstige Gesellschaften & Co. KG .....                   | 9 |
| d)   | KGaA .....                                               | 9 |

### III

|      |                                                              |    |
|------|--------------------------------------------------------------|----|
| e)   | Publikums-KG .....                                           | 10 |
| f)   | Familien- (GmbH & Co.) KG .....                              | 10 |
| 5.   | Wirtschaftliche Bedeutung .....                              | 10 |
| 6.   | Steuerliche Bedeutung .....                                  | 11 |
| II.  | Grundlagen der erbrechtlichen Nachfolge.....                 | 11 |
| 1.   | Einführung in den Begriff „Unternehmensnachfolge“ .....      | 11 |
| 2.   | Überblick über erbrechtliche Grundsätze.....                 | 12 |
| a)   | Die gesetzliche Erbfolge .....                               | 13 |
| b)   | Die gewillkürte Erbfolge .....                               | 14 |
| aa)  | Grundsatz der Testierfreiheit .....                          | 14 |
| bb)  | Formen der Testierfreiheit.....                              | 14 |
| (1)  | Testament .....                                              | 15 |
| (2)  | Erbvertrag .....                                             | 15 |
| (3)  | Vermächtnis .....                                            | 16 |
| (4)  | Auflage .....                                                | 16 |
| c)   | Pflichtteilsrecht.....                                       | 16 |
| d)   | Testamentsvollstreckung .....                                | 16 |
| e)   | Vorweggenommene Erbfolge .....                               | 18 |
| f)   | Erbausschlagung .....                                        | 18 |
| 3.   | Verhältnis Gesellschaftsrecht und Erbrecht .....             | 19 |
| III. | Zwischenfazit .....                                          | 19 |
| C.   | Nachfolgeregelungen im Recht der Kommanditgesellschaft ..... | 19 |
| I.   | Nachfolgeregelung bei Tod eines Komplementärs.....           | 20 |
| 1.   | Grundsatzregelungen bei Tod des Komplementärs .....          | 20 |
| a)   | Der Tod als Ausscheidegrund.....                             | 20 |
| b)   | Formalitäten und Eintragungspflicht .....                    | 20 |
| c)   | Anwachsungsprinzip.....                                      | 21 |
| d)   | Folgen des Ausscheidens für die Erben.....                   | 22 |
| aa)  | Schuldbefreiung .....                                        | 22 |
| bb)  | Abfindungsanspruch.....                                      | 22 |
| cc)  | Fehlbetragshaftung .....                                     | 23 |
| dd)  | Nachhaftung .....                                            | 23 |

## IV

|                                                                                                      |    |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| 2. Regelungen zur Fortsetzung mit den Erben .....                                                    | 23 |
| a) Wahlrecht .....                                                                                   | 24 |
| b) Folgen bei Annahme der Komplementärstellung .....                                                 | 24 |
| c) Folgen bei Ablehnung der Komplementärstellung unter Einräumung der<br>Kommanditistenstellung..... | 24 |
| d) Folgen bei Ablehnung der Komplementärstellung und Wahrnehmung des<br>Kündigungsrechts .....       | 25 |
| aa) Abfindung .....                                                                                  | 25 |
| bb) Haftung .....                                                                                    | 25 |
| II. Nachfolgeregelung bei Tod eines Kommanditisten.....                                              | 25 |
| 1. Gesetzliche Ausgangslage.....                                                                     | 26 |
| 2. Rechtsfolgen des Übergangs der Kommanditbeteiligung .....                                         | 26 |
| a) Formalitäten und Eintragungspflicht .....                                                         | 26 |
| b) Rechtsnachfolgevermerk.....                                                                       | 27 |
| aa) Diskussion um den Rechtsnachfolgevermerk.....                                                    | 27 |
| bb) Fehlender Rechtsnachfolgevermerk .....                                                           | 28 |
| c) Haftung .....                                                                                     | 28 |
| aa) Haftung des Erben als Kommanditist nach §173 HGB.....                                            | 28 |
| bb) Haftung für Altverbindlichkeiten über die Nachhaftung .....                                      | 28 |
| cc) Zwischenverbindlichkeiten .....                                                                  | 29 |
| dd) Neuverbindlichkeiten .....                                                                       | 29 |
| ee) Wiederaufleben der Haftung .....                                                                 | 29 |
| d) Exkurs: Vermächtnisnehmer .....                                                                   | 29 |
| e) Fehlender Erbe .....                                                                              | 29 |
| III. Rechtsformspezifische Besonderheiten .....                                                      | 30 |
| 1. Tod des vorletzten Gesellschafters.....                                                           | 30 |
| 2. Tod des einzigen Komplementärs .....                                                              | 30 |
| IV. Zwischenfazit .....                                                                              | 30 |
| D. Gesellschaftsrechtliche Gestaltungsmöglichkeiten .....                                            | 30 |
| I. Nachfolgeklausel .....                                                                            | 31 |
| 1. Allgemeines.....                                                                                  | 31 |
| 2. Inhaltliche Ausgestaltung .....                                                                   | 31 |
| a) Grundsätze .....                                                                                  | 31 |



|      |                                                                  |    |
|------|------------------------------------------------------------------|----|
| b)   | Einfache (erbrechtliche) Nachfolgeklausel.....                   | 31 |
| c)   | Qualifizierte (erbrechtliche) Nachfolgeklausel.....              | 32 |
| d)   | Rechtsgeschäftliche Nachfolgeklausel .....                       | 33 |
| 3.   | Besonderheiten bei beschränkt geschäftsfähigem Erben .....       | 33 |
| 4.   | Empfehlung für die Praxis.....                                   | 34 |
| II.  | Eintrittsklausel.....                                            | 34 |
| 1.   | Allgemeines.....                                                 | 34 |
| 2.   | Inhaltliche Ausgestaltung .....                                  | 35 |
| a)   | Bezeichnung des Eintrittsberechtigten .....                      | 35 |
| b)   | Regelungen zum Vollzug des Eintritts .....                       | 35 |
| c)   | Regelungen für den Fall des Scheiterns der Eintrittsklausel..... | 35 |
| d)   | Vermeidung von Auslegungsrisiken .....                           | 35 |
| 3.   | Vollzug des Rechtsübergangs.....                                 | 36 |
| 4.   | Empfehlung für die Praxis.....                                   | 36 |
| III. | Auflösungsklausel.....                                           | 36 |
| 1.   | Allgemeines.....                                                 | 36 |
| 2.   | Inhaltliche Ausgestaltung .....                                  | 36 |
| 3.   | Rechtsfolgen der Auflösung .....                                 | 36 |
| 4.   | Empfehlung für die Praxis.....                                   | 37 |
| IV.  | Abfindungsklausel .....                                          | 37 |
| 1.   | Allgemeines.....                                                 | 37 |
| 2.   | Berechnung des Abfindungsanspruchs.....                          | 37 |
| 3.   | Arten von Abfindungsklauseln .....                               | 38 |
| a)   | Ertragswertklausel .....                                         | 38 |
| b)   | Buchwertklausel .....                                            | 38 |
| c)   | Substanzwertklausel .....                                        | 38 |
| 4.   | Zulässigkeit.....                                                | 38 |
| 5.   | Unzulässigkeit .....                                             | 39 |
| a)   | Verstoß gegen §138 HGB (Sittenwidrigkeit).....                   | 39 |
| b)   | Verstoß gegen §725 BGB (Kündigungsrecht) .....                   | 39 |
| 6.   | Regelungen im Zusammenhang mit Nachfolgeklauseln .....           | 39 |
| 7.   | Empfehlung für die Praxis.....                                   | 40 |

|                      |                                                                               |    |
|----------------------|-------------------------------------------------------------------------------|----|
| V.                   | Ausschlussklausel.....                                                        | 40 |
| 1.                   | Ausschluss oder Beschränkung der Vererblichkeit der Kommanditbeteiligung..... | 40 |
| 2.                   | Empfehlung für die Praxis.....                                                | 40 |
| VI.                  | Testamentsvollstreckung.....                                                  | 41 |
| 1.                   | Allgemeines.....                                                              | 41 |
| 2.                   | Zulässigkeit.....                                                             | 42 |
| a)                   | Kommanditanteil .....                                                         | 42 |
| b)                   | Anteil eines persönlich haftenden Gesellschafters .....                       | 43 |
| 3.                   | Empfehlung für die Praxis.....                                                | 43 |
| VII.                 | Zwischenfazit .....                                                           | 44 |
| E.                   | Fazit.....                                                                    | 45 |
| Literaturverzeichnis |                                                                               |    |

## Abkürzungsverzeichnis

|               |                                                                              |
|---------------|------------------------------------------------------------------------------|
| ADHGB         | Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch                                      |
| Abs.          | Absatz                                                                       |
| aF            | alte Fassung                                                                 |
| AGG           | Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz                                          |
| AktG          | Aktiengesetz                                                                 |
| Art.          | Artikel                                                                      |
| BeckOF        | Beck'sche Online Formulare                                                   |
| BeckOK        | Beck'scher Online-Kommentar                                                  |
| BGB           | Bürgerliches Gesetzbuch                                                      |
| BGH           | Bundesgerichtshof                                                            |
| BT-Drs.       | Bundestags-Drucksache                                                        |
| BVerwG        | Bundesverwaltungsgericht                                                     |
| DNotI         | Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts                              |
| DNotZ         | Deutsche Notar-Zeitschrift                                                   |
| DStR          | Deutsches Steuerrecht                                                        |
| eGbR          | eingetragene Gesellschaft bürgerlichen      Rechts                           |
| GbR           | Gesellschaft bürgerlichen Rechts                                             |
| gem.          | gemäß                                                                        |
| GewStG        | Gewerbsteuergesetz                                                           |
| GG            | Grundgesetz                                                                  |
| GmbH          | Gesellschaft mit beschränkter Haftung                                        |
| GmbH & Co. KG | Gesellschaft mit beschränkter Haftung und Compagnie<br>Kommanditgesellschaft |
| GmbHG         | Gesetz betreffend die Gesellschaft mit beschränkter<br>Haftung               |
| grds.         | grundsätzlich                                                                |
| GwG           | Geldwäschegesetz                                                             |
| HGB           | Handelsgesetzbuch                                                            |
| hM            | herrschende Meinung                                                          |
| Hs.           | Halbsatz                                                                     |
| Hdb.          | Handbuch                                                                     |

## VIII

|          |                                                           |
|----------|-----------------------------------------------------------|
| i.d.R.   | in der Regel                                              |
| i.S.d.   | im Sinne der/des                                          |
| i.V.m.   | in Verbindung mit                                         |
| Ifm      | Institut für Mittelstandsforschung                        |
| Kap.     | Kapitel                                                   |
| MAH      | Münchener Anwalts Handbuch                                |
| MüKo     | Münchener Kommentar                                       |
| MHdbGesR | Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts                |
| MoPeG    | Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts |
| nF       | neue Fassung                                              |
| NJW      | Neue juristische Wochenschrift                            |
| NZG      | Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht                   |
| OHG      | offene Handelsgesellschaft                                |
| OLG      | Oberlandesgericht                                         |
| Rn.      | Randnummer                                                |
| RNotZ    | Rheinische Notar-Zeitschrift                              |
| S.       | Satz/Seite                                                |
| Var.     | Variante                                                  |
| ZEV      | Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge           |
| ZIP      | Zeitschrift für Wirtschaftsrecht                          |

## **A. Einleitung**

### **I. Problematik**

In Deutschland stehen zwischen 2022 und 2026 rund 190.000 Familienunternehmen zu Übergabe an.<sup>1</sup> Trotz dieser wirtschaftlichen Relevanz wird der Nachfolgeplanung in vielen Fällen nicht die gleiche Priorität eingeräumt wie anderen betrieblichen Herausforderungen. Dies birgt erhebliche Risiken für den Fortbestand und den wirtschaftlichen Erfolg des Unternehmens.

Die Nachfolgeplanung in der Kommanditgesellschaft (KG) als Personengesellschaft ist, im Gegensatz zu Kapitalgesellschaften, besonders anspruchsvoll. Das liegt zum einen an den unterschiedlichen Gesellschafterstellungen und den damit verbundenen unterschiedlichen gesetzlichen Nachfolgeregelungen. Zum anderen vollzieht sich die Nachfolge bei der Kapitalgesellschaft im grundsätzlichen Wege der Gesamtrechtsnachfolge. Im Gegensatz dazu, geht die Beteiligung einer Personengesellschaften den besonderen Weg der Einzelrechtsnachfolge. Die Regelungen des Gesellschafts- und Erbrechts werden miteinander verknüpft und die Interessenslagen der Gesellschafter und Nachfolger unterscheiden sich häufig voneinander. Zudem kommt, dass die Beziehungen der Gesellschafter untereinander wesentlich enger sind als die zwischen Gesellschaftern einer Kapitalgesellschaft.

Dabei erstrecken sich die gesetzlichen Grundlagen des Personengesellschaftsrechts auf das Bürgerliche Gesetzbuch (BGB) sowie das Handelsgesetzbuch (HGB). Mit Inkrafttreten des MoPeG zum 1. Januar 2024 ergeben sich zudem weitreichende Anpassungen, die die rechtlichen Rahmenbedingungen für Personengesellschaften ändern. Dies erfordert von Gesellschaftern und Beratern eine präzise Kenntnis der neuen Regelungen.

### **II. Zielsetzung der Arbeit**

Ziel der Arbeit ist es, einen umfassenden Überblick über die gesetzlichen Rahmenbedingungen der Kommanditgesellschaft unter Berücksichtigung der aktuellen rechtlichen Entwicklungen zu geben, die Probleme der gesetzlichen Regelungen aufzuzeigen und die damit verbundene Relevanz der gesellschaftsvertraglichen Gestaltung hervorzuheben. Darüber hinaus sollen Empfehlungen für die Praxis formuliert und konkrete Gestaltungsmöglichkeiten für die rechtssichere und effiziente Nachfolge in der KG aufgezeigt werden.

### **III. Gang der Untersuchung**

Die Arbeit basiert auf einer umfassenden Analyse der gesetzlichen Grundlagen, insbesondere des HGB und des BGB, sowie der Recherche und Auswertung einschlägiger Fachliteratur und Rechtsprechung. Sie gliedert sich in fünf größere Abschnitte. Nach der Einleitung in Kapitel A, folgt in Kapitel B die Einführung in Begrifflichkeiten sowie erbrechtliche und gesellschaftsrechtliche Grundsätze, die relevant für die Thematik sind. In Kapitel C geht es um die Darstellung der gesetzlichen Nachfolgeregelung im Recht der KG. Kapitel D beschäftigt sich mit den Gestaltungsmöglichkeiten im Gesellschaftsvertrag und Kapitel E schließt mit einem Fazit.

---

<sup>1</sup> Ifm Bonn, Markus Fels/Olga Suprinovič/Nadine Schlömer-Laufen/ Rosemarie Kay, Unternehmensnachfolge in Deutschland 2022 bis 2026, [https://www.ifm-bonn.org/fileadmin/data/redaktion/publikationen/daten\\_und\\_fakten/dokumente/Daten-und-Fakten-27\\_2021.pdf](https://www.ifm-bonn.org/fileadmin/data/redaktion/publikationen/daten_und_fakten/dokumente/Daten-und-Fakten-27_2021.pdf) , 04.12.2024.

## **B. Grundlagen und Begriffe**

### **I. Grundlagen der Kommanditgesellschaft**

Das deutsche Gesellschaftsrecht lässt den an einem Zusammenschluss interessierten Personen weitgehend Freiheit hinsichtlich der Art und Ausgestaltung ihres Zusammenschlusses.<sup>2</sup> Das gilt auch für die Wahl der Rechtsform, allerdings unter Beschränkung auf die vom Gesetzgeber zur Verfügung gestellten Organisationsformen (sog. Numerus clausus der Gesellschaftsformen).<sup>3</sup> Dabei wird im Grundsatz zwischen (rechtsfähigen) Personengesellschaften und juristischen Personen (Kapitalgesellschaften) unterschieden.<sup>4</sup> Personengesellschaften bauen auf den Persönlichkeiten der einzelnen Gesellschafter auf, d.h. die Mitgliedschaft ist auf diese Person zugeschnitten (mitgliedschaftliche Bindung) und die Gesellschaft wird durch die Gesellschafter geführt (Selbstorganschaft). Demgegenüber steht bei der Kapitalgesellschaft die Beteiligung am Kapital im Vordergrund. Die Geschäfte werden durch spezielle Organe geführt (Fremdorganschaft).<sup>5</sup>

Bei der KG handelt es sich neben der Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) und der offenen Handelsgesellschaft (OHG) um eine Personengesellschaft.

#### **1. Struktur und Organisation der Kommanditgesellschaft**

Die KG ist eine Gesellschaft, deren Zweck auf den Betrieb eines Handelsgewerbes unter gemeinschaftlicher Firma gerichtet ist und bei der die Haftung eines Gesellschafters oder mehrerer Gesellschafter auf einen bestimmten Betrag (Haftsumme) beschränkt ist (Kommanditisten), während bei den anderen Gesellschaftern die Haftung unbeschränkt ist (Komplementär).<sup>6</sup> Sie ist Personenhandelsgesellschaft und damit Form-Kaufmann.<sup>7</sup>

Gesetzlich normiert ist die KG in den §§161-179 HGB und baut gesetzessystematisch,<sup>8</sup> nicht aber historisch,<sup>9</sup> auf die OHG auf. Für die OHG gilt wiederum ergänzend das Recht der GbR.<sup>10</sup> Der wesentliche Unterschied zur OHG liegt darin, dass die KG neben dem persönlich und unbeschränkt haftenden Gesellschafter (Komplementär) noch über mindestens einen beschränkt haftenden Gesellschafter (Kommanditisten) verfügt.<sup>11</sup>

#### **a) Der Komplementär**

Die Rechtstellung des Komplementärs ist in §161 HGB nicht weiter ausgeführt, sondern durch Verweis auf §§105 ff. HGB geregelt. Im Wesentlichen ist der Komplementär mit einem OHG-Gesellschafter vergleichbar. Er ist gemäß §§116, 124 HGB zur Geschäftsführung und Vertretung befugt. Der Komplementär haftet im Außenverhältnis nach Maßgabe des §126 HGB unbeschränkt.<sup>12</sup>

---

<sup>2</sup> §708 BGB, §108 HGB.

<sup>3</sup> Müller, MAH Personengesellschaftsrecht, §1 Rn.1.

<sup>4</sup> MüKo/Schäfer, BGB, Vor §705 Rn.14.

<sup>5</sup> MüKo/Schäfer, BGB, Vor §705 Rn.14.

<sup>6</sup> §161 Abs. 1 HGB.

<sup>7</sup> § 6 HGB.

<sup>8</sup> § 161 Abs. 2 HGB.

<sup>9</sup> Vgl. Kapitel B.I.3.a).

<sup>10</sup> § 105 Abs. 3 HGB.

<sup>11</sup> Gummert, MHdbGesR, §1 Rn.15.

<sup>12</sup> Koch/Harnos, Personengesellschaftsrecht Kommentar, §161 HGB Rn.10.

## **b) Der Kommanditist**

Im Gegensatz zum Komplementär haftet der Kommanditist den Gesellschafts-Gläubigern nicht nach §126 HGB, sondern nach §171 Abs. 1 HGB. Seine Haftung ist auf die Haftsumme beschränkt.<sup>13</sup> Diese ist abzugrenzen von der Einlage.<sup>14</sup> Während unter der Haftsumme der Betrag verstanden wird bis zu dem der Kommanditist den Gläubigern nach außen haftet, ist unter dem Begriff der Einlage die Förderpflicht im Innenverhältnis zu verstehen.<sup>15</sup> Die Einlage kann als Sacheinlage erbracht werden, während die Haftsumme nur in einem Geldbetrag zu leisten ist.<sup>16</sup> Wenn die Einlage die Haftsumme übersteigt, richtet sich die Außenhaftung des Kommanditisten allein nach der Haftsumme.<sup>17</sup> Im Gegenzug für die beschränkte Haftung müssen sich Kommanditisten mit Begrenzung der unternehmerischen Handlungen abfinden.<sup>18</sup> Kommanditisten sind grundsätzlich von der Geschäftsführung ausgeschlossen (§ 164 HGB), haben keine Vertretungsbefugnis (§170 Abs. 1 HGB) und ihre Mitwirkungsrechte sind auf Stimm-, Einsichts- und Auskunftsrechte (§166 HGB) beschränkt. Sie sind jedoch gemäß §169 Abs. 1 HGB am Gewinn der Gesellschaft beteiligt.

## **2. Entstehung der Kommanditgesellschaft**

### **a) Entstehung durch Neugründung**

Die Gründung erfolgt durch den Abschluss eines Gesellschaftsvertrags.<sup>19</sup> In diesem muss enthalten sein, dass die KG auf den Betrieb eines Handelsgewerbes gerichtet ist und einen gemeinsamen Zweck unter gemeinschaftlicher Firma verfolgt.<sup>20</sup> Der Abschluss des Gesellschaftsvertrags ist grundsätzlich formfrei möglich und kann sowohl ausdrücklich als auch konkludent geschlossen werden.<sup>21</sup>

Die Kommanditgesellschaft entsteht im Innenverhältnis mit Abschluss des Gesellschaftsvertrages<sup>22</sup> und im Außenverhältnis mit der Eintragung zum Handelsregister.<sup>23</sup> Die Mindestvoraussetzungen für die Eintragung in das Handelsregister ergeben sich aus §§106 Abs. 2, 162 Abs. 1 HGB. Daraus folgt, dass Angaben zur Gesellschaft und zu den Gesellschaftern erforderlich sind. Die Anmeldung muss die Firma, den Sitz und die Geschäftsanschrift in einem Mitgliedstaat der Europäischen Union enthalten.<sup>24</sup> Weiter müssen die Kommanditisten sowie der Betrag ihrer jeweiligen Haftsumme angegeben werden.<sup>25</sup> Ist der Gesellschafter eine natürliche Person ist die Angabe von Name, Vorname, Geburtsdatum und Wohnort erforderlich.<sup>26</sup> Handelt es sich bei dem Gesellschafter um eine juristische Person oder um eine rechtsfähige Personengesellschaft sind deren Firma oder Name, Rechtsform, Sitz sowie gegebenenfalls das zuständige Register und die Registernummer

---

<sup>13</sup> Koch/Harnos, Personengesellschaftsrecht Kommentar, §161 HGB Rn.11.

<sup>14</sup> Koch/Harnos, Personengesellschaftsrecht Kommentar, §161 HGB Rn.11.

<sup>15</sup> Koch/Harnos, Personengesellschaftsrecht Kommentar, §161 HGB Rn.11.

<sup>16</sup> Koch/Harnos, Personengesellschaftsrecht Kommentar, §161 HGB Rn.11.

<sup>17</sup> Koch/Harnos, Personengesellschaftsrecht Kommentar, §161 HGB Rn.11.

<sup>18</sup> Koch/Harnos, Personengesellschaftsrecht Kommentar, §161 HGB Rn.12.

<sup>19</sup> Müller /Gummert, MAH, §1 Rn.70.

<sup>20</sup> Schneider/ Gummert, MAH, §4 Rn.304.

<sup>21</sup> Schneider /Gummert, MAH, §4 Rn.55.

<sup>22</sup> Blaum/ Westermann/Wertenbruch, Handbuch Personengesellschaften, Rn.I.2402.

<sup>23</sup> Blaum/ Westermann/Wertenbruch, Handbuch Personengesellschaften, Rn.I.2410.

<sup>24</sup> §106 Abs.2 Nr.1 HGB.

<sup>25</sup> §162 Abs. 2 HGB.

<sup>26</sup> §106 Abs. 2 Nr. 2 lit. a) HGB.

anzugeben.<sup>27</sup> Zudem sind Angaben über die Vertretungsbefugnis der Gesellschafter<sup>28</sup> und die Versicherung, dass die Gesellschaft nicht bereits im Gesellschafts- oder im Partnerschaftsregister eingetragen ist,<sup>29</sup> erforderlich. Die Angaben, die zur Gesellschaft gemacht werden müssen, beziehen sich auf die Firma, den Sitz und die Geschäftsanschrift innerhalb eines EU-Mitgliedstaates.<sup>30</sup>

## **b) Entstehung durch Statuswechsel oder Umwandlung**

Die KG kann auch durch Umwandlung entstehen. Unterschieden werden muss hierbei zwischen dem Statuswechsel und Umwandlungen nach dem Umwandlungsgesetz.

### **aa) Statuswechsel**

Differenziert werden muss zwischen dem Statuswechsel einer GbR oder OHG in eine KG. Bei der GbR ist die Aufnahme eines Handelsgewerbes gemäß § 1 HGB und eine Vereinbarung zwischen den Gesellschaftern, dass künftig mindestens einer beschränkt haften soll erforderlich.<sup>31</sup> Der Statuswechsel einer OHG in eine KG, geschieht bereits durch eine Anpassung des Gesellschaftsvertrages, in dem ein Gesellschafter die Position des beschränkt haftenden Gesellschafters übernimmt oder ein neuer Gesellschafter als Kommanditist aufgenommen wird.<sup>32</sup> Auf eine Eintragung im Handelsregister kommt es für die Entstehung der KG nicht an, da diese nur deklaratorisch wirkt.<sup>33</sup> Gemäß §176 Abs. 1 HGB hat die fehlende Eintragung Auswirkungen auf die Haftung des Kommanditisten.

Der Vorgang des Statuswechsel ist im §707c Abs. 1 BGB (neu eingeführt durch MoPeG) legaldefiniert: „Die Anmeldung zur Eintragung einer bereits in einem Register eingetragenen Gesellschaft unter einer anderen Rechtsform einer rechtsfähigen Personengesellschaft in ein anderes Register “.

### **bb) Umwandlungen**

Eine KG kann auch im Zuge von Umwandlungsmaßnahmen neu gegründet oder im Wege eines Formwechsels aus einer bestehenden (Kapital-) Gesellschaft entstehen. Umwandlungsmaßnahmen richten sich nach dem Umwandlungsgesetz (UmwG). Das Umwandlungsgesetz behandelt zwei verschiedene Arten von Umwandlungen. Solche mit und solche ohne Übertragung von Vermögen. Zu ersteren gehört die Verschmelzung, die Spaltung und die Ausgliederung und zu letzterem der Formwechsel.<sup>34</sup>

### **c) Exkurs: Transparenzregister**

Die KG ist mit Eintragung im Handelsregister eine „eingetragene Personengesellschaft“ i.S.d. Gesetzes über das Aufspüren von Gewinnen aus schweren Straftaten (Geldwäschegesetzes-GwG). Als solche ist sie gemäß §20 Abs.1 GwG dazu verpflichtet ihre wirtschaftlich Berechtigten in das Transparenzregister eintragen zu lassen.

---

<sup>27</sup> §106 Abs. 2 Nr. 2 lit. b) HGB.

<sup>28</sup> §106 Abs. 2 Nr. 3 HGB.

<sup>29</sup> §106 Abs. 2 Nr. 4 HGB.

<sup>30</sup> §106 Abs. 2 Nr. 1 HGB.

<sup>31</sup> Casper/ Staub, HGB, §161 Rn.29.

<sup>32</sup> Casper/ Staub, HGB, § 161 Rn.30.

<sup>33</sup> Casper/ Staub, HGB, §161 Rn.29.

<sup>34</sup> Bayer/Lutter, UmwG Kommentar, Einl. I Rn.50.



Wirtschaftlich Berechtigter im Sinne des GwG sind natürliche Personen, in deren Eigentum oder unter deren Kontrolle die Gesellschaft steht oder auf deren Veranlassung eine Transaktion durchgeführt oder eine Geschäftsbeziehung begründet wird.<sup>35</sup>

Mitteilungspflichtig sind Vor- und Nachname, Geburtsdatum, Wohnort, Wohnsitzland, Staatsangehörigkeit, Typ der wirtschaftlichen Berechtigung und Art und Umfang des wirtschaftlichen Interesses.<sup>36</sup>

Einsicht in das Transparenzregister haben gemäß §23 Abs. 1 Nr. 1 GwG Behörden und Gerichte, soweit die Einsichtnahme zur Erfüllung ihrer gesetzlichen Aufgaben erforderlich ist. Außerdem ist die Einsichtnahme Verpflichteten i.S.d §2 GwG fallbezogen gestattet, wenn dies die Erfüllung ihrer Sorgfaltspflicht erfordert.<sup>37</sup> Mitgliedern der Öffentlichkeit ist die Einsicht ebenfalls gestattet, soweit berechtigtes Interesse vorliegt.<sup>38</sup> Beispielsweise die Überprüfung eigener Angaben oder bei Journalisten und Nichtrechtsorganisationen bei Recherchen in Bezug auf Geldwäsche oder Terrorismusfinanzierung.<sup>39</sup>

### **3. Entwicklung der Kommanditgesellschaft**

#### **a) Historische Entwicklung bis MoPeG**

Die Kommanditgesellschaft gilt als eine der ältesten Rechtsformen Europas. Ihr Ursprung ist zurückzuführen auf das mittelalterliche Rechtsinstitut der sog. *Commenda*, einem Vertragsmodell des Seehandels, das sich im Hochmittelalter in den italienischen Hafenstädten entwickelte.<sup>40</sup>

Die *Commenda* war eine Gelegenheitsgesellschaft, die zwischen einem Investor, dem sogenannten *Commendator*, und einem Reisenden, dem *tractator*, bestand. Der *Commendator* überließ dem *tractator* für eine bestimmte Handelsreise Geld oder Waren zum gewinnbringenden Einsatz,<sup>41</sup> nahm aber selbst nicht Teil an der Reise und trug somit kein Risiko.

Im Laufe der Zeit wurde zwischen zwei Varianten differenziert: Die *Participatio*, bei der weiterhin ausschließlich der *tractator* nach außen hin auftrat, und die *societas per viam accomanditae*, bei der die Offenlegung der beschränkt haftenden Gesellschafter erforderlich war. Zudem bildete sich ein vom persönlichen Vermögen der Gesellschafter getrenntes Gesellschaftsvermögen heraus. Die beschränkt haftenden Gesellschafter standen fortan nicht mehr nur im Verhältnis zum *tractator*, sondern standen auch untereinander im gesellschaftlichen Verhältnis.<sup>42</sup> Aus der *societas per viam accomanditae* entwickelte sich in Italien die sogenannte *Accomandita* und in Frankreich die *société en commandite*, welche 1807 erstmalig kodifiziert wurde.<sup>43</sup>

In Deutschland wurde das Recht der Handelsgesellschaften erstmalig im Allgemeinen Landrecht für die Preußischen Staaten (ALR) im Jahr 1794 geregelt. Dort wurde neben der persönlichen Haftung der Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft auch die

---

<sup>35</sup> §3 Abs. 1 GwG.

<sup>36</sup> §19 Abs. 1 GwG.

<sup>37</sup> §23 Abs. 1 Nr. 2 GwG.

<sup>38</sup> §23 Abs. 1 Nr. 3 GwG.

<sup>39</sup> Herzog / Seehafer, GwG, §23 Rn.18.

<sup>40</sup> Fleischer, DStR 2021, 483 (483).

<sup>41</sup> Röder, Die Kommanditgesellschaft im Rechtsvergleich: Hintergründe der unterschiedlichen Karrieren einer Rechtsform, S. 111 (im Folgenden: Röder).

<sup>42</sup> Röder, S. 111.

<sup>43</sup> Fleischer, DStR 2021, 483 (483).

Möglichkeit einer haftungsbeschränkten Beteiligung durch einen stillen Gesellschafter vorgesehen.<sup>44</sup> Auch im Entwurf eines Handelsgesetzbuches für das Königreich Württemberg von 1839 und in einem Entwurf einer Handels- und Wechselordnung für das Herzogtum Nassau von 1842 wurde die stille Gesellschaft auch commandite genannt und als eigenständiger Gesellschaftstyp geregelt. Diese Regelungen erinnern zwar mehr an die heutige stille Gesellschaft, waren jedoch an den Code de Commerce von 1807 angelehnt, für den die stille Gesellschaft in der Form unbekannt war.<sup>45</sup>

Im Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch (ADHGB) von 1862 wurde die Kommanditgesellschaft als zweite Form der Personenhandelsgesellschaft erstmals geregelt.<sup>46</sup> Das ADHGB verlieh den Personengesellschaften, anders als Frankreich, nur Teilrechtsfähigkeit und versagte außerdem die Anonymität mit der Pflicht zur Eintragung in das Handelsregister.<sup>47</sup> Das ADHGB hatte bis zum 31.12.1899 Gesetzeskraft und wurde dann durch das HGB am 01.01.1900 abgelöst.<sup>48</sup> Die Regelungen sind im Wesentlichen aus dem ADHGB übernommen. Bis heute gelten die §§161 ff. HGB nahezu unverändert.<sup>49</sup>

Die Ursprünge der KG belegen, dass diese sich selbstständig entwickelt hat und nicht als Sonderform der OHG, entgegen dem was die heutige Gesetzessystematik vermuten lässt.<sup>50</sup>

## **b) Modernisierung des Personengesellschaftsrechts**

Am 17. August 2021 ist das Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts (MoPeG) auf Grundlage des sog. Mauracher Entwurfs<sup>51</sup> im Bundesgesetzblatt verkündet worden. Mit dem Inkrafttreten am 1. Januar 2024 findet eine jahrelange Reformdebatte nunmehr seinen Abschluss. Angestoßen wurde diese Debatte vor gut 20 Jahren, als der BGH mit seinem Urteil ARGE Weißes Ross erstmalig die Rechtsfähigkeit der Außen-GbR anerkannte.<sup>52</sup> Die Rechtsprechung und die kautelarjuristische Praxis entwickelten sich stetig fort. Daraus folgte, dass die Praxis zunehmend vom Personengesellschaftsrecht abwich und der Rechtsanwender die maßgeblichen Regelungen nicht mehr direkt dem Gesetz entnehmen konnte.<sup>53</sup>

### **aa) Überblick über die wesentlichen Änderungen**

Mit dem MoPeG wurden die gesetzlichen Bestimmungen des BGB-Gesellschaftsrechts sowie des Handelsrechts umfassend reformiert. Sämtliche Vorschriften wurden neu formuliert sowie neu sortiert. Zu den relevantesten Änderungen dürfte die Einführung des Gesellschaftsregisters, die Unterscheidung zwischen rechtsfähiger und nicht rechtsfähiger GbR, ein neues Beschlussmängelrecht und die Öffnung der Handelsgesellschaften für Freiberufler zählen.<sup>54</sup>

---

<sup>44</sup> Röder, S. 114.

<sup>45</sup> Gummert, MHdbGesR, §1 Rn. 6.

<sup>46</sup> Röder, S. 116.

<sup>47</sup> Röder, S. 116.

<sup>48</sup> Gummert, MHdbGesR, §1 Rn. 8.

<sup>49</sup> Fleischer, DStR 2021, 483 (483).

<sup>50</sup> Gummert, MHdbGesR, §1 Rn.2.

<sup>51</sup> BMJV, 2020, Mauracher Entwurf für ein Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts, [https://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/Gesetzgebung/Dokumente/MauracherEntwurf.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=3](https://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/Gesetzgebung/Dokumente/MauracherEntwurf.pdf?__blob=publicationFile&v=3), 05.12.2024.

<sup>52</sup> BGH, Urteil vom 29.01.2001, II ZR 331/00, NJW 2001, 1056.

<sup>53</sup> Gummert/Schäfer, MHdbGesR, Vorwort.

<sup>54</sup> BT-Drs. 19/27635, S. 2 f.

## **bb) Auswirkungen und Änderungen im Recht der KG**

Die Auswirkungen und Änderungen der Regelungen für die KG (§§161 ff. HGB) beschränken sich überwiegend auf redaktionelle Anpassungen. Neu aufgenommen wurde die Legaldefinition der Haftungsbergrenze für Kommanditisten mit dem Begriff der „Haftsumme“ in §161 Abs. 1 HGB. Der bisher verwendete Begriff „Einlage“ (vgl. §§162 Abs. 1, 171 Abs. 1 Hs. 1, 172 Abs. 1 und 2, 174 HGB aF) wurde durch den Begriff „Haftsumme“ ersetzt.<sup>55</sup> Der §170 HGB wurde um einen Absatz ergänzt, welcher die Wahrnehmung der Gesellschafterrechte bei der Komplementär-GmbH im Fall der sogenannten Einheits-GmbH & Co. KG regelt. Die Haftungsregelungen für eintretende Kommanditisten des §176 Abs. 2 HGB wurde durch das MoPeG auf den Eintritt „weiterer“ Gesellschafter beschränkt.<sup>56</sup> Die Folge daraus ist, dass die Nachfolge in die Gesellschaft (KG/OHG) von Todes wegen (Sonderrechtsnachfolge) nicht mehr von der Regelung erfasst wird.<sup>57</sup> Ob und inwieweit sich diese und weitere Änderungen und Anpassungen in der Praxis auswirken, wird sich zeigen.

## **4. Erscheinungsformen und Arten**

### **a) Die gesetzestypische Kommanditgesellschaft**

Die gesetzestypische Kommanditgesellschaft, wie sie in den §§161 ff. HGB geregelt ist, besteht vom Grundgedanken her ausschließlich aus natürlichen Personen.<sup>58</sup> Die Beziehung der Gesellschafter erfordert ein hohes Maß an Vertrauen, da die Kommanditisten Kapital zur Verfügung stellen und trotzdem wenig bis gar keine Kontrolle haben.

### **b) GmbH & Co. KG**

Die GmbH & Co. KG ist eine Mischform aus Personen- und Kapitalgesellschaft.<sup>59</sup> Im Gegensatz zur klassischen KG übernimmt die Komplementärstellung bei der GmbH & Co. KG keine natürliche Person, sondern eine juristische Person in der Rechtsform der Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH). Die Haftung der GmbH beschränkt sich auf das Gesellschaftsvermögen, welches in der Regel bei dem gesetzlichen Stammkapital von 25.000€ liegt.<sup>60</sup> Dies hat den entscheidenden Vorteil, dass die eigentliche unbeschränkte und persönliche Haftung des Komplementärs durch die Natur der Rechtsform der GmbH beschränkt wird. Somit gelingt es bei allen Gesellschaftern eine beschränkte Haftung zu erzeugen.

In der Praxis kommt außerdem die GmbH & Co. KG mit mehr als einem Komplementär vor. In der einen Variante kommt neben der Komplementär-GmbH noch eine natürliche Person als Komplementär hinzu. In der anderen Variante haben zwei oder mehr Gesellschafter die Komplementärstellung inne, bei denen keine natürliche Person haftet.<sup>61</sup>

Mit der Zeit haben sich verschiedene Erscheinungsformen der GmbH & Co. KG herausgebildet.

---

<sup>55</sup> Salomon, Das MoPeG in der Notar- und Gestaltungspraxis, §4 Rn.129.

<sup>56</sup> Hempe, DStR 2024, 1877 (1891).

<sup>57</sup> Hempe, DStR 2024, 1877 (1891).

<sup>58</sup> Gummert, MHdbGesR, §1 Rn.1.

<sup>59</sup> Mueller-Thuns, Handbuch GmbH & Co. KG, §1 Rn.1.4.

<sup>60</sup> §5 Abs. 1 GmbHG.

<sup>61</sup> Gummert, MHdbGesR, §49 Rn.12.

### **aa) „echte“ und „unechte“ GmbH & Co. KG**

Bei der „echten“ GmbH & Co. KG ist die GmbH einzige Komplementärin. Die Komplementär-GmbH dient ausschließlich dazu die Geschäfte zu führen und die persönliche Haftung zu übernehmen.<sup>62</sup> Eine „unechte“ GmbH & Co. KG liegt hingegen vor, wenn neben der GmbH noch mindestens ein weiterer Komplementär existiert.<sup>63</sup>

### **bb) beteiligungsidentischen GmbH & Co. KG**

Von der beteiligungsidentischen GmbH & Co. KG spricht man, wenn die Kommanditisten im gleichen Verhältnis an der Kommanditgesellschaft, wie an der Komplementär-GmbH beteiligt sind.<sup>64</sup>

Die Vorteile dieser Form der GmbH & Co. KG liegen grundlegend im Ausschluss der persönlichen Haftung einer natürlichen Person. Außerdem bewirkt die Beteiligungsidentität, dass das Weisungsrecht des Geschäftsführers der Komplementär-GmbH nicht durch Dritte beeinflusst werden kann. Somit steht das Interesse der KG im Vordergrund und Konflikte können vermieden werden. In Bezug auf die Gesellschafterversammlung kann organisatorischer Aufwand vermieden werden, da die gleichen Personen betroffen sind.<sup>65</sup> Hierbei ist dringend darauf zu achten, dass die Gesellschaftsverträge der KG und der Komplementär-GmbH aufeinander abgestimmt sind.<sup>66</sup>

Neben der beteiligungsidentischen GmbH & Co. KG gibt es noch die nicht-beteiligungsidentische GmbH & Co. KG. Bei dieser Form sind nicht alle Kommanditisten gleichzeitig auch an der Komplementär-GmbH beteiligt bzw. umgekehrt sind nicht alle Gesellschafter der Komplementär-GmbH auch Kommanditisten.<sup>67</sup>

### **cc) Einheits-GmbH & Co. KG**

Eine weitere besondere Erscheinungsform der GmbH & Co. KG ist die Einheits-GmbH & Co. KG. Bei dieser Erscheinungsform ist die Kommanditgesellschaft einzige Gesellschafterin ihrer Komplementär-GmbH.<sup>68</sup>

### **dd) Ein-Personen-GmbH & Co. KG**

Wenn der einzige Kommanditist zugleich einziger Gesellschafter der Komplementär-GmbH ist, spricht man von der sogenannten Ein-Personen-GmbH & Co. KG.<sup>69</sup>

### **ee) mehrstufige GmbH & Co. KG**

Eine mehrstufige oder auch doppelstöckige GmbH & Co. KG liegt vor, wenn die Komplementärin der KG wiederum selbst eine GmbH & Co. KG ist.<sup>70</sup>

---

<sup>62</sup> Meinert /Koch, Personengesellschaftsrecht Kommentar, § 161 HGB Rn.51.

<sup>63</sup> Meinert /Koch, Personengesellschaftsrecht Kommentar, § 161 HGB Rn.70.

<sup>64</sup> Gummert, MHdbGesR, §49 Rn.12.

<sup>65</sup> Meinert/Koch, Personengesellschaftsrecht Kommentar, §161, Rn.61.

<sup>66</sup> Lüke, Handbuch GmbH & Co. KG, §2 Rn.2.462.

<sup>67</sup> Lieder/ Hoffmann, NZG 2021,1045 (1049).

<sup>68</sup> Meinert /Koch, Personengesellschaftsrecht Kommentar, § 161 HGB Rn.65.

<sup>69</sup> Meinert /Koch, Personengesellschaftsrecht Kommentar, § 161 HGB Rn.63.

<sup>70</sup> Meinert /Koch, Personengesellschaftsrecht Kommentar, § 161 HGB Rn.68.

### **ff) sternförmige GmbH & Co. KG**

Die sternförmige GmbH & Co. KG hat die Besonderheit, dass ihre Komplementär-GmbH bei mehreren GmbH & Co. KGs die Komplementärstellung übernimmt. Eine solche Gestaltung findet sich regelmäßig bei Unternehmensgruppen in Form eines Gleichordnungskonzerns, wo durch die Gestaltung eine einheitliche Leitung durch das Management der Komplementär-GmbH ermöglicht werden soll.<sup>71</sup>

### **c) Sonstige Gesellschaften & Co. KG**

Neben der GmbH kommen auch weitere Rechtsformen als Komplementär in Betracht. Anerkannt ist die Komplementärfähigkeit der Kapitalgesellschaften in Form der AG und der SE.<sup>72</sup> Laut BGH kann auch eine KGaA<sup>73</sup> die Komplementärstellung einnehmen.<sup>74</sup>

Statt einer Kapitalgesellschaft ist es auch einer rechtsfähigen Stiftung möglich die Komplementärstellung zu übernehmen. Zu beachten ist, dass die Stiftung neben dem Zweck die persönliche Haftung in der KG zu übernehmen einen weiteren primären Zweck verfolgt, da es ansonsten stiftungsrechtlich nicht zulässig wäre die Komplementärposition zu übernehmen.<sup>75</sup>

### **d) KGaA**

Die Kommanditgesellschaft auf Aktien (KGaA) ist gesetzlich in §§278 ff. AktG geregelt. In §278 Abs. 1 AktG heißt es: „Die Kommanditgesellschaft auf Aktien ist eine Gesellschaft mit eigener Rechtspersönlichkeit, bei der mindestens ein Gesellschafter den Gesellschaftsgläubigern unbeschränkt haftet (persönlich haftender Gesellschafter) und die übrigen an dem in Aktien zerlegten Grundkapital beteiligt sind, ohne persönlich für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft zu haften (Kommanditaktionäre)“.

Die KGaA ist, ebenso wie die GmbH & Co. KG, eine Mischform. Sie ist weder eine Abwandlung der KG noch der Aktiengesellschaft.<sup>76</sup> Die KGaA ist eine Kapitalgesellschaft.<sup>77</sup>

Eine KGaA muss mindestens einen persönlich haftenden Gesellschafter haben<sup>78</sup> und mindestens einen Kommanditaktionär. Die Anzahl der Kommanditaktionäre ist nach oben unbegrenzt.<sup>79</sup> Wenn der einzige Komplementär zugleich einziger Kommanditaktionär ist, besteht eine Einmann-KGaA.<sup>80</sup> Ebenso, wie bei der klassischen KG, sind grundsätzlich die Komplementäre zur Geschäftsführung und Vertretung befugt.<sup>81</sup> Im Gegensatz zu den Kommanditisten der klassischen KG haften die Kommanditaktionäre nicht für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft.<sup>82</sup> In der Praxis ist diese Rechtsform eher selten.

---

<sup>71</sup> Meinert /Koch, Personengesellschaftsrecht Kommentar, § 161 HGB Rn.70.

<sup>72</sup> Meinert /Koch, Personengesellschaftsrecht Kommentar, § 161 HGB Rn.73.

<sup>73</sup> Zur KGaA siehe Ausführungen in d).

<sup>74</sup> BGH, Beschluss vom 24.02.1997, II ZB 11/96, NJW 1997,1923.

<sup>75</sup> Meinert / Koch, Personengesellschaftsrecht Kommentar, §161 Rn.78.

<sup>76</sup> MüKo/ Perlitt, AktG, Vor §278 Rn.31.

<sup>77</sup> MüKo/ Perlitt, AktG, §278 Rn.3.

<sup>78</sup> MüKo/ Perlitt, AktG, §278 Rn.8.

<sup>79</sup> MüKo/ Perlitt, AktG, §278 Rn.9.

<sup>80</sup> MüKo/ Perlitt, AktG, §280 Rn.29.

<sup>81</sup> MüKo/ Perlitt, AktG, §278 Rn.169.

<sup>82</sup> MüKo/ Perlitt, AktG, §278 Rn.98.

### e) Publikums-KG

Der Begriff der Publikumsgesellschaft ist gesetzlich nicht definiert und wurde durch die Rechtsprechung entwickelt.<sup>83</sup> Es handelt sich um eine auf den Beitritt einer unbestimmten Vielzahl von Kapitalgebern angelegte, kapitalistisch strukturierte Personengesellschaft.<sup>84</sup> Eine festgelegte Grenze, wann eine solche „Vielzahl“ erreicht ist, gibt es nicht.<sup>85</sup> Laut BGH scheint eine Anzahl von 50 Gesellschaftern ausreichend zu sein.<sup>86</sup> Ein wesentliches Merkmal der Publikums-KG stellt die Anonymität der Gesellschafter untereinander dar.<sup>87</sup> Entgegen der Natur der klassischen Personengesellschaften bzw. der KG entfällt hier die Vertrauensbasis, da regelmäßig keine persönlichen Beziehungen existieren.<sup>88</sup>

### f) Familien- (GmbH & Co.) KG

Die Familiengesellschaft ist nicht legaldefiniert und stellt keinen eigenen Gesellschaftstyp dar.<sup>89</sup> Typisch für eine solche Gesellschaft ist, dass sie überwiegend oder ausschließlich aus Familienmitgliedern besteht und das Hauptziel verfolgt, das Vermögen sowie die Einkommensgrundlage der Familie zu sichern.<sup>90</sup> In der Regel ist diese Gesellschaftsform so strukturiert, dass familienfremde Personen keinen Einfluss nehmen können.<sup>91</sup> Grundsätzlich kann jede Rechtsform für das Familienunternehmen gewählt werden.<sup>92</sup> Der (GmbH & Co.) KG kommt dennoch eine besondere Bedeutung zu, da die Personengesellschaft vertraglich eine hohe Flexibilität mit sich bringt.<sup>93</sup> Wird die GmbH als Komplementärin gewählt, fällt noch dazu die unbeschränkte Haftung einer natürlichen Person weg. Die Motivation für eine solche Familien- (GmbH & Co.) KG rührt vor allem daher, die Unternehmensnachfolge vorzeitig zu planen, den Zusammenhalt des Vermögens und die Versorgung der Familienangehörigen zu sichern.<sup>94</sup>

## 5. Wirtschaftliche Bedeutung

Die Kommanditgesellschaft und insbesondere die Mischform GmbH & Co. KG haben in den letzten Jahren zunehmend an Bedeutung gewonnen.<sup>95</sup> Dies wird sowohl durch die rasant wachsenden Zahlen der GmbH & Co. KGs, als auch durch die zunehmenden Gewerbeanmeldungen deutlich.

Während es im Jahr 2000 78.386 GmbH & Co. KGs in Deutschland gab, wuchs die Zahl bis 2020 auf 146.885.<sup>96</sup> Die Anzahl der klassischen KG sank im gleichen Zeitraum von 24.286

<sup>83</sup> *Horbach*, MHdbGesR, §61 Rn.2.

<sup>84</sup> *Blaum/Westermann/Wertenbruch*, Handbuch Personengesellschaften, §47 Rn. I.2067.

<sup>85</sup> *Hoch-Loy/Koch*, Personengesellschaftsrecht Kommentar, §161 HGB Rn.151.

<sup>86</sup> BGH, Urteil vom 14.4.1975- II ZR 147/73 (Nürnberg), NJW 1975, 1318.

<sup>87</sup> *Hoch-Loy/Koch*, Personengesellschaftsrecht Kommentar, §161 HGB Rn. 152.

<sup>88</sup> BGH, Urteil vom 21.3.1988- II ZR 135/87 (München), NJW 1988, 1903 (1904).

<sup>89</sup> Zit. nach *Stengel*, Beck'sches Handbuch Personengesellschaften, §17 Rn.1.

<sup>90</sup> *Stengel*, Beck'sches Handbuch Personengesellschaften, §17 Rn.1.

<sup>91</sup> *Stengel*, Beck'sches Handbuch Personengesellschaften, §17 Rn.1.

<sup>92</sup> *Stengel*, Beck'sches Handbuch Personengesellschaften, §17 Rn.9.

<sup>93</sup> *Holler*, BB 2012, 719 (719).

<sup>94</sup> *Stengel*, Beck'sches Handbuch Personengesellschaften, §17 Rn.13-14.

<sup>95</sup> Statistisches Bundesamt, 2024, Gewerbeanzeigen, <https://www.destatis.de/DE/Themen/Branchen-Unternehmen/Unternehmen/Gewerbemeldungen-Insolvenzen/Publikationen/publikationen-innen-gewerbemeldungen.html>, 06.12.2024.

<sup>96</sup> *Gummert*, MHdbGesR, §1 Rn. 18.

im Jahr 2000 auf 13.816 im Jahr 2020.<sup>97</sup> Dies ist darauf zurückzuführen, dass ein Ausschluss der persönlichen Haftung einer natürlichen Person erwünscht ist.<sup>98</sup>

Im Monat Mai 2024 wurden im Bundesgebiet 69 Gewerbe in der Rechtsform der KG angemeldet und 936 in der Rechtsform der GmbH & Co. KG.<sup>99</sup> Laut dem Statistischen Bundesamt waren davon 31 Kommanditgesellschaften neu gegründet worden und drei KGs entstanden durch Umwandlung. Unter den 936 GmbH & Co. KGs wurden 638 neu gegründet und 25 entstanden durch Umwandlung.<sup>100</sup>

Die Anzahl der eingetragenen Kommanditgesellschaften nahm innerhalb eines Jahres von 297.309 (1.1.2023) auf 303.488 (1.1.2024) zu.<sup>101</sup> Damit wurde erstmalig die 300.000 Marke durchbrochen.<sup>102</sup> Die Zunahme entspricht einem Anstieg von 2,1%.<sup>103</sup> Der Anteil der KG an der Gesamtheit der im Handelsregister eingetragenen Rechtsträger beträgt 14,9%.<sup>104</sup>

## 6. Steuerliche Bedeutung

Das deutsche Steuerrecht ist nicht rechtsformneutral, sondern unterscheidet grundlegend zwischen Kapital- und Personengesellschaften.<sup>105</sup> Während Kapitalgesellschaften der Körperschaftsteuer unterworfen werden, folgt die Besteuerung der Personengesellschaften dem Transparenzprinzip.<sup>106</sup> Dieses Prinzip besagt, dass das erzielte Einkommen der Personengesellschaft den Gesellschaftern als eigene Einkünfte zugerechnet werden.<sup>107</sup> Es kommt zu einem steuerlichen Durchgriff auf die Ebene der Gesellschafter.<sup>108</sup> Handelt es sich bei dem Gesellschafter um eine natürliche Personen, unterliegen die Einkünfte der Einkommensteuer. Handelt es sich bei dem Gesellschafter um eine Kapitalgesellschaft (z.B. GmbH & Co.KG), unterliegen die Einkünfte der Körperschaftsteuer.<sup>109</sup>

Somit trifft die KG als Personengesellschaft keine Einkommen- oder Körperschaftsteuerpflicht. Sie wird lediglich zur Gewerbesteuer veranlagt. Hierbei steht ihr gemäß §11 Abs.1 Nr.1 GewStG der Gewerbesteuerfreibetrag von 24.500€ zu.

## II. Grundlagen der erbrechtlichen Nachfolge

### 1. Einführung in den Begriff „Unternehmensnachfolge“

Unter dem Begriff Unternehmensnachfolge wird die Übertragung des Eigentums und der Leitungsmacht eines Unternehmens an eine dritte Person verstanden.<sup>110</sup> Der Begriff ist

<sup>97</sup> Gummert, MHdbGesR, §1 Rn. 18.

<sup>98</sup> Gummert, MHdbGesR, §1 Rn. 22.

<sup>99</sup> Statistisches Bundesamt, 2024, Gewerbeanzeigen, <https://www.destatis.de/DE/Themen/Branchen-Unternehmen/Unternehmen/Gewerbemeldungen-Insolvenzen/Publikationen/publikationen-innen-gewerbemeldungen.html>, 06.12.2024.

<sup>100</sup> Statistisches Bundesamt, 2024, Gewerbeanzeigen, <https://www.destatis.de/DE/Themen/Branchen-Unternehmen/Unternehmen/Gewerbemeldungen-Insolvenzen/Publikationen/publikationen-innen-gewerbemeldungen.html>, 13.10.2024.

<sup>101</sup> Bayer/Lieder/Hoffmann, GmbHR 2024, 785 (792).

<sup>102</sup> Bayer/Lieder/Hoffmann, GmbHR 2024, 785 (792).

<sup>103</sup> Bayer/Lieder/Hoffmann, GmbHR 2024, 785 (792).

<sup>104</sup> Bayer/Lieder/Hoffmann, GmbHR 2024, 785 (792).

<sup>105</sup> Schiffers, Beck'sches Handbuch der Personengesellschaften, §1 Rn.64.

<sup>106</sup> Kahle, Beck'sches Handbuch der Personengesellschaften, §7 Rn.1.

<sup>107</sup> Kahle, Beck'sches Handbuch der Personengesellschaften, §7 Rn.2.

<sup>108</sup> Kahle, Beck'sches Handbuch der Personengesellschaften, §7 Rn.9.

<sup>109</sup> Kahle, Beck'sches Handbuch der Personengesellschaften, §7 Rn.9.

<sup>110</sup> Kohl/ Wiese, Unternehmensnachfolge, Kap. 7, Rn.7.1.

gesetzlich nicht definiert. Im ertragssteuerlichen Kontext, der das Erbschaftsteuerrecht beeinflusst, wird darunter die „unentgeltliche oder teilentgeltliche Nachfolge in Betriebsvermögen oder in Anteile an Kapitalgesellschaften“ verstanden.<sup>111</sup>

Unterschieden wird zwischen verschiedenen Arten der Unternehmensnachfolge. Zum einen kann die Übertragung zwischen Lebenden durch Verkauf des Unternehmens oder durch unentgeltliche Übertragung (Schenkung) von statten gehen.<sup>112</sup> Gängige Methoden sind die familieninterne Übergabe (Family-Buy-out), der Verkauf an Externe (Management-Buy-in), die Übergabe an Mitarbeitende (Management-Buy-out) oder die Überführung in eine Stiftung. Diese Methoden haben gemeinsam, dass sie in der Regel frühzeitig geplant und noch zu Lebzeiten umgesetzt werden. Spätestens mit Erreichen des Rentenalters wird sich ein verantwortungsbewusster Unternehmer mit der Frage beschäftigen, wie das Unternehmen fortgeführt werden kann. Es ist unwahrscheinlich, dass ein vernünftiger Unternehmer bis zu seinem Tod wartet und darauf vertraut, dass die Unternehmensnachfolge im Rahmen der Erbfolge geregelt wird. Der Tod ist unvorhersehbar und die Möglichkeit eines plötzlichen und unerwarteten Todes ist eine unausweichliche Realität.

In diesen Fällen spielt die Übertragung von Todes wegen eine Rolle.<sup>113</sup> Die Übertragung von Todes wegen ist sehr komplex und mit einigen Risiken verbunden.<sup>114</sup> Weshalb eine durchdachte Nachfolgeplanung dringend empfohlen wird. Gerade bei der Nachfolge in der KG müssen die Schnittstellen zwischen Erbrecht und Gesellschaftsrecht verstanden und abgestimmt werden. Nachfolgend werden daher zunächst die erbrechtlichen Grundsätze sowie anschließend das Verhältnis des Erb- und Gesellschaftsrecht erläutert, bevor im Einzelnen die gesellschaftsrechtlichen Grundlagen und Gestaltungsmöglichkeiten bei der KG vertieft werden.

## **2. Überblick über erbrechtliche Grundsätze**

Angesichts der erheblichen Bedeutung des Erbrechts in der Nachfolgeplanung von Todes wegen widmet sich dieser Abschnitt den erbrechtlichen Grundsätzen. Ziel ist es ein grundlegendes Verständnis für das Erbrecht zu vermitteln und dessen Relevanz im Kontext der Nachfolge von Todes wegen zu verdeutlichen.

Die Gesamtrechtsnachfolge (Universalsukzession) bildet einen wesentlichen Grundsatz im Erbrecht. In §1922 Abs. 1 BGB kommt dieses Prinzip zum Ausdruck: „mit dem Tod einer Person (Erbfall) geht deren Vermögen (Erbschaft) als Ganzes auf eine oder mehrere Personen (Erben) über.“<sup>115</sup> Bei der Gesamtrechtsnachfolge gehen alle vererblichen Rechte und Pflichten als Erbmasse auf den Erben bzw. mehrere Miterben über.<sup>116</sup> Im Falle mehrerer Erben bilden diese automatisch eine Gesamthandgemeinschaft. Diese Erbengemeinschaft wird Träger von allen in den Nachlass fallenden Vermögensgegenständen, Verbindlichkeiten und Rechten.<sup>117</sup> Sie können nur gemeinsam über den Nachlass verfügen. Eine Ausnahme vom grundlegenden erbrechtlichen Prinzip der Gesamtrechtsnachfolge bildet die Sondererbfolge (Singularsukzession).<sup>118</sup> Einzelne Rechte des Erblassers gehen unmittelbar

---

<sup>111</sup> Loose, Erbschaftsteuer, Rn. B 106.

<sup>112</sup> Scherer, Unternehmensnachfolge, §1 Rn.2.

<sup>113</sup> Scherer, Unternehmensnachfolge, §1 Rn.23.

<sup>114</sup> Scherer, Unternehmensnachfolge, §1 Rn.23.

<sup>115</sup> MüKo/ Leipold, BGB, §1922 Rn.192.

<sup>116</sup> MüKo/ Leipold, BGB, §1922 Rn.197.

<sup>117</sup> MüKo/ Leipold, BGB, §1922 Rn.196.

<sup>118</sup> Klein/Lindemaier/Krämer, MHdbGesR, §40 Rn.34.



mit dem Tod einen besonderen, vom sonstigen Nachlass abweichenden Weg. Eine derartige Rechtsnachfolge findet sich bei der Vererbung von Personengesellschaftsanteilen. Abgesehen davon können durch Rechtsgeschäft (Erbvertrag oder Testament) keine weiteren Fälle der Sondererbfolge geschaffen werden, da das Prinzip der Gesamtrechtsnachfolge zwingendes Recht darstellt.<sup>119</sup>

Es ist noch darauf hinzuweisen, dass die Begriffe „Erbchaft“ und „Nachlass“ im Gesetz weitgehend als Synonym verwendet werden. Überwiegend bezeichnet der Begriff „Erbchaft“ das Vermögen des Erblassers, wenn die rechtliche Stellung der Erben im Vordergrund steht und der Begriff „Nachlass“ die Allgemeinheit des Vermögens.<sup>120</sup>

#### **a) Die gesetzliche Erbfolge**

Die gesetzliche Erbfolge ist im fünften Buch des BGB in §§1924 bis 1936 BGB geregelt. Konkret regeln sie das „Schicksal des privatrechtlichen Vermögens einer natürlichen Person nach deren Tod“. <sup>121</sup> Die gesetzliche Erbfolge kommt zum Tragen, wenn der Erblasser nicht durch letztwillige Verfügung seine Erben bestimmt hat oder die letztwillige Verfügung unwirksam ist. <sup>122</sup> Das Gesetz regelt die Auswahl gesetzlicher Erben nach dem System der Ordnungen (Parentelen). <sup>123</sup> Diese ordnen die Verwandten des Erblassers hierarchisch: Zur ersten Ordnung gehören die Abkömmlinge des Erblassers, zur zweiten Ordnung die Eltern des Erblassers und deren Abkömmlinge und zur dritten Ordnung die Großeltern des Erblassers und deren Abkömmlinge usw. <sup>124</sup> Solange Erben einer niedrigeren Ordnung vorhanden sind, schließen diese die Angehörigen höherer Ordnungen von der Erbfolge aus (§1930 BGB). <sup>125</sup> Damit verfolgt der Gesetzgeber das Ziel die jüngere Generation zu bevorzugen. <sup>126</sup> Das Prinzip der Ordnungen wird durch das Prinzip der Erbfolge nach Stämmen ergänzt. <sup>127</sup> Jeder Stamm wird durch einen Nachkommen des Erblassers und dessen Abkömmlinge gebildet. Erben derselben Ordnung werden innerhalb der Stämme gleichmäßig berücksichtigt („Erbteilung nach Köpfen“). <sup>128</sup> Sind im Erbfall mehrere Angehörige der ersten Ordnung vorhanden, ist zunächst der Grundsatz der Repräsentation zu beachten (§1924 Abs. 2). Jeder Abkömmling schließt die durch ihn mit dem Erblasser verwandten Abkömmlinge von der gesetzlichen Erbfolge aus, d.h. dass die Enkel des Erblassers nicht erben, wenn ihr vom Erblasser abstammender Elternteil lebt. <sup>129</sup>

Die Ehegatten gehören keiner Ordnung an. Sie erben gemäß § 1931 Abs. 1 BGB neben Verwandten erster Ordnung zu einem Viertel, neben Verwandten zweiter Ordnung oder neben Großeltern zur Hälfte. Sind weder Verwandte der ersten noch der zweiten Ordnung noch Großeltern vorhanden, erhält der Ehegatte die gesamte Erbschaft (Abs. 2). Der Erbteil des gesetzlichen Grundsatzes in §1931 Abs. 1,2 BGB kann durch den Güterstand der Zugewinnngemeinschaft oder der Gütertrennung erhöht werden. <sup>130</sup> Der Güterstand der Zugewinnngemeinschaft stellt den gesetzlichen Regelfall dar, der gilt, wenn kein Ehevertrag

---

<sup>119</sup> MüKo/Leipold, BGB, §1922 Rn.204.

<sup>120</sup> MüKo/Leipold, BGB §1922 Rn.18.

<sup>121</sup> MüKo/Leipold, BGB, Einl. ErbR, Rn.1.

<sup>122</sup> Wachter/ Scherer, MAH, §4 Rn.26.

<sup>123</sup> MüKo/Leipold, BGB, §1924 Rn.1.

<sup>124</sup> MüKo/Leipold, BGB, §1924 Rn.1.

<sup>125</sup> MüKo/Leipold, BGB, §1924 Rn.1.

<sup>126</sup> MüKo/Leipold, BGB, §1924 Rn.1.

<sup>127</sup> MüKo/Leipold, BGB, §1924 Rn.2.

<sup>128</sup> MüKo/Leipold, BGB, §1924 Rn.2.

<sup>129</sup> MüKo/Leipold, BGB, §1924 Rn. 34.

<sup>130</sup> MüKo/Leipold, BGB, §1931 Rn.24.

besteht oder nichts anderes im Ehevertrag geregelt wurde. Der Erbteil erhöht sich in diesem Güterstand nach §§1931 Abs. 3, 1371 Abs. 1 BGB pauschal um ein Viertel (sog. pauschalierter Zugewinnausgleich).<sup>131</sup> Im Falle der Modifizierung des Güterstands im Rahmen der Gütertrennung erbt der überlebende Ehegatte nach §1931 Abs. 4 BGB neben den Kindern des Erblassers zu gleichen Teilen. Hat der Erblasser mehr als zwei Kinder verbleibt es bei dem Viertel des Ehegatten.<sup>132</sup>

Sind keine Erben auszumachen oder sind die Erben durch Ausschlagung oder Enterbung entfallen, erbt der Staat als Zwangserbe (§1936 BGB). In §1936 BGB heißt es: „ist zur Zeit des Erbfalls kein Verwandter, Ehegatte oder Lebenspartner des Erblassers vorhanden, erbt das Land, in dem der Erblasser zur Zeit des Erbfalls seinen letzten Wohnsitz oder, wenn ein solcher nicht feststellbar ist, seinen gewöhnlichen Aufenthalt hatte. Im Übrigen erbt der Bund.“ Der Staat wird gesetzlicher Zwangserbe, somit kann er die Erbschaft nicht ausschlagen.<sup>133</sup>

## **b) Die gewillkürte Erbfolge**

Unter der gewillkürten Erbfolge versteht man die Erbeinsetzung durch den Erblasser. Diese erfolgt durch das Testament oder einen Erbvertrag, welche grundsätzlich frei gestaltbar sind.

### **aa) Grundsatz der Testierfreiheit**

Die Testierfreiheit ermöglicht es dem Erblasser durch Verfügung von Todes wegen, das Schicksal seines Vermögens nach seinem Tod zu bestimmen. Ausdrücklich geregelt ist die Testierfreiheit als solche nicht. Sie ergibt sich mittelbar aus §§1937 bis 1941, die die wesentlichen Verfügungen aufzählen, die der Erblasser treffen kann. Nach dem BVerfG ist die Testierfreiheit ein „bestimmtes Element der Erbrechtsgarantie“. Sie genießt „von Verfassungs wegen besonders ausgeprägten Schutz“, da sie als „Verfügungsbefugnis des Eigentümers über den Tod hinaus eng mit der Garantie des Eigentums verknüpft“ ist.<sup>134</sup> Trotz dieses verfassungsrechtlichen Schutzes gilt die Testierfreiheit nicht unbeschränkt.<sup>135</sup> Das Gesetz schreibt beispielsweise ein Mindestalter von 16 Jahren zur Errichtung einer Verfügung von Todes wegen (§2229 Abs. 1 BGB) oder das Einhalten einer bestimmten Form vor (§2247 BGB). Zudem wird die Testierfreiheit durch gesetzliche Verbote, die Sittenwidrigkeit und das Pflichtteilsrecht<sup>136</sup> eingeschränkt.<sup>137</sup>

### **bb) Formen der Testierfreiheit**

Die Testierfreiheit kann auf unterschiedliche Weisen ausgeübt werden. Als Oberbegriff kann die Verfügung von Todes wegen angesehen werden.<sup>138</sup> Darunter fallen die erbrechtlichen Rechtsgeschäfte in Form des Testaments und des Erbvertrags. Der Erblasser kann unter anderem die Erbeinsetzung, die Enterbung, Vermächtnisse und Auflagen regeln.

---

<sup>131</sup> *Lange*, Erbrecht, §22 Rn. 74. Zit. nach *Tiedemann/Wiese*, Unternehmensnachfolge, Kap. B. IV. Rn. 5.114.

<sup>132</sup> *Tiedemann/Wiese*, Unternehmensnachfolge, Kap. B. IV. Rn. 5.115.

<sup>133</sup> *Burandt/Rojahn/Große-Boymann*, Erbrecht, BGB §1936 Rn.1.

<sup>134</sup> BVerfG, Urteil von 16.10.1984, 1 BvR 513/78, NJW 1985, 1455 (1455).

<sup>135</sup> *Tiedemann/Wiese*, Unternehmensnachfolge, Kap.5 C. Rn.5.126.

<sup>136</sup> Hierzu Abschnitt c) dieses Kapitels.

<sup>137</sup> *Tiedemann/Wiese*, Unternehmensnachfolge, Kap. 5. C. Rn.5.126.

<sup>138</sup> *Tiedemann/Wiese*, Unternehmensnachfolge, Kap. 5 C. Rn.5.138.

## (1) Testament

Die Begriffe Testament und letztwillige Verfügung werden im Gesetz gleichbedeutend gesetzt. Dies macht deutlich, dass der Erblasser die getroffene Verfügung bis zum Tod widerrufen kann, sodass eben der letzte Wille gilt.

Das Testament ist eine einseitige nicht empfangsbedürftige Willenserklärung<sup>139</sup> und kann grundsätzlich jederzeit vom Erblasser widerrufen oder geändert werden.<sup>140</sup> Die Errichtung des Testaments kann gemäß §2064 BGB nur vom Erblasser persönlich durchgeführt werden. Voraussetzung für die Errichtung des Testaments ist die Testierfähigkeit gemäß §2229 BGB. Diese beginnt mit der Vollendung des 16. Lebensjahrs. Testierunfähig ist gemäß §2229 Abs. 4 BGB außerdem, „wer wegen krankhafter Störung der Geistestätigkeit, wegen Geistesschwäche oder wegen Bewusstseinsstörung nicht in der Lage ist, die Bedeutung von einer ihm abgegeben Willenserklärung einzusehen und nach dieser Einsicht zu handeln“.

Das Gesetz kennt verschiedene Formen des Testaments. Das öffentliche Testament (§2232 BGB), das eigenhändige Testament (§§2247 f. BGB), das Nottestament (§2249 BGB). Eine weitere Form des Testaments stellt das gemeinschaftliche Testament dar (§§ 2265 ff. BGB). Es kann nur von Eheleuten errichtet werden und stellt eine Zusammenfassung zweier Verfügungen von Todes wegen dar.<sup>141</sup> Das gemeinschaftliche Testament wird unwirksam, wenn die Ehe geschieden wird.<sup>142</sup> Das relevanteste Beispiel eines gemeinschaftlichen Testaments in der Praxis ist das sogenannte Berliner Testament.<sup>143</sup> In diesem setzen sich die Ehegatten wechselseitig als Erben ein.<sup>144</sup>

Der Widerruf eines Testaments ist ganz oder teilweise möglich (§2253 BGB). Möglichkeiten des Widerrufs sind Widerrufstestament (§2254 BGB), Widerruf durch ein widersprechendes Testament (§2258 BGB), Vernichtung des Testaments (§2255 BGB), Widerruf eines öffentlichen Testaments durch Rücknahme aus der Verwahrung (§2256 BGB) oder durch Widerruf des Widerrufs (§2257 BGB). Eine Ausnahme besteht jedoch in Bezug auf das gemeinschaftliche Testament. Dieses kann grundsätzlich nur gemeinsam widerrufen werden.<sup>145</sup>

## (2) Erbvertrag

Neben dem Testament besteht die Möglichkeit die gewillkürte Erbfolge durch den Erbvertrag (§§2274 ff. BGB) zu regeln. Der Erbvertrag ist vom Erblasser persönlich, mit dem Vertragspartner und vor einem Notar zu schließen.<sup>146</sup> Der Unterschied zum Testament ist, dass der Erbvertrag einen „wirklichen Vertrag“<sup>147</sup> darstellt.<sup>148</sup> Das bedeutet, dass der Erbvertrag im Gegensatz zum Testament (einseitige Verfügung) nicht allein vom Erblasser widerrufen werden kann.<sup>149</sup> Der Erbvertrag ist zu definieren als Verfügung von Todes wegen, die in vertraglicher Form errichtet wird. Er ist, im Gegensatz zum Testament, ein zweiseitiges Rechtsgeschäft.<sup>150</sup>

<sup>139</sup> Tiedemann /Wiese, Unternehmensnachfolge, Kap. 5. C. Rn.5.139.

<sup>140</sup> Erb/Regierer/Vosseler/Herbst, Handbuch Bewertung bei Erbschaft und Schenkung, Kap. 7 Rn.45.

<sup>141</sup> Erb/Regierer/Vosseler/Herbst, Handbuch Bewertung bei Erbschaft und Schenkung, Kap. 7 Rn.51.

<sup>142</sup> Troll/Gebel/Jülicher/Gottschalk, ErbStG, §3 Rn.47.

<sup>143</sup> Erb/Regierer/Vosseler/Herbst, Handbuch Bewertung bei Erbschaft und Schenkung, Kap. 7 Rn.51.

<sup>144</sup> Sontheimer/Kollmar/Stark, Vertragsgestaltung und Steuerrecht, §6 Rn.169.

<sup>145</sup> MüKo/ Musielak, BGB, §2271 Rn.2.

<sup>146</sup> §2276 Abs. 1 BGB.

<sup>147</sup> BGH, Urteil vom 8.1.1958 – IV ZR 219/57, NJW 1958, 498 (498).

<sup>148</sup> Musielak/MüKo, BGB, Vor §2274, Rn.2.

<sup>149</sup> Troll/Gebel/Jülicher/Gottschalk, ErbStG, §3 Rn.51.

<sup>150</sup> Troll/Gebel/Jülicher/Gottschalk, ErbStG, §3 Rn.51.

### **(3) Vermächtnis**

Das Vermächtnis ist eine Verfügung von Todes wegen, mit der der Erblasser dem Bedachten einen Anspruch auf eine bestimmte Leistung gegenüber dem beschwerten Erben zuwendet.<sup>151</sup> Zwischen der Zuwendung eines Vermächtnisses und der Einsetzung der Erben liegt ein wesentlicher Unterschied.<sup>152</sup> Während der Erbe Gesamtrechtsnachfolger ist und mit dem Erbfall in die Rechte und Verbindlichkeiten des Erblassers unmittelbar einrückt, erhält der Vermächtnisnehmer mit dem Erbfall einen Anspruch auf dem ihm zugedachten Gegenstand.<sup>153</sup> Der Vermächtnisnehmer ist weder Gesamtrechts- noch Einzelrechtsnachfolger.<sup>154</sup>

### **(4) Auflage**

Die Auflage ist in §1940 BGB geregelt. Sie stellt eine Verfügung von Todes wegen dar, durch die einem Erben oder Vermächtnisnehmer eine Verpflichtung auferlegt wird.<sup>155</sup> Dabei erhalten die anderen Erben oder Vermächtnisnehmer kein Recht auf die Leistung der beschwerten Person.<sup>156</sup> Durch die Auflage kann der Erblasser rechtsverbindlich das Verhalten der bedachten Person beeinflussen und auf diese Weise bestimmte Ziele unterstützen.<sup>157</sup> Die Auflage kann im Testament oder gemäß §1941 Abs. 1 BGB im Erbvertrag angeordnet werden.

### **c) Pflichtteilsrecht**

Im Falle der Ausschließung von der Erbfolge durch den Erblasser, haben betreffende Erben das Recht ihren sog. Pflichtteil (§2303 Abs. 1 BGB) geltend zu machen.<sup>158</sup> Dieser beträgt die Hälfte des gesetzlichen Erbteils.<sup>159</sup> Pflichtteilsberechtigt sind ausschließlich Abkömmlinge, Eltern und der Ehegatte des Erblassers.<sup>160</sup> Der Pflichtteil gilt als grundsätzlich unentziehbare Mindestbeteiligung.<sup>161</sup>

### **d) Testamentsvollstreckung**

Im Testament kann der Erblasser gemäß §2197 BGB einen oder mehrere Testamentsvollstrecker benennen, die die Aufgabe haben seinen letzten Willen auszuführen (§2203 BGB). Der Testamentsvollstrecker ist gemäß §§2216, 2220 BGB zur ordnungsgemäßen Verwaltung des Nachlasses nach den Anordnungen und Vorstellungen des Erblassers verpflichtet. Nach *Fuchs* wird das in den meisten Fällen die Auseinandersetzung der Erbengemeinschaft und insbesondere die Verwaltung des Nachlasses sein. Der Erblasser kann die Bestimmung des Testamentsvollstreckers auch einem Dritten (§2198 BGB) oder dem Nachlassgericht (§2200 BGB) überlassen. Das Amt des Testamentsvollstreckers macht ihn nicht zum gesetzlichen Vertreter der Erben. Er ist nicht zur Annahme des Amtes verpflichtet, nimmt er es jedoch an, beginnt es im Zeitpunkt der Annahme gegenüber dem Nachlassgericht. Dieses stellt auf Antrag ein Testamentsvollstreckerzeugnis aus. Das Amt endet grundsätzlich

---

<sup>151</sup> Leipold/MüKo, BGB, §1939, Rn.3.

<sup>152</sup> Leipold/MüKo, BGB, §1939, Rn.2.

<sup>153</sup> Leipold/MüKo, BGB, §1939, Rn.2.

<sup>154</sup> Leipold/MüKo, BGB, §1939, Rn.2.

<sup>155</sup> §1940 BGB.

<sup>156</sup> §1940 Hs.2 BGB.

<sup>157</sup> Leipold/MüKo, BGB, §1940 Rn.1.

<sup>158</sup> Troll/Gebel/Jülicher/Gottschalk, EbStG, §3 Rn.220.

<sup>159</sup> Troll/Gebel/Jülicher/Gottschalk, EbStG, §3 Rn.220.

<sup>160</sup> Troll/Gebel/Jülicher/Gottschalk, EbStG, §3 Rn.220.

<sup>161</sup> BVerfG, Beschluss vom 19.4.2005, 1 BvR 1644/00 u.a., NJW 2005, 1561 (1562).

mit Erfüllung der Aufgabe, aber auch mit dem Tod des Testamentsvollstreckers, mit dessen Wegfall der Geschäftsfähigkeit, durch Kündigung oder durch Entlassung durch das Nachlassgericht aufgrund eines Antrags eines Beteiligten bei Vorliegen eines wichtigen Grundes.<sup>162</sup>

Der Testamentsvollstrecker ist in seinen Handlungen grundsätzlich frei, solange sie der Erfüllung seiner Aufgaben dienen und ist hierbei nicht an Weisungen der Erben gebunden.<sup>163</sup> Die Erben können über Nachlassgegenstände, die der Testamentsvollstreckung unterliegen, nicht verfügen.<sup>164</sup> Der Testamentsvollstrecker ist befugt den Nachlass in seinen Besitz zu nehmen, Nachlassgegenstände entgeltlich zu veräußern, bestehende Verbindlichkeiten des Nachlasses zu begleichen, Erklärungen abzugeben, Rechte zugunsten des Nachlasses durchzusetzen und, soweit es der ordnungsgemäßen Verwaltung entspricht, neue Verbindlichkeiten für den Nachlass einzugehen.<sup>165</sup> Der Testamentsvollstrecker ist ebenfalls zur alleinigen Prozessführung berufen, ein etwaiges Urteil trifft die Erben.<sup>166</sup>

Im Rahmen der Testamentsvollstreckung wird zwischen drei verschiedenen Arten unterschieden: der Abwicklungsvollstreckung (§2203 BGB), der Auseinandersetzungsvollstreckung (§2204 BGB) und der Verwaltungsvollstreckung (§2209).

Bei der Abwicklungsvollstreckung ist die Überführung des Nachlasses in den gewünschten Endzustand Aufgabe des Testamentsvollstreckers.<sup>167</sup> Hierfür hat der Testamentsvollstrecker die Anordnungen des Erblassers auszuführen, offene Nachlassverbindlichkeiten zu begleichen und den verbleibenden Nachlass an die Erben zu verteilen.<sup>168</sup> Gesetzlich ist für die Abwicklungsvollstreckung keine Höchstdauer festgelegt, der Testamentsvollstrecker sollte die Nachlassabwicklung jedoch nicht grundlos hinauszögern.<sup>169</sup> Im Testament kann der Erblasser die genaue Abwicklung gestalten.<sup>170</sup>

Im Falle der gewollten Unternehmensfortführung durch den Testamentsvollstrecker, reicht eine Abwicklungsvollstreckung nicht aus.<sup>171</sup> Es bedarf der Anordnung der Verwaltungsvollstreckung.<sup>172</sup> Unterschieden wird innerhalb der Verwaltungsvollstreckung zwischen der Verwaltungsvollstreckung im engeren Sinn und der Dauertestamentsvollstreckung.<sup>173</sup> Bei der Verwaltungsvollstreckung ist der Testamentsvollstrecker lediglich für die Verwaltung des Nachlasses zuständig. Die Dauertestamentsvollstreckung wiederum durchbricht den Grundsatz der Beendigung mit Erledigung und dauert so lange an wie testamentarisch oder gesellschaftsvertraglich vorgesehen.<sup>174</sup> Ziel der Dauertestamentsvollstreckung ist es den Nachlass zu nutzen und weiterhin Gewinne zu generieren.<sup>175</sup>

---

<sup>162</sup> Fuchs/Weber, Rechtswörterbuch, Testamentsvollstrecker.

<sup>163</sup> Fuchs/Weber, Rechtswörterbuch, Testamentsvollstrecker.

<sup>164</sup> Fuchs/Weber, Rechtswörterbuch, Testamentsvollstrecker.

<sup>165</sup> Fuchs/Weber, Rechtswörterbuch, Testamentsvollstrecker.

<sup>166</sup> Fuchs/Weber, Rechtswörterbuch, Testamentsvollstrecker.

<sup>167</sup> Braeuer/Todrow/Wiese, Unternehmensnachfolge, Rn.11.11.

<sup>168</sup> Zimmermann/ MüKo, BGB, §2203 Rn.5.

<sup>169</sup> Braeuer/Todrow/Wiese, Unternehmensnachfolge, Rn.11.11.

<sup>170</sup> Braeuer/Todrow/Wiese, Unternehmensnachfolge, Rn.11.12.

<sup>171</sup> Braeuer/Todrow/Wiese, Unternehmensnachfolge, Rn.11.18.

<sup>172</sup> Braeuer/Todrow/Wiese, Unternehmensnachfolge, Rn.11.18.

<sup>173</sup> Braeuer/Todrow/Wiese, Unternehmensnachfolge, Rn.11.19 f.

<sup>174</sup> Braeuer/Todrow/Wiese, Unternehmensnachfolge, Rn.11.20.

<sup>175</sup> Reimann, Testamentsvollstreckung in der Wirtschaftspraxis, Rn.74.

### e) Vorweggenommene Erbfolge

Laut dem BGH versteht man unter der vorweggenommenen Erbfolge „die Übertragung des Vermögens (oder eines wesentlichen Teiles davon) durch den (künftigen) Erblasser auf einen oder mehrere als (künftige) Erben in Aussicht genommene Empfänger.“<sup>176</sup> Bei der vorweggenommenen Erbfolge handelt es sich um ein Rechtsgeschäft unter Lebenden.<sup>177</sup> Sie vollzieht sich also nicht erbrechtlich.<sup>178</sup>

### f) Erbausschlagung

Möchte ein Erbe die Erbschaft nicht annehmen bleibt ihm die Möglichkeit das Erbe auszuslagern. Hierbei ist zu beachten, dass das Erbe gemäß §1950 BGB grundsätzlich nur insgesamt ausgeschlagen werden kann. Erhält die Erbengemeinschaft beispielsweise ein Grundstück und Bargeld, welches entsprechend ihrer Erbquote aufgeteilt wird, ist die Ausschlagung des Grundstücks und die Annahme des Bargelds unwirksam. Gemäß §1945 Abs. 1 BGB erfolgt die Erbausschlagung durch Erklärung gegenüber dem Nachlassgericht. Sie ist zur Niederschrift des Nachlassgerichts oder in öffentlich beglaubigter Form abzugeben.<sup>179</sup> Die Erbausschlagung ist gemäß §§1934, 2180 Abs. 1 BGB nur möglich, wenn die Erbschaft noch nicht angenommen wurde. Die Annahme erfolgt durch Zeitablauf, auch ohne ausdrückliche Erklärung.<sup>180</sup> Die Frist beträgt sechs Wochen<sup>181</sup> und beginnt, wenn der Erbe vom Erbfall Kenntnis erlangt hat, dies ist regelmäßig mit der Testamentseröffnung der Fall.<sup>182</sup> Im Falle der Ausschlagung fällt der Nachlass entweder dem nächsten Erben der gesetzlichen Erbfolge zu (§1953 Abs.2 BGB) oder erhöht die jeweiligen Erbquoten bei den Miterben (§2094 Abs. 1 BGB).

Die Erbausschlagung kann als Gestaltungsmittel dienen, welchem häufig steuerliche Motive zugrunde liegen.<sup>183</sup> Durch die Ausschlagung gilt der Erwerb als nicht erfolgt (§§1953 Abs. 1, 2180 BGB), was sich auf die zu zahlende Erbschaftsteuer auswirkt. Mögliche Gestaltungsmöglichkeiten durch die Erbausschlagung sind z.B. die Ausschlagung gegen Versorgungsleistung.<sup>184</sup> Diese liegt vor, wenn der Erbe ausschlägt, um den nachfolgenden Erben einen Vermögensvorteil zukommen zu lassen und sich diese dazu verpflichten dem ausschlagenden Erbe lebenslängliche Versorgungsleistungen zu zahlen.<sup>185</sup>

Werden Anteile einer KG vererbt, kann die Ausschlagung insbesondere dann sinnvoll sein, wenn ein Erbe kein Interesse an einer aktiven Beteiligung am Unternehmen hat. Weitere Gestaltungsmöglichkeiten sind die Ausschlagung gegen einen Nießbrauchsvorbehalt und die Ausschlagung und Geltendmachung des Pflichtteils.<sup>186</sup> Der Erblasser hat eine zulässige Möglichkeit den Grundsatz des Verbots der Teilausschlagung zu umgehen, indem er im Testament die Erbschaft in mehrere Teile zerlegt und ausdrücklich testamentarisch festhält, dass die gesonderte Annahme bzw. Ausschlagung von Erbteilen gestattet ist.<sup>187</sup>

<sup>176</sup> BGH, Urteil vom 30.01.1991, IV ZR 299/89, DNotZ 1992, 32 (33 f.).

<sup>177</sup> BGH, Urteil vom 30.01.1991, IV ZR 299/89, DNotZ 1992, 32 (33 f.).

<sup>178</sup> BGH, Urteil vom 30.01.1991, IV ZR 299/89, DNotZ 1992, 32 (33 f.).

<sup>179</sup> §1945 Abs.1 BGB.

<sup>180</sup> MüKo/ *Leipold*, BGB, §1943 Rn.6.

<sup>181</sup> §1944 Abs. 1 BGB.

<sup>182</sup> *Von Sothen/Scherer* Unternehmensnachfolge, §11 Rn.2.

<sup>183</sup> *Von Sothen/Scherer*, Unternehmensnachfolge, §11 Rn.1.

<sup>184</sup> *Von Sothen/Scherer*, Unternehmensnachfolge, §11 Rn.6.

<sup>185</sup> Zimmermann, ZEV 2001,5.

<sup>186</sup> *Von Sothen/Scherer*, Unternehmensnachfolge, §11 Rn.7 f.

<sup>187</sup> *Von Sothen/Scherer*, Unternehmensnachfolge, §11 Rn.16.

Die Erbausschlagung wird in der Praxis häufig mit einem Abfindungsversprechen verknüpft.<sup>188</sup> Wenn der ausschlagende Erbe gleichzeitig pflichtteilsberechtigt ist, kann er nicht ausschlagen und dafür den vollen Pflichtteil verlangen.<sup>189</sup> Ihm steht dann lediglich ein Anspruch auf den Pflichtteilsrest zu.<sup>190</sup> Bei Ausschlagung gegen Abfindung tritt erbschaftsteuerlich beim ausschlagenden Erben die Abfindung an die Stelle des ausschlagenden Erwerbs (§3 Abs. 2 Nr. 4 ErbStG).<sup>191</sup> Diese gilt als vom Erblasser zugewendet, unabhängig davon wer die Abfindung zahlt.<sup>192</sup>

### **3. Verhältnis Gesellschaftsrecht und Erbrecht**

Die erbrechtlichen Grundsätze der Universalsukzession stehen der gesellschaftsrechtlich erwünschten Sonderzuordnung der Gesellschaftsbeteiligungen entgegen.<sup>193</sup> Zudem steht der erbrechtliche Grundsatz, wonach die Erbenhaftung auf den Nachlass beschränkt werden kann, im Widerspruch zur gesellschaftsrechtlichen persönlichen und unbeschränkbaren Haftung des Gesellschafters.<sup>194</sup>

In Konfliktfällen gilt gemäß Art. 2 EGHGB das Handelsrecht und somit die gesellschaftsrechtlichen Vorschriften. Daher sollten Widersprüche zwischen Erb- und Gesellschaftsrecht vermieden werden.<sup>195</sup> So würde beispielsweise die testamentarische Einsetzung eines persönlich haftenden Gesellschafters in einer Personengesellschaft scheitern, wenn der Gesellschaftsvertrag eine qualifizierte Nachfolgeklausel enthält und der eingesetzte Erbe die dafür erforderlichen Qualifikationen nicht erfüllt.<sup>196</sup>

Die erste Frage, die sich Gesellschafter bei der Nachfolgeplanung in Bezug auf Personengesellschaften stellen müssen, ist also immer die nach der grundsätzlichen Vererblichkeit der Beteiligung. Ist das „ob“ geklärt, gilt es zu prüfen, an wen die Gesellschafterstellung vererbt werden kann, ob also hinsichtlich der in Betracht kommenden Nachfolger gesellschaftsvertragliche Beschränkungen bestehen.

### **III. Zwischenfazit**

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass die KG eine hohe Flexibilität bietet. Ihre Gestaltung ist vielseitig und für zahlreiche Konstellationen anwendbar. Die Unterscheidung zwischen persönlich haftenden Komplementären und beschränkt haftenden Kommanditisten erlaubt eine klare Abgrenzung von Verantwortung und Haftungsrisiken. Angesichts der großen wirtschaftlichen Bedeutung gebührt der KG eine sorgfältige Nachfolgeplanung. Dabei ist eine Abstimmung zwischen erbrechtlichen und gesellschaftsrechtlichen Regelungen unverzichtbar.

### **C. Nachfolgeregelungen im Recht der Kommanditgesellschaft**

Nach der Klärung der grundlegenden Begriffe und Prinzipien des Erb- und Gesellschaftsrechts, widmet sich das folgende Kapitel den spezifischen rechtlichen Rahmenbedingungen der Nachfolge von Todes wegen in der Kommanditgesellschaft. Hierbei werden

---

<sup>188</sup> Looschelders, Erbrecht, Kap.4 §3 Rn.808.

<sup>189</sup> Zit. Nach Lange/MüKo, BGB, §2305 Rn.10.

<sup>190</sup> Looschelders, Erbrecht, Kap.6 §5 Rn.1098.

<sup>191</sup> Von Sothen/Scherer, Unternehmensnachfolge, §11 Rn.11.

<sup>192</sup> Von Sothen/Scherer, Unternehmensnachfolge, §11 Rn.11.

<sup>193</sup> Klein/Lindemaier/Krämer, MHdbGesR, §40 Rn.3.

<sup>194</sup> Klein/Lindemaier/Krämer, MHdbGesR, §40 Rn.3.

<sup>195</sup> Klein/Lindemaier/Krämer, MHdbGesR, §40 Rn.4.

<sup>196</sup> Klein/Lindemaier/Krämer, MHdbGesR, §40 Rn.4.

insbesondere die Besonderheiten, die die verschiedenen Gesellschafterstellungen mit sich bringen beleuchtet. Dies umfasst die rechtlichen Konsequenzen und die Auswirkungen auf die Struktur und Fortführung der Gesellschaft.

## **I. Nachfolgeregelung bei Tod eines Komplementärs**

### **1. Grundsatzregelungen bei Tod des Komplementärs**

#### **a) Der Tod als Ausscheidgrund**

Vor der Handelsrechtsreform 1998 führte der Tod eines persönlich haftenden Gesellschafters noch zur Auflösung der Gesellschaft.<sup>197</sup> Im Rahmen der Neuregelungen der Handelsrechtsreform wurde der Tod eines persönlich haftenden Gesellschafters von einem Auflösungsgrund zu einem Ausscheidgrund.<sup>198</sup> Das MoPeG hat daran inhaltlich keine Änderungen vorgenommen,<sup>199</sup> redaktionell jedoch schon. Die Regelung fand sich vorerst in §131 Abs. 3 HGB aF und nun in §130 Abs. 1 Nr. 1 HGB. Durch das MoPeG wurden die Gründe für das Ausscheiden eines Gesellschafters (§§130-137 HGB) räumlich von den Auflösungsgründen (§138-142 HGB) getrennt.<sup>200</sup>

Mit dem Tod eines persönlich haftenden Gesellschafters erlischt die Mitgliedschaft ipso iure, also kraft Gesetzes und ohne weiteres Zutun.<sup>201</sup> Alle personenbezogenen Mitgliedschaftsrechte und -pflichten, insbesondere die Rechte und Pflichten zur Geschäftsführung, Vertretung, Stimmabgabe, Information und Kontrolle, fallen damit ersatzlos weg.<sup>202</sup> Diese (dispositiven) Rechtsfolgen treten unmittelbar mit dem Todesfall ein und sind weder von der Kenntnis noch von der Zustimmung der übrigen Gesellschafter oder der Erben abhängig.<sup>203</sup>

#### **b) Formalitäten und Eintragungspflicht**

Die Gesellschafter sind gemäß §§161 Abs. 2, 106 Abs. 6, 7 HGB verpflichtet das Ausscheiden des Komplementärs zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden. Der §106 HGB wurde durch das MoPeG reformiert. In der alten Fassung fiel er wesentlich geringer aus. Vor MoPeG bestand §106 HGB aF lediglich aus zwei Absätzen, die geregelt haben bei welchem Gericht die Anmeldung zu erfolgen hat und welche Angaben die Anmeldung zu enthalten hat. Absatz 2 wurde ausführlicher formuliert und die Absätze 3-7 wurden neu hinzugefügt, wobei die Regelung des Absatzes 6 vor MoPeG in §107 HGB aF zu finden war und Absatz 7 in §§108, 143 HGB aF. Das MoPeG hat die zerstreuten Vorschriften in einem Paragraphen zusammengefasst.

Die Anmeldung hat eine notariell beglaubigte Erklärung (§12 Abs. 1 HGB) sämtlicher Gesellschafter sowie aller Erben des verstorbenen Gesellschafters zu enthalten (§141 Abs. 1 HGB). Gemäß §106 Abs. 7 S. 2 HGB ist die Mitwirkung der Erben entbehrlich, wenn der Mitwirkung besondere Hindernisse entgegenstehen. Das Registergericht prüft nach pflichtgemäßem Ermessen, ob der Mitwirkung „besondere Hindernisse“ entgegenstehen.<sup>204</sup> Dabei

---

<sup>197</sup> Ebenroth/Boujong/Lorz, HGB §130 Rn.2.

<sup>198</sup> Ebenroth/Boujong/Lorz, HGB §130 Rn.2.

<sup>199</sup> Ebenroth/Boujong/Lorz, HGB §130 Rn.1.

<sup>200</sup> Ebenroth/Boujong/Lorz, HGB, §130 Rn. 1.

<sup>201</sup> Klein, Lindemaier, Krämer, MHdbGesR, §40 Rn.6.

<sup>202</sup> MüKo/Schäfer, BGB, §724 Rn.40.

<sup>203</sup> Klein, Lindemaier, Krämer, MHdbGesR, §40 Rn.6.

<sup>204</sup> Schäfer/Staub, HGB, §106 Rn.79.



können die Unsicherheit über die Erbenstellung sowie die erschwerte Erreichbarkeit bzw. der unbekannte Aufenthaltsort eines Erben in Betracht kommen.<sup>205</sup>

Die Anmeldung zum Handelsregister hat unverzüglich zu erfolgen,<sup>206</sup> also ohne schuldhaftes Zögern. Auch wenn die Anmeldung nicht konstitutiv ist, hat sie gemäß §15 HGB haftungsrechtliche Bedeutung und ist maßgebend für die Nachhaftungsfrist gemäß §137 Abs. 1 HGB.<sup>207</sup>

Gemäß §24 Abs. 1 HGB hat das Ausscheiden grundsätzlich auch keine Auswirkungen auf die Firma.<sup>208</sup> Ausnahmen können bestehen, wenn der Name des Verstorbenen in der Firma enthalten ist.<sup>209</sup> Dann ist entweder die letztwillige oder gesellschaftsvertragliche Zustimmung des verstorbenen Gesellschafters oder die seiner Erben notwendig.<sup>210</sup> Fehlt es an der Zustimmung muss eine neue Firma gebildet werden und im Handelsregister eingetragen werden.<sup>211</sup>

Das Ausscheiden des Gesellschafters berührt weder die Identität der Gesellschaft noch den Bestand des Gesamthandsvermögens.<sup>212</sup> Bestehende Verträge und anhängige Prozesse bleiben unberührt.<sup>213</sup> Auch im Grundbuch müssen keine Änderungen vorgenommen werden.<sup>214</sup>

### c) Anwachsungsprinzip

Das Anwachsungsprinzip ist in §712 Abs. 1 BGB (§738 Abs. 1 S.1 BGB aF) geregelt und besagt, dass der Anteil eines ausscheidenden Gesellschafters an der Gesellschaft den übrigen Gesellschaftern im Zweifel im Verhältnis ihrer Anteile zuwächst. Der Anwendungsbereich für die Kommanditgesellschaft ist über §§161 Abs. 2, 105 Abs. 3 HGB eröffnet. In diesem Prinzip kommt der personengesellschaftsrechtliche Grundsatz der „Einheitlichkeit der Mitgliedschaft“ zum Ausdruck.<sup>215</sup> Dieser Grundsatz besagt, dass die Mitgliedschaft in einer Personengesellschaft nach hM unteilbar ist.<sup>216</sup> Das heißt, ein Gesellschafter kann nicht mehrere Gesellschaftsanteile halten.<sup>217</sup> Besonders relevant wird dieser Grundsatz, wenn beispielsweise ein Kommanditist einen Komplementär oder umgekehrt beerbt.<sup>218</sup> Der Erbe muss sich dann für eine Gesellschafterstellung entscheiden.<sup>219</sup>

Das Anwachsungsprinzip ist nicht dispositiv.<sup>220</sup> Im Gesellschaftsvertrag sind Regelungen zur disquotalen Anwachsung zulässig.<sup>221</sup> Die mit dem Tod beendete Mitgliedschaft, einschließlich der vermögensrechtlichen Bestandteile, wird somit nicht Teil des Nachlasses.<sup>222</sup>

---

<sup>205</sup> Schäfer/Staub, HGB, §106 Rn.79.

<sup>206</sup> Klein/Lindemaier/Krämer, MHdbGesR, §40 Rn.50.

<sup>207</sup> Klein/Lindemaier/Krämer, MHdbGesR, §40 Rn.50.

<sup>208</sup> Klein/Lindemaier/Krämer, MHdbGesR, §40 Rn.16.

<sup>209</sup> Hopt/Merkt, HGB, §24 Rn.11.

<sup>210</sup> Hopt/Merkt, HGB, §24 Rn.11.

<sup>211</sup> Klein/Lindemaier/Krämer, MHdbGesR, §40 Rn.16.

<sup>212</sup> Klein/Lindemaier/Krämer, MHdbGesR, §40 Rn.15.

<sup>213</sup> Klein/Lindemaier/Krämer, MHdbGesR, §40 Rn.15.

<sup>214</sup> Klein/Lindemaier/Krämer, MHdbGesR, §40 Rn.15.

<sup>215</sup> Koch/ Könen, Personengesellschaftsrechtskommentar, §712 BGB Rn.4.

<sup>216</sup> MüKo/ Fleischer, HGB, §105 Rn.248.

<sup>217</sup> MüKo/ Fleischer, HGB, §105 Rn.248.

<sup>218</sup> MüKo/ Fleischer, HGB, §105 Rn.250.

<sup>219</sup> Weitere Ausführungen dazu in Kapitel C.I.3.a)bb).

<sup>220</sup> Klein/Lindemaier/Krämer, MHdbGesR, §40 Rn.13.

<sup>221</sup> Klein/Lindemaier/Krämer, MHdbGesR, §40 Rn.13.

<sup>222</sup> Klein/Lindemaier/Krämer, MHdbGesR, §40 Rn.13.

Folglich können Testamentsvollstreckung, Nachlassverwaltung oder Nachlassinsolvenz die Anwachsung nicht verhindern.<sup>223</sup>

#### **d) Folgen des Ausscheidens für die Erben**

Sofern im Gesellschaftsvertrag nichts anderes vereinbart ist, ist die Gesellschaft gemäß, dem durch das MoPeG neu eingeführten, §135 Abs. 1 HGB verpflichtet, dem ausgeschiedenen Gesellschafter von der Haftung für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft zu befreien und ihm eine dem Wert seines Anteils entsprechende angemessene Abfindung zu zahlen. Vor dem MoPeG waren die Abfindungsansprüche nur im BGB geregelt (§738 Abs. 1 S.2 und 3, Abs.2 BGB aF). Neben der Neufassung dieser Regelungen im BGB (§728 BGB nF) wurde im HGB „aus Gründen der Rechtsklarheit“ die Norm gedoppelt.<sup>224</sup>

Im Falle des Todes fallen diese Ansprüche in den Nachlass.<sup>225</sup> Den Erben steht dieser Anspruch gegenüber der Gesellschaft bzw. den verbleibenden Gesellschaftern zu.<sup>226</sup>

#### **aa) Schuldbefreiung**

Gemäß §135 Abs.1 S.1 Var.1 HGB ist die Gesellschaft bei Ausscheiden eines Gesellschafters dazu verpflichtet ihn von der Haftung für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft im Innenverhältnis zu befreien. Die Schuldbefreiung erfasst die Verbindlichkeiten, für die der ausgeschiedene Gesellschafter die persönliche Haftung übernommen hat.<sup>227</sup> Die Schuldbefreiung kann durch Vereinbarung der Gesellschaft mit den Gläubigern, dass der ausgeschiedene von der Mithaftung ausgenommen ist oder durch Tilgung der Gesellschaftsverbindlichkeit erfüllt werden.<sup>228</sup> Die Regelung zur Schuldbefreiung ist dispositiv und kann abbedungen werden.<sup>229</sup> Die Schuldbefreiung steht dem Erben des ausgeschiedenen gegen die Gesellschaft zu.<sup>230</sup>

#### **bb) Abfindungsanspruch**

Den Erben des durch den Tod ausgeschiedenen Komplementärs steht somit gemäß §135 Abs. 1 S. 1 HGB eine „angemessene“ Abfindung als Sozialverbindlichkeit gegen die Gesellschaft zu. Fraglich ist, was der Gesetzgeber als angemessen ansieht.

Die Regelung vor MoPeG (§738 Abs.1 BGB aF) lag der Liquidationshypothese zu Grunde,<sup>231</sup> wonach dem ausscheidenden Gesellschafter das zu zahlen ist, „was er bei der Auseinandersetzung erhalten würde, wenn die Gesellschaft zur Zeit seines Ausscheidens aufgelöst worden wäre.“ Die Neuregelungen erfordern nun eine „angemessene Abfindung“. Der Gesetzgeber wollte sich hierbei von der Liquidationshypothese lösen, definiert jedoch keinen Bewertungsmaßstab.<sup>232</sup> Die Gesetzesbegründung ist widersprüchlich. Einerseits wird betont, dass die „Verknüpfung zum fiktiven Auseinandersetzungsanspruch“ aufgegeben

<sup>223</sup> Klein/Lindemaier/Krämer, MHdbGesR, §40 Rn.13.

<sup>224</sup> BegrRegE, BT-Drucks. 19/27635, S. 245

<sup>225</sup> Haufe, Schoor, HI2207123, Personengesellschaft: Vererbung von Anteilen-Gesetzliche Nachfolge

<sup>226</sup> Klein/Lindemaier/Krämer, MHdbGesR, §40 Rn.13

<sup>227</sup> Schäfer/Staub, HGB, §135 Rn.3.

<sup>228</sup> BGH, Urteil vom 03.05.1999 – II ZR 32-98, NJW 1999, 2438 (2440); Schäfer/MüKo, BGB, §728 Rn.78.

<sup>229</sup> Schulte, MHdbGesR, §37 Rn.16.

<sup>230</sup> Noack/Westermann/Wertenbruch, Handbuch Personengesellschaften, §40 Rn.1408.

<sup>231</sup> Hüttemann/Meyer, ZIP 2022, 935 (935).

<sup>232</sup> BT-Drs. 19/27635,176.

wurde.<sup>233</sup> Andererseits heißt es, die neuen Regelungen sollen zu keinen Änderungen der bisherigen Bewertungspraxis führen und es wird dem „Prinzip der Methodenoffenheit“ gefolgt.<sup>234</sup>

Nach *Hüttemann* und *Meyer* hat das MoPeG mit diesen Neuregelungen keinen echten Mehrwert geschaffen.<sup>235</sup> Die bisherige Liquidationshypothese war sach- und interessensgerecht. Anzunehmen ist das diese grundsätzlich einer „angemessenen Abfindung“ entspricht.

In der Gesetzesbegründung heißt es weiter, dass der „wahre Wert“ des Gesellschaftsanteils zu ermitteln ist, der sich im Regelfall indirekt aus dem Unternehmenswert ableitet.<sup>236</sup> Der Wert des Gesellschaftsanteils ist, soweit erforderlich, im Wege der Schätzung zu ermitteln (§135 Abs.3 HGB).

Die Rechtsprechung betont jedoch, dass es keine rechtliche Bindung an eine Bewertungsmethode gibt,<sup>237</sup> was der Gestaltung der Abfindungsklauseln größeren Spielraum einräumt.<sup>238</sup>

### **cc) Fehlbetragshaftung**

Die Fehlbetragshaftung ist in §136 HGB geregelt und wurde durch das MoPeG neu eingeführt. Die Fehlbetragshaftung steht im Gegensatz zum Abfindungsanspruch.<sup>239</sup> Diese ist die Pflicht des ausgeschiedenen Gesellschafters einen Fehlbetrag auszugleichen, sollte sich bei der Berechnung des Abfindungsanspruches ein negativer Betrag ergeben.<sup>240</sup> Die Fehlbetragshaftung verstößt nicht gegen das Nachschussverbot gemäß §710 BGB.<sup>241</sup> Diese fällt, ebenso wie der Abfindungsanspruch, in den Nachlass, wenn der Gesellschafter von Todes wegen ausscheidet.<sup>242</sup>

### **dd) Nachhaftung**

Gemäß §137 Abs. 1 HGB (§160 Abs.1 HGB aF) haftet ein ausscheidender Gesellschafter für Verbindlichkeiten, die bis zu seinem Ausscheiden begründet wurden, fünf Jahre nach. Dies gilt unabhängig vom Ausscheidgrund. Scheidet der Gesellschafter von Todes wegen aus, fällt die Nachhaftung den Erben zu.<sup>243</sup> Die Haftung ist jedoch auf den Nachlass beschränkt (§131 Abs.4 HGB).

## **2. Regelungen zur Fortsetzung mit den Erben**

Der in §130 Abs. 1 Nr. 1 HGB verankerte Grundsatz, wonach der Komplementär bei Tod ausscheidet, ist dispositiv.<sup>244</sup> Folglich können Anpassungen im Gesellschaftsvertrag vorgenommen werden, die die Komplementärbeteiligung vererblich stellen.<sup>245</sup> Wird die

---

<sup>233</sup> BT-Drs. 19/27635,175.

<sup>234</sup> BT-Drs. 19/27635,176.

<sup>235</sup> *Hüttemann/Meyer*, ZIP 2022, 935 (942).

<sup>236</sup> BT-Drs. 19/27635,176.

<sup>237</sup> *Lorz/Ebenroth/Boujong*, HGB, §135 Rn.25.

<sup>238</sup> Dazu in Kapitel D. IV.

<sup>239</sup> *Schulte*, MHdbGesR, §37 Rn.48.

<sup>240</sup> *Schulte*, MHdbGesR, §37 Rn.48.

<sup>241</sup> *Schulte*, MHdbGesR, §37 Rn.48.

<sup>242</sup> *Noack/Westermann/Wertenbruch*, §40 Rn.1407.

<sup>243</sup> *Schmidt/Drescher/MüKo*, HGB, §160 Rn.17.

<sup>244</sup> *Guntermann/Koch*, Personengesellschaftsrecht Kommentar, §130 Rn.2.

<sup>245</sup> Zu den Nachfolgeklauseln in Kapitel D.I.

Beteiligung für einen oder mehrere Erben vererblich gestellt, sieht das Gesetz weitere Regelungen vor.

#### **a) Wahlrecht**

Stellt der Gesellschaftsvertrag die Komplementärbeteiligung vererblich, steht den Erben ein gesetzliches Wahlrecht gemäß §131 Abs. 1 HGB (§139 HGB aF) zu. Sind mehrere Erben vorhanden, vollzieht sich der Übergang im Wege der Sonderrechtsnachfolge. Demnach fällt jedem Erben ein eigener Gesellschaftsanteil und damit ein eigenes Wahlrecht zu. Dieses Wahlrecht können sie unabhängig voneinander ausüben.<sup>246</sup> Das Wahlrecht ist ausschließlich den Komplementär-Erben vorbehalten.<sup>247</sup> Dies beruht auf dem grundlegenden Unterschied in der Haftung: Die Komplementär-Erben treten ohne ihr Zutun in die unbeschränkte Haftung ein und haben daher ein berechtigtes Interesse daran ihr Privatvermögen zu schützen. Die Erben des Kommanditisten tragen dieses Risiko nicht. Der Gesellschafter-Erbe hat grundsätzlich drei Möglichkeiten. Er kann die Komplementärstellung annehmen und mit voller Haftung in der Gesellschaft verbleiben. Er kann die Kommanditistenstellung verlangen und sein Verbleiben in der Gesellschaft davon abhängig machen.<sup>248</sup> Er kann das Erbe insgesamt ausschlagen.

#### **b) Folgen bei Annahme der Komplementärstellung**

Eine Möglichkeit, die der Erbe des Komplementärs hat, ist die Annahme der Komplementärstellung. Wesentliche Konsequenz daraus wäre das Einrücken in die Gesellschafterstellung des persönlich und unbeschränkt haftenden Gesellschafters. Mit der Übernahme der Komplementärstellung übernimmt der Erbe alle Rechte und Pflichten, die mit dieser Rolle verbunden sind. Darunter vor allem die Übernahme der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis sowie die unbeschränkte Haftung für Alt- und Neuverbindlichkeiten.<sup>249</sup>

#### **c) Folgen bei Ablehnung der Komplementärstellung unter Einräumung der Kommanditistenstellung**

Mit Ausübung des Wahlrechts hat der Erbe die Möglichkeit von seinen Mitgesellschaftern die Einräumung der Kommanditistenstellung zu verlangen und auf diesem Wege der unbeschränkten Haftung auszuweichen.

Der Anwendungsbereich des §131 HGB ist nicht eröffnet, wenn der Erbe bereits vor dem Erbfall Komplementär war. Da keine Veranlassung besteht ihn vor der persönlichen Haftung zu schützen, die ihn ohnehin trifft.<sup>250</sup>

Es ist zu beachten, dass der Erbe keinen klagbaren Anspruch auf Einräumung der Kommanditistenstellung hat.<sup>251</sup> Der formlose Antrag ist innerhalb einer Frist von drei Monaten (§131 Abs. 3 HGB) an die Mitgesellschafter zu richten. Wird der Antrag angenommen, wird der Erbe ohne Weiteres Kommanditist. Der Annahme steht auch nicht entgegen, dass der

---

<sup>246</sup> BGH, Urteil vom 21.12.1970 – II ZR 258/67 (Düsseldorf), NJW 1971, 1268 (1268).

<sup>247</sup> Schmidt/Fleischer/MüKo, BGB, §139 Rn.61.

<sup>248</sup> Roth/Hopt, HGB §131 Rn. 37.

<sup>249</sup> Roth/Hopt, HGB §131 Rn. 46.

<sup>250</sup> Schmidt/Fleischer/MüKo, HGB, §139 Rn.66.

<sup>251</sup> Lorz/Ebenroth/Boujong, HGB §131 Rn. 96.

Erbe der einzige Komplementär ist.<sup>252</sup> In diesem Fall muss die Gesellschaft liquidiert werden oder in eine OHG umgewandelt werden, sollte kein neuer Komplementär eintreten.<sup>253</sup>

#### **d) Folgen bei Ablehnung der Komplementärstellung und Wahrnehmung des Kündigungsrechts**

Nehmen die Mitgesellschafter den Antrag nicht an, kann der Erbe der Gesellschaft gemäß §131 Abs. 2 HGB außerordentlich fristlos kündigen. Die Kündigung muss gemäß §131 Abs.3 HGB innerhalb der Frist von drei Monaten und durch Erklärung gegenüber der Gesellschaft erfolgen. Die Erklärung des Ausscheidens ist grundsätzlich formfrei möglich und kann bereits mit dem Antrag auf Umwandlung der Gesellschafterstellung verknüpft sein, so dass der Erbe unmittelbar mit Ablehnung aus der Gesellschaft ausscheidet.<sup>254</sup> Die Austrittserklärung ist eine einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung.<sup>255</sup> Erforderlich ist, dass sie allen übrigen Gesellschaftern fristgemäß zugeht.<sup>256</sup> Sind im Gesellschaftsvertrag keine abweichenden Regelungen getroffen, ist der geschäftsführende Gesellschafter nicht allein zur Entgegennahme befugt. Ihm kann jedoch eine Empfangsvollmacht erteilt werden.<sup>257</sup> Ist die Kündigung fristgemäß erklärt, scheidet der Gesellschafter-Erbe mit Wirkung ex nunc aus der Gesellschaft aus und die Gesellschaft wird (soweit möglich)<sup>258</sup> unter den übrigen Gesellschaftern fortgeführt.<sup>259</sup>

##### **aa) Abfindung**

Nach dem Ausscheiden des Erben wird die Gesellschaft unter den verbleibenden Gesellschaftern fortgeführt. Dem ausscheidenden Erben steht eine Abfindung gemäß §135 HGB zu.<sup>260</sup>

##### **bb) Haftung**

Scheidet der Erbe innerhalb der Frist von drei Monaten aus, so haftet er für Altverbindlichkeiten, die bis zum Erbfall begründet wurden und für Neuverbindlichkeiten, die bis zur Anteilsumwandlung begründet wurden persönlich, da diese in den Nachlass fallen.<sup>261</sup> Er hat die Möglichkeit seine Haftung auf den Nachlass zu beschränken. Für Neuverbindlichkeiten haftet der Erbe nicht.<sup>262</sup>

## **II. Nachfolgeregelung bei Tod eines Kommanditisten**

Die Nachfolge von Todes wegen eines Kommanditisten unterscheidet sich grundlegend von der eines Komplementärs. Diese Differenz führt zu abweichenden Rechtsfolgen sowie unterschiedlichen Handlungsmöglichkeiten der Erben. Im folgenden Kapitel werden die gesetzlichen Nachfolgeregelungen im Falle des Todes eines Kommanditisten dargestellt. Dabei stehen die rechtlichen Konsequenzen sowie die daraus resultierenden Herausforderungen für die Erben im Mittelpunkt der Betrachtung.

---

<sup>252</sup> Lorz/Ebenroth/Boujong, HGB §131 Rn.106.

<sup>253</sup> Lorz/Ebenroth/Boujong, HGB §131 Rn. 106.

<sup>254</sup> Zit. nach Lorz/Ebenroth/Boujong HGB §131, Rn.110.

<sup>255</sup> Schäfer/Staub, HGB §131 Rn.93.

<sup>256</sup> Schäfer/Staub, HGB §131 Rn.93.

<sup>257</sup> Zit. Nach Schmidt/Fleischer/MüKo, HGB, §139 Rn.89.

<sup>258</sup> Dazu genauer in Kapitel C.III

<sup>259</sup> Guntermann/Koch, Personengesellschaftsrecht Kommentar, §131 HGB Rn.14.

<sup>260</sup> Zur Abfindung siehe C.I.1.d)bb).

<sup>261</sup> Roth/Hopt, HGB, §131 Rn.48.

<sup>262</sup> Roth/Hopt, HGB, §131 Rn.48.

## 1. Gesetzliche Ausgangslage

Anders als beim Tod eines Komplementärs führt der Todesfall eines Kommanditisten nicht zum Ausscheiden aus der Gesellschaft. Gemäß §177 HGB (durch MoPeG unverändert) ist die Kommanditbeteiligung vererblich, wodurch die Gesellschaft im Übrigen unverändert mit den Erben des Kommanditisten fortgeführt wird.<sup>263</sup> Sofern keine abweichenden Regelungen im Gesellschaftsvertrag bestehen, geht der Gesellschaftsanteil mit dem Tod des Gesellschafters ipso iure auf dessen Erben über.<sup>264</sup> Die Regelung des §177 HGB entspricht der Interessenlage der Gesellschafter einer KG,<sup>265</sup> da der Kommanditist meistens als reiner Kapitalgeber fungiert und keinen großen Einfluss auf die Gesellschaft nehmen kann. Somit ist seine Identität weniger entscheidend.<sup>266</sup> Sind keine Regelungen im Gesellschaftsvertrag getroffen, vollzieht sich die Rechtsnachfolge erbrechtlich.<sup>267</sup> Hinterlässt der Erblasser mehrere Erben geht der Gesellschaftsanteil nicht als Ganzes auf die Erbengemeinschaft über, wie es der erbrechtliche Grundsatz der Universalsukzession anordnen würde, stattdessen wird der Anteil entsprechend der Erbquoten in selbstständige Einzelbeteiligungen geteilt, wodurch an die Stelle des Erblassers so viele Neu-Kommanditisten treten, wie er Erben hinterlässt.<sup>268</sup>

## 2. Rechtsfolgen des Übergangs der Kommanditbeteiligung

Geht die Kommanditbeteiligung im Wege der Erbfolge auf die Erben über, sind gewisse Formalitäten in Bezug auf die Eintragung in das Handelsregister und die Haftung der Erben zu beachten.

### a) Formalitäten und Eintragungspflicht

Aus §106 Abs. 6 i.V.m. §162 Abs. 2 HGB ergeben sich spezifische Vorgaben zur Eintragung von Veränderungen in der Gesellschafterstruktur einer KG im Handelsregister. Die Regelung in §162 Abs. 2 HGB ergänzt §106 Abs. 6 HGB für den Ein- und Austritt eines Kommanditisten.

Gemäß §106 Abs. 7 HGB hat die Anmeldung durch alle Gesellschafter zu erfolgen. Bei Tod eines Gesellschafters kann die Anmeldung ohne Mitwirkung der Erben erfolgen, wenn dieser besonderen Hindernisse entgegenstehen.<sup>269</sup>

Im Falle einer Übertragung der Beteiligung durch Erbgang muss im Handelsregister nach hM nicht separat der Eintritt des Erben und das Ausscheiden des verstorbenen Kommanditisten eingetragen werden.<sup>270</sup> Stattdessen ist deutlich zu machen, dass der neue Kommanditist als Erbe eintritt.<sup>271</sup> Dies wird mit einem sogenannten Rechtsnachfolgevermerk erreicht. Die Eintragung wird durch den Rechtsnachfolgevermerk (z.B. „im Wege der Einzelrechtsnachfolge“) ergänzt.<sup>272</sup> Der Rechtsverkehr soll sich darüber im Klaren sein, dass

<sup>263</sup> Klein/Lindemaier/Krämer, MHdbGesR, §40 Rn.25.

<sup>264</sup> Klein/Lindemaier/Krämer, MHdbGesR, §40 Rn.25.

<sup>265</sup> Begr. RegE. HRefG, [BT-Drucks. 13/10332](#), 30.

<sup>266</sup> Beyer/Häublein/Hoffman-Theinert/Poll, BeckOK HGB, §177 Rn.1.

<sup>267</sup> Klein/Lindemaier/Krämer, MHdbGesR, §40 Rn.26; hM, vgl. BGH, Urteil vom 22.11.1956 – II ZR 222/55, NJW 1957,180.

<sup>268</sup> Klein/Lindemaier/Krämer, MHdbGesR, §40 Rn.26.

<sup>269</sup> §106 Abs. 7 S. 2 HGB.

<sup>270</sup> Roth/Hopt, HGB, §162 Rn.8.

<sup>271</sup> Roth/Hopt, HGB, §162 Rn.8.

<sup>272</sup> Schmidt/Grüneberg/MüKo, HGB, §173 Rn.26.

der Kommanditistenwechsel nicht durch Ein- und Austritt erfolgt ist, sondern durch derivativen Erwerb.<sup>273</sup>

Besonderheiten sind zu beachten, sofern die Erben bereits an der KG als Gesellschafter beteiligt sind. Wenn der Erbe bereits als Komplementär an der Gesellschaft beteiligt ist, reicht es aus, das Ausscheiden des Verstorbenen Kommanditisten anzumelden.<sup>274</sup> Sollte der Erbe hingegen bereits Kommanditist sein, ist eine Anpassung der erhöhten Haftsumme erforderlich.<sup>275</sup> Nach *Roth* ist die Angabe der Haftsumme nicht erforderlich, wenn nur ein einzelner Erbe als Nachfolger in die Gesellschaft eintritt. Sind jedoch mehrere Erben als Nachfolger in die Gesellschaft eingetreten, muss die Haftsumme für jeden Erben einzeln angegeben werden.<sup>276</sup>

## **b) Rechtsnachfolgevermerk**

### **aa) Diskussion um den Rechtsnachfolgevermerk**

Ob ein Rechtsnachfolgevermerk im Handelsregister bei Tod eines Kommanditisten und der Nachfolge des Erben zum Handelsregister eingetragen werden muss löst in der Literatur weitgehend Meinungsverschiedenheit aus.

Als grundlegend lässt sich das Urteil des Reichsgerichts aus dem Jahr 1944 ansehen. Dieses urteilte, dass ein zusätzlicher Vermerk im Handelsregister, der auf Sondererbfolge hinweist, sowohl zulässig als auch erforderlich ist.<sup>277</sup> Dies ist derzeit herrschende Meinung.<sup>278</sup> Durch den Rechtsnachfolgevermerk ist deutlich zu machen ist, dass es sich um die Übertragung eines bestehenden Anteils und nicht um einen neuen Kommanditisten handelt.<sup>279</sup> Des Weiteren beziehen u.a. *Schmidt* und *Grüneberg* Stellung zum Nachfolgevermerk bei erbrechtlicher Übertragung: „Die Rechtsnachfolge (z.B. „als Erbe“) muss im Handelsregister als solche kenntlich gemacht werden.“<sup>280</sup> Das OLG Köln argumentiert mit Bezug auf die Änderungen der Regelungen des §162 Abs. 2 HGB aus 2001, dass die Eintragung des Nachfolgevermerks mit den Änderungen nicht hinfällig geworden sei, da den Gläubigern einer Gesellschaft nur damit zuverlässig wiedergegeben werden kann, wie sich die Haftungslage im Außenverhältnis gestaltet.<sup>281</sup> *Krafka* vertritt ebenfalls die Ansicht, dass die seit vielen Jahrzehnten bestehende Registerpraxis und der sich daraus ergebende Vertrauensstatbestand des Rechtsverkehrs, dazu führt, dass die Eintragung des Nachfolgevermerks aufgrund des Gewohnheitsrechts zulässig ist.<sup>282</sup>

Im engen Zusammenhang mit dem Nachfolgevermerk steht die sogenannte negative Abfindungserklärung. Für die Eintragung des Nachfolgevermerks ist es nach ständiger Rechtsprechung erforderlich eine negative Abfindungsversicherung beim Registergericht einzuzeichnen. Diese sollte enthalten, dass dem Ausscheidenden bzw. dessen Erben keine Abfindung aus dem Gesellschaftsvermögen gezahlt oder versprochen wurde.<sup>283</sup> Auch diese

<sup>273</sup> *Salomon/Heckschen/Freier*, Das MoPeG in der Notar- und Gestaltungspraxis, §4 Rn.165.

<sup>274</sup> *Krafka*, Registerrecht, Rn.755a.

<sup>275</sup> *Krafka*, Registerrecht, Rn.755a.

<sup>276</sup> *Roth/Hopt*, HGB, §162 Rn.9.

<sup>277</sup> Zit. Nach *Schmidt/Grüneberg/MüKo*, HGB, §173 Rn.26; RG, Urteil vom 30.09.1944, DNotZ 1944, 201.

<sup>278</sup> *MüKo/Grunewald*, HGB, §162 Rn.16; a.A. *MüKo/Krebs*, HGB, §15 Rn.60.

<sup>279</sup> *MüKo/Grunewald*, HGB, §162 Rn.16.

<sup>280</sup> *MüKo/Schmidt/Grüneberg*, HGB, §173 Rn.46

<sup>281</sup> OLG Köln, Beschluss vom 04.02.2004 – 2 Wx 36/03, NZG 2004, 416 (418).

<sup>282</sup> *Krafka*, Registerrecht, Rn.748.

<sup>283</sup> *Ceesay/Koch*, Personengesellschaftsrecht Kommentar, §173 HGB Rn.21.

Versicherung ist sehr umstritten. Sie ist gesetzlich nicht vorgesehen, aber sogenanntes Gewohnheitsrecht geworden.<sup>284</sup> Die hM geht von der Erforderlichkeit aus.<sup>285</sup>

#### **bb) Fehlender Rechtsnachfolgevermerk**

Neben der Frage, ob ein Rechtsnachfolgevermerk überhaupt notwendig ist, wird ebenfalls ausführlich diskutiert, wie sich die Haftung bei fehlerhafter, unvollständiger oder unterbleibender Eintragung der Rechtsnachfolge auswirkt.

Fehlt der Nachfolgevermerk im Handelsregister, entsteht Dritten der Eindruck, dass es sich um einen gewöhnlichen Ein- und Austritt unter Lebenden und nicht im Wege der Rechtsnachfolge handelt.<sup>286</sup> Nach der Entscheidung des BGH hat das Fehlen des Vermerks für den Eintretenden keine Auswirkungen.<sup>287</sup> Der Kommanditanteil wurde gemäß § 177 HGB vererbt und somit auch das Recht sich gemäß § 171 Abs. 1 Hs. 2 HGB auf die Leistung der Einlage zu berufen, welche die Haftung ausschließt. Der Veräußerer hingegen verliert bei Fehlen des Nachfolgevermerks das Recht sich auf seine geleistete Einlage zu berufen, da diese auf den Nachfolger übergegangen ist.<sup>288</sup>

#### **c) Haftung**

Mit dem Übergang der Kommanditbeteiligung gehen auch die Haftungspflichten auf die Erben über. Diese richten sich grundsätzlich nach den Regelungen des HGB.

Die Haftung des eintretenden Kommanditisten wird durch § 173 Abs. 1 HGB geregelt. Folglich gilt es zu prüfen, inwieweit es zu einer Verdopplung der Haftung kommen kann, obwohl der neue Kommanditist an die Stelle des Alt-Kommanditisten tritt.<sup>289</sup> Außerdem, inwieweit sich die Umbuchung der Haftsumme zu Lasten des Alt-Kommanditisten als Einlagerückzahlung auswirkt (§ 172 Abs. 4 S. 1 HGB).<sup>290</sup>

#### **aa) Haftung des Erben als Kommanditist nach § 173 HGB**

Gemäß § 173 Abs. 1 HGB haftet derjenige, der in die bestehende KG als Kommanditist eintritt nach §§ 171, 172 HGB für die vor seinem Eintritt begründeten Verbindlichkeiten. Ist die Einlage durch den Erblasser als Alt-Kommanditisten geleistet worden, ist der Erbe als Neu-Kommanditist nach § 171 Abs. 1 Hs. 2 HGB von der Haftung befreit.

#### **bb) Haftung für Altverbindlichkeiten über die Nachhaftung**

Die vorgenannte Haftung nach § 173 Abs. 1 HGB tritt grundsätzlich neben die weiterhin bestehende und fortlaufende Haftung des ausgeschiedenen Gesellschafters (Nachhaftung gemäß § 137 Abs. 1 HGB).<sup>291</sup> Die Nachhaftung ist eine Nachlassverbindlichkeit der Erben und auf den Nachlass begrenzt. Ist ein Rechtsnachfolgevermerk eingetragen, kann jedoch auf die Einlage Bezug genommen werden. Fehlt jedoch ein Rechtsnachfolgevermerk, so kann nach hM eine Haftung aus § 15 HGB in Frage kommen.<sup>292</sup>

<sup>284</sup> BGH, Beschluss vom 19.09.2005 – II ZB 11/04, NZG 2006, 15 (16).

<sup>285</sup> MüKo/Grünwald, HGB, § 162 Rn. 16.

<sup>286</sup> Schulte, MHdbGesR, § 35 Rn. 41.

<sup>287</sup> BGH, Urteil vom 29.06.1981 – II ZR 142/80, NJW 1981, 2747 (2747).

<sup>288</sup> Schulte, MHdbGesR, § 35, Rn. 41.

<sup>289</sup> Mock/Röhrich/Graf v. Westphalen, HGB, § 173 Rn. 9.

<sup>290</sup> Mock/Röhrich/Graf v. Westphalen, HGB, § 173 Rn. 9.

<sup>291</sup> Mock/Röhrich/Graf v. Westphalen, HGB, § 173 Rn. 9.

<sup>292</sup> Schmidt/Grüneberg/MüKo, HGB, § 173 Rn. 35.



### cc) Zwischenverbindlichkeiten

Für Verbindlichkeiten, die vor der Eintragung in das Handelsregister und nach dem Eintritt eingegangen wurden, haftet der Erbe unbeschränkt gemäß §176 Abs.1 HGB.<sup>293</sup> §176 Abs.2 HGB gilt in diesen Fällen nicht.

### dd) Neuverbindlichkeiten

Für die Verbindlichkeiten, die nach seinem Eintritt begründet werden haftet er nach §§171,172 HGB im Rahmen der eingetragenen Haftsumme.<sup>294</sup>

### ee) Wiederaufleben der Haftung

Gemäß §172 Abs. 4 HGB gilt eine Einlage den Gläubigern gegenüber als nicht geleistet, wenn sie an den Kommanditisten zurückgezahlt wird. Eine solche Rückzahlung liegt auch bei Zahlung des Abfindungsguthaben vor.<sup>295</sup> Die Gefahr der wiederauflebenden Haftung betrifft nur den Erben, der sich die Kommanditbeteiligung einräumen lässt. Die Rechtsfolge ist, dass die nicht geleistete Einlage zur unbeschränkten Haftung i.S.d. §171 Abs. 1 HGB führt. Folglich haftet der Kommanditist bis zur Höhe seiner Haftsumme unmittelbar. Die Wiederauflebende Haftung kann entgegengewirkt werden, sobald die Rückzahlung wieder ausgeglichen wird, also die Einlage wieder geleistet wird.<sup>296</sup>

### d) Exkurs: Vermächtnisnehmer

Auch wenn der Erblasser seine Kommanditbeteiligung im Wege der gewillkürten Erbfolge einem Vermächtnisnehmer versprochen hat, bleibt die Kommanditbeteiligung i.S.d. §177 HGB vererblich.<sup>297</sup> Die Gesellschaftsbeteiligung geht im Wege der Sondererbfolge zunächst auf die Erben über.<sup>298</sup> Dem Vermächtnisnehmer steht dann ein schuldrechtlicher Anspruch auf Übertragung des Kommanditanteils gegen die Erben zu.<sup>299</sup>

### e) Fehlender Erbe

Gemäß §1936 BGB wird der Staat Erbe, wenn kein gesetzlicher Erbe auszumachen ist.<sup>300</sup> Die Literatur beschäftigt sich mit diesem konkreten Fall eher wenig. Dies ist vermutlich darauf zurückzuführen, dass dieser Fall in der Praxis so gut wie nie vorkommt. Anzunehmen ist, dass der Fiskus nicht in die Gesellschafterstellung einrückt. Die Auslegung des Gesellschaftsvertrags wird ergeben, dass die Fortsetzung mit dem Staat als Gesellschafter regelmäßig nicht gewollt sein wird.<sup>301</sup> Außerdem kann ihm die Gesellschafterstellung nicht aufgezwungen werden.<sup>302</sup>

<sup>293</sup> Schmidt/Grüneberg/MüKo, HGB, §173 Rn.23.

<sup>294</sup> Schmidt/Grüneberg/MüKo, HGB, §173 Rn.23.

<sup>295</sup> Schmidt/Grüneberg/MüKo, HGB §172 Rn.79.

<sup>296</sup> Schmidt/Grüneberg/MüKo, HGB §172 Rn.81.

<sup>297</sup> Klein/Lindemaier/Krämer, MHdbGesR, §40 Rn.28.

<sup>298</sup> Klein/Lindemaier/Krämer, MHdbGesR, §40 Rn. 28.

<sup>299</sup> Klein/Lindemaier/Krämer, MHdbGesR, §40 Rn.28.

<sup>300</sup> Siehe dazu Ausführungen in B.II.2a.

<sup>301</sup> MüKo/Leipold, BGB, §1936 Rn.22.

<sup>302</sup> Hueck, Das Recht der OHG, §28 II 2b, S.301.

### III. Rechtsformspezifische Besonderheiten

#### 1. Tod des vorletzten Gesellschafters

Wenn in einer KG nur noch ein Gesellschafter verbleibt, fehlt es an der gesetzlich vorgeschriebenen Mehrgliedrigkeit der Gesellschaft, die mindestens einen Komplementär und einen Kommanditisten erfordert. Gemäß §712a Abs. 1 BGB erlischt die Gesellschaft ohne Liquidation, wenn nur noch ein Gesellschafter verbleibt. Das Gesellschaftsvermögen geht auf den verbleibenden Gesellschafter im Wege der Gesamtrechtsnachfolge über (§712a Abs.1 BGB).

#### 2. Tod des einzigen Komplementärs

Ohne einen Komplementär kann eine KG aufgrund des Numerus clausus der Gesellschaftsformen nicht bestehen.<sup>303</sup> Handelt es sich um eine zweigliedrige KG führt der Tod des einzigen Komplementärs ebenfalls (s.o.) zum liquidationslosen Erlöschen der KG.<sup>304</sup>

Wenn es neben dem Komplementär noch mindestens zwei weitere Kommanditisten gibt, führt der Tod des letzten Komplementärs nicht zum Erlöschen, sondern zur Auflösung.<sup>305</sup> Die übrigen Kommanditisten haben folgende Möglichkeiten: Sie können die Fortsetzung der Gesellschaft innerhalb von drei Monaten (§§131 Abs. 3, 27 Abs. 2 HGB) beschließen.<sup>306</sup> Hierfür müssen sie entweder einen neuen Komplementär finden (kann auch juristische Person sein) oder die Komplementärstellung selbst übernehmen. Sie können auch die Liquidation beschließen. Hierbei gilt die Dreimonatsfrist ebenso.<sup>307</sup> Wird innerhalb der Frist weder beschlossen, dass die Gesellschaft fortgeführt wird, noch die Liquidation vorbereitet, wird die KG in eine OHG umgewandelt.<sup>308</sup>

### IV. Zwischenfazit

Die gesetzlichen Regelungen allein reichen bei Weitem nicht aus, um der Interessenlage der Gesellschafter und ihrer Nachfolger gerecht zu werden. Auch die durch das MoPeG eingeführten Änderungen adressieren diese Herausforderungen nur bedingt, was jedoch den Gestaltungsspielraum für Gesellschaftsverträge bewahrt. Dies verdeutlicht die Notwendigkeit einer sorgfältigen gesellschaftsvertraglichen Ausgestaltung, um potenziellen rechtlichen Problemen wirksam entgegenzuwirken und eine reibungslose Fortführung der Gesellschaft zu gewährleisten.

### D. Gesellschaftsrechtliche Gestaltungsmöglichkeiten

Im Gesellschaftsrecht gilt weitestgehend Gestaltungsfreiheit bezüglich der Gesellschaftsverträge. Individuelle Regelungen u.a. zu Vererbbarkeit, Eintritt, Auflösung und Abfindung wahren die Interessen der Gesellschafter und der Nachfolger. Der folgende Abschnitt befasst sich mit den wichtigsten Gestaltungsmöglichkeiten, um eine reibungslose Nachfolge zu gewährleisten.

---

<sup>303</sup> Klein/Lindemaier/Krämer, MHdbGesR, §40 Rn.10.

<sup>304</sup> Klein/Lindemaier/Krämer, MHdbGesR, §40 Rn.9.

<sup>305</sup> Klein/Lindemaier/Krämer, MHdbGesR, §40 Rn.10.

<sup>306</sup> Klein/Lindemaier/Krämer, MHdbGesR, §40 Rn.11.

<sup>307</sup> Klein/Lindemaier/Krämer, MHdbGesR, §40 Rn.11.

<sup>308</sup> Klein/Lindemaier/Krämer, MHdbGesR, §40 Rn.11.

## **I. Nachfolgeklausel**

### **1. Allgemeines**

Grundsätzlich gilt, dass Kommanditbeteiligungen gemäß §177 HGB vererblich sind und Komplementärbeteiligungen nicht. Möchte man als Gesellschafter für die Komplementärerben dieselbe Rechtsfolge herbeiführen, also die unmittelbare Nachfolge in die Gesellschafterstellung bei Tod des Erblassers, sollte man eine sog. Nachfolgeklausel in den Gesellschaftsvertrag aufnehmen. Diese regelt, dass die gesetzliche Nachfolge vermieden wird und die Beteiligung mit dem Tod des Gesellschafters übergeht.<sup>309</sup> Grundlegend wird zwischen der erbrechtlichen und der rechtsgeschäftlichen Nachfolgeklausel unterschieden.<sup>310</sup> Bei der erbrechtlichen Nachfolgeklausel vollzieht sich die Übertragung nach den Grundsätzen des Erbrechts.<sup>311</sup> Hierbei ist weiter zwischen der einfachen und qualifizierten Nachfolgeklausel zu unterscheiden.<sup>312</sup> Bei der rechtsgeschäftlichen Nachfolgeklausel vollzieht sich der Übergang außerhalb des Erbrechts durch eine lebzeitige Verfügung.<sup>313</sup> Nachfolgeklauseln stellen die Komplementärbeteiligung nur vererblich, ob und wie sie sich auswirken hängt vom Erbfall ab.<sup>314</sup>

### **2. Inhaltliche Ausgestaltung**

#### **a) Grundsätze**

Die Nachfolge lässt sich im Gesellschaftsvertrag frei gestalten. Einschränkungen ergeben sich lediglich aus den allgemeinen Grundsätzen des Verstoßes gegen zwingendes Recht, die guten Sitten oder dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz (AGG). Entscheidend ist eine unmissverständliche und präzise Formulierung, die keinen Raum für Auslegungen lässt.<sup>315</sup> Außerdem muss der Gesellschaftsvertrag unbedingt auf das Erbrecht abgestimmt sein,<sup>316</sup> ansonsten läuft eine durchdachte Nachfolgeklausel möglicherweise ins Leere. Die Nachfolgeklauseln können unterschiedlich gestaltet werden. Beispiele für die Gestaltungsmöglichkeiten umfassen unter anderem folgende Optionen: Es kann festgelegt werden, dass kein Abkömmling Nachfolger wird, sondern festgelegte Dritte; das Staatserbrecht kann ausgeschlossen werden; die automatische Umwandlung der Komplementärbeteiligung in eine Kommanditbeteiligung ohne den Umweg über §131 HGB; oder es kann bereits im Gesellschaftsvertrag festgelegt werden, wie nach dem Tod des letzten Komplementärs verfahren wird.<sup>317</sup> Dabei kann entweder festgelegt werden, wer Komplementär wird oder, dass eine GmbH neue Komplementärin wird.<sup>318</sup> Unterschieden wird zwischen der „einfachen“ und der „qualifizierten“ Nachfolgeklausel.

#### **b) Einfache (erbrechtliche) Nachfolgeklausel**

Sorgt die Nachfolgeklausel lediglich dafür, dass die Komplementärbeteiligung vererblich ist und ordnet keine weiteren Kriterien für den Nachfolger an, handelt es sich um die einfache

---

<sup>309</sup> Klein/Lindemaier/Krämer, MHdbGesR, §41 Rn.13.

<sup>310</sup> Klein/Lindemaier/Krämer, MHdbGesR, §41 Rn.13.

<sup>311</sup> Klein/Lindemaier/Krämer, MHdbGesR, §41 Rn.14.

<sup>312</sup> Klein/Lindemaier/Krämer, MHdbGesR, §41 Rn.14.

<sup>313</sup> Klein/Lindemaier/Krämer, MHdbGesR, §41 Rn.15.

<sup>314</sup> Roth/Hopt, HGB §131 Rn.2.

<sup>315</sup> Klein/Lindemaier/Krämer, MHdbGesR, §41 Rn.17.

<sup>316</sup> Klein/Lindemaier/Krämer, MHdbGesR, §41 Rn.18.

<sup>317</sup> Klein/Lindemaier/Krämer, MHdbGesR, §41 Rn.18 f.

<sup>318</sup> Klein/Lindemaier/Krämer, MHdbGesR, §41 Rn.19.

Nachfolgeklausel.<sup>319</sup> Bei Verwendung einer solchen Klausel gelten die Grundsätze des §177 HGB.<sup>320</sup> Somit richtet sich die Nachfolge nach erbrechtlichen Grundsätzen.<sup>321</sup> Es wird also Nachfolger, wer Erbe wird. Bei mehreren Erben teilt sich die Beteiligung auf die jeweiligen Erbquoten auf.<sup>322</sup> Die Vorteile dieser Gestaltung liegen vor allem in der einfachen Gestaltung. So kann die Formulierung im Gesellschaftsvertrag z.B. lauten: „Bei Tod eines Gesellschafters geht die Beteiligung auf seine(n) Erben über“.<sup>323</sup> Dem Erblasser kommt eine große Flexibilität in der Gestaltung der Nachfolge zu, da er seine letztwillige Verfügung an seine individuelle Vorstellung der Nachfolge anpassen kann.<sup>324</sup> Die Nachteile, die damit einhergehen ergeben sich für die Mitgesellschafter. Diese tragen nämlich das Risiko hinsichtlich der Anzahl, der Persönlichkeit und der Qualifikation des Nachfolgers, ohne Einfluss darauf nehmen zu können.<sup>325</sup> Aus diesen Gründen wird in der Praxis die sog. qualifizierte Nachfolgeklausel der einfachen Nachfolgeklausel vorgezogen.<sup>326</sup>

### c) Qualifizierte (erbrechtliche) Nachfolgeklausel

Im Gegensatz zur einfachen Nachfolgeklausel sieht die qualifizierte Nachfolgeklausel bestimmte Voraussetzungen für das Nachrücken in die Gesellschafterstellung vor.<sup>327</sup> Dabei können beispielsweise Anforderungen an die Person, die fachliche Eignung oder die Anzahl der Erben gestellt werden.<sup>328</sup> Es ist darauf zu achten, dass die Anforderungen die qualifizierte Nachfolgeklausel gemäß §6 Abs. 3 AGG i.V.m. §7 Abs. 2 AGG nicht unwirksam werden lässt. Demnach dürfen Nachfolger nicht aufgrund der ethnischen Herkunft, des Geschlechts, der Religion, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität ausgeschlossen werden.<sup>329</sup> Ausnahme bestehen, wenn die Anforderungen durch §§8 ff. AGG gerechtfertigt wären.

Somit sind die Voraussetzungen für den Übergang der Beteiligung zum einen die Erbenstellung (gesetzlich oder durch letztwillige Verfügung) und zum anderen die von der Klausel geforderten Qualifikationen. Auch bei der qualifizierten Nachfolgeklausel ist es unerlässlich die erbrechtliche Lage an den Gesellschaftsvertrag anzupassen.<sup>330</sup> Sieht der Gesellschaftsvertrag nämlich eine qualifizierte Nachfolgeklausel vor, die jedoch von keinem eingesetzten oder gesetzlichen Erben erfüllt wird, erweist sich die Klausel als wirkungslos und läuft ins Leere.<sup>331</sup> In diesem Fall kommen die gesetzlichen Regelungen zum Tragen,<sup>332</sup> die eigentlich mit der Nachfolgeklausel vermieden werden sollten. Deshalb empfiehlt sich in der Praxis auch diesen Fall zu regeln.<sup>333</sup> Eine qualifizierte Nachfolgeklausel könnte wie folgt lauten: „Bei Tod eines Gesellschafters wird die Gesellschaft mit dessen Erben fortgesetzt, sofern es sich hierbei um volljährige Abkömmlinge des Gesellschafters, dessen Ehegatten oder

<sup>319</sup> Könen/ Koch, Personengesellschaftsrecht Kommentar, §711 BGB Rn.25.

<sup>320</sup> Klein/Lindemaier/Krämer, MHdbGesR, §41 Rn.21.

<sup>321</sup> Könen/ Koch, Personengesellschaftsrecht Kommentar, §711 BGB Rn.25.

<sup>322</sup> Könen/ Koch, Personengesellschaftsrecht Kommentar, §711 BGB Rn.27.

<sup>323</sup> Klein/Lindemaier/Krämer, MHdbGesR, §41 Rn.21.

<sup>324</sup> Klein/Lindemaier/Krämer, MHdbGesR, §41 Rn.22.

<sup>325</sup> Klein/Lindemaier/Krämer, MHdbGesR, §41 Rn.22.

<sup>326</sup> Klein/Lindemaier/Krämer, MHdbGesR, §41 Rn.22.

<sup>327</sup> Klein/Lindemaier/Krämer, MHdbGesR, §41 Rn.23.

<sup>328</sup> Klein/Lindemaier/Krämer, MHdbGesR, §41 Rn.25.

<sup>329</sup> Lübke, Die Vererbung von Personengesellschaftsanteilen nach dem MoPeG – Gesetzlicher Rahmen und Gestaltungsaufgaben, DNotZ 2023, 896 (901 f.).

<sup>330</sup> Klein/Lindemaier/Krämer, MHdbGesR, §41 Rn.27.

<sup>331</sup> Klein/Lindemaier/Krämer, MHdbGesR, §41 Rn.26.

<sup>332</sup> Klein/Lindemaier/Krämer, MHdbGesR, §41 Rn.26.

<sup>333</sup> Klein/Lindemaier/Krämer, MHdbGesR, §41 Rn.26.

Mitgesellschafter handelt. Sind keine zur Nachfolge zugelassenen Erben vorhanden, wird die Gesellschaft unter Ausschluss der Erben von den verbleibenden Gesellschaftern fortgesetzt.<sup>334</sup> Der Vorteil dieser Klausel liegt vor allem in der Mitwirkung der Gesellschafter.<sup>335</sup> Im Gesellschaftsvertrag wird gemeinsam festgelegt, wer Gesellschafter werden kann und wer nicht. Somit kann die Nachfolge eines unerwünschten Erben und die Zersplitterung der Gesellschaftsanteile verhindert werden.<sup>336</sup>

#### **d) Rechtsgeschäftliche Nachfolgeklausel**

Anders als bei den erbrechtlichen Nachfolgeklauseln vollzieht sich der Anteilsübergang bei der rechtsgeschäftlichen Nachfolgeklausel außerhalb des Erbrechts.<sup>337</sup> Im Zuge des derivativen Erwerbs, wonach der Rechtserwerb von einem Rechtsvorgänger abgeleitet wird, wird das Erbrecht umgangen und der Anteil fällt nicht in den Nachlass.<sup>338</sup> Bei der rechtsgeschäftlichen Nachfolgeklausel handelt es sich um eine, auf den Todesfall des Erblassers aufschiebend befristete und auf das Überleben des Nachfolgers aufschiebend bedingte Anteilsübertragung auf den in der Klausel benannten Nachfolger.<sup>339</sup> Diese erfordert nach hM die Mitwirkung des Nachfolgers als Mitgesellschafter.<sup>340</sup> Scheitert es daran kann, die Klausel als Eintrittsklausel oder erbrechtliche Nachfolgeklausel umgedeutet werden.<sup>341</sup> Inhaltlich ist die rechtsgeschäftliche Nachfolgeklausel, wie die qualifizierte Nachfolgeklausel, frei gestaltbar. Der rechtsgeschäftliche Übergang muss jedoch zum Ausdruck kommen.<sup>342</sup> Die Vorteile dieser Klausel liegen darin, dass die Kollisionsprobleme zwischen Erbrecht und Gesellschaftsvertrag vermieden werden können.<sup>343</sup> Im Gegensatz zur erbrechtlichen Nachfolgeklausel, muss der Nachfolger nicht erbrechtlich legitimiert sein.<sup>344</sup> Probleme, die sich aus §131 HGB ergeben, werden mangels Anwendbarkeit vermieden.<sup>345</sup> Ein möglicher Nachteil, der sich aus der rechtsgeschäftlichen Nachfolgeklausel ergibt, ist die vorzeitige Bindung des Erblassers.<sup>346</sup> Wenn man bedenkt, dass man die Nachfolge nicht früh genug planen kann, ist dieser Nachteil eher gering. Die rechtsgeschäftliche Nachfolgeklausel könnte man im Gesellschaftsvertrag wie folgt formulieren: „Beim Tod des Gesellschafters A geht dessen Beteiligung unmittelbar auf seine Tochter B über. Diese unterzeichnet diesen Vertrag als zukünftige Gesellschafterin neben allen übrigen Gesellschaftern zur Begründung der Anwartschaft auf unmittelbaren und automatischen Übergang der Beteiligung auf sie ohne dass es der Erbeinsetzung bedarf- beim Tode ihres Vaters kraft Rechtsgeschäfts unter Lebenden.“<sup>347</sup>

### **3. Besonderheiten bei beschränkt geschäftsfähigem Erben**

Erfolgt der Anteilsübergang aufgrund einer Nachfolgeklausel auf einen minderjährigen Erben gibt es gewisse Besonderheiten zu beachten. Im Wege der rechtsgeschäftlichen

---

<sup>334</sup> Giehl//BeckOF, 7.5.1.1.1 §16 Abs. 3.

<sup>335</sup> Klein/Lindemaier/Krämer, MHdbGesR, §41 Rn.27.

<sup>336</sup> Klein/Lindemaier/Krämer, MHdbGesR, §41 Rn.27.

<sup>337</sup> Klein/Lindemaier/Krämer, MHdbGesR, §41 Rn.28.

<sup>338</sup> Klein/Lindemaier/Krämer, MHdbGesR, §41 Rn.28.

<sup>339</sup> Schmidt/Fleischer/MüKo, HGB, §139 Rn.25.

<sup>340</sup> BGH, Urteil vom 10.2.1977 – II ZR 120/75, NJW 1977, 1339 (1341).

<sup>341</sup> Schmidt/Fleischer/MüKo, HGB, §139 Rn.25.

<sup>342</sup> Klein/Lindemaier/Krämer, MHdbGesR, §41 Rn.30.

<sup>343</sup> Klein/Lindemaier/Krämer, MHdbGesR, §41 Rn.32.

<sup>344</sup> Klein/Lindemaier/Krämer, MHdbGesR, §41 Rn.32.

<sup>345</sup> Klein/Lindemaier/Krämer, MHdbGesR, §41 Rn.32.

<sup>346</sup> Klein/Lindemaier/Krämer, MHdbGesR, §41 Rn.32.

<sup>347</sup> Müller/Gummert, MAH Personengesellschaftsrecht, §20 Rn.56.

Nachfolgeklausel ist die Genehmigung des Familiengerichts i.S.d. §§1643 Abs. 1, 1852 Nr. 1, 2 BGB erforderlich. War der Erbe bereits Komplementär in der Gesellschaft, bedarf es der Genehmigung nicht.<sup>348</sup> Im Wege der erbrechtlichen Nachfolgeklausel bedarf es weder der familiengerichtlichen Genehmigung noch der Mitwirkung eines Ergänzungspflegers.<sup>349</sup> Der Gesetzgeber hat sich bewusst dazu entschieden statt der Genehmigungspflicht ein Sonderkündigungsrecht (§132 Abs. 4 HGB) und eine Haftungsbeschränkungsmöglichkeit (§1629a BGB) für Minderjährige Gesellschafter-Erben einzuführen.<sup>350</sup> Gesellschaftsvertraglich empfiehlt sich eine Regelung aufzunehmen, die geerbte Komplementärbeteiligung vorübergehend (bis zum Erreichen der Volljährigkeit) in eine Kommanditbeteiligung umzuwandeln.<sup>351</sup>

#### **4. Empfehlung für die Praxis**

Die Aufnahme einer individuellen Nachfolgeklausel im Gesellschaftsvertrag wird zur Steuerung der Nachfolge dringend empfohlen. Die Nachfolgeklausel muss präzise formuliert sein und mit etwaigen erbrechtlichen Regelungen abgestimmt sein. Die Wahl der Nachfolgeklausel ist abhängig von den Interessen der Gesellschafter und Nachfolger. Die einfache Nachfolgeklausel ist unkompliziert und bietet sich an, wenn die Erbenstruktur überschaubar ist und keine Anforderungen an die Nachfolger gestellt werden sollen. Die qualifizierte Nachfolgeklausel empfiehlt sich, wenn die Nachfolger bestimmten Anforderungen entsprechen sollen. Hierbei ist auf die Zulässigkeit in Bezug auf das AGG zu achten. Sie minimiert das Risiko ungewollter Nachfolger und zwingt zur frühzeitigen Auseinandersetzung mit der Thematik. Die rechtsgeschäftliche Nachfolgeklausel bietet sich an, wenn die Gesellschafter frühzeitig und verbindlich am Erbrecht vorbei einen Nachfolger bestimmen möchten.

## **II. Eintrittsklausel**

### **1. Allgemeines**

Neben den Nachfolgeklauseln stellen die Eintrittsklauseln eine weitere Gestaltungsmöglichkeit im Gesellschaftsvertrag dar. Diese Klausel bieten den potenziellen Nachfolgern die Möglichkeit zum Eintritt in die Gesellschaft.<sup>352</sup> Anders als bei den Nachfolgeklauseln wird nicht der automatische Übergang der Beteiligung bezweckt, viel mehr wird den Nachfolgern ein schuldrechtlicher Anspruch auf Eintritt in die Gesellschaft eingeräumt.<sup>353</sup> Das bedeutet es steht den Erben grundsätzlich frei, ob sie in die Kommanditistenstellung nachrücken oder nicht. Die Eintrittsklauseln lassen sich nur im Gesellschaftsvertrag regeln.<sup>354</sup> Die Möglichkeit das Eintrittsrecht im Testament zu regeln besteht nicht.<sup>355</sup> Die Vorteile der Eintrittsklausel liegen vor allem in der Entscheidungsfreiheit des Gesellschafter-Erben.<sup>356</sup> Außerdem können von der Eintrittsklausel auch Personen benannt werden, die nicht zu den gesetzlichen Erben gehören.<sup>357</sup> Weiterhin findet §131 HGB und die damit verbundene Unwegsamkeit keine Anwendung.<sup>358</sup> Nachteilig ist die Eintrittsklausel vor allem für die

<sup>348</sup> Klein/Lindemaier/Krämer, MHdbGesR, §41 Rn.29.

<sup>349</sup> Klein/Lindemaier/Krämer, MHdbGesR, §41 Rn.34.

<sup>350</sup> Klein/Lindemaier/Krämer, MHdbGesR, §41 Rn.34.

<sup>351</sup> Klein/Lindemaier/Krämer, MHdbGesR, §41 Rn.34.

<sup>352</sup> Klein/Lindemaier/Krämer, MHdbGesR, §41 Rn.71.

<sup>353</sup> Klein/Lindemaier/Krämer, MHdbGesR, §41 Rn.71.

<sup>354</sup> Klein/Lindemaier/Krämer, MHdbGesR, §41 Rn.73.

<sup>355</sup> Klein/Lindemaier/Krämer, MHdbGesR, §41 Rn.73.

<sup>356</sup> Klein/Lindemaier/Krämer, MHdbGesR, §41 Rn.74.

<sup>357</sup> Klein/Lindemaier/Krämer, MHdbGesR, §41 Rn.74.

<sup>358</sup> Klein/Lindemaier/Krämer, MHdbGesR, §41 Rn.74.

überlebende Mitgesellschafter, da die Ungewissheit besteht, ob der jeweilige Berechtigte sein Eintrittsrecht ausübt.<sup>359</sup> Davon kann die Existenz der Gesellschaft abhängen. Deshalb bietet es sich an die Ausübung des Eintrittsrechts im Gesellschaftsvertrag zu befristen.<sup>360</sup>

## **2. Inhaltliche Ausgestaltung**

### **a) Bezeichnung des Eintrittsberechtigten**

Im Gesellschaftsvertrag können die Eintrittsberechtigten entweder konkret bestimmt werden oder es kann festgelegt werden, dass ein oder mehrere Gesellschafter oder ein Dritter (z.B. ein Testamentsvollstrecker) den Eintrittsberechtigten nach dem Tod des Gesellschafters bestimmen kann.<sup>361</sup> Es können bestimmte Anforderungen an den Eintrittsberechtigten gestellt werden, z.B.: eine abgeschlossene Ausbildung oder ein erreichtes Alter.<sup>362</sup> Außerdem kann die Anzahl der Berechtigten festgelegt oder begrenzt werden.<sup>363</sup>

### **b) Regelungen zum Vollzug des Eintritts**

Der Eintritt vollzieht sich entweder durch einseitige Annahmeerklärung oder Gestaltungs-erklärung.<sup>364</sup> Dafür müsste im Gesellschaftsvertrag bereits ein Angebot oder eine Gestaltungsoption geregelt sein.<sup>365</sup> Denkbar wäre auch ein unechter Vertrag zugunsten Dritter, wonach sich die überlebenden Gesellschafter verpflichten, den Berechtigten in die Gesellschaft aufzunehmen.<sup>366</sup> Mit der Eintrittsklausel lässt sich aufgrund des Verbots des Vertrags zu Lasten Dritter keine Verpflichtung des Berechtigten regeln, dass er in die Gesellschaft eintreten muss.<sup>367</sup> Der Vollzug des Eintritts lässt sich wiederum an bestimmte Voraussetzungen oder Termine knüpfen. Denkbar wäre z.B. das Erreichen der Volljährigkeit oder eine abgeschlossene Berufsausbildung.<sup>368</sup>

### **c) Regelungen für den Fall des Scheiterns der Eintrittsklausel**

Der Fall, dass der Eintrittsberechtigte von seinem Recht keinen Gebrauch macht, sollte ebenfalls im Gesellschaftsvertrag geregelt werden.<sup>369</sup> Es sollte klargestellt werden, ob die Gesellschaft von den übrigen Gesellschaftern fortgeführt wird, ob den weichenden Erben Abfindungsansprüche zustehen oder ob die Gesellschaft liquidiert wird.<sup>370</sup>

### **d) Vermeidung von Auslegungsrisiken**

Es ist auf die unmissverständliche Formulierung zu achten. Ansonsten besteht die Gefahr der Auslegung in eine erbrechtliche Nachfolgeklausel, was nicht im Interesse der Eintrittsklausel liegen dürfte.<sup>371</sup>

---

<sup>359</sup> Klein/Lindemaier/Krämer, MHdbGesR, §41 Rn.74.

<sup>360</sup> Klein/Lindemaier/Krämer, MHdbGesR, §41 Rn.78.

<sup>361</sup> Klein/Lindemaier/Krämer, MHdbGesR, §41 Rn.77.

<sup>362</sup> Klein/Lindemaier/Krämer, MHdbGesR, §41 Rn.77.

<sup>363</sup> Klein/Lindemaier/Krämer, MHdbGesR, §41 Rn.77.

<sup>364</sup> Klein/Lindemaier/Krämer, MHdbGesR, §41 Rn.78.

<sup>365</sup> Klein/Lindemaier/Krämer, MHdbGesR, §41 Rn.78.

<sup>366</sup> Klein/Lindemaier/Krämer, MHdbGesR, §41 Rn.78.

<sup>367</sup> Schäfer/Staub, HGB, §139 Rn.152.

<sup>368</sup> Klein/Lindemaier/Krämer, MHdbGesR, §41 Rn.78.

<sup>369</sup> Klein/Lindemaier/Krämer, MHdbGesR, §41 Rn.81.

<sup>370</sup> Klein/Lindemaier/Krämer, MHdbGesR, §41 Rn.81.

<sup>371</sup> Klein/Lindemaier/Krämer, MHdbGesR, §41 Rn.82.

### 3. Vollzug des Rechtsübergangs

Der Rechtsübergang vollzieht sich mit Abschluss des Aufnahmevertrags.<sup>372</sup>

### 4. Empfehlung für die Praxis

Die Eintrittsklausel bietet sich vor allem an, wenn man seinem Nachfolger die Wahl lassen möchte, in die Gesellschaft einzutreten oder nicht. Das heißt die Fortführung und die Existenz der KG sollten nicht von dem Nachfolger abhängen.

## III. Auflösungsklausel

### 1. Allgemeines

Möglich ist es auch durch gesellschaftsvertragliche Regelung zu den gesetzlichen Regelungen vor der Handelsrechtreform 1998 zurückzukehren und den Tod eines Gesellschafters als Auflösungsgrund im Gesellschaftsvertrag zu regeln. Das dürfte in der Praxis recht selten im Interesse der Gesellschafter liegen.<sup>373</sup>

### 2. Inhaltliche Ausgestaltung

Im Gesellschaftsvertrag kann die Auflösung entweder generell, also für den Tod jedes Gesellschafters greifend, geregelt werden oder aber nur für den Todesfall eines bestimmten Gesellschafters.<sup>374</sup> Ob Komplementär oder Kommanditist ist der Vertragsgestaltung freigestellt.<sup>375</sup> Im Rahmen der Klausel kann auch geregelt werden, dass die KG zunächst aufgelöst wird, dann aber durch einstimmigen oder mehrheitlichen Beschluss der Gesellschafter und mit oder ohne die Erben, wieder in eine werbende Gesellschaft „umgewandelt“ werden kann.<sup>376</sup> Außerdem kann sich der Erblasser, wenn die Klausel auf einen bestimmten Gesellschafter gerichtet ist, vorbehalten in seiner letztwilligen Verfügung die Fortsetzung oder Auflösung der Gesellschaft anzuordnen.<sup>377</sup> Die Liquidatoren innerhalb dieser Klausel zu bestimmen, ist insoweit sinnvoll, wenn man die gesetzliche Regelung des §144 Abs. 1 HGB umgehen will.<sup>378</sup> Dieser besagt nämlich, dass zur Liquidation alle Gesellschafter berufen sind.

### 3. Rechtsfolgen der Auflösung

Tritt ein gesetzlicher oder gesellschaftsvertraglicher Auflösungsgrund ein, führt das zur Abwicklung der Gesellschaft.<sup>379</sup> Die Abwicklung erfolgt meist durch Liquidation (§§143 ff. HGB).<sup>380</sup> In dieser Phase werden laufende Geschäfte beendet, Forderungen eingezogen, Schulden getilgt und das verbleibende Vermögen der Gesellschaft in Geld umgesetzt.<sup>381</sup> Daraus werden geleistete Beiträge an die Gesellschafter zurückgezahlt. Verbleibt ein Überschuss, wird dieser unter den Gesellschaftern aufgeteilt.<sup>382</sup> Ist die Liquidation abgeschlossen führt dies zur Beendigung der Gesellschaft. Die Löschung der Firma im Handelsregister

<sup>372</sup> Klein/Lindemaier/Krämer, MHdbGesR, §41 Rn.83.

<sup>373</sup> Klein/Lindemaier/Krämer, MHdbGesR, §41 Rn.96.

<sup>374</sup> Klein/Lindemaier/Krämer, MHdbGesR, §41 Rn.97.

<sup>375</sup> Klein/Lindemaier/Krämer, MHdbGesR, §41 Rn.97.

<sup>376</sup> Klein/Lindemaier/Krämer, MHdbGesR, §41 Rn.97.

<sup>377</sup> Klein/Lindemaier/Krämer, MHdbGesR, §41 Rn.97.

<sup>378</sup> Klein/Lindemaier/Krämer, MHdbGesR, §41 Rn.97.

<sup>379</sup> Hamann/Schmidt, MHdbGesR, §45 Rn.3.

<sup>380</sup> Richter/Koch, Personengesellschaftsrecht Kommentar, §138 Rn.1.

<sup>381</sup> Hamann/Schmidt, MHdbGesR, §45 Rn.4.

<sup>382</sup> Hamann/Schmidt, MHdbGesR, §45 Rn.4.



stellt den letzten Schritt dar, um dem Rechtsverkehr deutlich zu machen, dass die Gesellschaft nicht mehr existiert.<sup>383</sup>

Das Fortbestehen der KG wird bei Eintreten eines Auflösungsgrundes zunächst nicht berührt.<sup>384</sup> Laut Richter ändert sich jedoch der Gesellschaftszweck. Der Zweck, der vorerst auf ein Handelsgewerbe gerichtet war, richtet sich nun danach die Gesellschaft zu beenden.<sup>385</sup> „Es kommt zur identitätswahrenden Umwandlung der werbenden Gesellschaft in eine Liquidationsgesellschaft.“<sup>386</sup> Die Gesellschaft besteht so lange fort, bis das gesamte Vermögen aufgeteilt wurde. Vergleichbar ist dies mit der Erbengemeinschaft, da diese auch so lange besteht bis die Vermögensmasse (der Nachlass) unter den Erben aufgeteilt wurde.<sup>387</sup> Die Beendigung erfolgt erst, nachdem die Gesellschaft vollständig abgewickelt wurde.<sup>388</sup>

#### **4. Empfehlung für die Praxis**

Eine solche Klausel dürfte sich in der Praxis eher selten anbieten. Denkbar wäre sie, wenn das Bestehen der Gesellschaft und oder der Zweck ganz maßgeblich von einem bestimmten Gesellschafter abhängen würde.<sup>389</sup> Möglich wäre auch die Auflösung für den Fall des Todes des einzigen Komplementärs zu regeln,<sup>390</sup> um das liquidationslose Erlöschen zu verhindern.

### **IV. Abfindungsklausel**

#### **1. Allgemeines**

Gemäß §135 Abs. 1 HGB ist eine Abfindung bei Ausscheiden eines Gesellschafters gesetzlich vorgesehen. Der Abfindungsanspruch gehört zu den Kernmitgliedschaftsrechten und kann nicht ausgeschlossen werden.<sup>391</sup> Gestaltungsfreiheit besteht in Bezug auf die konkrete Höhe der Abfindung sowie die Art der Berechnung. Ziel der Abfindungsklausel ist die Kapital- und Liquiditätssicherung der Gesellschaft und die Vermeidung von Streitigkeiten durch klare Vorgaben zur Berechnung der Abfindung.<sup>392</sup>

#### **2. Berechnung des Abfindungsanspruchs**

Grundlage für die Berechnung der Abfindung ist die Abfindungsbilanz (auch Abschichtungsbilanz) und der zum Zeitpunkt des Ausscheidens geltende allgemeine Gewinnverteilungsschlüssel (§120 Abs. 1 HGB i.V.m. §709 Abs. 3 BGB).<sup>393</sup> Die Abfindungsbilanz berücksichtigt nicht nur den Ertragswert des Unternehmens, sondern auch die sogenannten nicht betriebsnotwendigen Aktiva, so z.B. Ansprüche des Gesellschafters auf Rückzahlung der Einlage, sowie wertmäßig die eingebrachten Gegenstände und sonstige Sozialansprüche und -verbindlichkeiten.<sup>394</sup>

---

<sup>383</sup> Hamann/Schmidt, MHdbGesR, §45 Rn.4.

<sup>384</sup> Richter/Koch, Personengesellschaftsrecht Kommentar, §138 Rn.1.

<sup>385</sup> Richter/Koch, Personengesellschaftsrecht Kommentar, §138 Rn.1.

<sup>386</sup> Richter/Koch, Personengesellschaftsrecht Kommentar, §138 Rn.1.

<sup>387</sup> Hamann/Schmidt, MHdbGesR, §45 Rn.5.

<sup>388</sup> Richter/Koch, Personengesellschaftsrecht Kommentar, §138 Rn.2.

<sup>389</sup> Klein/Lindemaier/Krämer, MHdbGesR, §41 Rn.96.

<sup>390</sup> Klein/Lindemaier/Krämer, MHdbGesR, §41 Rn.97.

<sup>391</sup> Heckschen/Weitbrecht, Beck'sches Notar-Handbuch, §20 Rn.140.

<sup>392</sup> Zit. nach Heckschen/Weitbrecht, Beck'sches Notar-Handbuch, §20 Rn.139.

<sup>393</sup> Schäfer/Staub, HGB, §135 Rn.25.

<sup>394</sup> Schäfer/Staub, HGB, §135 Rn.25.

Zur Bewertung eines Unternehmens sind verschiedene Methoden zulässig. Die Ertragswertmethode wird von der hM als anwendbar angesehen.<sup>395</sup> In der Praxis ist die Bewertung nach der IDW S1 Methode üblich.<sup>396</sup> Als nicht sachgerecht wird das „Stuttgarter Verfahren“ angesehen, welches von Steuerbilanzwerten ausgeht.<sup>397</sup> Gesetzlich vorgesehen ist die Schätzung.<sup>398</sup> Alternativ kann die Substanzwertmethode herangezogen werden.<sup>399</sup>

### **3. Arten von Abfindungsklauseln**

#### **a) Ertragswertklausel**

Den Ertragswert erhält man, indem man den künftigen Jahresertrag mit einem Kapitalisierungszinssatz multipliziert. In der Ertragswertklausel sollten diese Eckpunkte der Bewertung nach dem Ertragswertverfahren geregelt werden. Vorgeschlagen wird den Durchschnittsertrag der letzten fünf Geschäftsjahre vor dem Ausscheiden miteinzubeziehen.<sup>400</sup> Die Abfindung zum Ertragswert stellt den sichersten Weg dar.<sup>401</sup>

#### **b) Buchwertklausel**

Buchwertklauseln basieren auf den bilanziellen Werten, die aus der Handelsbilanz der Gesellschaft entnommen werden.<sup>402</sup> Stille Reserven und nicht bilanzierte Vermögenswerte werden dabei nicht berücksichtigt.<sup>403</sup> Dies kann zu erheblichen Abweichungen vom tatsächlichen Unternehmenswert führen.

#### **c) Substanzwertklausel**

Bei der Substanzwertklausel werden alle Aktiva und Passiva einer Gesellschaft berücksichtigt, einschließlich der stillen Reserven, nicht bilanzierte Vermögenswerte und Verbindlichkeiten.<sup>404</sup>

### **4. Zulässigkeit**

Im Gesellschaftsvertrag kann man grundsätzlich die Höhe und die Art der Berechnung der Abfindungszahlung regeln. Des Weiteren lassen sich Auszahlungsbeschränkungen regeln, wenn diese nicht länger als 5 Jahre fortgeführt werden.<sup>405</sup> Eine Regelung zur Höhe der Abfindung in Bezug auf die Art des Austritts aus der Gesellschaft sind grundsätzlich auch zulässig.<sup>406</sup> Hier kann man beispielsweise unterscheiden, ob ein Gesellschafter wegen schuldhafter Pflichtverletzung aus der Gesellschaft ausgeschieden ist oder aus anderen Gründen.<sup>407</sup> Keine zulässige Unterscheidung hingegen ist zwischen dem entgeltlichen oder unentgeltlichen Erwerb der Beteiligung zu machen.<sup>408</sup>

---

<sup>395</sup> Haas/Röhrich/Graf von Westphalen, HGB Kommentar §135 Rn.25; BGH, Urteil vom 16.12.1991 – II ZR 58/91, GmbHR 1992, 257 (261).

<sup>396</sup> Haas/Röhrich/Graf von Westphalen, HGB Kommentar §135 Rn.25.

<sup>397</sup> Zit. nach Haas/Röhrich/Graf von Westphalen, HGB Kommentar §135 Rn.26.

<sup>398</sup> Haas/Röhrich/Graf von Westphalen, HGB Kommentar §135 Rn.23a.

<sup>399</sup> Lorz/Ebenroth/Boujong, HGB, §135 Rn.22 f.

<sup>400</sup> Schulte, MHdbGesR, §106 Rn.21.

<sup>401</sup> Schulte, MHdbGesR, §106 Rn.63.

<sup>402</sup> Schulte, MHdbGesR, §38 Rn.5.

<sup>403</sup> Schulte, MHdbGesR, §38 Rn.5.

<sup>404</sup> Schulte, MHdbGesR, §38 Rn.8.

<sup>405</sup> Schmidt/Fleischer/MüKo, HGB, §131 Rn.188.

<sup>406</sup> Heckschen/Weitbrecht, Beck'sches Notar-Handbuch, §20 Rn.146.

<sup>407</sup> Heckschen/Weitbrecht, Beck'sches Notar-Handbuch, §20 Rn.146.

<sup>408</sup> Heckschen/Weitbrecht, Beck'sches Notar-Handbuch, §20 Rn.146.

## 5. Unzulässigkeit

### a) Verstoß gegen §138 HGB (Sittenwidrigkeit)

Unzulässig ist die Gestaltung einer Abfindungsklausel, die ausschließlich den Zweck verfolgt die Beteiligung für den Gläubiger zu entwerten.<sup>409</sup> Diese ist sittenwidrig und damit nichtig. Im Falle der Nichtigkeit greifen die gesetzlichen Bestimmungen.<sup>410</sup>

Weiter ist unzulässig die Abfindung gänzlich auszuschließen,<sup>411</sup> denn diese gehört zu den Kernmitgliedschaftsrechten eines Gesellschafters. Eine Ausnahme besteht jedoch für den Fall des Todes eines Gesellschafters. Hierbei soll laut dem BGH ein Abfindungsausschluss zulässig sein.<sup>412</sup>

Fraglich ist, wann ein sittenwidriger Verstoß vorliegt und wie sich dieser beziffern lässt. Teilweise wird die Ansicht vertreten, dass ein Verstoß vorliegt, wenn die Abfindung die geleisteten Einlagen und einbehaltenen Gewinne unterschreitet.<sup>413</sup> Die Rechtsprechung nennt hierzu keine festen Grenzen. Jedoch wurde eine Abfindungsbeschränkung auf die Hälfte des Buchwertes für unwirksam erklärt.<sup>414</sup>

### b) Verstoß gegen §725 BGB (Kündigungsrecht)

Ebenfalls unzulässig ist eine Abfindungsklausel, wenn sie das Kündigungsrecht eines Gesellschafters beschränkt.<sup>415</sup> Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn der tatsächliche Wert seines Anteils die Abfindung so erheblich übersteigt, dass er aus diesem Grund darauf verzichtet sein Kündigungsrecht auszuüben.<sup>416</sup> Maßgeblich ist dabei, ob bereits zum Zeitpunkt der Vereinbarung ein grobes Missverhältnis zwischen dem tatsächlichen Wert des Anteils und der vorgesehenen Abfindung bestand.<sup>417</sup> Ein solches grobes Missverhältnis wird angenommen, wenn der Abfindungsbetrag mindestens 50% unter dem tatsächlichen Wert der Beteiligung liegt. Der BGH bejahte den Verstoß gegen das Kündigungsrecht in einem Fall bei dem die Abfindung weniger als ein Drittel des Anteilswerts betrug.<sup>418</sup>

## 6. Regelungen im Zusammenhang mit Nachfolgeklauseln

Ist im Gesellschaftsvertrag eine Nachfolgeklausel jeglicher Art enthalten, führt diese dazu, dass den weichenden Erben kein Abfindungsanspruch gemäß §135 Abs. 1 HGB zusteht, da kein Ausscheiden im rechtlichen Sinn vorliegt.<sup>419</sup> Problematisch könnte es bei der erbrechtlichen Nachfolgeklausel werden, wenn diese einzelne, jedoch nicht alle, Erben zur Nachfolge entsprechend ihrer Erbquote bestimmt, wächst der übrig gebliebene Teil den

---

<sup>409</sup> Heckschen/Weitbrecht, Beck'sches Notar-Handbuch, §20 Rn.142.

<sup>410</sup> Lehmann-Richter/Graf v. Westphalen/Thüsing/Pamp, Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke, V.9.b) Rn.78.

<sup>411</sup> Schäfer/MüKo, BGB, §728 Rn.42.

<sup>412</sup> BGH, Urteil vom 22.11.1956 – II ZR 222/55, NJW 1957, 180 (181).

<sup>413</sup> Schmidt/ MüKo, HGB, §131 Rn.168.

<sup>414</sup> BGH, Urteil vom 09.01.1989 – II ZR 83/88, NJW 1989, 2685 (2685).

<sup>415</sup> BGH, Versäumnisurteil vom 7.4.2008. – II ZR 181/04 (OLG Hamburg), NJW 2008, 2987 (2987).

<sup>416</sup> Lehmann-Richter/Graf v. Westphalen/Thüsing/Pamp, Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke, V.9.b) Rn.79.

<sup>417</sup> BGH, Urteil vom 20.09.1993 – II ZR 104/92 (Hamm), NJW 1993, 3193 (3194).

<sup>418</sup> BGH, Urteil vom 13.03.2006 – II ZR 295/04 (OLG Koblenz), NZG 2006, 425 (425).

<sup>419</sup> Klein/Lindemaier/Krämer, MHdbGesR, §41 Rn.100.

Mitgesellschaftern an.<sup>420</sup> Daraus können Abfindungsansprüche entstehen, welche in den Nachlass fallen.<sup>421</sup>

## **7. Empfehlung für die Praxis**

Durch eine durchdachte Gestaltung von Abfindungsklauseln können wirtschaftliche Belastungen und Streitigkeiten zwischen den Gesellschaftern reduziert werden. Es sollte ausdrücklich festgelegt werden welche Methode zur Bewertung des Unternehmens genutzt werden soll.

Die Einbindung einer Schiedsgutachterklausel kann sinnvoll sein, um Streitigkeiten zu vermeiden. Die Ermittlung des Abfindungsanspruches wird einem Sachverständigen übertragen.<sup>422</sup> Hierbei sollte geregelt werden, wie die Kosten des Gutachtens verteilt werden.<sup>423</sup>

## **V. Ausschlussklausel**

### **1. Ausschluss oder Beschränkung der Vererblichkeit der Kommanditbeteiligung**

Im Gesellschaftsvertrag kann außerdem geregelt werden, dass die Kommanditbeteiligung, anders als durch §177 HGB gesetzlich vorgesehen, nicht vererblich ist, sondern wie die Komplementärbeteiligung mit dem Tod des Gesellschafters den Mitgesellschaftern anwachsen soll.<sup>424</sup> Somit wird die Gesellschaft nicht mit den Erben, sondern nur unter den verbleibenden Gesellschaftern fortgesetzt. Diese Fortsetzungsklausel in der Ausgestaltung einer Ausschlussklausel bedarf auch keiner sachlichen Rechtfertigung.<sup>425</sup> Die allgemein anerkannte Rechtsprechung des BGH in Bezug auf die Ausschließung ohne sachlichen Grund,<sup>426</sup> ist auf den §177 HGB nicht anwendbar, da die Zulässigkeit einer solchen Klausel im Gesetz vorgeprägt ist.<sup>427</sup>

### **2. Empfehlung für die Praxis**

Ist es im berechtigten Interesse der Gesellschafter, die Gesellschaft nur zu Lebzeiten der Gründungsgesellschafter fortzuführen, kann man eine Ausschlussklausel in Erwägung ziehen. Regelmäßig sollte dies aber nicht im Interesse der Gesellschafter sein, da die Gesellschaft liquidationslos aufzulösen ist, sobald alle Gesellschafter verstorben sind. Wenn eine Auflösungsklausel im Gesellschaftsvertrag aufgenommen wird, sollte darauf geachtet werden eine Abfindungsklausel mitaufzunehmen.<sup>428</sup>

---

<sup>420</sup> Gergen/MüKo, BGB, §2032 Rn.82.

<sup>421</sup> Gergen/MüKo, BGB, §2032 Rn.82.

<sup>422</sup> Schulte, MHdbGesR, §106 Rn.67.

<sup>423</sup> Schulte, MHdbGesR, §106 Rn.67.

<sup>424</sup> Schmidt/Grüneberg/MüKo, HGB, §177 Rn.6.

<sup>425</sup> Schmidt/Grüneberg/MüKo, HGB, §177 Rn.6.

<sup>426</sup> BGH, Urteil vom 13.07.1981 – II ZR 56/80, NJW 1981, 2565 (2565).

<sup>427</sup> Schmidt/Grüneberg/MüKo, HGB, §177 Rn.6.

<sup>428</sup> Zur Abfindungsklausel siehe D.IV.

## VI. Testamentsvollstreckung

### 1. Allgemeines

Die Anordnung einer Testamentsvollstreckung bezüglich der Gesellschaftsbeteiligung im Gesellschaftsvertrag oder in der letztwilligen Verfügung des Erblassers stellt ein beliebtes Mittel in der Nachfolgegestaltung dar.<sup>429</sup>

Die Befugnisse des Testamentsvollstreckers im Innenverhältnis erstrecken sich auf sämtliche Rechte und Pflichten des jeweiligen Erben.<sup>430</sup> Insbesondere übt der Testamentsvollstreckter das Stimmrecht des Erben aus.<sup>431</sup> Der Testamentsvollstreckter ist berechtigt, die Einlage des Erben zu erhöhen, wenn er dafür die Mittel aus dem Nachlass nutzt.<sup>432</sup> Eine Erhöhung der Haftsumme ist jedoch nur mit vorheriger Zustimmung möglich.<sup>433</sup> Wird diese Zustimmung erteilt, darf die Haftsumme ebenfalls nur mit Mitteln aus dem Nachlass erhöht werden.<sup>434</sup> Im Außenverhältnis treffen ihn dieselben Befugnisse wie die des Gesellschafter-Erben.<sup>435</sup> Seine Handlungsfreiheit wird durch den Nachlass begrenzt.<sup>436</sup> Der Testamentsvollstreckter haftet demnach auch nicht persönlich.<sup>437</sup> Er ist bei allen Zuständigkeiten an das Gebot der ordnungsgemäßen Verwaltung gemäß §2216 BGB gebunden ist und haftet für schuldhafte Verletzungen dieses Gebots gemäß §2219 BGB.<sup>438</sup>

Im Falle der Eintrittsklausel hat der Testamentsvollstreckter lediglich das Recht, einen Nachfolger zu bestimmen.<sup>439</sup> Die Entscheidung, ob dieser dann auch in die Gesellschaft eintritt, obliegt den Gesellschaftern allein.<sup>440</sup> Im Falle einer Auflösungsklausel hat der Testamentsvollstreckter die Aufgabe, die Liquidationsansprüche der Erben geltend zu machen.<sup>441</sup>

Ein Testamentsvollstreckter ist verpflichtet den Gesellschafterwechsel zum Handelsregister anzumelden.<sup>442</sup> Die Pflicht gilt nur dann, wenn es sich um eine Verwaltungsvollstreckung handelt. Im Falle der Auseinandersetzung- oder Abwicklungsvollstreckung hat er keine Berechtigung oder Verpflichtung zur Anmeldung.<sup>443</sup> Im Falle der Dauervollstreckung ist ein Testamentsvollstreckervermerk hinzuzufügen.<sup>444</sup>

Grundsätzlich gilt, dass es entweder einer Regelung im Gesellschaftsvertrag bedarf, die eine Testamentsvollstreckung zulässt, oder dass die Gesellschafter einwilligen.<sup>445</sup> Ist die Testamentsvollstreckung durch den Erblasser angeordnet und es fehlt an der Regelung im Gesellschaftsvertrag bzw. der Einwilligung der Gesellschafter, so bezieht sich die

<sup>429</sup> Klein/Lindemaier/Krause, MHdbGesR, §42 Rn.37.

<sup>430</sup> Schmidt/Grüneberg/MüKo, HGB, §177 Rn.28.

<sup>431</sup> Zit. nach Schmidt/Grüneberg/MüKo, HGB, §177 Rn.28.

<sup>432</sup> Schmidt/Grüneberg/MüKo, HGB, §177 Rn.30.

<sup>433</sup> Von Selle/Ebenroth/Boujong, HGB, §177 Rn.20.

<sup>434</sup> Von Selle/Ebenroth/Boujong, HGB, §177 Rn.20.

<sup>435</sup> Guntermann/Koch, Personengesellschaftsrecht Kommentar, §177 Rn.11.

<sup>436</sup> BGH, Beschluss vom 03.07.1989 – II ZB 1/89, NJW 1989, 3152 (3154).

<sup>437</sup> Guntermann/Koch, Personengesellschaftsrecht Kommentar, §177 Rn.12.

<sup>438</sup> MüKo/Schmidt/Fleischer, HGB, §139 Rn.50.

<sup>439</sup> Klein/Lindemaier/Krause, MHdbGesR, §42 Rn.38.

<sup>440</sup> Klein/Lindemaier/Krause, MHdbGesR, §42 Rn.38.

<sup>441</sup> Klein/Lindemaier/Krause, MHdbGesR, §42 Rn.39.

<sup>442</sup> BGH, Beschluss vom 03.07.1989 – II ZB 1/89, NJW 1989, 3152 (3153).

<sup>443</sup> OLG Hamm, Beschluss vom 10.12.2010 – 15 W 636/10, NZG 2011,437 (437).

<sup>444</sup> BGH, Beschluss vom 14.02.2012 – II ZB 15/11, DNotI-Report 2012,64 (64).

<sup>445</sup> BGH, Urteil vom 10.02.1977 – II ZR 120/75, NJW 1977, 1339 (1344).

Testamentsvollstreckung auf die nicht mitgliedschaftlich verbundenen Vermögensrechte, z.B. den Abfindungsanspruch oder das Kündigungsrecht.<sup>446</sup>

## 2. Zulässigkeit

Die Testamentsvollstreckung an Gesellschaftsbeteiligungen ist problematisch und umstritten.<sup>447</sup> Lange Zeit wurde sie für unzulässig gehalten.<sup>448</sup> Das resultiert daraus, dass ein wesentlicher Unterschied darin liegt, ob im Zuge der erbrechtlichen Nachfolge ein gänzlich neuer und möglicherweise sogar fremder Gesellschafter-Erbe in die Gesellschaft eintritt oder ob darüber hinaus ein Testamentsvollstrecker tätig wird.<sup>449</sup> Während der Eintritt des Gesellschafter-Erben in den meisten Fällen rechtlich vorgesehen ist, bringt die zusätzliche Tätigkeit eines Testamentsvollstreckers eine weitere Ebene der Fremdbestimmung in die Gesellschaft ein. Die Zulässigkeit der Testamentsvollstreckung an Personengesellschaftsanteile zählt zu den „am heftigsten umstrittenen und diskutierten Fragen des Personengesellschaftsrechts“.<sup>450</sup> Diskutiert wird die zentrale Frage, ob der höchstpersönliche Charakter der Komplementärbeteiligung mit der auf den Nachlass beschränkten Fremdbestimmung eines Testamentsvollstreckers vereinbar ist.<sup>451</sup>

Der Testamentsvollstrecker ist weder Gesellschafter noch den Interessen der Gesellschafter verpflichtet. Seine Aufgabe besteht lediglich darin, den letzten Willen des Erblassers zu erfüllen. Dies kann zu Spannungen führen, da er in die Verwaltung und Verfügung des Gesellschaftsanteils eingreifen muss.

Anzumerken ist jedoch, dass die Testamentsvollstreckung lediglich in den Fällen problematisch ist, in denen die Beteiligung im erbrechtlichen Weg auf den Nachfolger übergeht.<sup>452</sup> Ist im Gesellschaftsvertrag eine Fortsetzungs-, Eintritts- oder rechtsgeschäftliche Nachfolgeklausel vereinbart, fällt die Beteiligung nicht in den erbrechtlichen Nachlass und somit auch nicht in den Tätigkeitsbereich des Testamentsvollstreckers.<sup>453</sup>

### a) Kommanditanteil

Zumindest die Vollstreckung an der Kommanditbeteiligung ist möglich und wird mittlerweile als zulässig erachtet. Zulässig ist die Auseinandersetzungs-, Dauer- und Verwaltungsvollstreckung.<sup>454</sup> Die Auseinandersetzungsvollstreckung ist im Personengesellschaftsrecht eher unbedeutend, da die Beteiligung auf jeden Erben im Wege der Sondererbfolge übergeht und es daher keiner Auseinandersetzung bedarf.<sup>455</sup> Seit einem Grundlagenurteil des BGH ist die Verwaltungstestamentsvollstreckung am Kommanditanteil anerkannt.<sup>456</sup> Aus dem Grund, dass für den Kommanditisten keine Risiken mit der Testamentsvollstreckung verbunden sind, anders als beim Komplementär.<sup>457</sup>

---

<sup>446</sup> Ebenroth/Boujong/von Selle, HGB, §177 Rn.18.

<sup>447</sup> Klein/Lindemaier/Krause, MHdbGesR, §42 Rn.38.

<sup>448</sup> Schmidt/Grüneberg/MüKo, HGB, §177 Rn.24.

<sup>449</sup> Von Selle/Ebenroth/Boujong, HGB, §177 Rn.18.

<sup>450</sup> Klein/Lindemaier/Krause, MHdbGesR, §42 Rn.41.

<sup>451</sup> Klein/Lindemaier/Krause, MHdbGesR, §42 Rn.41.

<sup>452</sup> Klein/Lindemaier/Krause, MHdbGesR, §42 Rn.38.

<sup>453</sup> Klein/Lindemaier/Krause, MHdbGesR, §42 Rn.38.

<sup>454</sup> BGH, Beschluss v. 03.07.1989 – II ZB 1/89 (Hamm), NJW 1989, 3152.

<sup>455</sup> Braeuer/Todorow/Wiese, Unternehmensnachfolge, Rn.11.17.

<sup>456</sup> MüKo/Schmidt/Grüneberg, HGB, §177 Rn.24.

<sup>457</sup> Berger, MHdbGesR, §12 Rn.66.

## b) Anteil eines persönlich haftenden Gesellschafters

Die Zulässigkeit der Testamentsvollstreckung an die Komplementärbeteiligung wird von der hM als unzulässig angesehen. Der BGH entschied im Jahr 1989, dass die Testamentsvollstreckung nur für die „Außenseite“, also der Verfügung zugänglichen Vermögenswerte (z.B. Anteil, Gewinnanspruch, Auseinandersetzungsanspruch) der Beteiligung zulässig sei. Die Testamentsvollstreckung der „Innenseite“, also die mitgliedschaftlichen Gesellschaftsrechte, ist aufgrund der persönlichen Haftung nicht anerkannt.<sup>458</sup>

Die in der Literatur vertretenen Argumente gegen die Zulässigkeit sind zum einen die Unvereinbarkeit der Verwaltungsbefugnis des Testamentsvollstreckers mit der unbeschränkten Haftung.<sup>459</sup> Die Gegenseite argumentiert damit, dass der Erbe durch §131 Abs. 1 HGB vor der persönlichen Haftung geschützt sei, da er die Kommanditistenstellung verlangen kann und die Mitgesellschafter durch die Notwendigkeit der Zustimmung bzw. einer Klausel im Gesellschaftsvertrag geschützt seien.<sup>460</sup> Gegen die Zulässigkeit spricht auch das Prinzip der Selbstorganschaft. Der Testamentsvollstrecker wird nicht Gesellschafter und hat daher auch nicht die Befugnis zur Geschäftsführung- und Vertretung.<sup>461</sup> Mit dem Verbot der Abspaltung von Mitgliedschaftsrechten wird ebenfalls gegen die Zulässigkeit argumentiert.<sup>462</sup> Schließlich ist die hM der Ansicht, dass die Zuständigkeiten des Testamentsvollstreckers nicht über den Nachlass hinausgehen kann und, dass die Testamentsvollstreckung daher nicht die Rechte eines persönlich haftenden, geschäftsführenden und vertretungsberechtigten Gesellschafters erfassen kann.<sup>463</sup> Die Gegenseite ist der Ansicht, dass die Haftung des Testamentsvollstreckers gemäß §2219 BGB genug Schutz bieten würde.<sup>464</sup>

## 3. Empfehlung für die Praxis

Mit der Anordnung einer Testamentsvollstreckung möchte der Erblasser sicherstellen, dass das Fortbestehen der Gesellschaft nach seinem Tod durch einen fachkundigen Testamentsvollstrecker gesichert wird. Denkbar ist dies, wenn die Nachfolger nicht unmittelbar in die Gesellschafterverantwortung treten sollen, sondern beispielsweise erst nach Erlangung einer beruflichen oder akademischen Qualifikation oder nach Erreichen eines bestimmten Alters.

Regelmäßig wird nicht gewollt sein, dass ein minderjähriger Gesellschafter in die Gesellschaft eintritt, weil dies einige Schwierigkeiten birgt. Durch die Anordnung der Testamentsvollstreckung lässt sich z.B. die Mitwirkung des gesetzlichen Vertreters oder des Familiengerichts umgehen und dem Testamentsvollstrecker fallen diese Kompetenzen gebündelt zu.<sup>465</sup>

Die Anordnung der Testamentsvollstreckung ist sehr umstritten, weshalb es möglicherweise sinnvoller ist auf Ersatzlösungen zurückzugreifen, die einen ähnlichen Effekt wie die Testamentsvollstreckung haben. Denkbar ist hier die Treuhand- oder Vollmachtslösung.<sup>466</sup> Bei der Treuhandlösung überträgt der Erbe den Gesellschaftsanteil für die Dauer der

<sup>458</sup> BGH, Beschluss v. 03.07.1989 – II ZB 1/89 (Hamm), NJW 1989, 3152.

<sup>459</sup> MüKo/Schmidt/Fleischer, HGB, §139 Rn.45.

<sup>460</sup> MüKo/Schmidt/Fleischer, HGB, §139 Rn.46.

<sup>461</sup> MüKo/Schmidt/Fleischer, HGB, §139 Rn.46.

<sup>462</sup> MüKo/Schmidt/Fleischer, HGB, §139 Rn.46.

<sup>463</sup> MüKo/Schmidt/Fleischer, HGB, §139 Rn.45.

<sup>464</sup> MüKo/Schmidt/Fleischer, HGB, §139 Rn.46.

<sup>465</sup> Schwalm/Deuschl, ZEV 2024, 438 (438).

<sup>466</sup> Schwalm/Deuschl, ZEV 2024, 438 (444).

Testamentsvollstreckung treuhänderisch auf den Testamentsvollstrecker.<sup>467</sup> Der Testamentsvollstrecker hält den Anteil im eigenen Namen und ist im Handelsregister als Gesellschafter einzutragen.<sup>468</sup> Im Zuge dessen haftet er auch für Gesellschaftsverbindlichkeiten.<sup>469</sup> Der Erblasser kann die Übertragung durch Auflage in seiner letztwilligen Verfügung anordnen.<sup>470</sup> Die Anteilsübertragung auf den Testamentsvollstrecker bedarf allerdings der Zustimmung sämtlicher Mitgesellschafter.<sup>471</sup> Denkbar ist auch die Bestellung einer GmbH als Testamentsvollstreckerin, um das Haftungsrisiko zu begrenzen.<sup>472</sup>

Bei der Vollmachtslösung erhält der Testamentsvollstrecker eine Vollmacht zur Ausübung aller Gesellschafterrechte.<sup>473</sup> Der Erblasser kann hier ebenfalls die Erteilung der Vollmacht durch den Erben durch Auflage oder Bedingung letztwillig anordnen oder er kann direkt in seiner letztwilligen Verfügung eine postmortale Vollmacht für den Testamentsvollstrecker erteilen.<sup>474</sup> Auch hier bedarf es der Zustimmung aller Gesellschafter.<sup>475</sup>

Eine weitere Gestaltungsmöglichkeit, wenn man auf die Anordnung einer Testamentsvollstreckung nicht verzichten möchte, wäre die Regelung im Gesellschaftsvertrag, dass die vererblich gestellte Komplementärbeteiligung bei Tod des Gesellschafters in eine Kommanditbeteiligung umgewandelt wird, da für diese die Testamentsvollstreckung grundsätzlich zulässig ist.<sup>476</sup> Dringende Voraussetzung hierfür ist jedoch, dass noch mindestens ein weiterer Komplementär verbleibt. Ansonsten kann die Gesellschaft nicht fortbestehen.<sup>477</sup>

## VII. Zwischenfazit

Im Gesellschaftsrecht bestehen umfangreiche Möglichkeiten die Nachfolge zu regeln. Diese Möglichkeiten, sollten in jedem Fall genutzt werden, um die Nachfolge individuell und interessensgerecht zu regeln. Insbesondere um Klarheit und Sicherheit für die Zukunft der Gesellschaft zu schaffen. Anzuraten ist die Aufnahme einer Nachfolgeklausel, da die gesetzlichen Regelungen oft nicht den Interessen der Gesellschafter und ihrer Nachfolger entsprechen. Bei unerwarteten Todesfällen bietet die Nachfolgeklausel klare Vorgaben, um rechtliche sowie organisatorische Unsicherheiten zu minimieren.

Die Analyse der erbrechtlichen und rechtsgeschäftlichen Nachfolgeklauseln zeigt, dass diese Gestaltung sowohl Chancen als auch Risiken bergen. Die rechtsgeschäftliche Nachfolgeklausel ermöglicht eine Gestaltung außerhalb des Erbrechts, bringt jedoch Herausforderungen wie die frühzeitige Bindung des Erblassers mit sich. Die einfache Nachfolgeklausel bietet Flexibilität für den Erblasser, beinhaltet jedoch potenzielle Unsicherheiten für die Mitgesellschafter. Demgegenüber bietet die qualifizierte Nachfolgeklausel die Möglichkeit, die Nachfolge an bestimmte Bedingungen zu knüpfen. Die qualifizierte Nachfolgeklausel wird wohl in den meisten Fällen den Interessen der Gesellschafter gerecht.

---

<sup>467</sup> Zit. nach MüKo/Schmidt/Fleischer, HGB, §139 Rn.52.

<sup>468</sup> Zit. nach MüKo/Schmidt/Fleischer, HGB, §139 Rn.52.

<sup>469</sup> Kämper, RNotZ 2016, 625 (641).

<sup>470</sup> Zit. nach MüKo/Schmidt/Fleischer, HGB, §139 Rn.52.

<sup>471</sup> Kämper, RNotZ 2016, 625 (641).

<sup>472</sup> Kämper, RNotZ 2016, 625 (641).

<sup>473</sup> Kämper, RNotZ 2016, 625 (641).

<sup>474</sup> Kämper, RNotZ 2016, 625 (641).

<sup>475</sup> Zit. nach MüKo/Schmidt/Fleischer, HGB, §139 Rn.53.

<sup>476</sup> Klein/Lindemaier/Krause, MHdbGesR, §42 Rn.47.

<sup>477</sup> Klein/Lindemaier/Krause, MHdbGesR, §42 Rn.47.



Alternativ zu den Nachfolgeklauseln ermöglichen Eintritts-, Auflösungs- und Ausschlussklauseln eine zielgerichtete Gestaltung des Gesellschaftsvertrags. Eintrittsklauseln bewahren den Nachfolgern die Entscheidungsfreiheit, können aber zu Unsicherheiten über den Fortbestand der Gesellschaft führen. Auflösungsklauseln bieten zwar klare Strukturen, widersprechen jedoch dem Ziel, die Gesellschaft langfristig fortzuführen. Die Ausschlussklausel bietet eine Möglichkeit die Vererblichkeit von Kommanditbeteiligungen einzuschränken. Dies kann sinnvoll sein, wenn das Fortbestehen der Gesellschaft maßgeblich von bestimmten Gesellschaftern abhängt, ist jedoch in der Praxis selten empfehlenswert.

Besonders hervorgehoben wird die Relevanz der Abfindungsklausel. Diese legt die Berechnung des Abfindungsanspruchs beim Ausscheiden eines Erben fest und dient sowohl der Liquiditätssicherung der Gesellschaft als auch der Vermeidung von Konflikten.

Die Testamentsvollstreckung wird als weiteres Instrument der Nachfolgegestaltung intensiv diskutiert. Während sie bei der Kommanditbeteiligung weitgehend anerkannt ist, bleibt ihre Zulässigkeit bei Komplementärbeteiligungen umstritten.

Eine vorausschauende Gestaltung des Gesellschaftsvertrags durch klare Nachfolgegestaltung sichert die Fortführung der KG. In der Praxis wird empfohlen auf bewährte Klauseln, wie die qualifizierte Nachfolgeklausel und Abfindungsklauseln, zurückzugreifen. Diese sichern die Interessen der Gesellschaft und ihrer Gesellschafter und bieten zugleich Flexibilität für individuelle Bedürfnisse. Die Klauseln sollten präzise formuliert und eng mit etwaigen erbrechtlichen Bestimmungen abgestimmt werden.

## **E. Fazit**

Das Ziel dieser Arbeit war es, einen umfassenden Überblick über die rechtlichen Rahmenbedingungen der Nachfolge von Todes wegen in der KG und die gesellschaftsvertraglichen Gestaltungsmöglichkeiten zu geben. Dabei wurde deutlich, dass gerade im Zusammenspiel von Erb- und Gesellschaftsrecht zahlreiche Herausforderungen bestehen.

Die Nachfolge von Todes wegen stellt eine der schwierigsten Formen der Unternehmensnachfolge dar und die gesetzlichen Regelungen reichen nicht aus, um den Interessen der Gesellschafter und Nachfolger in diesem Fall gerecht zu werden. Umso deutlicher wird die Notwendigkeit der gesellschaftsvertraglichen Gestaltung. Sie ist ein strategisches Instrument, um den Fortbestand der Gesellschaft zu sichern, wirtschaftliche Stabilität zu gewährleisten und Konflikte zu vermeiden.

Durch die Analyse der gesetzlichen Regelungen und die Betrachtung der jüngsten Änderungen im Personengesellschaftsrecht durch das MoPeG wird deutlich, dass die rechtliche Komplexität der Nachfolgeregelungen erhebliche Anforderungen an die Gestaltung des Gesellschaftsvertrags stellt. Die Neuerungen im Personengesellschaftsrecht erfordern die Überprüfung bestehender Gesellschaftsverträge und gegebenenfalls Anpassungen, da relevante Vorschriften durch redaktionelle Änderungen verschoben wurden.

Die Arbeit zeigt, dass die Nachfolgeplanung in der KG weit über die bloße Erfüllung gesetzlicher Vorgaben hinausgeht und ein großer Gestaltungsspielraum besteht. Die Vorstellung der verschiedenen Klauseln hat verdeutlicht, dass die spezifischen Bedürfnisse der Gesellschafter durch eine individuelle Vertragsgestaltung berücksichtigt werden können.

Abschließend lässt sich festhalten, dass die KG eine weitverbreitete und attraktive Gesellschaftsform ist. Diese Arbeit unterstreicht die Relevanz der gesellschaftsvertraglichen Gestaltung, zur Absicherung einer geordneten Nachfolge von Todes wegen.

## Literaturverzeichnis

- Beyer, Tony*, BeckOK HGB, 44. Edition, C.H. Beck, München, 2024.
- Blaum, Matthias et al*, Handbuch Personengesellschaften, 90. Lieferung, Otto Schmidt, o.O., 2024.
- Born, Manfred et al*, Handelsgesetzbuch. Band 1: §§ 1-342r: Kommentar Bd. 1, 5. Auflage, Beck-online Bücher, C.H. Beck/Verlag Vahlen, München, 2024.
- Brungs, Asher David et al*, Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch Bd. 3, 4. Auflage, C.H. Beck, München, 2019.
- Brungs, Asher David et al*, Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch Bd. 2, 5. Auflage, C.H. Beck, München, 2021.
- Casper, Matthias/Flume, Johannes W./Harnos, Rafael*, Handelsgesetzbuch. 3. Band: §§ 105-160 Bd. 3, 6. Aufl., Großkommentare der Praxis, De Gruyter, o.O., 2024.
- Ceesay, Philipp et al*, Personengesellschaftsrecht Kommentar, Otto Schmidt, Köln, 2024.
- Drettmann, Fritz*, Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke, 50. Ergänzung, März 2024, Beck-online Bücher, Verlag C.H. Beck, München, 2024.
- Erb, Thoralf et al* (Hrsg.), Bewertung bei Erbschaft und Schenkung: Zusammenwirken von Bewertung, Steuerrecht und Zivilrecht, 2. Auflage, C.H. Beck, München, 2022.
- Figura, Julia et al*, Geldwäschegesetz (GwG), 5. Auflage, Gelbe Erläuterungsbücher, C.H. Beck, München, 2023.
- Gebel, Dieter/Jülicher, Marc/Gottschalk, Paul Richard*, Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetz, Stand: 15. September 2024 (69. Ergänzungslieferung), Verlag Franz Vahlen, München, 2024.
- Giehl, Christoph*, Beck'sche Online-Formulare Vertrag, 70. Edition, C. H. Beck, München, 2024.
- Große-Boymann, Tamara*, Erbrecht Bd. 65, 4. Auflage, Beck'sche Kurz-Kommentare, C.H. Beck, München, 2022.
- Gummert, Hans* (Hrsg.), Münchener Anwalts Handbuch Personengesellschaftsrecht, 4. Aufl., C.H. Beck, München., 2023.
- Gummert, Hans/Schäfer, Carsten* (Hrsg.), Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts Bd. 1, 6. Aufl., C.H. Beck, München, 2024.
- Gummert, Hans/Schäfer, Carsten* (Hrsg.), Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts Bd. 2, 6. Aufl., C.H. Beck, München, 2024.
- Habersack, Mathias*, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 9. Auflage 2024, C. H. Beck, München, 2024.
- Habersack, Matthias* (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Bd. 7, 9. Aufl., C. H. Beck, München, 2024.
- Heidinger, Andreas et al*, Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch Bd. 1, 5. Auflage, C. H. Beck F. Vahlen, München, 2021.

- Hempe, Richard*, Das Recht der OHG und KG nach MoPeG – und die „Brücke“ samt Querweisen zum alten Recht, DStR 2024, S. 1877.
- Hopt, Klaus J. et al*, Handelsgesetzbuch: mit GmbH & Co., Handelsklauseln, Bank- und Kapitalmarktrecht, Transportrecht (ohne Seerecht), 43., neubearbeitete Auflage, Beck'sche Kurz-Kommentare, Band 9, C.H. Beck, München, 2024.
- Kalss, Susanne et al*, Münchener Kommentar zum Aktiengesetz. Band 5: §§ 278-328 Bd. 5, 6. Auflage, Beck-online Bücher, C.H. Beck, München, 2023.
- Kämper, Notarassessorin Irene*, Testamentsvollstreckung an Personengesellschaftsanteilen, RNotZ 2016, S. 625.
- Kessal-Wulf, Sibylle* (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Bd. 11, 9. Auflage 2022, C. H. Beck, München, 2022.
- Krafka, Alexander et al*, Registerrecht, 12., neu bearbeitete Auflage, Handbuch der Rechtspraxis, Band 7, C.H. Beck, München, 2024.
- Lieder, Jan/Hoffmann, Dipl-Kfm Thomas*, Lieder/Hoffmann: Kleine Phänomenologie der Kommanditgesellschaft, NZG 2021, S. 1045.
- Loose, Matthias*, Erbschaftsteuerrecht: einschließlich Schenkungsteuer und Bewertung, 5., neu bearbeitete Auflage, Studium und Praxis, C.H. Beck, München, 2022.
- Lübke, Julia*: Die Vererbung von Personengesellschaftsanteilen nach dem MoPeG – Gesetzlicher Rahmen und Gestaltungsaufgaben, DNotZ 2023, 896.
- Lüke, Olaf*, Handbuch GmbH & Co. KG, 21., neu bearbeitete Auflage, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln, 2016.
- Olzen, Dirk/Looschelders, Dirk* (Hrsg.), Erbrecht, 7., neu bearbeitete Auflage, De Gruyter Studium, De Gruyter, o.O., 2023.
- Röder, Erik*, Die Kommanditgesellschaft im Rechtsvergleich – Hintergründe der unterschiedlichen Karriere einer Rechtsform, RabelsZ (78) 2014, S. 109.
- Röhricht, Volker/Westphalen, Friedrich/Haas, Ulrich* (Hrsg.), Handelsgesetzbuch: Kommentar zu Handelsstand, Handelsgesellschaften, Handelsgeschäften, besonderen Handelsverträgen und internationalem Vertragsrecht (ohne Bilanz-, Transport- und Seerecht), 5. neu bearbeitete und erweiterte Auflage, Otto Schmidt, o.O., 2019.
- Salomon, Pascal*, Das MoPeG in der Notar- und Gestaltungspraxis, C.H. Beck, München, 2024.
- Scherer, Stephan et al* (Hrsg.), Unternehmensnachfolge, 6., C.H.Beck, München, 2020.
- Schwalm, Julian/Deuschl, Henry*, Schwalm/Deuschl: Die Testamentsvollstreckung über Personengesellschaftsanteile nach dem MoPeG, ZEV 2024, S. 438.
- Sontheimer, Jürgen/Kollmar, Jens/Stark, Caroline Luise*, Vertragsgestaltung und Steuerrecht, 4., vollständig überarbeitete Auflage, NJW Praxis, Band 84, C.H. Beck, München, 2024.
- Stengel, Arndt*, Beck'sches Handbuch der Personengesellschaften: Gesellschaftsrecht - Steuerrecht, 5. Auflage, Beck-online Bücher, C.H. Beck, München, 2020.

*Weber, Klaus*, Rechtswörterbuch, 24., neu bearbeitete Auflage 2022, C. H. Beck, München, 2022.

*Weitbrecht, Jannik*, Beck'sches Notar-Handbuch, 8. Aufl., C.H. Beck, München, 2024.

*Zimmermann, Rainer*, Einkommensteuerliche Risiken aus der Erbschaftsausschlagung gegen Abfindung, ZEV 2001, S. 5.



# Die Implementierung von Force Majeure Klauseln in internationalen Verträgen – Herausforderungen, Gestaltung und Praxisrelevanz

Bachelorarbeit

an der  
FH Aachen  
Fachbereich Wirtschaftswissenschaften  
Wirtschaftsrecht (LL.B.)  
Erstprüferin: Prof. Dr. jur. habil. Kathrin Kroll-Ludwigs  
Eingereicht am: 18.07.2024

vorgelegt von

Grischa Hagemann  
aus Köln

## **Abstract**

In der heutigen Zeit häufen sich nicht beeinflussbare Ereignisse. Diese Ereignisse können den weltweiten Handel beschränken. Für diese Fälle höherer Gewalt ist es unabdingbar Klauseln zu entwerfen, die die Folge solcher Beeinträchtigungen regeln.

Die Bachelorarbeit „Die Implementierung von Force Majeure Klauseln in internationalen Verträgen – Herausforderungen, Gestaltung und Praxisrelevanz“, welche von Grischa Hagemann erarbeitet wurde, legt die Möglichkeiten zur Gestaltung einer optimal wirkungsfähigen Force Majeure Klausel dar. Zu diesem Zweck wird der Begriff der Force Majeure erläutert und dargestellt, warum es in solchen Fällen eine vertragliche Lösung braucht. Es werden Regelungsansätze des UN-Kaufrechts, der ICC-Musterklauseln und der UNIDROIT Principles aufgezeigt. Zudem werden die Erkennungsmerkmale von Force Majeure Klauseln dargestellt und die Unterschiede zu den vergleichbaren Hardship- und MAC-Klauseln erläutert. Es werden die inhaltlichen Bestimmungen aufgezeigt, sowie Formulierungsbeispiele zur Veranschaulichung inkludiert. In diesem Zuge werden Praxisbeispiele von Force Majeure Klauseln analysiert und Expertenmeinungen wiedergegeben.

Im Ergebnis zeigt diese Arbeit, dass eine Force Majeure Klausel durch die vielen verschiedenen nationalen-staatlichen, internationalen-staatlichen und internationalen-nichtstaatlichen Regelungen am besten für den jeweiligen Vertrag entworfen werden sollte. Dabei sollte diese so genau wie nötig oder möglich sein. In der kautelarjuristischen Praxis haben sich vorgefertigte Klauseln zudem nicht durchsetzen können, was unter anderem an der zu allgemeinen Ausfertigung dieser liegen kann. Es hat sich in der Praxis etabliert, dass fast jede Klausel dem jeweils vorliegenden Vertrag zugeschnitten wird und die Standpunkte der Vertragsparteien somit optimal widerspiegeln und die Nichtleistung einer Partei regeln.

## Inhaltsverzeichnis

|      |                                                                                                                   |   |
|------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---|
| A.   | Einleitung .....                                                                                                  | 1 |
| I.   | Themenwahl und Problemstellung .....                                                                              | 1 |
| II.  | Zielsetzung .....                                                                                                 | 1 |
| III. | Vorgehensweise .....                                                                                              | 1 |
| B.   | Grundlagen .....                                                                                                  | 2 |
| I.   | Begrifflichkeiten.....                                                                                            | 2 |
| 1.   | Höhere Gewalt.....                                                                                                | 2 |
| 2.   | Force Majeure .....                                                                                               | 2 |
| 3.   | Unterschied der Begrifflichkeiten .....                                                                           | 3 |
| II.  | Ausgangslage .....                                                                                                | 3 |
| 1.   | Regelung in Deutschland.....                                                                                      | 3 |
| 2.   | Regelung in anderen Ländern.....                                                                                  | 4 |
| 3.   | Das Bedürfnis nach einer vertraglichen Regelung .....                                                             | 4 |
| 4.   | Zwischenfazit .....                                                                                               | 4 |
| C.   | Das Konzept der Force Majeure im internationalen Recht.....                                                       | 5 |
| I.   | Anwendung im internationalen staatlichen Recht.....                                                               | 5 |
| 1.   | Bei Anwendung des UN-Kaufrechts .....                                                                             | 5 |
| a)   | Was ist das UN-Kaufrecht/ United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) ..... | 5 |
| b)   | Force Majeure Regelung im UN-Kaufrecht .....                                                                      | 6 |
| aa)  | Kontext des Art. 79 CISG .....                                                                                    | 6 |
| bb)  | Bedeutung des Art.79 CISG.....                                                                                    | 6 |
| (1)  | Was fällt gem. Art 79 CISG unter Force Majeure? .....                                                             | 6 |
| (2)  | Wie geht Art. 79 CISG mit dem Ereignis um?.....                                                                   | 7 |
| (3)  | Was für Rechtsfolgen sieht Art. 79 CISG vor? .....                                                                | 7 |
| 2.   | Bei Ausschluss des UN-Kaufrechts .....                                                                            | 8 |
| II.  | Anwendung im internationalen nichtstaatlichen Recht .....                                                         | 8 |
| 1.   | Regelungen durch die ICC (internationale Handelskammer) .....                                                     | 8 |
| a)   | Was ist die ICC .....                                                                                             | 8 |
| b)   | Force Majeure Regelung der ICC .....                                                                              | 9 |
| aa)  | Kontext der Musterklausel.....                                                                                    | 9 |
| bb)  | Bedeutung der Musterklausel .....                                                                                 | 9 |

## IV

|                                                                               |    |
|-------------------------------------------------------------------------------|----|
| (1) Was fällt gem. der ICC-Klausel unter Force Majeure? .....                 | 9  |
| (2) Wie geht die ICC-Klausel mit dem Ereignis um? .....                       | 10 |
| (3) Was sind die Rechtsfolgen durch die ICC-Klausel? .....                    | 11 |
| 2. UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (UPICC) .....    | 11 |
| a) Was ist UNIDROIT? .....                                                    | 11 |
| b) Wie regeln die UNIDROIT Principles die Force Majeure? .....                | 12 |
| aa) Kontext des Art. 7.1.7 UPICC .....                                        | 12 |
| bb) Bedeutung des Art. 7.1.7 .....                                            | 13 |
| (1) Was fällt gem. Art. 7.1.7 unter die Force Majeure? .....                  | 13 |
| (2) Wie geht Art. 7.1.7 mit dem Ereignis um? .....                            | 14 |
| (3) Welche Rechtsfolgen strebt Art. 7.1.7 an? .....                           | 14 |
| III. Zwischenfazit .....                                                      | 15 |
| D. Force Majeure-Klauseln: Voraussetzungen, Abgrenzung und Rechtsfolgen ..... | 15 |
| I. Was sind Force Majeure Klauseln? .....                                     | 15 |
| 1. Voraussetzungen der Klauseln .....                                         | 16 |
| 2. Sinn und Zweck der Klauseln .....                                          | 16 |
| 3. Wann liegt eine Force Majeure Klausel vor? .....                           | 17 |
| 4. Rechtsfolgen .....                                                         | 18 |
| a) Bei Abschluss einer eigens angefertigten Klausel .....                     | 19 |
| b) Bei keinem Abschluss einer Klausel .....                                   | 19 |
| II. Abgrenzung von anderen Klauselarten? .....                                | 20 |
| 1. Hardship-Klauseln .....                                                    | 20 |
| a) Sinn und Zweck von Hardship-Klauseln .....                                 | 20 |
| aa) Begrifflichkeit des „Hardship“ .....                                      | 20 |
| bb) Inhalt .....                                                              | 21 |
| b) Übliche Erscheinungsformen .....                                           | 21 |
| c) Wie unterscheiden sie sich von Force Majeure Klauseln? .....               | 22 |
| 2. Material Adverse Change-Klausel (MAC-Klauseln) .....                       | 22 |
| a) Sinn und Zweck von MAC-Klauseln .....                                      | 22 |
| aa) Begrifflichkeit des „MAC“ .....                                           | 22 |
| bb) Inhalt .....                                                              | 22 |
| b) Übliche Erscheinungsformen .....                                           | 23 |
| c) Wie unterscheiden sie sich von Force Majeure Klauseln? .....               | 23 |



|                                                                                 |    |
|---------------------------------------------------------------------------------|----|
| III. Zwischenfazit.....                                                         | 23 |
| E. Ausgestaltung von Force Majeure-Klauseln .....                               | 24 |
| I. Wie sollten diese Force Majeure Klausel aussehen? .....                      | 24 |
| 1. Aufbau .....                                                                 | 24 |
| a) Was ist allgemein bei dem Abschluss einer solchen Klausel zu beachten? ..... | 24 |
| b) Spezielle Probleme.....                                                      | 26 |
| aa) Die Coronapandemie als Herausforderung .....                                | 26 |
| bb) Force Majeure Klauseln und Rechtswahl.....                                  | 27 |
| c) Risikoverteilung .....                                                       | 27 |
| 2. Wie sollten die Klauseln formuliert sein?.....                               | 28 |
| 3. Bestimmtheit.....                                                            | 30 |
| 4. Erfahrungsberichte aus der Praxis.....                                       | 31 |
| a) Beurteilung der deutschen Rechtslage .....                                   | 31 |
| b) Vorbehalte bei der Anwendung des UN-Kaufrechts.....                          | 31 |
| c) Verwendung von Klauselvorschlägen und vorformulierten Klauseln .....         | 32 |
| d) Bestimmtheit.....                                                            | 33 |
| II. Formulierungsbeispiele.....                                                 | 34 |
| 1. Praxisbeispiel 1 .....                                                       | 34 |
| 2. Praxisbeispiel 2 .....                                                       | 38 |
| III. Zwischenfazit.....                                                         | 39 |
| F. Fazit .....                                                                  | 40 |
| Anhang .....                                                                    | 53 |
| Literaturverzeichnis .....                                                      | 61 |

## Abkürzungsverzeichnis

|               |                                                                            |
|---------------|----------------------------------------------------------------------------|
| Abs.          | Absatz                                                                     |
| AEUV          | Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union                       |
| AG            | Amtsgericht                                                                |
| AGB           | Allgemeine Geschäftsbedingungen                                            |
| Art.          | Artikel                                                                    |
| Az.           | Aktenzeichen                                                               |
| BGB           | Bürgerliches Gesetzbuch                                                    |
| BGH           | Bundesgerichtshof                                                          |
| BGHZ          | Bundesgerichtshofs in Zivilsachen                                          |
| bspw.         | beispielsweise                                                             |
| bzw.          | beziehungsweise                                                            |
| CCPIT         | China Council for the Promotion of International Trade                     |
| CISG          | United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods |
| CR            | Computerrecht                                                              |
| DStR          | Deutsches Steuerrecht                                                      |
| EL            | Ergänzungslieferung                                                        |
| EnWZ          | Zeitschrift für das gesamte Recht der Energiewirtschaft                    |
| Erg. d. Verf. | Ergänzt durch Verfasser                                                    |
| etc.          | et cetera                                                                  |
| FAO           | Fachanwaltsordnung                                                         |
| ggf.          | gegebenenfalls                                                             |
| ff.           | fortfolgende                                                               |
| ICC           | International Chamber of Commerce                                          |
| idR           | in der Regel                                                               |
| IWRZ          | Zeitschrift für Internationales Wirtschaftsrecht                           |
| LG            | Landesgericht                                                              |
| LLP           | Limited Liability Partnership                                              |
| MAC           | Material Adverse Change                                                    |
| MüKo          | Münchener Kommentar                                                        |
| NJOZ          | Neue Juristische Online-Zeitschrift                                        |
| NJW           | Neue Juristische Wochenschrift                                             |
| o.J.          | ohne Jahresangabe                                                          |
| RRa           | Reiserecht aktuell                                                         |
| S.            | Seite                                                                      |
| u.a.          | unter Anderem                                                              |
| UKuR          | Ukraine-Krieg und Recht                                                    |

## VII

|             |                                                            |
|-------------|------------------------------------------------------------|
| UN          | United Nations                                             |
| UNCITRAL    | United Nations Commission on International Trade Law       |
| UNIDROIT    | International Institute for the Unification of Private Law |
| UPICC       | UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts  |
| ZEuP        | Zeitschrift für Europäisches Privatrecht                   |
| ZIP         | Zeitschrift für Wirtschaftsrecht                           |
| zit.        | zitiert                                                    |
| ZVertriebsR | Zeitschrift für Vertriebsrecht                             |

## **A. Einleitung**

### **I. Themenwahl und Problemstellung**

In den letzten Jahren sind immer wieder Ereignisse aufgetreten, welche in negativer Weise hohen Einfluss auf den internationalen Handel ausübten.<sup>1</sup> 2020 brach die Coronapandemie aus und legte den Welthandel in großen Teilen lahm oder beschränkte diesen stark. Durch den Angriffskrieg Russlands auf die Ukraine wurde eine Welle wirtschaftlicher Folgen ausgelöst, wie die Inflation oder ein Mangel an Waren und Rohstoffen. Von verschiedenen Nationen gegen Russland erhobene Sanktionen, beschränkten Russlands Wirtschaft und wirkten sich negativ auf die Wirtschaft vieler europäischer Länder aus. Die Piratenangriffe im Roten Meer sind ebenso Ereignisse, welche globale Auswirkungen und Aufmerksamkeit entfalten konnten.

Durch das häufigere Auftreten und den Einfluss dieser Ereignisse auf den internationalen Handel wurde in der Kautelarjurisprudenz vermehrt auf diese Ereignisse hingewiesen. Für den Umstand der Unmöglichkeit der Leistung zwischen zwei Vertragsparteien brauchte es eine Lösung, ohne dass eine Partei diese Nichtleistung zu vertreten hatte. Die Lösung offenbarte sich in Regelungen zur höheren Gewalt und der Aufnahme diesbezüglicher Klauseln in Verträgen. In der Vergangenheit wurden diese Regelungen in Verträgen oft nicht beachtet oder vernachlässigt. Durch die größer werdende Relevanz dieser Regelungen in jüngster Vergangenheit wurden und werden die Vertragsparteien vor die Aufgabe gestellt eine anwendbare und maximal absichernde Klausel in die Verträge aufzunehmen. Vor dem Hintergrund der globalen Erwärmung und der dadurch steigenden Anzahl an Naturkatastrophen werden die Klauseln auch in der Zukunft an Bedeutsamkeit gewinnen.

### **II. Zielsetzung**

Diese Arbeit beschäftigt sich grundlegend mit der Frage, was Force Majeure ist, wie diese international behandelt wird, was eine Force Majeure Klausel beinhaltet und wie man diese am besten formuliert.

Das Ziel ist es dem Leser die Implementierung einer vollwertigen und absichernden Force Majeure Klausel in internationalen Verträgen nahezulegen. Es soll ein Ansatzpunkt für die Bewältigung verschiedener Probleme bereitet werden, welche bei der Erarbeitung einer solchen Klausel entstehen können.

### **III. Vorgehensweise**

In dieser Arbeit werden Herausforderungen dargestellt, die anhand nationaler und internationaler Literatur und Internetrecherche analysiert und beantwortet werden. Die Anwendung dieser theoretischen Grundlagen wird durch Erfahrungsberichte von zwei Anwältinnen belegt. Zu diesem Zweck werden Klauseln aus der anwaltlichen Praxis verwendet. Eine befragte Person ist als Senior Associate in einer Wirtschaftskanzlei tätig. Die zweite Person arbeitete für eine Beratungsgesellschaft in der Datenschutzabteilung. Beide Personen wurden in dem Zeitraum des Frühjahres 2024 befragt. Die Fragen und Antworten sind in Anhang 1 zu finden.

---

<sup>1</sup> Das in dieser Arbeit gewählte generische Maskulinum bezieht sich zugleich auf die männliche, die weibliche und andere Geschlechteridentitäten. Auf eine Mehrfachbezeichnung wird zwecks einer besseren Lesbarkeit verzichtet.

## B. Grundlagen

### I. Begrifflichkeiten

Nachdem die Ziele und Vorgehensweisen dieser Arbeit behandelt wurden, sollen im folgenden Abschnitt die Begrifflichkeiten der Force Majeure und der höheren Gewalt erläutert werden. Dabei werden die Unterschiede und Gemeinsamkeiten beleuchtet. Dadurch soll ein Grundverständnis für die als höhere Gewalt einzustufenden Ereignisse geschaffen werden.

#### 1. Höhere Gewalt

Der Begriff „höhere Gewalt“ beschreibt Ereignisse, welche ungewöhnlich und schadensverursachend sind.<sup>2</sup> Diese Ereignisse hindern eine Vertragspartei an der Vertragserfüllung, ohne dass die Partei dies zu verschulden hat.<sup>3</sup> Der Bundesgerichtshof (BGH) hat den Begriff wie folgt definiert: Höhere Gewalt ist ein „(...) von außen kommendes, keinen betrieblichen oder persönlichen Zusammenhang aufweisendes, auch durch äußerste vernünftigerweise zu erwartende Sorgfalt nicht abwendbares Ereignis.“<sup>4</sup> Diese Ereignisse können durch elementare Naturkräfte oder Handlungen Dritter herbeigeführt werden.<sup>5</sup> Sie sind vom leistenden Betriebsunternehmen wegen ihrer Seltenheit nicht in Kauf zu nehmen.<sup>6</sup> In dem Urteil werden Ereignisse, wie „(...) Krieg, terroristische Anschläge, massive gewalttätige Unruhen oder ein Reaktorunfall (...)“<sup>7</sup> beispielhaft genannt. Es gibt Stimmen, welche das definierende Urteil insofern kritisieren, dass es eine abstrakte Beschreibung der Ereignisse höherer Gewalt mit einem zu großen Interpretationsraum sei.<sup>8</sup>

#### 2. Force Majeure

Der Rechtsbegriff „Force Majeure“ stammt ursprünglich aus dem Französischen.<sup>9</sup> Im Grunde beschreibt der Begriff einen Fall von höherer Gewalt, also ein unvorhersehbares Ereignis, welches außerhalb der Kontrolle der Parteien liegt und die Parteien von ihrer Leistungspflicht befreit.<sup>10</sup> Grundsätzlich sind Kriege, Pandemien und Ähnliches als Force Majeure Ereignisse einzustufen.<sup>11</sup> Als Force Majeure gelten beispielsweise nicht Geldwert- oder Preisschwankungen, es sei denn eines der Ereignisse ist die Ursache für die Schwankung.<sup>12</sup> Eine Force Majeure Vertragsklausel könnte in diesen Fällen den Anwendungsbe- reich entsprechend auf Preisschwankungen ausweiten.<sup>13</sup> Definitionen von als Force Majeure einzustufenden Ereignissen können von Rechtsordnung zu Rechtsordnung stark variieren und werden oft durch Gerichte bestimmt.<sup>14</sup> Durch die Vertragsfreiheit können Umstände in

<sup>2</sup> Helm, 2021, Musterklausel für Force Majeure, <https://www.iccgermany.de/magazin-post/musterklausel-fuer-force-majeure/>, zuletzt abgerufen am: 24.02.2025.

<sup>3</sup> Helm, 2021, Musterklausel für Force Majeure, <https://www.iccgermany.de/magazin-post/musterklausel-fuer-force-majeure/>, zuletzt abgerufen am: 24.02.2025.

<sup>4</sup> BGH, Urteil vom 16.5.2017, X ZR 142/15, NJW 2017, 2677.

<sup>5</sup> BGH, Urteil vom 12.03.1987, VII ZR 172/86, NJW 1987, 1938.

<sup>6</sup> Thüsing, in: Thüsing / Westphalen/ Pamp, Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke, S. 329 (329).

<sup>7</sup> BGH, Urteil vom 23.11.1989, VII ZR 60/89, NJW 1990, 572.

<sup>8</sup> Industrie- und Handelskammer Frankfurt am Main, o.J., ICC Force-Majeure-Klauseln auf Deutsch, <https://www.frankfurt-main.ihk.de/recht/uebersicht-alle-rechtsthemen/vertragsrecht-und-e-commerce-recht/lieferengpaesse-wegen-corona-virus-5173980>, zuletzt abgerufen am: 24.02.2025.

<sup>9</sup> Bernandi, UKuR 2022, 435 (435).

<sup>10</sup> Weaver, ZVertriebsR 2020, 159 (163).

<sup>11</sup> Dishev/ Hoffmann/ Müller, NJOZ 2024, 97 (98).

<sup>12</sup> Dishev/ Hoffmann/ Müller, NJOZ 2024, 97 (98).

<sup>13</sup> Dishev/ Hoffmann/ Müller, NJOZ 2024, 97 (98).

<sup>14</sup> DiMatteo/ Cordero-Moss, in: DiMatteo/Janssen/Magnus/Schulze, International Sales Law, Kapitel 28, Rn. 35.

den Definitionsbereich aufgenommen werden, welche normalerweise nicht in diesen fallen würden.<sup>15</sup> In den internationalen Quellen hat sich der Begriff der „Force Majeure“ gegenüber anderen Begriffen, wie „Act of God“ oder „höhere Gewalt“, etabliert.

### 3. Unterschied der Begrifflichkeiten

Es gibt keinen großen Unterschied zwischen den beiden Begrifflichkeiten. „Höhere Gewalt“ ist ein meist breit gewählter Begriff, dessen Anwendung vieles umfassen kann und auslegungsfähig ist. „Force Majeure“ ist meist umfänglicher definiert und beschreibt exaktere Anwendungsmöglichkeiten. Dieser Umstand liegt allerdings nicht an den Begrifflichkeiten, sondern vielmehr an der oben beschriebenen Vertragsfreiheit. Theoretisch sind die beiden Begriffe Synonyme und beschreiben, je nach gewählter Definition, dieselben Ereignisse. Es ist wichtig zu erwähnen, dass es nicht eine Definition für höhere Gewalt oder Force Majeure gibt, sondern viele unterschiedliche Definitionen, welche teilweise stark voneinander abweichen. So hat beispielsweise das Unionsrecht eine eigene Auffassung des Begriffs im Zusammenhang mit Art.45 AEUV.<sup>16</sup> In der AEUV dürfen beispielsweise keine Definitionen von nationalen Rechten angewendet werden.<sup>17</sup>

## II. Ausgangslage

Nachfolgend werden die verschiedenen Regelungsmöglichkeiten beispielhaft an der deutschen Gesetzeslage und vergleichbaren Rechtssystemen dargestellt. Dies soll veranschaulichen, wie innerhalb geschlossener Rechtssysteme mit Ereignissen höherer Gewalt umgegangen wird, bevor im nachfolgenden Kapitel die internationalen Sichtweisen betrachtet werden. Auf Grundlage dieser Informationen wird anschließend erläutert, weshalb eine vertragliche Regelung oftmals von Nöten ist.

### 1. Regelung in Deutschland

In Deutschland ist der Begriff der höheren Gewalt oder Force Majeure gesetzlich nicht definiert.<sup>18</sup> Die oben genannte Definition des BGH wurde von der Rechtsprechung erarbeitet. In der deutschen Regelung haftet der Schuldner, falls dieser die Vertragsverletzung zu vertreten hat.<sup>19</sup> „(...) die deutsche Zivilrechtsdogmatik [konnte] die „höhere Gewalt“ vernachlässigen, denn der weitere Begriff des „Nicht-vertreten-Müssens“ schloss die höhere Gewalt und eventuelle andere unabwendbare Umstände ein.“ (Erg. d. Verf.)<sup>20</sup> Durch diese Regelung befand man es als überflüssig besondere Ausnahmen für Ereignisse höherer Gewalt zu schaffen.<sup>21</sup> Der Grund für die geringe Relevanz der höheren Gewalt im deutschen Rechtssystem liegt also an dem im BGB verankerten Verschuldungsprinzip und dem Voraussetzen des Vertretenmüssens gem. §280 Abs. 1 BGB.<sup>22</sup> In anderen Rechtssystemen als höhere Gewalt behandelte Ereignisse, werden in Deutschland durch die Unmöglichkeit der Leistung gem. § 275 ff. BGB und durch den Wegfall der Geschäftsgrundlage gem. §313 BGB geregelt.<sup>23</sup> Diese Paragraphen greifen beispielsweise ein, wenn ein Lieferant aufgrund

<sup>15</sup> DiMatteo/ Cordero-Moss, in: DiMatteo/Janssen/Magnus/Schulze, International Sales Law, Kapitel 28, Rn. 35.

<sup>16</sup> Rintelen/ Wolf, in: Grabitz / Hilf / Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, S.23.

<sup>17</sup> Rintelen/ Wolf, in: Grabitz / Hilf / Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, S.23.

<sup>18</sup> Helm, 2021, Musterklausel für Force Majeure, <https://www.iccgermany.de/magazin-post/musterklausel-fuer-force-majeure/>, zuletzt abgerufen am: 24.02.2025.

<sup>19</sup> Weik, ZEuP 2014, 281 (282).

<sup>20</sup> Weik, ZEuP 2014, 281 (283).

<sup>21</sup> Weik, ZEuP 2014, 281 (284).

<sup>22</sup> Bräutigam/ Thalhofer, CR 2020, 289 (290).

<sup>23</sup> Helm, 2021, Musterklausel für Force Majeure, <https://www.iccgermany.de/magazin-post/musterklausel-fuer-force-majeure/>, zuletzt abgerufen am: 24.02.2025.

höherer Gewalt nicht zum vereinbarten Zeitpunkt liefern kann.<sup>24</sup> Dies könnte daran liegen, dass die Vorprodukte wegen unterbrochener Lieferketten oder Handelsbeschränkungen nicht verfügbar sind.<sup>25</sup>

## 2. Regelung in anderen Ländern

Es bestehen viele Regelungen aus EU- und nicht-EU-Staaten, welche der deutschen Regelung ähnlich sind. So „(...) finden sich in den skandinavischen Rechtsordnungen, Griechenland (vgl. Art. 388 des Griechischen Zivilgesetzbuchs von 1946), den Niederlanden (vgl. Art. 6:258 des Neuen Bürgerlichen Gesetzbuchs von 1992), dem französischen Recht nach der Vertragsrechtsreform von 2016 (vgl. Art. 1195 Code civil n.F.)“ der deutschen Definition ähnliche Umgangsweisen mit Force Majeure Ereignissen.<sup>26</sup> In nicht-EU-Staaten ähneln die Rechtsordnungen der Volksrepublik China, Japan und Taiwan den deutschen Regelungen, da diese Privatrechte stark vom deutschen Recht geprägt wurden.<sup>27</sup> Die Ukraine hat eine eigene Regelung und eine gesetzliche Definition des Force Majeure-Begriffes.<sup>28</sup> Bereits seit dem Vorfall im Donbass 2014 wird in der Ukraine großen Wert auf Force Majeure Klauseln gelegt.<sup>29</sup> Das Englische Recht hingegen kennt nur das Prinzip der *Frustration*, welche die Parteien allerdings nur selten von ihren Leistungspflichten befreit.<sup>30</sup>

## 3. Das Bedürfnis nach einer vertraglichen Regelung

Durch die verschiedenen rechtlichen Definitionen in unterschiedlichen Ländern, ist es möglicherweise einfacher, eine eigene, nur für den vorliegenden Vertrag geltende Klausel zu entwerfen. Je nachdem, was die Vertragsparteien für Bedürfnisse und Vorstellungen haben. Denn laut Bräutigam und Thalhofer sind die Voraussetzungen, die der BGH in seiner Rechtsprechung aufstellt, sehr anspruchsvoll und es werden hohe Hürden errichtet.<sup>31</sup> Das UN-Kaufrecht kann als weitere Regelungsmöglichkeit betrachtet werden. Es wird ausgiebiger in Kapitel III behandelt. Das UN-Kaufrecht wird allerdings oftmals sowohl von Anwälten als auch von Mandanten ausgeschlossen, da viele nicht mit diesem vertraut sind. Entscheiden sich die Parteien dazu eine vertragliche Regelung zu treffen sind sowohl der Anwendungsbereich als auch die Rechtsfolgen von Force Majeure Ereignissen von dieser vorgegeben.<sup>32</sup> Demnach braucht es eine vertragliche Regelung, um eine klare Struktur in der Vorgehensweise bei Ereignissen von höherer Gewalt zu schaffen.

## 4. Zwischenfazit

Es lässt sich festhalten, dass in der Rechtspraxis wenig oder kein Unterschied zwischen den Begrifflichkeiten der „Force Majeure“ und der „höheren Gewalt“ gemacht wird. Die beiden Begriffe sind demnach Synonyme. „Force Majeure“ hat sich allerdings in den internationalen Quellen als gängig etabliert. In Deutschland gibt es keine gesetzliche Definition bzw. klare Regelung von Ereignissen höherer Gewalt.<sup>33</sup> Solche Ereignisse werden in

<sup>24</sup> Helm, 2021, Musterklausel für Force Majeure, <https://www.iccgermany.de/magazin-post/musterklausel-fuer-force-majeure/>, zuletzt abgerufen am: 24.02.2025.

<sup>25</sup> Helm, 2021, Musterklausel für Force Majeure, <https://www.iccgermany.de/magazin-post/musterklausel-fuer-force-majeure/>, zuletzt abgerufen am: 24.02.2025.

<sup>26</sup> Vogenauer, IWRZ 2021, 3 (5).

<sup>27</sup> Vogenauer, IWRZ 2021, 3 (5).

<sup>28</sup> Ries, UKuR 2022, 355 (355).

<sup>29</sup> Ries, UKuR 2022, 355 (355).

<sup>30</sup> Grün/ Ostendorf, in: Ostendorf, Internationale Wirtschaftsverträge, §10, Rn. 25.

<sup>31</sup> Bräutigam/ Thalhofer, CR 2020, 289 (290).

<sup>32</sup> Dishev/ Hoffmann/ Müller, NJOZ 2024, 97 (98).

<sup>33</sup> Helm, 2021, Musterklausel für Force Majeure, <https://www.iccgermany.de/magazin-post/musterklausel-fuer-force-majeure/>, zuletzt abgerufen am: 24.02.2025.

Deutschland über die Unmöglichkeit der Leistung und den Wegfall der Geschäftsgrundlage geregelt.<sup>34</sup> Die deutschen Grundsätze zur höheren Gewalt sind vergleichbar mit Regelungen vieler innereuropäischer Staaten als auch Staaten außerhalb der EU.<sup>35</sup> Im Gegensatz dazu gibt es allerdings auch Länder die andere Ansätze verfolgen, beispielsweise die Ukraine.<sup>36</sup> Aufgrund dieser verschiedenen Ansätze ist es oftmals einfacher eine eigene Klausel für den jeweiligen Vertrag zu entwerfen. Dadurch wird für den jeweiligen Vertrag eine eigene „Rechtsgrundlage“ geschaffen. Diese ist für den Einzelfall besser geeignet.

## **C. Das Konzept der Force Majeure im internationalen Recht**

### **I. Anwendung im internationalen staatlichen Recht**

Nachdem im Kapitel II die staatlichen Einzelregelungen und deren Auswirkungen auf Verträge erörtert wurden, sowie der Grund für privatautonome Force Majeure Klauseln dargestellt wurden, soll im Folgenden gezeigt werden, wie das UN-Kaufrecht mit der Force Majeure umgeht und welche Regelungen es diesbezüglich gibt.

#### **1. Bei Anwendung des UN-Kaufrechts**

Es muss in diesem Kontext darauf hingewiesen werden, dass das UN-Kaufrecht in jedem Vertrag gilt, sofern das Land, unter welchem der Vertrag geschlossen wird, ein Vertragsstaat ist.<sup>37</sup> Inzwischen findet das UN-Kaufrecht in über 60 Staaten Anwendung.<sup>38</sup> Das UN-Kaufrecht kann durch eine vertragsmodifizierende Absprache durch die Parteien ausgeschlossen und nicht angewendet werden.<sup>39</sup> Grundlegend dafür ist der nicht zwingende Charakter des Kaufrechts.<sup>40</sup>

#### **a) Was ist das UN-Kaufrecht/ United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)**

Die *United Nations* beschreiben das UN-Kaufrecht wie folgt: „*UNCITRAL work on uniform sales law resulted in the conclusion of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (Vienna, 1980) (CISG), which, in addition to being a widely adopted treaty, also serves as the source of inspiration for many regional and national laws*“<sup>41</sup> Das UN-Kaufrecht hat sich mittlerweile durch mehr als 6000 Entscheidungen von staatlichen Schiedsgerichten zu einem zentralen Stützpunkt in der juristischen Bearbeitung von Import- und Exportverträgen entwickelt.<sup>42</sup> Seit 1991 ist das UN-Kaufrecht Bestandteil des deutschen internationalen Privatrechts.<sup>43</sup> Das UN-Kaufrecht befasst sich mit dem Zustandekommen von Verträgen und mit den gegenseitigen Verpflichtungen der Parteien.<sup>44</sup>

<sup>34</sup> Helm, 2021, Musterklausel für Force Majeure, <https://www.iccgermany.de/magazin-post/musterklausel-fuer-force-majeure/>, zuletzt abgerufen am: 24.02.2025.

<sup>35</sup> Vogenauer, IWRZ 2021, 3 (5).

<sup>36</sup> Ries, UKuR 2022, 355.

<sup>37</sup> Huber/ Mullis, The CISG : A New Textbook for Students and Practitioners, S.1.

<sup>38</sup> Huber/ Mullis, The CISG : A New Textbook for Students and Practitioners, S.1.

<sup>39</sup> Piltz, NJW 2021, 3636 (3638).

<sup>40</sup> Piltz, NJW 2021, 3636 (3638).

<sup>41</sup> United Nations, o.J., International Sale of Goods (CISG) and Related Transactions, <https://uncitral.un.org/en/texts/salegoods>, zuletzt abgerufen am: 24.02.2025.

<sup>42</sup> Piltz, NJW 2023, 2542 (2542).

<sup>43</sup> Magnus, in: Ferrari, The CISG and Its Impact on National Legal Systems, S. 143.

<sup>44</sup> Huber/ Mullis, The CISG : A New Textbook for Students and Practitioners, S.1.



Es gleicht die Interessen des Käufers und Verkäufers aus und sieht eine Reihe von Rechtsbehelfen für Fälle der Unmöglichkeit vor.<sup>45</sup> Darunter auch für Fälle der Force Majeure.

## **b) Force Majeure Regelung im UN-Kaufrecht**

Im UN-Kaufrecht entlastet Art. 79 CISG den Schuldner von der Haftung durch eine Vertragsverletzung.<sup>46</sup> Diese Regelung soll als Korrektiv gegenüber der im UN-Kaufrecht bestehenden verschuldensunabhängige Garantiehaftung agieren.<sup>47</sup> Diese Regelung wird im Nachfolgenden dargestellt und es wird aufgezeigt, wie Art. 79 CISG Force Majeure Ereignisse handhabt. Art. 79 CISG ist in Anhang 2 hinterlegt.

### **aa) Kontext des Art. 79 CISG**

Art. 79 Abs. 1 CISG beschäftigt sich mit der Befreiung des Schuldners von Schadensersatzpflichten, sofern dieser seine Pflichten aufgrund eines „(...) unvorhersehbaren und unvermeidbaren Hinderungsgrundes nicht vertragsgemäss erfüllen kann.“<sup>48</sup> In Art. 79 Abs. 1 bildet das CISG den Grundsatz der verschuldensunabhängigen Garantiehaftung bei Nichterfüllung von Vereinbarungen.<sup>49</sup> Abs. 2 ergänzt Abs. 1 insoweit, dass sich der Schuldner durch die Übertragung der Leistungspflichten an Dritte nicht von seinen Pflichten entlasten kann.<sup>50</sup> In Abs. 3 ist die Regelung beschrieben, dass sich der Schuldner bei einem Wegfall des Hinderungsgrundes nicht mehr auf die Befreiung der Schadensersatzpflicht berufen kann.<sup>51</sup> Abs. 4 statuiert die Benachrichtigungspflicht der betroffenen Partei.<sup>52</sup> „Art. 79 V beschränkt die Wirkung der Befreiung auf den Bereich des Schadensersatzes.“<sup>53</sup>

### **bb) Bedeutung des Art. 79 CISG**

Nach der kurzen Zusammenfassung des Artikels wird im Folgenden dargestellt, welche Regelung Art. 79 CISG für die Force Majeure vorgibt.

#### **(1) Was fällt gem. Art 79 CISG unter Force Majeure?**

Soll der Schuldner von seiner Pflichterfüllung befreit werden, muss das Force Majeure Ereignis außerhalb der Einflussphäre des Schuldners liegen.<sup>54</sup> Es gibt zahlreiche objektive Umstände, die weitestgehend nicht im Zusammenhang mit der Person des Schuldners stehen und somit außerhalb der Einflussphäre liegen.<sup>55</sup>

Darunter fallen Naturkatastrophen wie Erdbeben, Feuer, Flutungen, Trockenheit und Tsunamis.<sup>56</sup> Krankheiten, sofern diese Epidemien sind, oder Zusammenbrüche des Energieversorgungssystems einer Region oder ein Generalstreik in einem bestimmten

<sup>45</sup> *United Nations*, o.J., International Sale of Goods (CISG) and Related Transactions, <https://uncitral.un.org/en/texts/salegoods>, zuletzt abgerufen am: 24.02.2025.

<sup>46</sup> MüKo/ Huber, BGB, CISG Art. 79, Rn. 1.

<sup>47</sup> MüKo/ Huber, BGB, CISG Art. 79, Rn. 1.

<sup>48</sup> Schlechtriem/ Schwenger/ Schroeter, UN-Kaufrecht (CISG), Art. 79, Rn. 1.

<sup>49</sup> Schlechtriem/ Schwenger/ Schroeter, UN-Kaufrecht (CISG), Art. 79, Rn. 1.

<sup>50</sup> Schlechtriem/ Schwenger/ Schroeter, UN-Kaufrecht (CISG), Art. 79, Rn. 2.

<sup>51</sup> Schlechtriem/ Schwenger/ Schroeter, UN-Kaufrecht (CISG), Art. 79, Rn. 2a.

<sup>52</sup> Schlechtriem/ Schwenger/ Schroeter, UN-Kaufrecht (CISG), Art. 79, Rn. 2a.

<sup>53</sup> Schlechtriem/ Schwenger/ Schroeter, UN-Kaufrecht (CISG), Art. 79, Rn. 2a.

<sup>54</sup> *Atamer*, in: Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, UN Convention on Contracts for the International Sales of Goods (CISG), Art. 79, Rn. 47.

<sup>55</sup> Hau/ Poseck/ Saenger, BGB, CISG Art. 79, Rn. 4.

<sup>56</sup> *Atamer*, in: Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, UN Convention on Contracts for the International Sales of Goods (CISG), Art. 79, Rn. 46.

Wirtschaftszweig fallen ebenfalls unter die Definition des UN-Kaufrechts.<sup>57</sup> Einwirkungen Dritter sind ebenfalls unter Art. 79 CISG zu fassen.<sup>58</sup> So können von Menschen hervorbrachte Desaster wie Krieg, Invasionen, Aufruhen und Bürgerkriege in den Anwendungsbereich fallen.<sup>59</sup> Beispielsweise auch staatliche Eingriffe wie Devisenbeschränkungen und Embargos.<sup>60</sup> „Bloße Inflations- und Teuerungsaspekte sollten hingegen in der Regel nicht ausreichen, es sei denn, dass eine gravierende Störung des Äquivalenzverhältnisses zwischen Leistung und Gegenleistung vorliegt, wie im Falle einer Hyperinflation.“<sup>61</sup> Hindernisse wie der Ausfall einer Maschine oder von Produktions- und Buchhaltungssystemen oder Datenverarbeitungsanlagen reichen nicht für eine Entlastung aus, auch wenn diese unvorhersehbar und unkontrollierbar sind.<sup>62</sup>

## **(2) Wie geht Art. 79 CISG mit dem Ereignis um?**

„In jedem Einzelfall muss (..) festgestellt werden, worauf sich der Vertragspartner beruft – auf den Krieg oder dessen wirtschaftliche Auswirkungen – sowie inwieweit dieser von dem in Betracht kommenden Umstand tatsächlich betroffen ist.“<sup>63</sup> Demnach ist die konkrete Betroffenheit der sich auf höhere Gewalt berufenden Partei und der Bezugspunkt zu prüfen.<sup>64</sup> Daraus ergeben sich regelmäßig Fragen nach dem Nachweis des Betroffenseins und der Risikoallokation.<sup>65</sup>

Bei vorübergehender Dauer der Störung wird dem Schuldner eine Fristverlängerung bewilligt, welche zum Ende der Störung abläuft.<sup>66</sup> Der Schuldner muss von diesem Moment an die Leistung erbringen.<sup>67</sup>

Eine Vertragspartei hat für die Nichterfüllung nicht einzustehen, sofern bewiesen werden kann, dass der Nichterfüllung ein Befreiungsgrund zugrunde liegt.<sup>68</sup> Grundsätzlich ist der Schuldner durch Art. 79 CISG angehalten sein Geschäft in der Weise zu organisieren, dass Produktionen und interne Firmenprozesse durch seltene Ereignisse nicht gestört werden.<sup>69</sup>

## **(3) Was für Rechtsfolgen sieht Art. 79 CISG vor?**

Die Rechtsfolge ist das Entfallen der Haftung des Unternehmers bei einem aus höherer Gewalt resultierenden Leistungshinderniss.<sup>70</sup> „Der Schuldner wird also von den negativen Folgen der Nichterfüllung etc freigestellt.“<sup>71</sup> Deshalb können beispielsweise unterbliebene

<sup>57</sup> *Atamer*, in: Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, UN Convention on Contracts for the International Sales of Goods (CISG), Rn. 46.

<sup>58</sup> Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter/ *Fountoulakis*, UN-Kaufrecht (CISG), Art. 82, Rn. 14.

<sup>59</sup> *Atamer*, in: Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, UN Convention on Contracts for the International Sales of Goods (CISG), Art. 79, Rn. 46.

<sup>60</sup> Hau/ Poseck/ *Saenger*, BGB, CISG Art. 79, Rn. 4.

<sup>61</sup> *Hoffmann/ Dishev*, NJOZ 2022, 1505 (1507).

<sup>62</sup> *Atamer*, in: Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, UN Convention on Contracts for the International Sales of Goods (CISG), Art. 79, Rn. 47.

<sup>63</sup> *Hoffmann/ Dishev*, NJOZ 2022, 1473 (1478).

<sup>64</sup> *Hoffmann/ Dishev*, NJOZ 2022, 1505 (1507); *Hoffmann/ Dishev*, NJOZ 2022, 1473 (1474).

<sup>65</sup> *Hoffmann/ Dishev*, NJOZ 2022, 1505 (1507); *Hoffmann/ Dishev*, NJOZ 2022, 1473 (1478).

<sup>66</sup> *Weik*, ZEuP 2014, 281 (311).

<sup>67</sup> *Weik*, ZEuP 2014, 281 (311).

<sup>68</sup> *MüKo/ Mankowski*, HGB, CISG Art. 79, Rn. 45.

<sup>69</sup> *Atamer*, in: Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, UN Convention on Contracts for the International Sales of Goods (CISG), Art. 79, Rn. 47.

<sup>70</sup> *Graf von Westphalen*, ZVertriebsR 2020, 275 (278).

<sup>71</sup> *Weik*, ZEuP 2014, 281 (311).

Leistungserbringungen aufgrund der wirtschaftlichen Folgen des Ukrainekrieges eine Haftungsbefreiung nach sich ziehen.<sup>72</sup>

## 2. Bei Ausschluss des UN-Kaufrechts

Es kann viele Gründe für den Ausschluss des UN-Kaufrechts geben. Der häufigste Grund ist dabei fehlendes Wissen über das Kaufrecht und dessen Anwendung. In erster Linie ist die Befreiung von der Haftung bei objektiven Vertragsverletzungen der Mittelpunkt der Regelung, wenn das UN-Kaufrecht ausgeschlossen ist.<sup>73</sup> Ist das UN-Kaufrecht ausgeschlossen, gilt das durch die Rechtswahl von den Parteien ausgewählte Recht.<sup>74</sup> Dementsprechend kann zum Beispiel das deutsche Recht verwendet werden. Dadurch „(...) kann im Übrigen auf die allgemeinen Rechtsinstitute der Unmöglichkeit oder des Wegfalls der Geschäftsgrundlage rekuriert werden.“<sup>75</sup>

Oftmals wird auch die Wiederaufnahme des Leistungstausches geregelt, um einen adäquaten Leistungsanlauf sicherzustellen.<sup>76</sup> Die eindeutige Bestimmung der Rechtsfolgen sollte zudem einen hohen Stellenwert haben, insbesondere der Ausschluss von Schadensersatzansprüchen und die Festlegung von Rücktritts- und Kündigungsrechten.<sup>77</sup>

Die Parteien können vereinbaren, dass es Vertragsanpassungen bei einem Auftritt von Force Majeure Ereignissen gibt oder ein eventuelles Recht auf eine Vertragsbeendigung besteht.<sup>78</sup> Solche Regelungen finden sich in der internationalen Kautelarjurisprudenz häufig.<sup>79</sup>

## II. Anwendung im internationalen nichtstaatlichen Recht

Das oben beschriebene staatliche UN-Kaufrecht ist eines von drei prominenten Regelwerken, welche den internationalen Handel stärken wollen. Im Folgenden wird der Umgang mit Force Majeure durch nichtstaatliches Recht beleuchtet. Hierbei wird sich auf die Musterklausel der *International Chamber of Commerce (ICC)* und die Regelungen des *International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT)* bezogen.

### 1. Regelungen durch die ICC (internationale Handelskammer)

Die zuerst zu beleuchtende Regelung ist die Musterklausel der ICC. Zu diesem Zweck wird gezeigt, was die ICC ist und was für eine Force Majeure Regelung diese vorschlägt.

#### a) Was ist die ICC

„The mission of ICC is to make business work for everyone, every day, everywhere by promoting open international trade and investment systems that foster peace, prosperity and opportunity for all.“<sup>80</sup> Die ICC wurde 1919 gegründet mit dem Ziel globale Standards für den internationalen Handel zu schaffen.<sup>81</sup> Die ICC ist die institutionelle Vertretung von

<sup>72</sup> Hoffmann/ Dishev, NJOZ 2022, 1473 (1478).

<sup>73</sup> Weik, ZEuP 2014, 281 (311).

<sup>74</sup> Beyer/ Hoffmann, NJOZ 2020, 609 (610).

<sup>75</sup> Beyer/ Hoffmann, NJOZ 2020, 609 (615).

<sup>76</sup> Bräutigam/ Thalhofer, CR 2020, 289 (293).

<sup>77</sup> Hoffmann/ Dishev, NJOZ 2022, 1505 (1505).

<sup>78</sup> Weik, ZEuP 2014, 281 (311).

<sup>79</sup> Weik, ZEuP 2014, 281 (311).

<sup>80</sup> International Chamber of Commerce, o.J., What is the mission of ICC?, <https://iccwbo.org/about-icc-2/our-mission-history-and-values/>, zuletzt abgerufen am: 22.02.2025.

<sup>81</sup> International Chamber of Commerce, o.J., What is the history of ICC?, <https://iccwbo.org/about-icc-2/our-mission-history-and-values/>, zuletzt abgerufen am: 22.02.2025.

mehr als 45 Millionen Unternehmen in mehr als 170 Ländern.<sup>82</sup> Sie unterstützt Regierungen in Fragen der Gestaltung von Regeln für die Wirtschaft und dient als Berater für zwischenstaatliche Diskussionen.<sup>83</sup> Ziele der ICC sind die „(...) Förderung des internationalen Handels und einer verantwortlichen Unternehmensführung sowie ein globaler Ansatz bei der Regulierung.“<sup>84</sup>

## **b) Force Majeure Regelung der ICC**

Die ICC hat zwei Musterklauseln zur Verwendung in internationalen Verträgen entworfen und veröffentlicht. Diese werden nachfolgend beleuchtet. Sowohl die kurze als auch die lange Musterklausel sind in Anhang 3 und Anhang 4 hinterlegt.

### **aa) Kontext der Musterklausel**

Wie oben bereits erwähnt, hat die ICC eine lange und eine kurze Musterklausel hinsichtlich der Regelungsvorschläge zu Force Majeure Ereignissen in internationalen Verträgen veröffentlicht.<sup>85</sup> Die gekürzte Version der Musterklausel beschränkt sich auf die wichtigsten Bestimmungen, während die lange Musterklausel Orientierung bei Fragen bietet, welche in der kurzen Version unbeantwortet bleiben.<sup>86</sup> Laut der ICC sollten sich die Verwender im Klaren darüber sein, dass die kurze Musterklausel nicht alle Fragen abdeckt, die in spezifischen Kontexten relevant sind.<sup>87</sup> Sie hat dementsprechend einen beschränkteren Anwendungsbereich.<sup>88</sup> Ziel der Musterklausel ist es die Balance zwischen den allgemeinen Bedingungen für Force Majeure und der Auflistung von Ereignissen zu finden, die als außerhalb der Kontrolle der Parteien angenommen werden.<sup>89</sup>

### **bb) Bedeutung der Musterklausel**

Nachfolgend wird beleuchtet, was nach den Musterklauseln der Force Majeure als Force Majeure Ereignisse einzustufen ist, wie diese mit den Ereignissen umgehen und welche Rechtsfolgen sie vorschreiben.

#### **(1) Was fällt gem. der ICC-Klausel unter Force Majeure?**

Gemäß der ICC ist ein Force Majeure Ereignis eines, bei dem der zur Nichterfüllung führende Hinderungsgrund außerhalb des Einflussbereichs der betroffenen Partei liegt und bei

<sup>82</sup> *International Chamber of Commerce*, o.J., About ICC, <https://iccwbo.org/about-icc-2/>, zuletzt abgerufen am: 22.02.2025.

<sup>83</sup> *International Chamber of Commerce*, o.J., Why does ICC bring a unique perspective?, <https://iccwbo.org/about-icc-2/business-expertise/#block-accordion-7>, zuletzt abgerufen am: 22.02.2025.

<sup>84</sup> *International Chamber of Commerce*, o.J., Über ICC Germany, <https://www.iccgermany.de/ueber-icc-germany/>, zuletzt abgerufen am: 24.02.2025.

<sup>85</sup> *International Chamber of Commerce*, 2020, ICC FORCE MAJEURE UND HÄRTEFALL-KLAUSELN, [https://www.iccgermany.de/wp-content/uploads/2020/09/ICC\\_ForceMajeure\\_Hardship\\_Clauses\\_March2020\\_GER.pdf](https://www.iccgermany.de/wp-content/uploads/2020/09/ICC_ForceMajeure_Hardship_Clauses_March2020_GER.pdf), zuletzt abgerufen am: 24.02.2025.

<sup>86</sup> *International Chamber of Commerce*, 2020, ICC FORCE MAJEURE UND HÄRTEFALL-KLAUSELN, [https://www.iccgermany.de/wp-content/uploads/2020/09/ICC\\_ForceMajeure\\_Hardship\\_Clauses\\_March2020\\_GER.pdf](https://www.iccgermany.de/wp-content/uploads/2020/09/ICC_ForceMajeure_Hardship_Clauses_March2020_GER.pdf), zuletzt abgerufen am: 24.02.2025.

<sup>87</sup> *International Chamber of Commerce*, 2020, ICC FORCE MAJEURE UND HÄRTEFALL-KLAUSELN, [https://www.iccgermany.de/wp-content/uploads/2020/09/ICC\\_ForceMajeure\\_Hardship\\_Clauses\\_March2020\\_GER.pdf](https://www.iccgermany.de/wp-content/uploads/2020/09/ICC_ForceMajeure_Hardship_Clauses_March2020_GER.pdf), zuletzt abgerufen am: 24.02.2025.

<sup>88</sup> *International Chamber of Commerce*, 2020, ICC FORCE MAJEURE UND HÄRTEFALL-KLAUSELN, [https://www.iccgermany.de/wp-content/uploads/2020/09/ICC\\_ForceMajeure\\_Hardship\\_Clauses\\_March2020\\_GER.pdf](https://www.iccgermany.de/wp-content/uploads/2020/09/ICC_ForceMajeure_Hardship_Clauses_March2020_GER.pdf), zuletzt abgerufen am: 24.02.2025.

<sup>89</sup> *International Chamber of Commerce*, 2020, ICC FORCE MAJEURE UND HÄRTEFALL-KLAUSELN, [https://www.iccgermany.de/wp-content/uploads/2020/09/ICC\\_ForceMajeure\\_Hardship\\_Clauses\\_March2020\\_GER.pdf](https://www.iccgermany.de/wp-content/uploads/2020/09/ICC_ForceMajeure_Hardship_Clauses_March2020_GER.pdf), zuletzt abgerufen am: 24.02.2025.

Vertragsschluss sowohl unvorhersehbar als auch unvermeidbar ist.<sup>90</sup> Dabei ist zu beachten, dass der Hinderungsgrund nach Vertragsschluss eintreten muss.<sup>91</sup> Die betroffene Partei trägt keine Beweislast bezüglich der Unvorhersehbarkeit und dafür, dass die Ereignisse außerhalb des Einflussbereichs liegen.<sup>92</sup>

Es müssen allgemein drei Kriterien erfüllt sein: a) das Hindernis liegt außerhalb der zumutbaren Kontrolle der Partei, b) das Ereignis ist zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses in zumutbarer Weise nicht vorhersehbar und erst nach Vertragsschluss entstanden und c) die Auswirkungen können von der betroffenen Partei nicht verhindert oder überwunden werden.<sup>93</sup> Diese dreiteilige Voraussetzung „(...) sieht eine niedrigere Schwelle für die Anwendbarkeit der Klausel vor als für den Fall einer Berufung auf die Unmöglichkeit der geschuldeten Leistungserbringung.“<sup>94</sup>

## **(2) Wie geht die ICC-Klausel mit dem Ereignis um?**

Als Force Majeure vermutete Ereignisse werden allgemein als solche behandelt, bis das Gegenteil bewiesen wird.<sup>95</sup> Die oben erwähnten Voraussetzungen werden demnach als vorliegend betrachtet.<sup>96</sup>

Tritt ein Force Majeure Ereignis auf, so besteht eine Anzeigepflicht der betroffenen Partei.<sup>97</sup> Die Rechtsfolgen treten demnach nur ein, wenn der Vertragspartner ohne Verzögerung („without delay“) auf den Hinderungsgrund aufmerksam gemacht wird.<sup>98</sup>

Die ICC-Klausel besagt zudem, dass ein Vertragspartner bei einer Dauer des Hinderungsgrundes von über 120 Tagen unter bestimmten Voraussetzungen vom Vertrag zurücktreten kann.<sup>99</sup> Es kann auch im Einzelfall bestimmt werden wann die Dauer des Hindernisses untragbar und eine Kündigung berechtigt ist.<sup>100</sup>

Die Musterklausel regelt zudem, dass die Nichterfüllung durch Dritte oder durch Subunternehmer nicht unter den Anwendungsbereich der ICC-Klausel fällt.<sup>101</sup> Die ICC merkt an,

<sup>90</sup> Vogenauer, IWRZ 2021, 112 (114).

<sup>91</sup> Vogenauer, IWRZ 2021, 112 (114).

<sup>92</sup> Vogenauer, IWRZ 2021, 112 (114).

<sup>93</sup> International Chamber of Commerce, 2020, ICC FORCE MAJEURE UND HÄRTEFALL-KLAUSELN, [https://www.iccgermany.de/wp-content/uploads/2020/09/ICC\\_ForceMajeure\\_Hardship\\_Clauses\\_March2020\\_GER.pdf](https://www.iccgermany.de/wp-content/uploads/2020/09/ICC_ForceMajeure_Hardship_Clauses_March2020_GER.pdf), zuletzt abgerufen am: 24.02.2025; Vogenauer, IWRZ 2021, 112 (114).

<sup>94</sup> International Chamber of Commerce, 2020, ICC FORCE MAJEURE UND HÄRTEFALL-KLAUSELN, [https://www.iccgermany.de/wp-content/uploads/2020/09/ICC\\_ForceMajeure\\_Hardship\\_Clauses\\_March2020\\_GER.pdf](https://www.iccgermany.de/wp-content/uploads/2020/09/ICC_ForceMajeure_Hardship_Clauses_March2020_GER.pdf), zuletzt abgerufen am: 24.02.2025.

<sup>95</sup> International Chamber of Commerce, 2020, ICC FORCE MAJEURE UND HÄRTEFALL-KLAUSELN, [https://www.iccgermany.de/wp-content/uploads/2020/09/ICC\\_ForceMajeure\\_Hardship\\_Clauses\\_March2020\\_GER.pdf](https://www.iccgermany.de/wp-content/uploads/2020/09/ICC_ForceMajeure_Hardship_Clauses_March2020_GER.pdf), zuletzt abgerufen am: 24.02.2025.

<sup>96</sup> International Chamber of Commerce, 2020, ICC FORCE MAJEURE UND HÄRTEFALL-KLAUSELN, [https://www.iccgermany.de/wp-content/uploads/2020/09/ICC\\_ForceMajeure\\_Hardship\\_Clauses\\_March2020\\_GER.pdf](https://www.iccgermany.de/wp-content/uploads/2020/09/ICC_ForceMajeure_Hardship_Clauses_March2020_GER.pdf), zuletzt abgerufen am: 24.02.2025.

<sup>97</sup> Vogenauer, IWRZ 2021, 112 (114).

<sup>98</sup> Vogenauer, IWRZ 2021, 112 (115).

<sup>99</sup> Vogenauer, IWRZ 2021, 112 (115).

<sup>100</sup> International Chamber of Commerce, 2020, ICC FORCE MAJEURE UND HÄRTEFALL-KLAUSELN, [https://www.iccgermany.de/wp-content/uploads/2020/09/ICC\\_ForceMajeure\\_Hardship\\_Clauses\\_March2020\\_GER.pdf](https://www.iccgermany.de/wp-content/uploads/2020/09/ICC_ForceMajeure_Hardship_Clauses_March2020_GER.pdf), zuletzt abgerufen am: 24.02.2025.

<sup>101</sup> International Chamber of Commerce, 2020, ICC FORCE MAJEURE UND HÄRTEFALL-KLAUSELN, [https://www.iccgermany.de/wp-content/uploads/2020/09/ICC\\_ForceMajeure\\_Hardship\\_Clauses\\_March2020\\_GER.pdf](https://www.iccgermany.de/wp-content/uploads/2020/09/ICC_ForceMajeure_Hardship_Clauses_March2020_GER.pdf), zuletzt abgerufen am: 24.02.2025.

dass die Musterklausel je nach Wunsch des Verwenders den spezifischen Bedürfnissen angepasst werden kann.<sup>102</sup> So soll eine „maßgeschneiderte“ Klausel entstehen.<sup>103</sup>

### **(3) Was sind die Rechtsfolgen durch die ICC-Klausel?**

Durch die Regelungen der Musterklausel wird die beeinträchtigte Partei grundsätzlich „(...) vom Zeitpunkt des Eintritts des Hinderungsgrundes an sowohl von ihrer primären Leistungspflicht als auch von einer etwaigen Schadensersatzpflicht und jeglicher Haftung aufgrund anderer vertraglicher Rechtsbehelfe (*contractual remedies*) befreit.“<sup>104</sup> Der Unterschied zum Art. 79 im UN-Kaufrecht liegt darin, dass in diesem lediglich die Befreiung von den Schadensersatzansprüchen geregelt wird.<sup>105</sup> Die ICC betont, dass die betroffene Partei nur so lange von der Leistungspflicht und dem Schadensersatz befreit wird, wie das Leistungshindernis andauert.<sup>106</sup> Zudem tritt die Voraussetzung des, oben bereits erwähnten, Mitteilens in den Vordergrund.<sup>107</sup> Nur im Fall des Ereilens dieser Mitteilung treten die Befreiungen ein.<sup>108</sup>

## **2. UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (UPICC)**

Ein weiteres Regelwerk zur Verbesserung und Stabilisierung des internationalen Handelsverkehrs sind die *UNIDROIT Principles*. Im folgenden Abschnitt wird beschrieben was die *UNIDROIT* ist und wie diese mit Force Majeure Ereignissen umgehen.

### **a) Was ist UNIDROIT?**

Das Internationale Institut für die Vereinheitlichung des Privatrechts (*UNIDROIT*) ist eine unabhängige Organisation.<sup>109</sup> Sie hat die Aufgabe, Bedarf und Methoden zur Modernisierung, Harmonisierung und Koordinierung des Privatrechts und insbesondere des Handelsrechts zwischen Staaten und Staatengruppen zu untersuchen und einheitliche Rechtsinstrumente, Grundsätze und Regeln zur Erreichung dieser Ziele zu formulieren.<sup>110</sup>

Die *UNIDROIT* hat ihren Sitz in Rom.<sup>111</sup> Sie wurde 1926 als Hilfsorgan der „League of Nations“ gegründet und nach Auflösung des Leagues auf Grundlage der *UNIDROIT*-Satzung

<sup>102</sup> *International Chamber of Commerce*, 2020, ICC FORCE MAJEURE UND HÄRTEFALL-KLAUSELN, [https://www.iccgermany.de/wp-content/uploads/2020/09/ICC\\_ForceMajeure\\_Hardship\\_Clauses\\_March2020\\_GER.pdf](https://www.iccgermany.de/wp-content/uploads/2020/09/ICC_ForceMajeure_Hardship_Clauses_March2020_GER.pdf), zuletzt abgerufen am: 24.02.2025.

<sup>103</sup> *International Chamber of Commerce*, 2020, ICC FORCE MAJEURE UND HÄRTEFALL-KLAUSELN, [https://www.iccgermany.de/wp-content/uploads/2020/09/ICC\\_ForceMajeure\\_Hardship\\_Clauses\\_March2020\\_GER.pdf](https://www.iccgermany.de/wp-content/uploads/2020/09/ICC_ForceMajeure_Hardship_Clauses_March2020_GER.pdf), zuletzt abgerufen am: 24.02.2025.

<sup>104</sup> Vogenauer, IWRZ 2021, 112 (115).

<sup>105</sup> Vogenauer, IWRZ 2021, 112 (115).

<sup>106</sup> *International Chamber of Commerce*, 2020, ICC FORCE MAJEURE UND HÄRTEFALL-KLAUSELN, [https://www.iccgermany.de/wp-content/uploads/2020/09/ICC\\_ForceMajeure\\_Hardship\\_Clauses\\_March2020\\_GER.pdf](https://www.iccgermany.de/wp-content/uploads/2020/09/ICC_ForceMajeure_Hardship_Clauses_March2020_GER.pdf), zuletzt abgerufen am: 24.02.2025.

<sup>107</sup> *International Chamber of Commerce*, 2020, ICC FORCE MAJEURE UND HÄRTEFALL-KLAUSELN, [https://www.iccgermany.de/wp-content/uploads/2020/09/ICC\\_ForceMajeure\\_Hardship\\_Clauses\\_March2020\\_GER.pdf](https://www.iccgermany.de/wp-content/uploads/2020/09/ICC_ForceMajeure_Hardship_Clauses_March2020_GER.pdf), zuletzt abgerufen am: 24.02.2025.

<sup>108</sup> *International Chamber of Commerce*, 2020, ICC FORCE MAJEURE UND HÄRTEFALL-KLAUSELN, [https://www.iccgermany.de/wp-content/uploads/2020/09/ICC\\_ForceMajeure\\_Hardship\\_Clauses\\_March2020\\_GER.pdf](https://www.iccgermany.de/wp-content/uploads/2020/09/ICC_ForceMajeure_Hardship_Clauses_March2020_GER.pdf), zuletzt abgerufen am: 24.02.2025.

<sup>109</sup> *International Institute for the Unification of Private Law*, o.J., ABOUT UNIDROIT, <https://www.unidroit.org/about-unidroit/>, zuletzt abgerufen am: 24.02.2025.

<sup>110</sup> *International Institute for the Unification of Private Law*, o.J., ABOUT UNIDROIT, <https://www.unidroit.org/about-unidroit/>, zuletzt abgerufen am: 24.02.2025.

<sup>111</sup> *International Institute for the Unification of Private Law*, o.J., ABOUT UNIDROIT, <https://www.unidroit.org/about-unidroit/>, zuletzt abgerufen am: 24.02.2025.

neu gegründet.<sup>112</sup> Die *UNIDROIT* hat 63 Mitgliedstaaten, welche eine Vielzahl von unterschiedlichen rechtlichen, wirtschaftlichen und politischen Systemen und kulturellen Hintergründen repräsentieren.<sup>113</sup> Diese Internationalität kann teilweise ein Nachteil sein, da gewisse Rechtsprinzipien in Teilen der Mitgliedstaaten nicht bekannt sind. So kennt das englische Recht beispielsweise den Haftungsausschluss bei Force Majeure nicht, welcher in den *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (UPICC)* thematisiert wird.<sup>114</sup> Die *UPICC* wurden unter der Aufsicht von *UNIDROIT* entworfen.<sup>115</sup>

## **b) Wie regeln die UNIDROIT Principles die Force Majeure?**

Die *UNIDROIT* schreibt in Art. 7.1.7 *UPICC* die Grundsätze zur Vorgehensweise bei Force Majeure Ereignissen vor. Nachfolgend soll der allgemeine Kontext der Regelung erfasst werden. Art 7.1.7 *UPICC* ist in Anhang 5 hinterlegt.

### **aa) Kontext des Art. 7.1.7 UPICC**

Folgende Fälle von Force Majeure werden durch die *UNIDROIT* in Art. 7.1.7 *UPICC* behandelt.<sup>116</sup> Grundsätzlich regeln die *UNIDROIT Principles* nach dem Verfahren, dass die Parteien für ihre eigenen Sphären verantwortlich sind.<sup>117</sup> Von diesem Grundsatz wird bei einem Fall höherer Gewalt abgesehen.<sup>118</sup> Ausgangspunkt der Anwendung des Artikels ist ein exogenes Ereignis.<sup>119</sup>

Art. 7.1.7 *UPICC* orientiert sich an den in der Praxis bereits verwendeten Klauseln.<sup>120</sup> Der Artikel weist in Abs. 1 eine große Ähnlichkeit zum UN-Kaufrecht auf, denn dieser entspricht weitestgehend Art. 79 Abs. 1 CISG.<sup>121</sup> Nach Abs. 1 hemmen Force Majeure Ereignisse die allgemeine Verjährungsfrist zugunsten des Verpflichteten.<sup>122</sup> Die Höchstverjährungsfrist wird dabei nicht verändert.<sup>123</sup> Abs. 1 sieht einen allgemeinen Ausschluss der Haftung des Schuldners für Ereignisse höherer Gewalt vor, die zu einer teilweisen oder vollständigen Nichterfüllung führen.<sup>124</sup> Dieser Ausschluss wird in Abs. 2 auf Fälle von vorübergehenden Leistungshindernissen ausgeweitet.<sup>125</sup> Art. 7.1.7 *UPICC* drückt aus, dass die betroffene Partei die negativen Folgen einer Verzögerung bzw. Nichterfüllung oder Schlechterfüllung nicht zu tragen hat.<sup>126</sup>

<sup>112</sup> *European Law Institute*, o.J., *UNIDROIT*, <https://europeanlawinstitute.eu/membership/institutional-members/unidroit/>, zuletzt abgerufen am: 24.02.2025.

<sup>113</sup> *European Law Institute*, o.J., *UNIDROIT*, <https://europeanlawinstitute.eu/membership/institutional-members/unidroit/>, zuletzt abgerufen am: 24.02.2025.

<sup>114</sup> *Vogenauer*, ZEuP 2013, 7 (12).

<sup>115</sup> *United Nations Commission on international Trade Law*, 2021, UNCITRAL, HCCH and UNIDROIT – Legal Guide to Uniform Instruments in the Area of International Commercial Contracts, with a Focus on Sales, <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/tripartiteguide.pdf>, zuletzt abgerufen am: 24.02.2025.

<sup>116</sup> *Weik*, ZEuP 2014, 281 (282).

<sup>117</sup> *Brödermann* IWRZ 2019, 7 (10).

<sup>118</sup> *Brödermann* IWRZ 2019, 7 (10).

<sup>119</sup> *Brödermann*, in: Mankowski, Commercial Law, Art. 7.1.7 UNIDROIT, Rn. 2.

<sup>120</sup> *Weik*, ZEuP 2014, 281 (298).

<sup>121</sup> *Weik*, ZEuP 2014, 281 (298).

<sup>122</sup> *Brödermann*, UNIDROIT 2016, Art. 10.8, Rn. 1.

<sup>123</sup> *Brödermann*, UNIDROIT 2016, Art. 10.8, Rn. 1.

<sup>124</sup> *Brödermann*, in: Mankowski, Commercial Law, Art. 7.1.7 UNIDROIT, Rn. 1.

<sup>125</sup> *Brödermann*, in: Mankowski, Commercial Law, Art. 7.1.7 UNIDROIT, Rn. 2.

<sup>126</sup> *Weik*, ZEuP 2014, 281 (298).

## bb) Bedeutung des Art. 7.1.7

Im folgenden Kapitel wird beleuchtet, was für die *UNIDROIT* Force Majeure ist, wie mit diesen Ereignissen umgegangen wird und welche Rechtsfolgen in diesen Situationen vorgegeben werden.

### (1) Was fällt gem. Art. 7.1.7 unter die Force Majeure?

Die Definition eines Force Majeure Ereignisses der *UNIDROIT* ist mit denen des UN-Kaufrechts und der Musterklausel der *ICC* vergleichbar.<sup>127</sup>

Es ist grundsätzlich festzustellen, dass der Verpflichtete in der Regel die Pflicht hat sich professionell und angemessen zu organisieren.<sup>128</sup> Die Grundsätze verlangen allerdings keine strikte Unmöglichkeit, damit die Regelungen zu höherer Gewalt angewendet werden können.<sup>129</sup> Es braucht vielmehr einen Kausalzusammenhang zwischen dem Hindernis und der Nichterfüllung.<sup>130</sup> Die sich auf höhere Gewalt berufende Partei muss beispielsweise den Kausalzusammenhang zwischen der Coronapandemie und der aufgrund der Pandemie getroffenen Maßnahmen und der Nichterfüllung nachweisen.<sup>131</sup> Das Hindernis muss auch hier grundsätzlich außerhalb des Einflussbereichs des Verpflichteten liegen.<sup>132</sup> Nach Treu und Glauben und im Rahmen der vertraglichen Risikoverteilung darf das Ereignis vernünftigerweise nicht vorhersehbar sein und kann vom Schuldner bei Vertragsschluss nicht berücksichtigt werden.<sup>133</sup>

Es liegt keine Force Majeure vor, wenn ein Schuldner rechtzeitig vorbeugende Maßnahmen ergriffen hat, um das Ereignis vorzubeugen.<sup>134</sup> Diese vorbeugenden Maßnahmen müssen wirtschaftlich angemessen sein.<sup>135</sup> Andernfalls könnte der Verpflichtete eine Härtefallregelung heranziehen (auf Härtefälle beziehungsweise „*Hardship*-Klauseln“ wird in Kapitel 4 Abschnitt B ausführlicher eingegangen).<sup>136</sup>

Aus dieser Regelung ergibt sich, dass zum Beispiel Streiks im Betrieb, Beschlagnahmungen von Vermögenswerten oder einstweilige Verfügungen nur dann höhere Gewalt sind, wenn diese Ereignisse unbegründet sind.<sup>137</sup> Der Ausfall eines Beauftragten oder Subunternehmers ist keine höhere Gewalt.<sup>138</sup> Es sei denn dieser Ausfall ist auf höhere Gewalt zurückzuführen.<sup>139</sup> Hängt die Leistung von bestimmten persönlichen Fähigkeiten ab, kann ein persönlicher Umstand höhere Gewalt darstellen.<sup>140</sup>

<sup>127</sup> Weik, ZEuP 2014, 281 (298).

<sup>128</sup> Brödermann, in: Mankowski, Commercial Law, Art. 7.1.7 UNIDROIT, Rn. 2.

<sup>129</sup> *Unidroit Secretariat*, 2020, THE UNIDROIT PRINCIPLES OF INTERNATIONAL COMMERCIAL CONTRACTS AND THE COVID-19 HEALTH CRISIS, [www.ibanet.org/MediaHandler?id=276C3A00-2D90-48A6-83C5-004D4B7CC8DE](http://www.ibanet.org/MediaHandler?id=276C3A00-2D90-48A6-83C5-004D4B7CC8DE), zuletzt abgerufen am: 24.02.2025.

<sup>130</sup> *Unidroit Secretariat*, 2020, THE UNIDROIT PRINCIPLES OF INTERNATIONAL COMMERCIAL CONTRACTS AND THE COVID-19 HEALTH CRISIS, [www.ibanet.org/MediaHandler?id=276C3A00-2D90-48A6-83C5-004D4B7CC8DE](http://www.ibanet.org/MediaHandler?id=276C3A00-2D90-48A6-83C5-004D4B7CC8DE), zuletzt abgerufen am: 24.02.2025.

<sup>131</sup> *Unidroit Secretariat*, 2020, THE UNIDROIT PRINCIPLES OF INTERNATIONAL COMMERCIAL CONTRACTS AND THE COVID-19 HEALTH CRISIS, [www.ibanet.org/MediaHandler?id=276C3A00-2D90-48A6-83C5-004D4B7CC8DE](http://www.ibanet.org/MediaHandler?id=276C3A00-2D90-48A6-83C5-004D4B7CC8DE), zuletzt abgerufen am: 24.02.2025.

<sup>132</sup> Brödermann, in: Mankowski, Commercial Law, Art. 7.1.7 UNIDROIT, Rn. 2.

<sup>133</sup> Brödermann, in: Mankowski, Commercial Law, Art. 7.1.7 UNIDROIT, Rn. 3.

<sup>134</sup> Brödermann, in: Mankowski, Commercial Law, Art. 7.1.7 UNIDROIT, Rn. 4.

<sup>135</sup> Brödermann, in: Mankowski, Commercial Law, Art. 7.1.7 UNIDROIT, Rn. 4.

<sup>136</sup> Brödermann, in: Mankowski, Commercial Law, Art. 7.1.7 UNIDROIT, Rn. 4.

<sup>137</sup> Brödermann, in: Mankowski, Commercial Law, Art. 7.1.7 UNIDROIT, Rn. 2.

<sup>138</sup> Brödermann, in: Mankowski, Commercial Law, Art. 7.1.7 UNIDROIT, Rn. 2.

<sup>139</sup> Brödermann, in: Mankowski, Commercial Law, Art. 7.1.7 UNIDROIT, Rn. 2.

<sup>140</sup> Brödermann, in: Mankowski, Commercial Law, Art. 7.1.7 UNIDROIT, Rn. 2.



## (2) Wie geht Art. 7.1.7 mit dem Ereignis um?

Als Erstes ist die Frage zu prüfen, ob die Leistung tatsächlich behindert wurde.<sup>141</sup> Zudem muss der Schuldner den Vertragspartner innerhalb einer angemessenen Frist unterrichten.<sup>142</sup> Dies muss er ab der tatsächlichen oder konstruktiven Kenntnis über das Hindernis und dessen Auswirkungen auf seine Erfüllungsfähigkeit tun.<sup>143</sup> Falls er dies nicht tut, haftet er für die Schäden die sich aus dem Nichterhalt einer solchen Nachricht ergeben.<sup>144</sup> Dieser Hinweis muss Angaben über die Dauer und über das vollständige bzw. teilweise Hindernis enthalten.<sup>145</sup>

Der Schuldner kann oder sollte prüfen, ob neben dem Haftungsschutz durch die Force Majeure Klausel ebenfalls ein Recht auf Neuverhandlungen (gegeben durch die Härtefallregelungen in Art. 6.2.1 ff.) besteht.<sup>146</sup>

## (3) Welche Rechtsfolgen strebt Art. 7.1.7 an?

Der Artikel befreit die erfüllende Partei von ihrer Schadensersatzpflicht.<sup>147</sup> So kann der Schuldner im Fall von Force Majeure die Leistung verweigern.<sup>148</sup> In vielen Fällen verhindert das Force Majeure Ereignis die gesamte Erfüllung oder verzögert diese.<sup>149</sup> Ist das Force Majeure Ereignis nur vorübergehend kann der Schuldner die Leistung nur vorübergehend verweigern.<sup>150</sup>

Der Artikel gewährt eine zusätzliche Frist für die Erfüllung.<sup>151</sup> Diese Frist kann länger oder kürzer sein als die Dauer des Ereignisses.<sup>152</sup> Die entscheidende Frage ist, wie sich das Ereignis auf den Fortgang des Vertrages auswirkt.<sup>153</sup>

<sup>141</sup> *Unidroit Secretariat*, 2020, THE UNIDROIT PRINCIPLES OF INTERNATIONAL COMMERCIAL CONTRACTS AND THE COVID-19 HEALTH CRISIS, [www.ibanet.org/MediaHandler?id=276C3A00-2D90-48A6-83C5-004D4B7CC8DE](http://www.ibanet.org/MediaHandler?id=276C3A00-2D90-48A6-83C5-004D4B7CC8DE), zuletzt abgerufen am: 24.02.2025.

<sup>142</sup> Brödermann, in: Mankowski, Commercial Law, Art. 7.1.7 UNIDROIT, Rn. 6.

<sup>143</sup> Brödermann, in: Mankowski, Commercial Law, Art. 7.1.7 UNIDROIT, Rn. 6.

<sup>144</sup> Brödermann, in: Mankowski, Commercial Law, Art. 7.1.7 UNIDROIT, Rn. 6.

<sup>145</sup> Brödermann, in: Mankowski, Commercial Law, Art. 7.1.7 UNIDROIT, Rn. 6.

<sup>146</sup> Brödermann, in: Mankowski, Commercial Law, Art. 7.1.7 UNIDROIT, Rn. 6.

<sup>147</sup> *International Institute for the Unification of Private Law*, o.J., Chapter 7: Non-performance - Section 1: Non-performance in general, <https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2010/chapter-7-section-1/#1623699423674-aca9ca91-b496>, zuletzt abgerufen am: 24.02.2025.

<sup>148</sup> Brödermann, in: Mankowski, Commercial Law, Art. 7.1.7 UNIDROIT, Rn. 7.

<sup>149</sup> *International Institute for the Unification of Private Law*, o.J., Chapter 7: Non-performance - Section 1: Non-performance in general, <https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2010/chapter-7-section-1/#1623699423674-aca9ca91-b496>, zuletzt abgerufen am: 24.02.2025.

<sup>150</sup> Brödermann, in: Mankowski, Commercial Law, Art. 7.1.7 UNIDROIT, Rn. 7.

<sup>151</sup> *International Institute for the Unification of Private Law*, o.J., Chapter 7: Non-performance - Section 1: Non-performance in general, <https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2010/chapter-7-section-1/#1623699423674-aca9ca91-b496>, zuletzt abgerufen am: 24.02.2025.

<sup>152</sup> *International Institute for the Unification of Private Law*, o.J., Chapter 7: Non-performance - Section 1: Non-performance in general, <https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2010/chapter-7-section-1/#1623699423674-aca9ca91-b496>, zuletzt abgerufen am: 24.02.2025.

<sup>153</sup> *International Institute for the Unification of Private Law*, o.J., Chapter 7: Non-performance - Section 1: Non-performance in general, <https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2010/chapter-7-section-1/#1623699423674-aca9ca91-b496>, zuletzt abgerufen am: 24.02.2025.

Der Artikel schränkt das Kündigungsrecht des empfangenden Vertragspartners nicht ein, wenn die Nichterfüllung wesentlich ist.<sup>154</sup> Das Recht zur Vertragsbeendigung wird praxisüblich präzise in der Klausel geregelt.<sup>155</sup>

Im Falle einer verspäteten Notiz über das Force Majeure Ereignis kann der Vertragspartner gegebenenfalls Vertrauensschaden nach Abs. 3 Satz 2 verlangen.<sup>156</sup>

### III. Zwischenfazit

Es lässt sich sagen, dass sowohl das internationale staatliche als auch das nicht staatliche Recht Ähnlichkeiten in den Definitionen, dem Umgang mit den Ereignissen und den Rechtsfolgen aufweisen. Das UN-Kaufrecht regelt, dass ein Force Majeure Ereignis den Schuldner von seiner Erfüllungspflicht befreit, sofern das Ereignis außerhalb der vom Schuldner beeinflussbaren Sphäre liegt.<sup>157</sup> Zudem muss in jedem Einzelfall die Anwendbarkeit geprüft werden.<sup>158</sup> Die Rechtsfolge ist das Entfallen der Haftung für den Schuldner.<sup>159</sup>

Diese Regelung ist den nicht staatlichen Regelungen der *UNIDROIT* und der Musterklausel der *ICC* sehr ähnlich. Der größte Unterschied besteht darin, dass die *ICC*-Klausel vorschreibt, dass das Ereignis erst nach Vertragsschluss entsteht.<sup>160</sup> Sowohl in den *UNIDROIT Principles* als auch in der *ICC*-Klausel wird eine Meldung an den Vertragspartner innerhalb einer angemessenen Pflicht verlangt.<sup>161</sup> In allen genannten Beispielen sind die Rechtsfolgen die Haftungsbefreiung.<sup>162</sup> Aus diesen Informationen lässt sich ablesen, dass es trotz der vielen verschiedenen Regelungen sich häufig wiederholende Gemeinsamkeiten gibt. Somit wird eine Tendenz offenbart, die sich gegebenenfalls auf die privatautonomen Klauseln auswirken kann.

## D. Force Majeure-Klauseln: Voraussetzungen, Abgrenzung und Rechtsfolgen

### I. Was sind Force Majeure Klauseln?

Da in der ersten Hälfte dieser Arbeit aufgezeigt wurde, wie verschiedene Gesetze und Regelungswerke die Force Majeure Ereignisse behandeln und zu lösen versuchen, werden in der zweiten Hälfte die privatautonomen Klauseln betrachtet. Dazu wird in den folgenden Abschnitten die Force Majeure Klausel auf ihre einzelnen Bestandteile heruntergebrochen und analysiert. Dabei wird die Wirkungsweise einer Force Majeure Klausel anschaulich dargestellt.

<sup>154</sup> *International Institute for the Unification of Private Law*, o.J., Chapter 7: Non-performance - Section 1: Non-performance in general, <https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2010/chapter-7-section-1/#1623699423674-aca9ca91-b496>, zuletzt abgerufen am: 24.02.2025.

<sup>155</sup> *Weik*, ZEuP 2014, 281 (298).

<sup>156</sup> *Brödermann*, in: Mankowski, Commercial Law, Art. 7.1.7 UNIDROIT, Rn. 7.

<sup>157</sup> *Atamer*, in: Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, UN Convention on Contracts for the International Sales of Goods (CISG), Art. 79, Rn. 46.

<sup>158</sup> *Hoffmann/ Dishev*, NJOZ 2022, 1473 (1478).

<sup>159</sup> *Graf von Westphalen*, ZVertriebsR 2020, 275 (278).

<sup>160</sup> *Vogener*, IWRZ 2021, 112 (114).

<sup>161</sup> *Brödermann*, in: Mankowski, Commercial Law, Art. 7.1.7 UNIDROIT, Rn. 6; *Vogener*, IWRZ 2021, 112 (115).

<sup>162</sup> *Graf von Westphalen*, ZVertriebsR 2020, 275 (278); *International Institute for the Unification of Private Law*, o.J., Chapter 7: Non-performance - Section 1: Non-performance in general, <https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2010/chapter-7-section-1/#1623699423674-aca9ca91-b496>, zuletzt abgerufen am: 24.02.2025; *Vogener*, IWRZ 2021, 112 (115).

## 1. Voraussetzungen der Klauseln

Wie bereits ausgeführt, regeln die Klauseln im Kern unter welchen Voraussetzungen, die auf Force Majeure plädierende Partei die Möglichkeit bekommt, die Leistungspflicht auszusetzen oder den Vertrag zu kündigen.<sup>163</sup> Sie betreffen letzten Endes Fälle, „(...) in denen Risiken auftreten, welche die Parteien nicht beherrschen, deren Konsequenzen sie aber möglicherweise dennoch zu tragen haben.“<sup>164</sup> Dabei liegen diese Ereignisse außerhalb der Kontrolle einer oder beider Vertragspartei, sodass eine Leistung nicht mehr erbracht werden kann.<sup>165</sup>

*„A force majeure clause, however, is subject to interpretation, and the legal tradition of the interpreter may influence how the clause is understood.“*<sup>166</sup> Letztlich richtet sich die Interpretation der Klausel nach den individualvertraglichen Vereinbarungen des Force Majeure Begriffes.<sup>167</sup>

Dabei sollten die Voraussetzungen der Ereignisse und der Anwendungsbereich der Klausel im Detail und möglichst ausführlich definiert werden.<sup>168</sup> Dies kann in Form einer Auflistung geschehen, wie in diesem Beispiel: „(...) when enforcement is prevented or prevented by strikes (except for strikes imposed by the contractor’s staff) or by blocking, revolting, armed conflict (declared or undeclared), insurrection, civil unrest, fires, interference by any governmental authority or other cause that such a party cannot reasonably control“.“<sup>169</sup> Die Klauseln können so ausgestaltet sein, dass sie auf spezifische Ereignisse und deren Rechtsfolgen Bezug nehmen, welche das Vertragsverhältnis nachhaltig beeinflussen können.<sup>170</sup> Das können zum Beispiel (bestimmte oder unbestimmte) Pandemien und Kriegsergebnisse und die daraus entstehenden Preissteigerungen sein.<sup>171</sup> Ob beispielsweise die Coronapandemie und die aus ihr entstandenen Folgen zu diesem Zeitpunkt noch als Force Majeure gelten, ist von der jeweiligen vertraglichen Vereinbarungen und deren Auslegung abhängig.<sup>172</sup> Bei der Ausgestaltung der Klauseln wird deshalb dazu geraten möglichst präzise zu sein und die Voraussetzungen der Klausel dem Vertrag entsprechend zu entwerfen.<sup>173</sup> In der Regel gelten Ereignisse, wie Inflations- und Teuerungsaspekte nicht als Force Majeure.<sup>174</sup> Nur falls diese eine gravierende Störung im Äquivalenzverhältnis zwischen der Leistung und der Gegenleistung hervorheben, wie beispielsweise bei einer Hyperinflation.<sup>175</sup> Solche Ereignisse werden als Force Majeure behandelt.<sup>176</sup>

## 2. Sinn und Zweck der Klauseln

Grundsätzlich sind die Force Majeure Klauseln vorhanden, um die Rechtsfolgen von unberechenbaren und unvorhersehbaren Ereignissen zu stipulieren.<sup>177</sup> *„These clauses aim at*

<sup>163</sup> Bräutigam/ Thalhofer, CR 2020, 289 (291).

<sup>164</sup> Bräutigam/ Thalhofer, CR 2020, 289 (291).

<sup>165</sup> Diaconu, Force Majeure in the Hydropower Industry, S. 62.

<sup>166</sup> DiMatteo/ Cordero-Moss, in: DiMatteo/Janssen/Magnus/Schulze, International Sales Law, Kapitel 28, Rn. 36.

<sup>167</sup> Bräutigam/ Thalhofer, CR 2020, 289 (291).

<sup>168</sup> Diaconu, Force Majeure in the Hydropower Industry, S.70.

<sup>169</sup> Diaconu, Force Majeure in the Hydropower Industry, S.69.

<sup>170</sup> Dishev/ Hoffmann/ Müller, NJOZ 2024, 97 (98).

<sup>171</sup> Dishev/ Hoffmann/ Müller, NJOZ 2024, 97 (98).

<sup>172</sup> Liebscher/ Zeyher/ Steinbrück, ZIP, 2020, 852 (862).

<sup>173</sup> Diaconu, Force Majeure in the Hydropower Industry, S. 62.

<sup>174</sup> Hoffmann/ Dishev, NJOZ 2022, 1505 (1507).

<sup>175</sup> Hoffmann/ Dishev, NJOZ 2022, 1505 (1507).

<sup>176</sup> Hoffmann/ Dishev, NJOZ 2022, 1505 (1507).

<sup>177</sup> Beyer/ Hoffmann, NJOZ 2020, 609 (609).

*defining in detail what constitutes a force majeure event, and they regulate the consequences of the occurrence of any such event.*<sup>178</sup> Es empfiehlt sich zu diesem Zweck eine umfangreiche Beschreibung der als Force Majeure zu definierenden Ereignisse vorzunehmen.<sup>179</sup>

So ist festzustellen, dass durch den Eintritt des Leistungshindernisses die automatische Vertragsbeendigung nicht eintritt.<sup>180</sup> In den meisten Fällen bleibt lediglich die Leistungspflicht für die Dauer des Hindernisses liegen.<sup>181</sup> Die Parteien können demnach die Leistungspflicht vorübergehend verweigern beziehungsweise werden von dieser befreit.<sup>182</sup>

Bei anhaltenden Bedingungen kann sich grundsätzlich ein Rücktritts- oder Kündigungsrecht ergeben bzw. vereinbart werden.<sup>183</sup> Zusätzlich zu dem nicht zu vollziehenden Vertragsrücktritt kann durch die meisten Force Majeure Klauseln kein Schadensersatz verlangt werden.<sup>184</sup> Die Schadensersatzansprüche können demnach bei Vorliegen von höherer Gewalt ausdrücklich ausgeschlossen werden.<sup>185</sup>

Die Parteien können dazu angehalten werden Beeinträchtigungen für die jeweils andere Partei auf ein möglichst geringes Niveau zu bringen.<sup>186</sup>

Es ist trotz der oben genannten Zwecke der Klauseln wichtig zu beachten, dass der genaue Bezugspunkt immer zu berücksichtigen und gegebenenfalls zu untersuchen ist.<sup>187</sup> Die konkrete Betroffenheit der sich auf höhere Gewalt berufende Partei ist demnach auch bei der Frage des Sinn und Zwecks einer Force Majeure Klausel von großer Bedeutung und bringt regelmäßig Fragen mit sich.<sup>188</sup>

### **3. Wann liegt eine Force Majeure Klausel vor?**

„Ein beratender Jurist, der bei einem internationalen Vertrag, welcher nicht deutschem Recht unterliegt, eine Force majeure-Klausel im Vertragsentwurf vergessen würde, beginge einen „Kunstfehler“.“<sup>189</sup> Dieses Zitat zeigt die Wichtigkeit einer Force Majeure Klausel in internationalen Verträgen. Fraglich ist jedoch, wann eine solche Klausel vorliegt.

Ein Indiz für die Anwendung von Force Majeure Klauseln kann unter anderem in der Vergabe von Force-Majeure-Zertifikaten liegen, wie sie vom *China Council for the Promotion of International Trade* (CCPIT) erteilt werden.<sup>190</sup> Dadurch kann ein Vorliegen von höherer Gewalt vermutet werden und somit auch die Anwendung der jeweiligen Klauseln.<sup>191</sup>

<sup>178</sup> DiMatteo/ Cordero-Moss, in: DiMatteo/Janssen/Magnus/Schulze, International Sales Law, Kapitel 28, Rn. 35.

<sup>179</sup> Diaconu, Force Majeure in the Hydropower Industry, S. 62.

<sup>180</sup> Rafsendjani, Mansur Pour, in: Krauß, Hans-Frieder/ Weise, Stefan, Beck'sche Online-Formulare Vertrag, 10.4.1, Rn. 23.

<sup>181</sup> Rafsendjani, Mansur Pour, in: Krauß, Hans-Frieder/ Weise, Stefan, Beck'sche Online-Formulare Vertrag, 10.4.1, Rn. 23.

<sup>182</sup> Firoozmand, in: Journal of Energy & Natural Resources Law, 2006, Vol. 24 no. 3, S. 435; Walter/Seifert, Walter/ Seifert, EnWZ 2023, 394 (397).

<sup>183</sup> Vogenauer, IWRZ 2021, 112 (117).

<sup>184</sup> Dauner-Lieb/ Langen/ Kollmann, BGB, §307 - Inhaltskontrolle, Rn. 99.

<sup>185</sup> Hoffmann/ Dishev, NJOZ 2022, 1505 (1507).

<sup>186</sup> Beyer/ Hoffmann, NJOZ 2020, 609 (609).

<sup>187</sup> Hoffmann/ Dishev, NJOZ 2022, 1505 (1507).

<sup>188</sup> Hoffmann/ Dishev, NJOZ 2022, 1473 (1478).

<sup>189</sup> Weik, ZEuP 2014, 281 (282).

<sup>190</sup> Weller/Lieberknecht/Habrigh, NJW 2020, 1017 (1020).

<sup>191</sup> Weller/Lieberknecht/Habrigh, NJW 2020, 1017 (1020).

Nach *Wellenhofer* liegt eine Force Majeure Klausel vor, wenn die durch die Klauseln umfassten Ereignisse unter gegebenen Umständen und bei äußerst billigenderweise zu erwartender Sorgfalt nicht zu verhindern sind.<sup>192</sup> Diese Definition stammt zwar aus dem Familienrecht und ist in diesem Zusammenhang schwer anwendbar, zeigt aber durch die erkennbar ähnliche Definition den großen Einflussbereich der Force Majeure auf alle möglichen Rechtsgebiete.

Zudem kann bei einer ungenügend ausgestalteten Force Majeure Klausel oder bei einer bzw. keiner Rechtswahlklausel das anzuwendende Recht die Anwendung beeinflussen.<sup>193</sup>

Die Anwendung der Klausel hängt zudem oftmals von dem genauen Wortlaut der vertraglichen Bestimmungen ab.<sup>194</sup> Sind beispielsweise Epidemien ausdrücklich aufgeführt, ist anzunehmen, dass die Force Majeure Klausel im Fall einer Epidemie oder dessen Auswirkungen angewendet werden kann.<sup>195</sup> Zugegebenermaßen wären bei allgemein gehaltenen Klauseln auch ohne explizite Inbezugnahme der Epidemien, Pandemien oder Gesundheitskatastrophen oftmals Force Majeure anwendbar.<sup>196</sup> Eine Pandemie ist nach gängigen Definitionen eine Epidemie, welche sich weltweit oder über eine große geographische, grenzübergreifende Fläche ausbreitet.<sup>197</sup> Nach diesen Definitionen handelt es sich bei Epidemien also wiederum um eine geographisch beschränkere Ausbreitung einer Krankheit. Dieser Unterschied kann möglicherweise die Anwendbarkeit einer Klausel verhindern.

Höhere Gewalt Klauseln betreffen immer Fälle in denen Risiken auftreten, die die Parteien nicht beherrschen können, deren Konsequenzen sie möglicherweise dennoch zu tragen haben.<sup>198</sup> Bei der Realisierung eines Risikos, das der Risikosphäre der betroffenen Partei zugeordnet wurde, scheidet die Anwendbarkeit einer Force Majeure Klausel aus.<sup>199</sup>

Letzen Endes lässt sich über die Anwendungsbereiche der einzelnen Klauseln oftmals streiten. Je nachdem wie speziell oder allgemein die Klausel gehalten ist. Dies ist dem Umstand geschuldet, dass es sich bei Force Majeure um einen schwer abwägbaren beziehungsweise kontinuierbaren Begriff mit weitem Beurteilungsspielraum handelt.<sup>200</sup> Dazu kommt die Schwierigkeit der *ex ante* und *ex post* Beurteilung eines höheren Gewalt Umstandes.<sup>201</sup>

#### 4. Rechtsfolgen

Grundsätzlich fokussieren sich die Rechtsfolgen der Force Majeure Klauseln auf die Befreiung der Leistungspflicht und der synallagmatischen Zahlungsverpflichtung.<sup>202</sup> Die tatsächlichen Rechtsfolgen hängen allerdings von den speziellen Vereinbarungen des vorliegenden Vertrages ab.<sup>203</sup> In den folgenden Unterabschnitten werden die Rechtsfolgen bei Abschluss einer Force Majeure Klausel und bei Fehlen eben dieser dargestellt.

<sup>192</sup> MüKo/ *Wellenhofer*, BGB, §1600b, Rn. 45.

<sup>193</sup> *Dacev*, in: Bratislava Law Review, 2022, Vol. 6, no. 2, S. 82.

<sup>194</sup> *Hoffmann/ Dishev*, NJOZ 2022, 1473 (1478).

<sup>195</sup> *Liebscher/ Zeyher/ Steinbrück*, ZIP, 2020, 852 (862).

<sup>196</sup> *Liebscher/ Zeyher/ Steinbrück*, ZIP, 2020, 852 (862).

<sup>197</sup> *Andrews/ Crooks/ Pearce/ Messina*, COVID-19 and Similar Futures, S. 261.

<sup>198</sup> *Bräutigam/ Thalhofer*, CR 2020, 289 (291).

<sup>199</sup> *Bräutigam/ Thalhofer*, CR 2020, 289 (291).

<sup>200</sup> *Bräutigam/ Thalhofer*, CR 2020, 289 (291).

<sup>201</sup> *Bräutigam/ Thalhofer*, CR 2020, 289 (291).

<sup>202</sup> *Bräutigam/ Thalhofer*, CR 2020, 289 (293).

<sup>203</sup> *Bräutigam/ Thalhofer*, CR 2020, 289 (292).

### a) Bei Abschluss einer eigens angefertigten Klausel

Force Majeure Klauseln können, je nachdem wie sie geschrieben werden, verschiedene Konsequenzen nach sich ziehen.<sup>204</sup>

Es findet sich regelmäßig eine Befreiung oder Suspendierung der Leistungspflicht für die Dauer der Störung und zusätzlich eine Verlängerung der Leistungsfrist in den Klauseln.<sup>205</sup> Dabei können die Parteien auswählen, ob die Leistungspflicht vollständig ausgesetzt oder nach Ablauf eines bestimmten Zeitraumes angepasst wird.<sup>206</sup>

Eine weitere oft vereinbarte Rechtsfolge ist, dass die Parteien bei Verzögerung bzw. Ausfall der Leistung diese Verzögerung oder Nichtleistung nicht zu vertreten haben und somit von Schadensersatzansprüchen verschont bleiben.<sup>207</sup>

Des Weiteren wird oft ein Recht zur Kündigung des Vertrags in diesem aufgenommen.<sup>208</sup> In diesem Sinne können die Parteien einen Zeitraum vereinbaren ab dessen Überschreitung der Vertrag automatisch gekündigt wird oder den Parteien das Recht zugeschrieben sich von dem Vertrag zu lösen.<sup>209</sup> Bei Langzeitverträgen ist es dabei üblich den Parteien das Recht zur Kündigung zu geben.<sup>210</sup>

### b) Bei keinem Abschluss einer Klausel

Grundsätzlich gilt: wird in dem Vertrag oder in den AGB keine Force Majeure Klausel vereinbart gelten die gesetzlichen Bestimmungen.<sup>211</sup> Falls beispielsweise keine Klausel in den Vertrag aufgenommen wird und das UN-Kaufrecht anwendbar ist, kann die Haftung des Unternehmers für ein aus höherer Gewalt resultierendes Leistungshindernis entfallen.<sup>212</sup>

Ist das UN-Kaufrecht ausgeschlossen gilt das durch die Parteien in der Rechtswahl ausgewählte Recht.<sup>213</sup> In einem solchen Fall kann beispielsweise das deutsche Recht angewendet werden.<sup>214</sup> Dadurch könnte auf die allgemeinen Rechtsinstitute der Unmöglichkeit der Leistung oder auf den Wegfall der Geschäftsgrundlage rekurriert werden.<sup>215</sup> Diese wurden bereits in Kapitel II erwähnt.

Zudem kann eine Vertragsanpassung bzw. -aufhebung aufgrund des §313 BGB wegen Störung der Geschäftsgrundlage verlangt werden.<sup>216</sup> Bei der Befreiung von der Leistungspflicht kann, anders als bei Anwendung einer Force Majeure Klausel, im Anschluss Schadensersatz wegen Verzug verlangt werden.<sup>217</sup> Zudem kann ein Recht auf Leistungsbefreiung wegen der wirtschaftlichen Unmöglichkeit der Leistungserbringung bestehen.<sup>218</sup> Dabei wird der

<sup>204</sup> *Diaconu*, Force Majeure in the Hydropower Industry, S. 62.

<sup>205</sup> *Firoozmand*, in: Journal of Energy & Natural Resources Law, 2006, Vol. 24 no. 3, S. 435/436.

<sup>206</sup> *Firoozmand*, in: Journal of Energy & Natural Resources Law, 2006, Vol.24 no. 3, S. 435/436.

<sup>207</sup> *Diaconu*, Force Majeure in the Hydropower Industry, S. 62.

<sup>208</sup> *Firoozmand*, in: Journal of Energy & Natural Resources Law, 2006, Vol. 24 no. 3, S. 437.

<sup>209</sup> *Firoozmand*, in: Journal of Energy & Natural Resources Law, 2006, Vol. 24 no. 3, S. 437.

<sup>210</sup> *Firoozmand*, in: Journal of Energy & Natural Resources Law, 2006, Vol. 24 no. 3, S. 437.

<sup>211</sup> *Beyer/ Hoffmann*, NJOZ 2020, 609 (611).

<sup>212</sup> *Graf von Westphalen*, ZVertriebsR 2020, 275 (278).

<sup>213</sup> *Beyer/ Hoffmann*, NJOZ 2020, 609 (611).

<sup>214</sup> *Beyer/ Hoffmann*, NJOZ 2020, 609 (611).

<sup>215</sup> *Beyer/ Hoffmann*, NJOZ 2020, 609 (611).

<sup>216</sup> *Rothermel*, IHR 2020, 89 (91).

<sup>217</sup> *Rothermel*, IHR 2020, 89 (91).

<sup>218</sup> *Rothermel*, IHR 2020, 89 (91).

Aufwand des Schuldners ins Verhältnis zum Ertrag gesetzt.<sup>219</sup> In Einzelfällen kann theoretisch eine Hemmung der Verjährung der Ansprüche bestehen.<sup>220</sup>

## II. Abgrenzung von anderen Klauselarten?

Im Folgenden werden die Unterschiede zwischen Force Majeure Klauseln, *Hardship*-Klauseln und *MAC*-Klauseln dargestellt.

### 1. *Hardship*-Klauseln

Nachfolgend wird beleuchtet, was *Hardship*-Klauseln sind, welchen Sinn und Zweck diese haben und wie diese aufgebaut sind.

#### a) Sinn und Zweck von *Hardship*-Klauseln

Im folgenden Abschnitt wird der Begriff des „*Hardship*“ und der spezielle Inhalt der *Hardship*-Klauseln beleuchtet.

##### aa) Begrifflichkeit des „*Hardship*“

In einem Langzeitvertrag sind die Vertragsparteien möglicherweise Änderungen ausgesetzt, die während der Laufzeit des Vertrages auftreten können.<sup>221</sup> Diese Änderungen sind beispielsweise ein Anstieg der Frachtraten oder höhere Rohstoffpreise.<sup>222</sup> Dadurch könnten beide Vertragsparteien in negativer Weise beeinflusst oder eingeschränkt werden.<sup>223</sup>

So kann unter bestimmten Umständen der Anstieg von Rohstoffmaterialien den Vertrag aus Sicht des Verkäufers zu einer Last werden lassen, da der Preis des Endprodukts zu niedrig wäre und sich das Geschäft gegebenenfalls nicht rentieren würde.<sup>224</sup> Ein weiteres Beispiel wäre der Auftritt einer Wirtschaftskrise oder Rezession während der Produktion, wodurch der Marktpreis für die Waren abgewertet wird.<sup>225</sup>

Die *Hardship*-Klauseln, zu deutsch „Härtefall-Klauseln“, dienen dazu den Veränderungen von Umständen während der Vertragsdurchführung Rechnung zu tragen.<sup>226</sup> *Hardship*-Klauseln finden in Fällen Anwendung, in denen dem Schuldner „(...) die Erbringung der Leistung aufgrund unvorhergesehener und unvermeidbarer nachträglicher Umstände zwar nicht unmöglich [gemacht wird], aber mit unzumutbaren Härten verbunden ist.“ (Erg. d. Verf.)<sup>227</sup>

Für die Anwendung der *Hardship*-Klauseln reicht grundsätzlich eine weniger entscheidende nachteilige Veränderung der Umstände.<sup>228</sup> Das Prinzip der Härtefälle und das der Force

<sup>219</sup> Rothermel, IHR 2020, 89 (91).

<sup>220</sup> Rothermel, IHR 2020, 89 (89).

<sup>221</sup> DiMatteo/ Cordero-Moss, in: DiMatteo/Janssen/Magnus/Schulze, International Sales Law, Kapitel 28, Rn. 31.

<sup>222</sup> DiMatteo/ Cordero-Moss, in: DiMatteo/Janssen/Magnus/Schulze, International Sales Law, Kapitel 28, Rn. 31.

<sup>223</sup> DiMatteo/ Cordero-Moss, in: DiMatteo/Janssen/Magnus/Schulze, International Sales Law, Kapitel 28, Rn. 31.

<sup>224</sup> DiMatteo/ Cordero-Moss, in: DiMatteo/Janssen/Magnus/Schulze, International Sales Law, Kapitel 28, Rn. 31.

<sup>225</sup> DiMatteo/ Cordero-Moss, in: DiMatteo/Janssen/Magnus/Schulze, International Sales Law, Kapitel 28, Rn. 31.

<sup>226</sup> Liebscher/ Zeyher/ Steinbrück, ZIP, 2020, 852 (861).

<sup>227</sup> Vogenauer, IWRZ 2021, 57 (58).

<sup>228</sup> Vogenauer, IWRZ 2021, 112 (117).

Majeure Ereignisse sind demnach ähnlich.<sup>229</sup> *Hardship*-Klauseln sind in internationalen Verträgen oft vertreten.<sup>230</sup>

In internationalen Regelungswerken finden sich ähnlich zur Force Majeure Spezifikationen zu *Hardship* Fällen. In den *UNIDROIT Principles* sind *Hardship*-Ereignisse beispielsweise durch Art. 6.7 geregelt.<sup>231</sup>

## **bb) Inhalt**

*Hardship*-Klauseln haben allgemein das Ziel die Rechte und Pflichten der beteiligten Vertragsparteien an die veränderte Situation anzupassen.<sup>232</sup> Sie zielen darauf ab durch nachträgliche Änderungen das wirtschaftliche Gleichgewicht zwischen den Vertragsparteien wiederherzustellen.<sup>233</sup> Zumindest eine der Parteien kann durch die Klausel versuchen ihre Verpflichtung so anzupassen, dass die Änderung der Umstände das Gleichgewicht der Klausel nicht ernsthaft beeinträchtigt.<sup>234</sup>

Durch manche Rechtsordnungen können Härtefall-Regelungen eine Partei zu einer Neuverhandlung des Vertrages berechtigen.<sup>235</sup> Sofern eine Neuverhandlung zu keinem Ergebnis führt, kann ein Richter einbezogen werden.<sup>236</sup> Dieser bewertet die Situation und passt die Vertragsbedingungen gegebenenfalls an.<sup>237</sup> In anderen Rechtsordnungen wiederum reicht der Umstand der beschwerlicher gewordenen Leistung nicht aus, um eine Neuverhandlung zu verlangen oder die Vertragsanpassung durch ein Gericht zu erwirken.<sup>238</sup> Es ist nicht ungewöhnlich, dass in internationalen Verträgen versucht wird die Frage der veränderten Umstände einheitlich zu regeln, ohne dass geltendes Recht oder Rechtstradition des Auslegers einbezogen werden.<sup>239</sup> Die Interaktion zwischen Härtefall-Klauseln und dem anwendbaren Recht kann dazu führen, dass dieselbe Vertragsklausel, je nach Betrachtungsweise, unterschiedliche Rechtswirkungen entfaltet.<sup>240</sup>

## **b) Übliche Erscheinungsformen**

Im Grunde unterscheidet sich der Aufbau der *Hardship*-Klausel nicht groß von dem der Force Majeure Klausel.<sup>241</sup> Sie lässt sich in einen Tatbestands-, einen Rechtsfolgenteil und zumeist auch einen Verfahrensteil eingliedern.<sup>242</sup> Die ICC hat neben der Force Majeure Klausel auch eine *Hardship*-Klausel entworfen.<sup>243</sup> In der ICC *Hardship*-Klausel werden im

<sup>229</sup> Liebscher/ Zeyher/ Steinbrück, ZIP, 2020, 852 (861).

<sup>230</sup> Liebscher/ Zeyher/ Steinbrück, ZIP, 2020, 852 (861).

<sup>231</sup> Liebscher/ Zeyher/ Steinbrück, ZIP, 2020, 852 (861).

<sup>232</sup> Weik, ZEuP 2014, 281 (299).

<sup>233</sup> Vogenauer, IWRZ 2021, 57 (58).

<sup>234</sup> DiMatteo/ Cordero-Moss, in: DiMatteo/Janssen/Magnus/Schulze, International Sales Law, Kapitel 28, Rn. 32.

<sup>235</sup> DiMatteo/ Cordero-Moss, in: DiMatteo/Janssen/Magnus/Schulze, International Sales Law, Kapitel 28, Rn. 32.

<sup>236</sup> DiMatteo/ Cordero-Moss, in: DiMatteo/Janssen/Magnus/Schulze, International Sales Law, Kapitel 28, Rn. 32.

<sup>237</sup> DiMatteo/ Cordero-Moss, in: DiMatteo/Janssen/Magnus/Schulze, International Sales Law, Kapitel 28, Rn. 32.

<sup>238</sup> DiMatteo/ Cordero-Moss, in: DiMatteo/Janssen/Magnus/Schulze, International Sales Law, Kapitel 28, Rn. 33.

<sup>239</sup> DiMatteo/ Cordero-Moss, in: DiMatteo/Janssen/Magnus/Schulze, International Sales Law, Kapitel 28, Rn. 33.

<sup>240</sup> DiMatteo/ Cordero-Moss, in: DiMatteo/Janssen/Magnus/Schulze, International Sales Law, Kapitel 28, Rn. 33.

<sup>241</sup> Weik, ZEuP 2014, 281 (299).

<sup>242</sup> Weik, ZEuP 2014, 281 (299).

<sup>243</sup> Weik, ZEuP 2014, 281 (299).



zweiten Absatz der Tatbestand, die erste Rechtsfolge und das Verfahren miteinander verschmolzen.<sup>244</sup>

### c) Wie unterscheiden sie sich von Force Majeure Klauseln?

Im Unterschied zu Force Majeure Klauseln regeln die *Hardship*-Klauseln Fälle, in denen sich die Leistungserbringung lediglich erschwert und nicht unmöglich ist.<sup>245</sup> Die Leistung kann dementsprechend noch erbracht werden, die Erbringung ist aber teilweise mit unzumutbarer Härte verbunden.<sup>246</sup>

In der Praxis finden sich gelegentlich auch Klauseln, welche die Force Majeure Tatbestände und die *Hardship*-Tatbestände der miteinander vermischen.<sup>247</sup> In tatsächlichen Krisensituationen ist ein Konflikt durch diese Vermischung allerdings vorprogrammiert.<sup>248</sup> Eine Vermischung der Tatbestände macht eine Trennung dieser beiden Rechtsprinzipien ungemein schwieriger und die Anwendungsfälle der Klauseln verschwimmen.

## 2. Material Adverse Change-Klausel (MAC-Klauseln)

Nachdem im vorherigen Unterkapitel die *Hardship*-Klausel thematisiert wurde, soll es in folgenden Abschnitt darum gehen, welchen Sinn eine MAC-Klausel hat. Es werden die üblichen Erscheinungsformen und die Unterschiede zur Force Majeure dargestellt.

### a) Sinn und Zweck von MAC-Klauseln

Nachfolgend wird erläutert und dargestellt unter welchen Bedingungen MAC-Klauseln anwendbar sind. Anschließend wird der typische Inhalt dieser aufgezeigt.

#### aa) Begrifflichkeit des „MAC“

Viele Verträge, insbesondere Unternehmenskaufverträge, enthalten so genannte *Material Adverse Clauses*.<sup>249</sup> Die Klauseln finden vor allem bei einer wesentlich nachteiligen Veränderung der Umstände Anwendung.<sup>250</sup> In Fällen in denen MAC-Klauseln Anwendung finden, handelt es sich typischerweise um eine rechtsgeschäftliche Konkretisierung von Störungen der Geschäftsgrundlage.<sup>251</sup>

#### bb) Inhalt

So wie die anderen in dieser Arbeit behandelten Klauseln, zielt die MAC-Klausel darauf ab die geschädigte beziehungsweise betroffene Vertragspartei von den zukünftigen Leistungspflichten zu befreien.<sup>252</sup> „Mit Hilfe von Material Adverse Change-Klauseln (im Folgenden: MAC-Klauseln) versuchen die Vertragsparteien, die Folgen von Verschlechterungen des Zustands der Zielgesellschaft zu regeln.“<sup>253</sup> Sie dienen dazu die Schwelle zur Durchbrechung der Vertragsbindung abzusenken.<sup>254</sup>

<sup>244</sup> Weik, ZEuP 2014, 281 (299).

<sup>245</sup> DiMatteo/ Cordero-Moss, in: DiMatteo/Janssen/Magnus/Schulze, International Sales Law, Kapitel 28, Rn. 31.

<sup>246</sup> Vogenauer, IWRZ 2021, 57 (58).

<sup>247</sup> Weik, ZEuP 2014, 281 (300).

<sup>248</sup> Weik, ZEuP 2014, 281 (300).

<sup>249</sup> Liebscher/ Zeyher/ Steinbrück, ZIP, 2020, 852 (863).

<sup>250</sup> Vogenauer, IWRZ 2021, 112 (117).

<sup>251</sup> Vogenauer, IWRZ 2021, 112 (117).

<sup>252</sup> Vogenauer, IWRZ 2021, 112 (116).

<sup>253</sup> Kuntz, DStR 2009, 377 (377).

<sup>254</sup> Vogenauer, IWRZ 2021, 112 (117).

Hintergrund dafür ist, dass Vertragsschluss (*Signing*) und Durchführung (*Closing*) bei Unternehmenskaufverträgen zeitlich regelmäßig auseinanderfallen.<sup>255</sup> Die MAC-Klauseln behandeln demnach Fälle, welche für den Fall vorsorgen, dass sich die Grundlage der Transaktion in dem oben beschriebenen Zeitraum nicht wesentlich nachteilig verändert.<sup>256</sup> Eine solche wesentliche nachteilige Veränderung bei dem Zielunternehmen (*Target*) kann dem Käufer gegebenenfalls ein Lösungsrecht eröffnen oder zum Rücktritt berechtigen.<sup>257</sup> Dieses Recht entsteht nur, sofern die Veränderung bei dem *Target* oder in dessen Marktumfeld entsprechende Auswirkungen hat.<sup>258</sup> Die Parteien versuchen für diesen Umstand vorzusorgen.<sup>259</sup>

## b) Übliche Erscheinungsformen

Anders als beispielsweise die *Hardship*-Klauseln verlangen typische MAC-Klauseln keine erheblicheren und schwerwiegenderen Äquivalenzstörungen.<sup>260</sup> So müssen Voraussetzungen, Reichweite und Folgen der MAC-Klauseln im jeweiligen Einzelfall bestimmt werden.<sup>261</sup> Dabei ist das anwendbare materielle Recht maßgeblich.<sup>262</sup>

Es steht den Parteien zudem frei eine vorrangige vertragliche Risikoverteilung für bestimmte Konstellationen explizit vorzunehmen.<sup>263</sup>

Kautelarjuristisch muss die Klausel und somit auch das Verhältnis entsprechend klar geregelt werden.<sup>264</sup>

## c) Wie unterscheiden sie sich von Force Majeure Klauseln?

MAC-Klauseln setzen, anders als Force Majeure Klauseln, grundsätzlich nicht voraus, dass das relevante Ereignis außerhalb des Einflussbereichs, der sich auf die Klausel berufenden Partei liegt.<sup>265</sup> Es lässt sich allerdings festhalten, dass der Unterschied zwischen den MAC-Klauseln und den *Hardship*-Klauseln schwieriger festzustellen ist als der Unterschied der beiden zu den Force Majeure Klauseln.

## III. Zwischenfazit

Grundsätzlich legen Force Majeure Klauseln im Kern die Voraussetzungen für die Möglichkeit der Befreiung von den im Vertrag geregelten Leistungspflichten und gegebenenfalls eine Kündigung des Vertrags fest.<sup>266</sup> Eine gängige Voraussetzung ist, dass das Ereignis außerhalb des Einflussbereichs der Partei, die liegt sich auf die höhere Gewalt beruft.<sup>267</sup> Es ist jeder Zeit darauf zu achten, dass sich die Klausel letzten Endes nach der Interpretation der individualvertraglichen Festlegungen richtet.<sup>268</sup> Force Majeure Klauseln stellen bestenfalls eine Definition des Force Majeure Begriffes bereit und regulieren die Konsequenzen

<sup>255</sup> Liebscher/ Zeyher/ Steinbrück, ZIP, 2020, 852 (863).

<sup>256</sup> Liebscher/ Zeyher/ Steinbrück, ZIP, 2020, 852 (863).

<sup>257</sup> Liebscher/ Zeyher/ Steinbrück, ZIP, 2020, 852 (863).

<sup>258</sup> Liebscher/ Zeyher/ Steinbrück, ZIP, 2020, 852 (863).

<sup>259</sup> Vogenauer, IWRZ 2021, 112 (117).

<sup>260</sup> Vogenauer, IWRZ 2021, 112 (117).

<sup>261</sup> Liebscher/ Zeyher/ Steinbrück, ZIP, 2020, 852 (863).

<sup>262</sup> Liebscher/ Zeyher/ Steinbrück, ZIP, 2020, 852 (863).

<sup>263</sup> Liebscher/ Zeyher/ Steinbrück, ZIP, 2020, 852 (863).

<sup>264</sup> Liebscher/ Zeyher/ Steinbrück, ZIP, 2020, 852 (863).

<sup>265</sup> Vogenauer, IWRZ 2021, 112 (117).

<sup>266</sup> Bräutigam/ Thalhofer, CR 2020, 289 (291).

<sup>267</sup> Dacev, in: Bratislava Law Review, 2022, Vol. 6, no. 2, S. 82.

<sup>268</sup> Bräutigam/ Thalhofer, CR 2020, 289 (291).

eines solchen Ereignisses.<sup>269</sup> Sie regulieren die vorübergehende Leistungsbefreiung der Parteien von den vertraglich festgelegten Leistungspflichten und gegebenenfalls einen Ausschluss der Schadensersatzansprüche.<sup>270</sup> Die Schwierigkeit der Anwendung einer Force Majeure Klausel liegt dabei in der Schwierigkeit, den Anwendungsbereich festzulegen, da dieser einen sehr breiten Beurteilungsspielraum bietet.<sup>271</sup> Die Rechtsfolgen richten sich nach dem zugrundeliegenden Vertrag und dessen speziellen Regelungen.<sup>272</sup> Wird in dem Vertrag keine Force Majeure Klausel inkludiert werden die Rechtsfolgen von dem in der Rechtswahlklausel ausgewählten Recht dem UN-Kaufrecht bestimmt.<sup>273</sup>

Der Unterschied zwischen Force Majeure und *Hardship* liegt grundsätzlich darin, dass *Hardship*-Klauseln Fälle regeln, in denen die Umstände der Vertragsschließung die Leistung erschweren.<sup>274</sup> In einem Vergleich mit MAC-Klauseln lässt sich feststellen, dass der Unterschied in den nicht allzu strengen Voraussetzungen der MAC-Klauseln liegt.<sup>275</sup> MAC-Klauseln behandeln Fälle in denen sich die Vermögensverhältnisse während der Durchführung eines Vertrages erheblich verschlechtern.

Es lässt sich demnach festhalten, dass Force Majeure Klauseln Anwendung bei der Unmöglichkeit einer Leistung finden und sich diesbezüglich von vergleichbaren Klauseln unterscheiden.

## **E. Ausgestaltung von Force Majeure-Klauseln**

### **I. Wie sollten diese Force Majeure Klausel aussehen?**

Nachdem Force Majeure Klauseln im obigen Kapitel inhaltlich beschrieben wurden, wird im folgenden Kapitel dargestellt, wie Force Majeure Klauseln gestaltet werden können. In diesem Zuge werden Formulierungsbeispiele dargestellt und anschließend die nötige Bestimmtheit einer Force Majeure Klausel festgelegt. Es sei darauf hingewiesen, dass die in diesem Kapitel genannten Bestandteile und Formulierungen der Force Majeure Klauseln ausschließlich optional sind und von Klausel zu Klausel differenziert verwendet und gestaltet werden können. Es handelt sich hierbei also in keiner Weise um festgelegte Grundsätze, sondern viel mehr um Möglichkeiten.

#### **1. Aufbau**

Im Folgenden wird der Aufbau einer Force Majeure Klausel dargestellt. Unter anderem wird gezeigt welche Themen in einer Force Majeure Klausel in jedem Fall enthalten sein sollten, sowie eine Darstellung speziellerer Probleme, welche auftreten können und wie die Risikoverteilung gestaltet werden kann.

#### **a) Was ist allgemein bei dem Abschluss einer solchen Klausel zu beachten?**

Manche Anwälte sind der Meinung, dass Force Majeure Klauseln in der Beratungspraxis deutlich mehr Aufmerksamkeit gewidmet werden sollte und stärker auf eine

<sup>269</sup> DiMatteo/ Cordero-Moss, in: DiMatteo/Janssen/Magnus/Schulze, International Sales Law, Kapitel 28, Rn. 35.

<sup>270</sup> Hoffmann/ Dishev, NJOZ 2022, 1505 (1505); Walter/Seifert, EnWZ 2023, 394 (397).

<sup>271</sup> Bräutigam/ Thalhofer, CR 2020, 289 (291).

<sup>272</sup> Bräutigam/ Thalhofer, CR 2020, 289 (292).

<sup>273</sup> Beyer/ Hoffmann, NJOZ 2020, 609 (611); Beyer/ Hoffmann, NJOZ 2022, 161 (161).

<sup>274</sup> Vogenauer, IWRZ 2021, 57 (58).

<sup>275</sup> Vogenauer, IWRZ 2021, 112 (117).

Implementierung dieser Klauseln geachtet werden müsse.<sup>276</sup> Sollte ein beratender Anwalt es versäumen auf die Implementierung einer Force Majeure Klausel zu bestehen, so sind Bangen und Markworth der Auffassung es sollte ein haftungsauslösender Beratungsfehler vorliegen.<sup>277</sup> Diese Meinung wird durch die Auswirkungen und Folgen der Coronapandemie begründet.<sup>278</sup>

Diese Klauseln bestehen grundsätzlich aus einem Tatbestands-, einem Rechtsfolgen- und einem Verfahrensteil.<sup>279</sup> Der Tatbestandsteil befasst sich üblicherweise mit den Umständen, die zu einer Ausnahmesituation führen.<sup>280</sup> Ein Verfahrensteil schreibt normalerweise Benachrichtigungspflichten, Fristen oder Formen für die Parteien vor.<sup>281</sup> Der Verfahrensteil wird oftmals auch mit dem Rechtsfolgenteil vermischt und in diesen integriert.<sup>282</sup> Von einem Verzicht auf den Verfahrensteil ist streng abzuraten, da dadurch Konflikte um die Informationspflichten und die weiteren Procedere entstehen können.<sup>283</sup>

In den meisten Fällen werden die Force Majeure Klauseln in die AGB aufgenommen und somit dem Vertrag hinzugefügt.<sup>284</sup>

Der Zeitpunkt des Vertragsschlusses ist von wesentlicher Bedeutung.<sup>285</sup> Dieser kann über die Anwendbarkeit der Force Majeure Klausel entscheiden. Wird in der Klausel beispielsweise vereinbart, dass das Ereignis nach Vertragsschluss erfolgen muss und unvorhersehbar ist, kann ein Ereignis theoretisch aus dem Anwendungsbereich dieser Klausel fallen. Beispielsweise im Fall eines von Experten vorhergesagten Tsunamis.

Eine Force Majeure Klausel kann das Konzept beziehungsweise den Anwendungsbereich der höheren Gewalt entweder verschmälern oder erweitern.<sup>286</sup> So kann die Klausel beispielsweise eine Unschuldsvermutung zugunsten des Schuldners enthalten und Beispiele für das zukünftig aufzutretenden Risiken oder Ereignisse anführen.<sup>287</sup> Dies kann Klarheit über die Ereignisse bzw. dessen Folgen liefern und Diskussionen über diese Themen vorbeugen.<sup>288</sup> Die Klausel sollte idealerweise „(...) möglichst genau festlegen, unter welchen Umständen die weiter andauernden Umstände, bspw. Kriegshandlungen, zu einer Befreiung von der Erfüllung der Leistungspflichten der Vertragsparteien führen.“<sup>289</sup>

Der Begriff der „Force Majeure“ sollte demnach möglichst genau definiert werden, denn die in den jeweiligen nationalen Gesetzgebungen entwickelten - oder auch nicht entwickelten

<sup>276</sup> Bangen/ Markworth, 2020, Corona-Krise: Beratertipps zum Vertragsrecht, [https://anwaltsblatt.anwaltverein.de/de/themen/kanzlei-praxis/corona-krise-beratertipps-zum-vertragsrecht?page\\_n1=1](https://anwaltsblatt.anwaltverein.de/de/themen/kanzlei-praxis/corona-krise-beratertipps-zum-vertragsrecht?page_n1=1), zuletzt abgerufen am: 24.02.2025.

<sup>277</sup> Bangen/ Markworth, 2020, Corona-Krise: Beratertipps zum Vertragsrecht, [https://anwaltsblatt.anwaltverein.de/de/themen/kanzlei-praxis/corona-krise-beratertipps-zum-vertragsrecht?page\\_n1=1](https://anwaltsblatt.anwaltverein.de/de/themen/kanzlei-praxis/corona-krise-beratertipps-zum-vertragsrecht?page_n1=1), zuletzt abgerufen am: 24.02.2025.

<sup>278</sup> Bangen/ Markworth, 2020, Corona-Krise: Beratertipps zum Vertragsrecht, [https://anwaltsblatt.anwaltverein.de/de/themen/kanzlei-praxis/corona-krise-beratertipps-zum-vertragsrecht?page\\_n1=1](https://anwaltsblatt.anwaltverein.de/de/themen/kanzlei-praxis/corona-krise-beratertipps-zum-vertragsrecht?page_n1=1), zuletzt abgerufen am: 24.02.2025.

<sup>279</sup> Weik, ZEuP 2014, 281 (299).

<sup>280</sup> Kröger, in: Kroiß, Rechtsprobleme durch COVID-19, §13 Vertragsrecht/ AGB-Recht, Rn. 10.

<sup>281</sup> Kröger, in: Kroiß, Rechtsprobleme durch COVID-19, §13 Vertragsrecht/ AGB-Recht, Rn. 10.

<sup>282</sup> Weik, ZEuP 2014, 281 (296).

<sup>283</sup> Weik, ZEuP 2014, 281 (296).

<sup>284</sup> Beyer/ Hoffmann, NJOZ 2020, 609 (611).

<sup>285</sup> Hoffmann/ Dishev, NJOZ 2022, 1505 (1507).

<sup>286</sup> Brödermann, in: Mankowski, Commercial Law, Art. 7.1.7 UNIDROIT, Rn. 8.

<sup>287</sup> Brödermann, in: Mankowski, Commercial Law, Art. 7.1.7 UNIDROIT, Rn. 8.

<sup>288</sup> Brödermann, in: Mankowski, Commercial Law, Art. 7.1.7 UNIDROIT, Rn. 8.

<sup>289</sup> Hoffmann/ Dishev, NJOZ 2022, 1505 (1505).

- Grundsätze können höchst unterschiedlich ausfallen.<sup>290</sup> Dieses Problem soll gelöst werden, indem der Force Majeure Begriff nach dem Ermessen und den Vorstellungen der Vertragsparteien definiert wird.<sup>291</sup> Dadurch sollen Lösungen angeboten werden, welche sich von den nationalen Gesetzgebungen löst.<sup>292</sup> Die Force Majeure Klausel sollte in dem Vertrag durch die Definition die Tatbestandsvoraussetzungen für eine Haftungsbefreiung festlegen und somit ausdrücklich das nationale Recht verdrängen, da z.B. eine unzureichende Kenntnis über das ausgewählte Recht unangenehme Konsequenzen nach sich ziehen könnte.<sup>293</sup>

Es ist zudem üblich Informations- bzw. Notifizierungspflichten in den Vertrag aufzunehmen.<sup>294</sup> Diese dient dem anderen Vertragspartner als Warnung und dient beiden Parteien Sicherheitsmechanismus gegen unangenehme Überraschungen.<sup>295</sup> Näheres zu den Notifizierungspflichten ist in Abschnitt II beschrieben.

## **b) Spezielle Probleme**

Nachfolgend werden speziellere Probleme beleuchtet, welche bei der Erstellung und Ausführung einer Force Majeure auftreten können oder in der Vergangenheit zu erheblichen Problemen geführt haben. Mit speziellen Problemen sind in diesem Kontext Probleme, wie etwa folgendes Szenario gemeint: ein Verkäufer oder Käufer, welcher das Risiko einer möglichen Gesetzesänderung nicht tragen möchte, sollte den Umstand der möglichen Gesetzesänderungen in einer Liste explizit aufführen.<sup>296</sup> Dadurch hätte diejenige Partei in solchen Fällen einen Anspruch auf die Befreiung von den Leistungspflichten.<sup>297</sup> Ähnliches soll hierauf folgend mit Blick auf die Coronapandemie und die Rechtswahl erfolgen.

### **aa) Die Coronapandemie als Herausforderung**

Theoretisch ist die Inkludierung von bestimmten Ereignissen in eine Force Majeure Klausel keine hohe Hürde. Genau definierte Beispiele, wie Kriege oder Pandemien sollten in den Klauseln aufgelistet sein.<sup>298</sup> Probleme bei der genauen Aufzählung entstehen, wenn der eingetretene Umstand nicht exakt der Beschreibung gleicht, welche in der Klausel vereinbart wurde.<sup>299</sup>

Bei der Coronapandemie könnte es zum Streitfall kommen, falls sie in einer ähnlichen Form mit anderen Varianten zurückkehren sollte.<sup>300</sup> Dabei kann argumentiert werden, dass eine erneute Pandemie oder Epidemie als solche kein unvorhersehbares oder ungewöhnliches

<sup>290</sup> *International Chamber of Commerce*, 2020, ICC FORCE MAJEURE UND HÄRTEFALL-KLAUSELN, [https://www.iccgermany.de/wp-content/uploads/2020/09/ICC\\_ForceMajeure\\_Hardship\\_Clauses\\_March2020\\_GER.pdf](https://www.iccgermany.de/wp-content/uploads/2020/09/ICC_ForceMajeure_Hardship_Clauses_March2020_GER.pdf), zuletzt abgerufen am: 24.02.2025.

<sup>291</sup> *International Chamber of Commerce*, 2020, ICC FORCE MAJEURE UND HÄRTEFALL-KLAUSELN, [https://www.iccgermany.de/wp-content/uploads/2020/09/ICC\\_ForceMajeure\\_Hardship\\_Clauses\\_March2020\\_GER.pdf](https://www.iccgermany.de/wp-content/uploads/2020/09/ICC_ForceMajeure_Hardship_Clauses_March2020_GER.pdf), zuletzt abgerufen am: 24.02.2025.

<sup>292</sup> *International Chamber of Commerce*, 2020, ICC FORCE MAJEURE UND HÄRTEFALL-KLAUSELN, [https://www.iccgermany.de/wp-content/uploads/2020/09/ICC\\_ForceMajeure\\_Hardship\\_Clauses\\_March2020\\_GER.pdf](https://www.iccgermany.de/wp-content/uploads/2020/09/ICC_ForceMajeure_Hardship_Clauses_March2020_GER.pdf), zuletzt abgerufen am: 24.02.2025.

<sup>293</sup> *Firoozmand*, in: *Journal of Energy & Natural Resources Law*, 2006, Vol. 24 no. 3, S. 424.

<sup>294</sup> *Bräutigam/ Thalhofer*, CR 2020, 289 (295).

<sup>295</sup> *Firoozmand*, in: *Journal of Energy & Natural Resources Law*, 2006, Vol. 24 no. 3, S. 432.

<sup>296</sup> *DiMatteo/ Cordero-Moss*, in: *DiMatteo/Janssen/Magnus/Schulze*, *International Sales Law*, Kapitel 28, Rn. 36.

<sup>297</sup> *DiMatteo/ Cordero-Moss*, in: *DiMatteo/Janssen/Magnus/Schulze*, *International Sales Law*, Kapitel 28, Rn. 36.

<sup>298</sup> *DiMatteo/ Cordero-Moss*, in: *DiMatteo/Janssen/Magnus/Schulze*, *International Sales Law*, Kapitel 28, Rn. 35.

<sup>299</sup> *Beyer/ Hoffmann*, NJOZ 2020, 609 (610).

<sup>300</sup> *Beyer/ Hoffmann*, NJOZ 2020, 609 (610).

Ereignis darstelle.<sup>301</sup> „Bei im Zeitpunkt des Vertragsschlusses sich abzeichnenden oder noch andauernden Krisen dieser Art empfiehlt es sich idR, die Risikoverteilung detaillierter vertraglich zu regeln (...).“<sup>302</sup> Deshalb sollten selbst in zukünftigen Verträgen Coronaepidemien oder Coronapandemien sowie die mit diesen verbundenen Einschränkungen ausdrücklich in der Klausel berücksichtigt werden. Gleiches gilt für Krankheiten, welche eine entsprechende Wirkung haben könnten.

Zusätzlich zu den Force Majeure Klauseln können sogenannte „Corona-Klauseln“ in den Vertrag aufgenommen werden.<sup>303</sup> Diese Klauseln fokussieren sich ausschließlich auf die Folgen der Coronapandemie.<sup>304</sup>

## **bb) Force Majeure Klauseln und Rechtswahl**

Eine weitere Besonderheit ist die Rechtswahl. Diese kann zu Problemen bei der Erarbeitung einer Klausel führen. Sie kann sich zu einem gefahrträchtigen kautelarjuristischen „Fallstrick“ entwickeln, wenn das deutsche Recht mit Unmöglichkeitregelung neben der Force Majeure Klausel ausgewählt wird und gleichzeitig das UN-Kaufrechts ausgeschlossen wird.<sup>305</sup>

Es wird kompliziert, sobald ein angloamerikanischer Einfluss in die Force Majeure Klausel kommt.<sup>306</sup> Im angloamerikanischen Recht besteht eine verschuldensunabhängige Haftung – ein Grundsatz des Common-Law-Haftungssystems, welchem auch das UN-Kaufrecht folgt.<sup>307</sup> Tritt der oben genannte Fall ein, kann es passieren, dass die Vertragsparteien trotz des Ausschlusses des UN-Kaufrechts eine strenge vertragliche (verschuldensunabhängige) Haftung abschließen.<sup>308</sup> Es ist dementsprechend eine Sache der Vertragsauslegung.<sup>309</sup>

Die Parteien könnten mit der Force Majeure Klausel entweder die gesetzlichen Leistungsstörungenrechte des BGB ergänzen oder ersetzen.<sup>310</sup> Die Ersatzfunktion der Force Majeure Klausel tritt in Kraft, sofern die Vertragsparteien von Anfang an tatsächlich von einer verschuldensunabhängigen Haftung ausgegangen sind, sie also die damit verbundene Risikoverteilung nicht ändern wollen.<sup>311</sup>

Durch diesen Umstand kann eine allzu pauschale Implementierung der Force Majeure Klausel zu einer nicht gewollten Rechtsfolge beziehungsweise Risikoverteilung führen und die sich auf höhere Gewalt berufende Vertragspartei ungeahnt belasten.<sup>312</sup>

## **c) Risikoverteilung**

Die Risikoverteilung kann durch die Parteien verändert werden. Handeln die Parteien beispielsweise nach den Grundsätzen des UN-Kaufrechts, kann es im Falle eines marktbezogenen Gattungskaufs, welcher im internationalen Handel überwiegt, dazu kommen, dass

<sup>301</sup> Beyer/ Hoffmann, NJOZ 2020, 609 (610).

<sup>302</sup> Meyer-Sparenberg, in: Gebele/Scholz, Beck'sches Formularbuch Bürgerliches, Handels- und Wirtschaftsrecht, 2. Rahmenliefervertrag, Rn. 7.

<sup>303</sup> Beyer/ Hoffmann, NJOZ 2020, 609 (615).

<sup>304</sup> Beyer/ Hoffmann, NJOZ 2020, 609 (615).

<sup>305</sup> Liebscher/ Zeyher/ Steinbrück, ZIP 2020, 852 (862).

<sup>306</sup> Liebscher/ Zeyher/ Steinbrück, ZIP 2020, 852 (862).

<sup>307</sup> Liebscher/ Zeyher/ Steinbrück, ZIP 2020, 852 (862).

<sup>308</sup> Liebscher/ Zeyher/ Steinbrück, ZIP 2020, 852 (862).

<sup>309</sup> Liebscher/ Zeyher/ Steinbrück, ZIP 2020, 852 (862).

<sup>310</sup> Liebscher/ Zeyher/ Steinbrück, ZIP 2020, 852 (862).

<sup>311</sup> Liebscher/ Zeyher/ Steinbrück, ZIP 2020, 852 (862).

<sup>312</sup> Liebscher/ Zeyher/ Steinbrück, ZIP 2020, 852 (862).

das Beschaffungsrisiko bei dem Verkäufer liegt.<sup>313</sup> In einem solchen Fall wäre beispielsweise der Verkäufer für die Beschaffung der Ware verantwortlich.<sup>314</sup> Dabei spielt es keine Rolle, ob ein Lieferant des Verkäufers aus bestimmten Gründen nicht liefert oder die Preise gestiegen sind und somit ein erheblicher nicht einkalkulierter Aufwand entsteht oder die zu liefernde Ware verloren geht oder zerstört wird.<sup>315</sup>

Im Falle eines Gattungskaufs ohne Marktbezug (wird also nur aus einem bestimmten Vorrat oder aus einer bestimmten Produktion verkauft) trägt der Verkäufer nur das Risiko die Ware aus dieser Produktion oder aus diesem Vorrat zu beschaffen.<sup>316</sup> Hierbei würde der Untergang des Vorrats oder die Vereitelung der Produktion den Verkäufer entlasten.<sup>317</sup>

Die einzelnen Bestimmungen und Wirkungsweisen der Risikoverteilung hängen allerdings, durch die Vertragsfreiheit, von den im Vertrag beschlossenen Regelungen ab.

## 2. Wie sollten die Klauseln formuliert sein?

Die Formulierung der Klauseln ist durch die Vertragsfreiheit jeder Partei beziehungsweise beiden Vertragsparteien überlassen. Nachfolgend werden ein paar Floskeln oder Formulierungsbeispiele aufgegriffen und weitere Vorschläge von erwähnenswerten Ergänzungen dargestellt.

Wie in den obigen Abschnitten bereits erwähnt, sollte eine Force Majeure Klausel unbedingt eine Begriffsbestimmung des für diese Klausel anzuwendenden höheren Gewalt Begriffes enthalten.<sup>318</sup> Diese Begriffsbestimmung kann wie folgt aussehen: „(...) ein Ereignis, das für keine der Parteien unter Anwendung äußerster, billigerweise zu erwartender Sorgfalt vorhersehbar und insbesondere durch Notfallpläne oder Notfallmaßnahmen des Auftragnehmers nicht vermeidbar ist.“<sup>319</sup> Ein weiteres Beispiel, in welchem auch schon das Recht zur Vertragsaufhebung thematisiert wird ist dieses:

*„A haftet für die Folgen verspäteter Lieferung nicht, soweit die Verspätung auf Umständen beruht, die außerhalb der Einflusssphäre von A liegen und die A auch unter Einsatz zumutbarer Anstrengungen nicht überwinden konnte, insbesondere bei Naturkatastrophen und ähnlichen Fällen höherer Gewalt, aufgrund hoheitlicher Eingriffe oder aufgrund von Arbeitskämpfen. Das Recht von B, die Vertragsaufhebung zu erklären, wird durch diese Regelung nicht beeinträchtigt.“<sup>320</sup>*

Diese Klausel entspricht den inhaltlichen Bestimmungen des Art.79 CISG.<sup>321</sup> Der Klausel nach hat eine Vertragspartei die Nichterfüllung aufgrund eines Hinderungsgrundes nicht zu

<sup>313</sup> Eschwey, in: Walz, Beck'sches Fb Zivil-, Wirtschafts- und Unternehmensrecht, 4. Kaufvertrag nach UN-Kaufrecht, Rn. 6.

<sup>314</sup> Eschwey, in: Walz, Beck'sches Fb Zivil-, Wirtschafts- und Unternehmensrecht, 4. Kaufvertrag nach UN-Kaufrecht, Rn. 6.

<sup>315</sup> Eschwey, in: Walz, Beck'sches Fb Zivil-, Wirtschafts- und Unternehmensrecht, 4. Kaufvertrag nach UN-Kaufrecht, Rn. 6.

<sup>316</sup> Eschwey, in: Walz, Beck'sches Fb Zivil-, Wirtschafts- und Unternehmensrecht, 4. Kaufvertrag nach UN-Kaufrecht, Rn. 6.

<sup>317</sup> Eschwey, in: Walz, Beck'sches Fb Zivil-, Wirtschafts- und Unternehmensrecht, 4. Kaufvertrag nach UN-Kaufrecht, Rn. 6.

<sup>318</sup> Hoffmann/ Dishev, NJOZ 2022, 1505 (1505).

<sup>319</sup> Bräutigam/ Thalhofer, CR 2020, 289 (291).

<sup>320</sup> Eschwey, in: Walz, Beck'sches Fb Zivil-, Wirtschafts- und Unternehmensrecht, 4. Kaufvertrag nach UN-Kaufrecht, Rn. 6.

<sup>321</sup> Eschwey, in: Walz, Beck'sches Fb Zivil-, Wirtschafts- und Unternehmensrecht, 4. Kaufvertrag nach UN-Kaufrecht, Rn. 6.

verantworten, sofern dieser außerhalb des Einflussbereichs der Partei liegt.<sup>322</sup> Außerdem dürfe die Partei das Ereignis bei Vertragsschluss nicht erwartet haben und in Betracht gezogen haben den Hinderungsgrund und dessen Folgen zu vermeiden oder überwinden.<sup>323</sup>

Neben den Definitionen der höheren Gewalt sind auch Notifizierungspflichten üblich.<sup>324</sup> Ergibt sich diese Notifizierungspflicht nicht aus der vertraglichen Klausel, sollte sie zumindest als vertragliche Nebenpflicht verankert sein<sup>325</sup>. Wird die Informationspflicht jedoch nicht eingehalten kann dies möglicherweise zu Schadensersatzansprüchen nach §280 Abs. 1 BGB und §241 Abs. 2 BGB führen.<sup>326</sup>

Die Industrie- und Handelskammer hat sich mit Force Majeure Klauseln beschäftigt und rät davon ab, eine Garantie der Leistungserbringung abzugeben beziehungsweise sich an feste Liefertermine zu binden.<sup>327</sup> Diese Garantien können bei Verzug oder Unmöglichkeit gegebenenfalls zu teilweise schwerwiegenden Vertragsstrafen führen.<sup>328</sup>

Die Klausel kann durch verschiedene Bestimmungen das Festhalten an einem Vertrag vereinfachen bzw. versuchen das Vertragsverhältnis für die Dauer der Verzögerung oder Unmöglichkeit zu wahren. Zu diesem Zweck kann vereinbart werden, dass eine gewisse Zeit verstreichen muss, bevor eine Vertragspartei sich von dem Vertrag lösen kann.<sup>329</sup>

Des Weiteren kann anstatt einer Vertragskündigung eine andere zumeist finanzielle Art des Ausgleichs vereinbart werden.<sup>330</sup> Dies kann für den Schuldner durchaus eine bessere Lösung darbieten.<sup>331</sup> Es wird ungemein dazu geraten, so gut wie möglich an dem Vertragsverhältnis in Fällen von höherer Gewalt festzuhalten, vor allem bei Langzeitverträgen.<sup>332</sup> Zu diesem Zweck können die Parteien, die mindestens einzuhaltende Wartezeit vor einer Vertragskündigung verlängern bzw. selber festlegen, wie oben bereits dargestellt wurde.<sup>333</sup> Die zu vereinbarende Zeit hängt vom Willen der Parteien ab und kann bspw. bei Langzeitverträgen um die sechs Monate andauern.<sup>334</sup>

Unter Anderem können die Parteien eine Neuverhandlung des Vertrages beanspruchen, sofern ein solcher Zusatz im Vertrag enthalten ist.<sup>335</sup> Dabei kann weiter eine Mediation

---

<sup>322</sup> Eschwey, in: Walz, Beck'sches Fb Zivil-, Wirtschafts- und Unternehmensrecht, 4. Kaufvertrag nach UN-Kaufrecht, Rn. 6.

<sup>323</sup> Eschwey, in: Walz, Beck'sches Fb Zivil-, Wirtschafts- und Unternehmensrecht, 4. Kaufvertrag nach UN-Kaufrecht, Rn. 6.

<sup>324</sup> Bräutigam/ Thalhofer, CR 2020, 289 (295).

<sup>325</sup> Bräutigam/ Thalhofer, CR 2020, 289 (295).

<sup>326</sup> Bräutigam/ Thalhofer, CR 2020, 289 (295).

<sup>327</sup> Industrie- und Handelskammer Frankfurt am Main, o.J., ICC Force-Majeure-Klauseln auf Deutsch, <https://www.frankfurt-main.ihk.de/recht/uebersicht-alle-rechtsthemen/vertragsrecht-und-e-commerce-recht/lieferengpaesse-wegen-corona-virus-5173980>, zuletzt abgerufen am: 24.02.2025.

<sup>328</sup> Industrie- und Handelskammer Frankfurt am Main, o.J., ICC Force-Majeure-Klauseln auf Deutsch, <https://www.frankfurt-main.ihk.de/recht/uebersicht-alle-rechtsthemen/vertragsrecht-und-e-commerce-recht/lieferengpaesse-wegen-corona-virus-5173980>, zuletzt abgerufen am: 24.02.2025.

<sup>329</sup> Brödermann, in: Mankowski, Commercial Law, Art. 7.1.7 UNIDROIT, Rn. 8.

<sup>330</sup> Brödermann, in: Mankowski, Commercial Law, Art. 7.1.7 UNIDROIT, Rn. 8.

<sup>331</sup> Brödermann, in: Mankowski, Commercial Law, Art. 7.1.7 UNIDROIT, Rn. 8.

<sup>332</sup> Brödermann, in: Mankowski, Commercial Law, Art. 7.1.7 UNIDROIT, Rn. 9.

<sup>333</sup> Brödermann, in: Mankowski, Commercial Law, Art. 7.1.7 UNIDROIT, Rn. 9.

<sup>334</sup> Brödermann, in: Mankowski, Commercial Law, Art. 7.1.7 UNIDROIT, Rn. 9.

<sup>335</sup> Brödermann, in: Mankowski, Commercial Law, Art. 7.1.7 UNIDROIT, Rn. 9.



veranlagt werden, damit es den Parteien einfacher gelingt das Vertragsverhältnis aufrecht zu erhalten.<sup>336</sup>

Die Parteien können sich dabei auf vorgefertigte Klauseln stützen und diese als Vergleich oder Grundlage und Orientierungspunkt heranziehen.<sup>337</sup> Hierzu dienen beispielsweise die Musterklauseln der Internationalen Handelskammer oder die Bestimmungen der *UNIDROIT*.<sup>338</sup>

### 3. Bestimmtheit

Die Bestimmtheit der Klausel wurde in dieser Arbeit des Öfteren erwähnt und teilweise angeschnitten. Es soll im Folgenden genauer auf diesen wichtigen Bestandteil der Klauseln eingegangen werden.

Die Parteien können diverse Gründe für das Eintreten eines Force Majeure Falls in die Klausel inkludieren. Dies können unter anderem Ereignisse sein, welche normalerweise nicht als höhere Gewalt gelten würden.<sup>339</sup> Beispielsweise kann eine solche Aufzählung den Wechsel eines Regimes, Blockaden oder Embargos enthalten.<sup>340</sup> Es können allerdings auch Ereignisse, wie die Zerstörung bestimmter Maschinen und Installationseinrichtungen in die Klauseln aufgenommen werden.<sup>341</sup> „Durch die Verwendung einer Generalklausel wird dem Umstand Rechnung getragen, dass sich nicht alle Fälle anzuerkennender Force Majeure im Vorhinein abschließend aufzählen lassen.“<sup>342</sup>

Die Klausel sollte sowohl Epidemien als auch Pandemien umfassen.<sup>343</sup> Diesbezüglich sei nochmals auf die Wichtigkeit des Unterkapitels „a) die Coronapandemie als Herausforderung“ hingewiesen. Grundsätzlich können, wie bereits in obigen Kapiteln erwähnt, in Verträgen zu diesem Zweck auch eigens entworfene „Corona-Klauseln, in den Vertrag aufgenommen werden“, welche sich auf die Auswirkungen und Folgen von Corona spezialisieren.<sup>344</sup>

Es ist darauf zu achten, dass die Klausel möglichst genau gehalten wird. So ist beispielsweise bei der Einbeziehung des Ukraine-Konflikts der konkrete Umstand herauszuarbeiten, den der Vertragspartner für das Eintreten der höheren Gewalt als maßgeblich einstuft.<sup>345</sup> In diesem Fall müsste demnach geprüft bzw. dargelegt werden, ob der Krieg als solches in den Anwendungsbereich der Klausel aufgenommen werden soll oder lediglich die auf dem Krieg beruhenden Folgen.<sup>346</sup> Grundsätzlich können nur solche Umstände in den Anwendungsbereich der Klauseln aufgenommen werden, die ausreichend präzise und konkret formuliert werden.<sup>347</sup>

<sup>336</sup> Brödermann, in: Mankowski, Commercial Law, Art. 7.1.7 UNIDROIT, Rn. 9.

<sup>337</sup> Dishev/ Hoffmann/ Müller, NJOZ 2024, 97 (98).

<sup>338</sup> Dishev/ Hoffmann/ Müller, NJOZ 2024, 97 (98).

<sup>339</sup> DiMatteo/ Cordero-Moss, in: DiMatteo/Janssen/Magnus/Schulze, International Sales Law, Kapitel 28, Rn. 35.

<sup>340</sup> Firoozmand, in: Journal of Energy & Natural Resources Law, 2006, Vol. 24 no. 3, S. 428.

<sup>341</sup> Firoozmand, in: Journal of Energy & Natural Resources Law, 2006, Vol. 24 no. 3, S. 428.

<sup>342</sup> Grün/ Ostendorf, in: Ostendorf, Internationale Wirtschaftsverträge, §10, Rn. 37.

<sup>343</sup> Beyer/ Hoffmann, NJOZ 2020, 609 (611).

<sup>344</sup> Beyer/ Hoffmann, NJOZ 2022, 161 (166).

<sup>345</sup> Hoffmann/ Dishev, NJOZ 2022, 1473 (1474).

<sup>346</sup> Hoffmann/ Dishev, NJOZ 2022, 1473 (1474).

<sup>347</sup> BGH, Urteil vom 26.01.1983 – VIII ZR 342/81, NJW 1983, 1320.

Demnach könnten auch Sanktionen als Beispiel höherer Gewalt in den Vertrag inkludiert und die Klausel dadurch erweitert werden.<sup>348</sup> Diese und vergleichbare Erweiterungen müssten entsprechend ausreichend transparent und konkret formuliert sein.<sup>349</sup>

#### **4. Erfahrungsberichte aus der Praxis**

Nachdem die theoretischen Grundlagen in den vorangegangenen Kapiteln ausgiebig dargestellt wurden, soll sich in diesem Teil der Arbeit auf Berichte und Meinungen aus der Praxis bezogen werden. Zu diesem Zweck wurden Juristen und Juristinnen aus verschiedenen Positionen mit verschiedenen Hintergründen und Erfahrungen einer Wirtschaftskanzlei und einer Beratungsfirma zu bestimmten Themen rund um die Force Majeure Klauseln und deren Anwendung in der kautelarjuristischen Praxis befragt. Die Fragen und Antworten sind in Anhang 1 hinterlegt.

##### **a) Beurteilung der deutschen Rechtslage**

Diese Frage ließ die Befragten eine persönliche Einschätzung zu den deutschen Regelungen über Ereignisse höherer Gewalt abgeben. Sie sollten einschätzen, ob und warum diese ausreichen oder auch nicht.

Eine befragte Person ist der Meinung, dass die deutschen gesetzlichen Regelungen nicht ausreichen würden, um effektiv Fälle von höherer Gewalt zu regulieren.<sup>350</sup> Durch die fehlende spezielle gesetzliche Regelung blieben viele offene Fragen und der Rückgriff auf die zivilrechtlichen Regelungen über die Unmöglichkeit der Leistung und dem Wegfall der Geschäftsgrundlage seien nicht optimal.<sup>351</sup> Die „nicht-Regelung“ reiche demnach nicht, vollumfänglich für die alltägliche Verwendung in der Praxis aus.<sup>352</sup> Es würden Vorschriften fehlen, welche nicht geregelt sind, die dadurch eigenständig entworfen werden müssten.<sup>353</sup> Dadurch entstehe kautelarjuristisch ein großer Spielraum.<sup>354</sup> Dies kann in vielen Fällen positive, in manchen Fällen aber auch negative Effekte haben.<sup>355</sup>

Die andere befragte Person war der Meinung, dass die Regelungen ausreichend seien.<sup>356</sup> Dabei wäre trotzdem zu berücksichtigen, dass die Auslegung dieser Regelungen stark einzelfallabhängig ist.<sup>357</sup> Deshalb seien bei der Vertragsprüfung immer die Gesamtumstände der geplanten Vertragsbeziehung zu berücksichtigen.<sup>358</sup>

Die Meinungen sind somit gespalten.

##### **b) Vorbehalte bei der Anwendung des UN-Kaufrechts**

Diese Frage bezog sich auf den Umgang der Befragten mit dem UN-Kaufrecht. Die Befragten sollten ihre Einschätzung zur Verwendung und ihren Erfahrungen aus ihrer juristischen Laufbahn mit dem UN-Kaufrecht teilen.

---

<sup>348</sup> Vorpeil, IWB 2018, 188 (188).

<sup>349</sup> Thüsing, in: Thüsing / Westphalen/ Pamp, Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke, S. 329 (333).

<sup>350</sup> Anhang 1.1 – Befragte I.

<sup>351</sup> Anhang 1.1 – Befragte I.

<sup>352</sup> Anhang 1.1 – Befragte I.

<sup>353</sup> Anhang 1.1 – Befragte I.

<sup>354</sup> Anhang 1.1 – Befragte I.

<sup>355</sup> Anhang 1.1 – Befragte I.

<sup>356</sup> Anhang 1.2 – Befragte II.

<sup>357</sup> Anhang 1.2 – Befragte II.

<sup>358</sup> Anhang 1.2 – Befragte II.

In der Praxis sei es grundsätzlich Standard das UN-Kaufrecht auszuschließen.<sup>359</sup> Es werde also in der Vielzahl der Verträge nicht verwendet.<sup>360</sup> Das deutsche Recht würde im Gegensatz dazu herangezogen werden.<sup>361</sup> Dies läge unter anderem daran, dass häufig weder der Mandant noch der Vertragspartner oder die beratenden Juristen sich mit dem UN-Kaufrecht auskennen.<sup>362</sup> Sie würden sicherheitshalber das deutsche Recht wählen. Für sie wäre es „unbekanntes Territorium“ und sie würden sich deshalb vor der Verwendung scheuen.<sup>363</sup> Zudem fühlen sich die meisten Mandanten im deutschen Recht wohler.<sup>364</sup> Es könne sogar sein, dass sich auch das zuständige Gericht nicht vollends mit dem UN-Kaufrecht auskennt und sich auf diesem Gebiet nicht wohl fühlt.<sup>365</sup>

Das UN-Kaufrecht findet dadurch nicht viel Anerkennung oder Beachtung bzw. Anwendung in der Praxis.<sup>366</sup> Es würde allerdings häufiger zum Vergleich herangezogen werden, um eine Orientierung zu geben oder als Inspirationsquelle zu dienen.<sup>367</sup>

Eine der befragten Juristinnen habe allerdings noch keinen einzigen Fall in der Beratungspraxis gehabt in dem das UN-Kaufrecht zur Anwendung kam.<sup>368</sup>

### **c) Verwendung von Klauselvorschlägen und vorformulierten Klauseln**

Die Befragten sollten ihre Erfahrungen und den Umgang mit vorformulierten Klauseln und gegebenen Musterklauseln beschreiben.

Eine Meinung ist, dass Klauselvorschläge und Musterklauseln sehr hilfreich wären.<sup>369</sup> Diese würden in den internationalen Branchen eine hohe Anerkennung genießen.<sup>370</sup> Sie bieten aufgrund der Rechtsprechung grundsätzlich eine gewisse Rechtssicherheit und die Vertragsprüfung und -verhandlung würde nicht erschwert.<sup>371</sup> Außerdem könnten durch ihre Verwendung Ressourcen gespart und Vertragslücken teilweise minimiert werden.<sup>372</sup>

Sie hätten allerdings ein großes Problem: sie seien zu allgemein gestaltet.<sup>373</sup> Es wären detaillierte Ergänzungen mit Spezialisierungen nötig, um den gewollten Anwendungszweck der Klauseln zu erreichen.<sup>374</sup> Es fehle beispielsweise oft der Selbstbelieferungsvorbehalt.<sup>375</sup> Der Selbstbelieferungsvorbehalt befreit eine Vertragspartei von den Leistungspflichten, falls der Lieferant nicht leistet und somit nicht liefert.<sup>376</sup> Dieser sei praktisch überaus relevant. Vor allem bei Verträgen in Ländern, welche ein erhöhtes Risiko für Fälle höherer Gewalt bzw. Naturkatastrophen haben.<sup>377</sup> Auch die Rechtsfolgen werden meistens

---

<sup>359</sup> Anhang 1.1 – Befragte I.

<sup>360</sup> Anhang 1.1 – Befragte I.

<sup>361</sup> Anhang 1.1 – Befragte I.

<sup>362</sup> Anhang 1.1 – Befragte I.

<sup>363</sup> Anhang 1.1 – Befragte I.

<sup>364</sup> Anhang 1.1 – Befragte I.

<sup>365</sup> Anhang 1.1 – Befragte I.

<sup>366</sup> Anhang 1.1 – Befragte I.

<sup>367</sup> Anhang 1.1 – Befragte I.

<sup>368</sup> Anhang 1.1 – Befragte I.

<sup>369</sup> Anhang 1.1 – Befragte I.

<sup>370</sup> Anhang 1.1 – Befragte I.

<sup>371</sup> Anhang 1.2 – Befragte II.

<sup>372</sup> Anhang 1.2 – Befragte II.

<sup>373</sup> Anhang 1.1 – Befragte I.

<sup>374</sup> Anhang 1.1 – Befragte I.

<sup>375</sup> Anhang 1.1 – Befragte I.

<sup>376</sup> Hau/ Poseck/ Becker, BGB, §308 Nr. 3, Rn. 27.

<sup>377</sup> Anhang 1.1 – Befragte I.

konkretisiert, spezialisiert und an die einzelnen Umstände angepasst.<sup>378</sup> Hier seien die Musterklauseln abermals zu allgemein gehalten.<sup>379</sup>

Eine Befragte sagte aus, dass sie trotz der teilweise durchaus positiven Auffassung Musterklauseln gegenüber, eigens entworfene Klauseln priorisiere.<sup>380</sup> Durch diese eigenen Klauseln kann das konkrete, vom Mandanten gewünschte Verhältnis besser berücksichtigt werden.<sup>381</sup> Die Positionen oder Parteiwillen sind auf diese Weise besser abgebildet.<sup>382</sup> Es könne auch eine ausgewogene Mischung aus vorformulierten Klauseln und eigens entwickelten Regelungen verwendet werden, um ein optimales Ergebnis zu erlangen.<sup>383</sup>

#### **d) Bestimmtheit**

Diese Frage beschäftigte sich mit der in dem obigen Abschnitt III („Bestimmtheit“) bereits angeschnittenen Bestimmtheit, die in Force Majeure Klauseln gegeben sein sollte. Die Befragten sollten diesbezüglich ihre Meinung und Erfahrungen zu der notwendigen Bestimmtheit äußern.

Es komme hierbei immer auf die gegebenen Umstände an und wie wichtig die Force Majeure Klausel in dem jeweiligen Vertrag ist.<sup>384</sup> Seit der Coronapandemie seien die Force Majeure Klauseln immer wichtiger geworden und rückten mehr in den Fokus der beratenden Juristen.<sup>385</sup> Es gäbe beispielsweise öfter Streitigkeiten bei der Aufnahme bestimmter Begriffe in die Klauseln.<sup>386</sup> Am prominentesten seien hierbei die Begriffe der „Pandemie“ und „Epidemie“. Solche Definitionen oder Auslegungen wären der häufigste Streitpunkt.<sup>387</sup> Die Frage „Was fällt allgemein in den Anwendungsbereich der Klausel und was nicht?“ sei häufig Mittelpunkt der Diskussionen.<sup>388</sup>

Die Bestimmtheit sei stark von der geografischen Lage des Vertragspartners abhängig.<sup>390</sup> Dementsprechend wären Force Majeure Klauseln in Verträgen mit japanischen Vertragspartnern bestimmter und ausführlicher gestaltet als Verträge mit beispielsweise belgischen Vertragspartnern.<sup>391</sup>

Die Befragte Person aus der Beratungsfirma sagte aus, dass die Klauseln nur auf Nachfrage einer Partei angepasst werden würden und üblicherweise allgemein gehalten würden.<sup>392</sup>

Grundsätzlich lasse sich feststellen, dass die Force Majeure Klauseln durch die Coronapandemie bestimmter geworden sind.<sup>393</sup> Es werden mehr Fokus auf die Erarbeitung von Definitionen und Rechtsfolgen gelegt.<sup>394</sup>

---

<sup>378</sup> Anhang 1.1 – Befragte I.

<sup>379</sup> Anhang 1.1 – Befragte I.

<sup>380</sup> Anhang 1.1 – Befragte I.

<sup>381</sup> Anhang 1.1 – Befragte I.

<sup>382</sup> Anhang 1.1 – Befragte I.

<sup>383</sup> Anhang 1.2 – Befragte II.

<sup>384</sup> Anhang 1.1 – Befragte I.

<sup>385</sup> Anhang 1.1 – Befragte I.

<sup>386</sup> Anhang 1.1 – Befragte I.

<sup>387</sup> Anhang 1.1 – Befragte I.

<sup>388</sup> Anhang 1.1 – Befragte I.

<sup>389</sup> Anhang 1.1 – Befragte I.

<sup>390</sup> Anhang 1.1 – Befragte I.

<sup>391</sup> Anhang 1.1 – Befragte I.

<sup>392</sup> Anhang 1.2 – Befragte II.

<sup>393</sup> Anhang 1.1 – Befragte I.

<sup>394</sup> Anhang 1.1 – Befragte I.

## II. Formulierungsbeispiele

Nachfolgend werden zwei Praxisbeispiele aufgeführt, analysiert und mit theoretischen Prinzipien verglichen. Sie beruhen auf praktischen Erfahrungen, die während der Tätigkeit als Werkstudent in einer mittelständischen Wirtschaftskanzlei im Zeitraum von März 2023 bis September 2024 gesammelt wurden.

### 1. Praxisbeispiel 1

Die folgende Klausel ist Teil der AGB, welche in dieser Form für einen Vertrag eines Mandanten gestaltet wurde. Der Name des Mandanten wird aus datenschutzrechtlichen und gesellschaftsrechtlichen Gründen nicht genannt und durch „(...)“ ersetzt. Die AGB wurden aus einer „post-Corona“ Sicht geschrieben, also nachdem die Force Majeure Klauseln an Relevanz gewannen.

*„(...) haftet nicht für Unmöglichkeit der Lieferung oder für Lieferverzögerungen, soweit diese durch höhere Gewalt oder sonstige, zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses nicht vorhersehbare Ereignisse, ...“ (Teilabschnitt 1)*

In diesem Abschnitt wird der haftungsausschließende Umstand definiert. Hierbei ist besonders anzumerken, dass der Begriff der höheren Gewalt als bereits definiert angesehen wird. Er wird durch den Zusatz der sonstigen zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses nicht vorhersehbaren Ereignisse ergänzt.

Die Abgrenzung zu der Musterklausel der ICC lässt sich eindeutig feststellen: im Gegensatz zu der vorliegenden Klausel darf das Ereignis gemäß der ICC-Musterklausel noch nicht eingetreten sein.<sup>395</sup> In diesem Fall kann das Ereignis schon vor Vertragsschluss auftreten, darf aber weder bekannt noch antizipiert worden sein.

Zudem wird zu der Unmöglichkeit der Leistung auch der Lieferverzug dem Anwendungsbereich der Klauseln hinzugefügt.

*„...wie insbesondere Arbeitskämpfen, Betriebsstörungen aller Art, Schwierigkeiten in der Material- oder Energiebeschaffung, Transportverzögerungen, Streiks, rechtmäßige Aussperrungen, Mangel an Arbeitskräften, Energie oder Rohstoffen, Schwierigkeiten bei der Beschaffung von notwendigen behördlichen Genehmigungen, behördliche Maßnahmen oder die ausbleibende, nicht richtige oder nicht rechtzeitige Belieferung durch Lieferanten, Unruhen, kriegereischen oder terroristischen Auseinandersetzungen, Naturkatastrophen, Seuchen, sowie Epidemien bzw. Pandemien (inklusive der COVID 19-Verbreitung) verursacht worden sind, die (...) nicht zu vertreten hat.“ (Teilabschnitt 2)*

Auf die Begriffsbestimmung und die Festsetzung des Anwendungsbereiches der Klausel folgt eine beispielhafte Aufzählung von möglichen Ereignissen, die die Anwendung dieser Klausel nach sich ziehen würde. An diesem Beispiel ist klar zu erkennen, dass nicht nur natürlich auftretende Ereignisse in den Anwendungsbereich der Klausel fallen, sondern auch menschengemachte Unruhen aufgenommen werden. Dabei werden vor allem kriegereische, beziehungsweise gewalttätige Ereignisse aufgeführt. Es werden allerdings auch menschengemachte Ereignisse, wie Streiks oder der Mangel an Arbeitskräften berücksichtigt. Somit wird eine breite Masse an Ereignissen von der Force Majeure Regelung umfasst, auf die der Mandant keinen Einfluss haben kann. In diesem Kontext ist ein bestimmter Ausdruck sehr interessant: *„wie insbesondere“*. Dieser Ausdruck suggeriert, dass nicht nur

---

<sup>395</sup> Vogenauer, IWRZ 2021, 112 (114).

die in dieser Liste erwähnten Begriffe Teil des Anwendungsbereichs der Klausel sind, sondern dieser über die Liste hinausgeht.

In dieser Klausel ist zudem der Selbstlieferungsvorbehalt deutlich ausgeprägt. Das zu schützende Unternehmen wird demnach selbst bei Schwierigkeiten bei der Material- oder Energiebeschaffung und Nichtbelieferung durch Lieferanten von den negativen Folgen der Nichtleistung befreit. Damit sieht diese Klausel mehr vor, als die Musterklauseln oder Bestimmungen der ICC, UNCITRAL oder der UNIDROIT.

Des Weiteren unterscheidet die Klausel speziell zwischen Epidemien und Pandemien. Dadurch wird sichergestellt, dass sowohl in dem einen als auch in dem anderen Fall die Force Majeure Klausel Anwendung findet. So werden von der Klausel regionale und überregionale Krankheitsausbrüche umfasst.

Der Zusatz in der Klammer ist in diesem Teil der Klausel besonders spannend. Durch diesen wird explizit auf die Coronapandemie hingewiesen und in den Anwendungsbereich der Klausel gerückt. Mit dem Zusatz wird die in dem obigen Kapitel („Die Coronapandemie als Herausforderung“) angesprochene Problematik der nicht hinreichenden Beschreibung im Falle der Coronapandemie oder ähnlicher Ereignisse effektiv umgangen und alle möglichen großflächigen krankheitsbedingten Ereignisse abgedeckt.

*„Sofern solche Ereignisse (...) die Lieferung oder Leistung wesentlich erschweren oder unmöglich machen und die Behinderung nicht nur von vorübergehender Dauer ist, ist (...) zum Rücktritt vom Vertrag berechtigt.“* (Teilabschnitt 3)

Nachdem die Klausel den Anwendungsbereich festgelegt und beispielhafte Ereignisse aufgelistet hat, regelt sie in diesem Teil unter welchen Bedingungen der Mandant ein Recht hat sich durch eine Kündigung von dem Vertrag zu lösen.

Im Einzelnen muss für das Eintreten des Kündigungsrechts die Lieferung oder Leistung wesentlich erschwert oder unmöglich gemacht werden. Die Unmöglichkeit einer Leistung lässt sich schnell feststellen, da zu diesem Zwecke die Definition des deutschen Rechts herangezogen werden kann und sollte. Hierzu sollte das deutsche Recht in einer Rechtswahlklausel ausgewählt werden. Nach dem deutschen Recht ist eine Leistung unmöglich, sobald diese tatsächlich oder rechtlich nicht mehr erbracht werden kann oder bei Zweckerreichung oder -verfehlung sinnlos geworden ist.<sup>396</sup>

Der Begriff der „wesentlichen Erschwerung“ ist hingegen schwieriger festzulegen. Er lässt viel Interpretationsspielraum, da die Erschwerung als solche weder im weiteren Verlauf der Klausel noch im deutschen Recht definiert ist. Ein Zusatz würde diesen Umstand beheben. Dieser sollte die Erschwerung erklären und so beispielsweise auf die erhöhten Anschaffungskosten von Materialien oder die während der Coronapandemie eingeschränkten Arbeitszeiten und vergleichbares hinweisen.

Diesbezüglich wirft auch das Wort „wesentliche“ einige Fragen auf. Es ist nicht klar, ab welchem Zeitpunkt und inwieweit eine Erschwerung wesentlich ist, beziehungsweise als wesentlich eingestuft und bezeichnet werden kann. Durch die fehlende Definition könnten Probleme bei Vertragsunterzeichnung mit dem jeweiligen Vertragspartner entstehen. Eine Klarstellung würde solche Probleme vermeiden.

Die Klausel zeigt auf, dass das Ereignis nicht nur von vorübergehender Dauer sein darf. Sie beschreibt aber nicht wie lange dieses anhalten kann, bevor die beschriebene

---

<sup>396</sup> Schmidt, in: Weber, Rechtswörterbuch, Unmöglichkeit (der Leistung).

Rechtsfolge in Kraft tritt. Bei manchen Ereignissen lässt sich die Dauer bei Beginn der Hinderung nicht feststellen, geschweige denn bestimmen, ob das Ereignis überhaupt vorübergehend ist. So wäre eine andere Möglichkeit eine genauere Zeitangabe in die Klausel aufzunehmen. Dies würde wiederum Missverständnisse und Probleme mit dem Vertragspartner vermeiden. Zudem gibt es dadurch einen klaren Ablauf, welcher von Anfang feststeht. Die ICC hat in ihrer Klausel beispielsweise eine Frist von 120 Tagen festgelegt.<sup>397</sup> Nach diesen 120 Tagen kann eine der Vertragsparteien den Vertrag kündigen.<sup>398</sup> Die Parteien könnten in diesem Fall eine bestimmte Zeitangabe festlegen.

Durch diese oben analysierten Voraussetzungen ist zumindest der Mandant dazu berechtigt von dem Vertrag zurückzutreten.

Dieser Teil der Klausel könnte genauer gestalten werden. Dadurch könnten Probleme bei Verhandlungen oder Missverständnisse im Nachhinein vermieden beziehungsweise beseitigt werden. Vor dem Hintergrund, dass diese Klausel Teil von AGB sind, ist die weite und interpretationsfreudige Fassung wiederum verständlich. Fraglich ist jedoch, ob dies die beste Lösung ist oder die Klausel von den oben vorgeschlagenen Veränderungen profitieren würde.

*„Bei Hindernissen von vorübergehender Dauer verlängern sich die Liefer- oder Leistungsfristen oder verschieben sich die Liefer- oder Leistungstermine um den Zeitraum der Behinderung zuzüglich einer angemessenen Anlauffrist.“* (Teilabschnitt 4)

Nach der Regelung über den Rücktritt vom Vertrag im letzten Abschnitt beschäftigt sich Abschnitt 4 mit der Aussetzung der Leistungspflicht über eine gewisse Dauer.

Für das Einsetzen dieser Regelung muss das Hindernis von vorübergehender Dauer sein. Im Gegensatz zum obigen Abschnitt besteht keine Schwierigkeit mit dem Begriff *„vorübergehend“*. Hier stellt sich nicht die Frage nach der Dauer des Hinderungsgrundes und ab wann ein Rücktritt erlaubt ist oder sogar sinnvoll sein kann. Wichtig ist in diesem Zusammenhang die Gewissheit, dass der Umstand vorübergeht.

Falls das Hindernis vorübergehend ist, verschieben sich die Liefer- und Leistungsfristen oder die Liefer- und Leistungstermine. Ein positiver Aspekt dieses Abschnittes ist, dass die Fristen und die Termine von der Klausel eingeschlossen werden. Es wäre ein Fehler gewesen einen der beiden Punkte auszulassen. Der Mandant ist somit für alle Eventualitäten der Leistungserbringung abgesichert.

Ein weiterer wichtiger Aspekt dieses Teilabschnittes ist, dass diese Leistungsverschiebung nur für die Dauer des Leistungshindernisses gilt. Damit ist eine Aufhebung dieser Regelung gleichzeitig mit vorgesehen. Die Vertragsparteien müssen sich demnach nicht über eine Wiederaufnahme der Leistungspflichten verständigen, sondern haben sich auf den genauen Zeitpunkt des Endes des Hindernisses auf die Fortsetzung der Zusammenarbeit verpflichtet.

Die Wiederaufnahme der Vertragspflichten wird gegebenenfalls durch die Klausel eine angemessene Anlauffrist ergänzt. Die „angemessene“ Frist kann von den Parteien selbst bestimmt werden. Dies ist insoweit geregelt, als dass sich die Parteien in einem solchen Fall absprechen und eine gemeinsame Lösung erarbeiten können. Hierdurch profitieren im besten Fall beide Parteien.

---

<sup>397</sup> Vogenauer, IWRZ 2021, 112 (115).

<sup>398</sup> Vogenauer, IWRZ 2021, 112 (115).

Dieser Teilabschnitt ergänzt den vorangegangenen Abschnitt 3. Die im Abschnitt 3 ausgeübte Kritik an der Simplizität und dem großen Interpretationsspielraum bezüglich der Dauer des Hindernisses wird mit diesem Teilabschnitt teilweise aufgehoben. Die beiden Abschnitte arbeiten in der Weise zusammen, dass die Ungewissheit über die Dauer des Leistungshindernisses keine Rolle spielt. Dies liegt daran, dass am Anfang die Leistungs- und Lieferfristen und -termine für eine ungewisse Dauer nach hinten verschoben werden und dem folgend den Vertragsrücktritt ermöglichen, sollte das Ereignis nicht vorübergehend sein. Trotz dessen wäre es gegebenenfalls ratsam, in dem Ersten der beiden zusammenhängenden Teilabschnitte eine genauere Frist einzubauen, da somit Ungewissheiten und Unsicherheiten vermieden werden würden.

*„Soweit dem Kunden in Folge der Verzögerung die Abnahme der Lieferung oder Leistung nicht zuzumuten ist, kann er durch unverzügliche schriftliche Erklärung gegenüber [...] vom Vertrag zurücktreten.“* (Teilabschnitt 5)

In den Teilabschnitten 3 und 4 wurde dem Mandanten die Möglichkeit eröffnet sich bei bestimmten Voraussetzungen vom Vertrag zu lösen und seinen Rücktritt zu erklären. In diesem Teilabschnitt (5) wird dem Vertragspartner ein solches Recht zugesprochen.

Für diesen Fall muss die Abnahme der Lieferung oder Leistung für den Vertragspartner nicht mehr zumutbar sein. Ab wann genau eine Abnahme nicht mehr zumutbar ist wird nicht ausgeführt. Es wäre gegebenenfalls hilfreich eine beispielhafte Aufzählung diesem Teilabschnitt hinzuzufügen, ähnlich den als höhere Gewalt geltenden Ereignissen. Dies würde eine Orientierungshilfe geben und aufklären welche Fälle und vor allem welche vergleichbaren Fälle von diesem Teilabschnitt betroffen wären. Mit dieser Voraussetzung ist dem Vertragspartner das Recht zum Vertragsrücktritt gegeben.

Dieser Rücktritt muss dem Mandanten unverzüglich schriftlich mitgeteilt werden. Die Unverzüglichkeit und die Schriftform sind im BGB definiert und geregelt. Die Unverzüglichkeit ist in §121 BGB und die Schriftform in §126 BGB erläutert.

Wie schon erwähnt ist die Klausel vor dem Hintergrund zu betrachten, dass sie ihren Einsatz in den AGB eines Mandanten findet. Diese AGB sind für die Verwendung in einer Vielzahl von Verträgen konzipiert. Dementsprechend wird die Klausel auf eine möglichst breite Anwendbarkeit ausgelegt.

Bei dem Vergleich dieser Klausel mit den Grundsätzen aus dem obigen Teil des Kapitels (A. Wie sollte diese Force Majeure Klausel aussehen?) fällt auf, dass die meisten Grundsätze in der Klausel vertreten sind. Die Klausel ist dem Schema nach in Tatbestands-, Rechtsfolgen- und Verfahrensteil gegliedert, wobei die Rechtsfolgen und das Verfahren zusammen behandelt werden.

Die einzigen Kritikpunkte beziehen sich auf die Begriffserklärungen im Rechtsfolgen- und Verfahrensteil. Diese sind theoretisch nur Alternativvorschläge und ergänzen die Klausel. Es könnte möglicherweise eine genauere Gestaltung der Klausel Missverständnisse vermeiden.

Zudem könnte eine Informationspflicht ein für beide Parteien hilfreicher Zusatz sein. Grundsätzlich würde die Klausel in einem Fall von höherer Gewalt den Mandanten gegen alle möglichen und nicht denkbaren Ereignisse absichern. Die Rechtsfolgen sind den Anwendungsfällen gerecht zugeschnitten und regeln unter fairen Voraussetzungen den jeweiligen Rücktritt oder das Festhalten an dem Vertrag.



## 2. Praxisbeispiel 2

Die nachfolgend analysierte Klausel ist aus der Vertragspraxis einer Beratungsgesellschaft. Sie ist in den AGB des Unternehmens enthalten und findet dadurch regelmäßig auf eine Vielzahl von Verträgen Anwendung.

*„Keine Vertragspartei haftet für Verzögerungen oder Nichtleistung, die aus Umständen oder Gründen resultieren, die außerhalb ihres Einflussbereichs liegen.“* (Teilabschnitt 1)

Diese Klausel beginnt mit der Begriffsbestimmung zur höheren Gewalt. Sie befreit die Vertragsparteien von der Haftung. Es werden sowohl Lieferverzögerungen als auch Nichtleistungen in den Anwendungsbereich der Klausel aufgenommen. Dabei wird im Vergleich zur Klausel des ersten Praxisbeispiels darauf verzichtet das außerhalb des Einflussbereichs liegende Ereignis durch die Unvorhersehbarkeit der Umstände vor Vertragsschluss zu erweitern.

Es wird nicht zwischen den Voraussetzungen der Haftungsbefreiung des AGB-Stellers und dem jeweiligen Vertragspartner differenziert. Die Parteien werden gleich behandelt und ihnen werden dieselben Voraussetzungen vorgelegt.

*„Dies schließt unter anderem ein Handeln oder Unterlassen oder eine fehlende Mitwirkung der anderen Vertragspartei (einschließlich, aber nicht abschließend Gesellschaften oder Personen unter Kontrolle der anderen Vertragspartei oder ihrer jeweiligen Vorstände, Geschäftsführer, Direktoren, Angestellten, anderes Personal und Bevollmächtigte), Feuer oder andere Unglücksfälle, höhere Gewalt, Epidemien, Streiks oder Arbeitskonflikte, Krieg oder andere Gewalt oder Gesetze, verbindliche Anweisungen oder Anforderungen einer Regierungsbehörde oder sonstigen Amtsgewalt ein.“* (Teilabschnitt 2)

Auf die Festlegung des Anwendungsbereichs folgt eine Auflistung mit Ereignissen, welche von der Klausel eingeschlossen werden. Hier wird durch die Verwendung des „*unter anderem*“ nur eine beispielsweise Aufzählung dargelegt. Durch diesen Zusatz geht der Anwendungsbereich über die aufgelisteten Umstände hinaus.

Anders als im ersten Praxisbeispiel werden hier das Handeln, Unterlassen oder eine fehlende Mitwirkung der anderen Vertragspartei erwähnt. Dadurch werden die Vertragsparteien zusätzlich geschützt. Die Parteien haften demnach nicht bei Ereignissen, wenn diese nicht von ihnen oder von ihnen Verbundenen ausgelöst wurden und außerhalb ihrer Kontrolle liegen. Denn sowohl das Unterlassen als auch Handlungen werden durch die Klausel befreit.

In diesem Punkt ist die in Klammern gesetzte zweite Aufzählung sehr interessant, da anscheinend viel Wert auf die Inkludierung der mit dem Vertragspartner verbundenen Personen und Unternehmen gelegt wird. Durch die Erwähnung von „*Feuer und anderen Unglücksfällen*“ werden grundsätzlich alle ähnlichen Katastrophen in den Anwendungsbereich aufgenommen. So könnten unter „*andere Unglücksfälle*“ beispielweise Fluten oder heftige Stürme fallen.

Ein fragwürdiger Teil der Aufzählung ist der Zusatz „*höhere Gewalt*“. Eigentlich soll diese Klausel den Umstand der höheren Gewalt beschreiben und dementsprechend die Rechtsfolgen bestimmen. Die Auflistung der Force Majeure als Ereignis der Force Majeure Klausel kann nur als ein Fehler gesehen werden. „*Epidemien*“ werden als nächstes genannt. Hier wird nicht weiter spezifiziert.

Pandemien werden nicht mitaufgenommen. Vergleicht man diesen Umstand mit der vorangegangenen Klausel und den oben genannten Problemen und Lösungen bezüglich der Pandemien, ist es fraglich, ob eine Nennung der Pandemie nicht von Vorteil für die Klausel wäre und diese sicherer machen würde.

Nachfolgend werden menschengemachte Ereignisse in den Anwendungsbereich eingearbeitet. Hier geht es um Ereignisse im Zusammenhang mit der Belegschaft. Aber auch größere Gewaltkonflikte wie Kriege werden dadurch umfasst. Schlussendlich werden zudem Umstände der Staatsgewalt erwähnt.

Diese Klausel ist kürzer und weniger bestimmt als das erste Praxisbeispiel. An ihrer Wirksamkeit wird dadurch aber nicht gezweifelt. An der Diskrepanz zwischen den Klauseln lässt sich gut erkennen, wie unterschiedlich diese gestaltet sein können und die Parteien die jeweiligen Wünsche in die Klausel einfließen lassen.

### III. Zwischenfazit

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass Force Majeure Klauseln nach einem bestimmten Schema aufgebaut sind. Sie sind in einen Tatbestands-, Rechtsfolgen- und Verfahrensteil aufgegliedert.<sup>399</sup> Es braucht unbedingt eine Definition des Begriffes der Force Majeure bzw. ab wann die Klausel greift.<sup>400</sup> Dabei kann diese Definition den Anwendungsbereich der Klausel erweitern oder schmälern.<sup>401</sup> Spezielle Probleme, wie die Coronapandemie oder eine rechtliche Verwirrung zwischen Anwendung der Force Majeure Klausel und der Wahlklausel, können die Klausel durch eindeutige Bestimmungen wirkungsvoller gemacht werden.<sup>402</sup> Die Risikoverteilung hängt oftmals von der geschuldeten Leistung ab.<sup>403</sup> Dabei sollte darauf geachtet werden, dass Informationspflichten vereinbart werden.<sup>404</sup> Des Weiteren können Fristen in die Klausel aufgenommen werden, welche die minimale Dauer vor der Vertragskündigung vorschreiben.<sup>405</sup> Werden Umstände nicht in der Klausel genannt muss grundsätzlich nach dem Parteiwillen und der allgemeinen Vertragsauslegung ausgelegt werden.<sup>406</sup>

Aus der Befragung von Anwälten und Anwältinnen ging hervor, dass die Regelung des deutschen Rechtssystems in der Praxis nicht ausreicht, um Fälle höherer Gewalt zufriedenstellend lösen zu können. Es wird größtenteils auf eine eigens erstellte Klausel zurückgegriffen. Zudem wird geäußert, dass das UN-Kaufrecht durch fehlende Kenntnisse häufig in den Verträgen ausgeschlossen wird. Über die Verwendung von vorformulierten Klauseln waren sich die Befragten nicht einig. Einerseits wurden sie abgelehnt und ihnen wenig Praxisrelevanz zugesprochen, andererseits als hilfreich und durchaus praxisrelevant dargestellt. Die Bestimmtheit der Klausel sollte nach Angaben der Befragten so bestimmt wie für den jeweiligen Fall nötig sein. Allgemein habe sich der Trend nach der Coronapandemie hin zu bestimmteren Klauseln entwickelt.

Am ersten Praxisbeispiel ließ sich gut erkennen, wie die einzelnen oben genannten Grundlagen in den AGB umgesetzt wurden. Anfangs definierte die Klausel welche bestimmten

<sup>399</sup> Weik, ZEuP 2014, 281 (299).

<sup>400</sup> Hoffmann/ Dishev, NJOZ 2022, 1505 (1507).

<sup>401</sup> Brödermann, in: Mankowski, Commercial Law, Art. 7.1.7 UNIDROIT, Rn. 8.

<sup>402</sup> Beyer/ Hoffmann, NJOZ 2020, 609 (611).

<sup>403</sup> Eschwey, in: Walz, Beck'sches Fb Zivil-, Wirtschafts- und Unternehmensrecht, 4. Kaufvertrag nach UN-Kaufrecht, Rn. 6.

<sup>404</sup> Firoozmand, in: Journal of Energy & Natural Resources Law, 2006, Vol. 24 no. 3, S. 432.

<sup>405</sup> Brödermann, in: Mankowski, Commercial Law, Art. 7.1.7 UNIDROIT, Rn. 8.

<sup>406</sup> Walter/Seifert, EnWZ 2023, 394 (397).

Umstände unter ihren Anwendungsbereich fallen. Anschließend listet sie beispielhafte Fälle auf, wobei sowohl menschengemachte als auch natürliche Ereignisse umfasst werden. Schlussendlich bestimmt die Klausel unter welchen Bedingungen der Mandant und der Vertragspartner zu einem Rücktritt vom Vertrag berechtigt sind. Zudem regelt sie, dass bei einer vorübergehenden Dauer des Ereignisses die Liefertermine sowie Lieferfristen für die hindernde Dauer verschoben werden.

Die zweite Klausel zeigt die Unterschiedlichkeit der Force Majeure Klauseln auf, die durch die jeweiligen Bedürfnisse variantenreicher und differenzierter gestaltet sein können. Diese Klausel ist nicht so bestimmt wie die andere, kann aber durch die sich ändernden Umstände in der sie eingesetzt werden kann, grundsätzlich genauso wirksam sein.

## F. Fazit

Die vorangegangene Arbeit verdeutlicht, dass die Thematik der Force Majeure in den letzten Jahren durch verschiedene wirtschaftsbeschränkende Ereignisse in der Kautelarjurisprudenz wichtiger geworden ist als zuvor.

„Force Majeure“ beschreibt ein außerhalb der Kontrolle der Parteien liegendes und die Leistungserbringung ver- oder hinderndes Ereignis.<sup>407</sup> Dieses darf nicht vorhersehbar oder verhinderbar sein.<sup>408</sup> Viele Verträge mit einem kommerziellen Hintergrund beinhalten eine Force Majeure Klausel, um die Rechtsfolgen und vor Allem die Pflichten bei Auftreten eines solchen Falles zu regeln.<sup>409</sup>

Das UN-Kaufrecht regelt, dass Ereignisse in seinen Anwendungsbereich fallen, die außerhalb des Einflussbereichs der betroffenen Partei liegen und bei Vertragsschluss unvorhersehbar und unvermeidbar sind.<sup>410</sup> Die ICC-Musterklausel setzt Ähnliches voraus.<sup>411</sup> Sie verlangt, dass das hindernde Ereignis zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses noch nicht eingetreten ist.<sup>412</sup> Andererseits braucht es bei den *UPICC* keine Unmöglichkeit der Leistungserbringung, sondern ein kausal für die Nichterfüllung verantwortliches erschwerendes Hindernis.<sup>413</sup> In allen drei Regelungswerken wird die Betroffene Partei von den Schadensersatzansprüchen und Leistungspflichten befreit.<sup>414</sup>

Die Möglichkeit von den Leistungspflichten befreit zu werden und ggf. den Vertrag zu kündigen besteht in Fällen, in denen Risiken auftreten, die die Parteien nicht beherrschen können, deren Konsequenzen sie ggf. zu tragen haben.<sup>415</sup>

<sup>407</sup> Helm, 2021, Musterklausel für Force Majeure, <https://www.iccgermany.de/magazin-post/musterklausel-fuer-force-majeure/>, zuletzt abgerufen am: 24.02.2025.

<sup>408</sup> Firoozmand, in: Journal of Energy & Natural Resources Law, 2006, Vol. 24 no. 3, S. 425.

<sup>409</sup> Dacev, in: Bratislava Law Review, 2022, Vol. 6, no. 2, S. 82; Ries, UKuR 2022, 355 (355); Vogenauer, IWRZ 2021, 3 (5).

<sup>410</sup> Atamer, in: Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, UN Convention on Contracts for the International Sales of Goods (CISG), Art. 79, Rn. 46; Schlechtriem/ Schwenger/ Schroeter, UN-Kaufrecht (CISG), Art. 79, Rn. 1.

<sup>411</sup> Vogenauer, IWRZ 2021, 112 (114).

<sup>412</sup> International Chamber of Commerce, 2020, ICC FORCE MAJEURE UND HÄRTEFALL-KLAUSELN, [https://www.iccgermany.de/wp-content/uploads/2020/09/ICC\\_ForceMajeure\\_Hardship\\_Clauses\\_March2020\\_GER.pdf](https://www.iccgermany.de/wp-content/uploads/2020/09/ICC_ForceMajeure_Hardship_Clauses_March2020_GER.pdf), zuletzt abgerufen am: 24.02.2025; Vogenauer, IWRZ 2021, 112 (114).

<sup>413</sup> Brödermann, in: Mankowski, Commercial Law, Art. 7.1.7 UNIDROIT, Rn. 2.

<sup>414</sup> International Institute for the Unification of Private Law, o.J., Chapter 7: Non-performance - Section 1: Non-performance in general, <https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2010/chapter-7-section-1/#1623699423674-aca9ca91-b496>, zuletzt abgerufen am: 24.02.2025; Vogenauer, IWRZ 2021, 112 (117); Weik, ZEuP 2014, 281 (298).

<sup>415</sup> Bräutigam/ Thalhofer, CR 2020, 289 (291); International Institute for the Unification of Private Law, o.J., Chapter 7: Non-performance - Section 1: Non-performance in general,

Die Klauseln finden Anwendung, wenn die Ereignisse bei äußerst billigerweise zu erwartender Sorgfalt nicht verhindert werden konnten.<sup>416</sup>

Die Rechtsfolgen fokussieren sich hauptsächlich auf die Befreiung der Leistungspflichten.<sup>417</sup>

Den Unterschied zwischen Force Majeure Klauseln und *Hardship*-Klauseln festzustellen ist schwierig, da diese beiden Klauseln oft miteinander vermischt werden.<sup>418</sup>

MAC-Klauseln unterscheiden sich von Force Majeure Klauseln dahingehend, dass sie nicht voraussetzen, dass die relevanten Umstände außerhalb des Einflussbereichs der betroffenen Partei liegen.<sup>419</sup>

Force Majeure Klauseln sind in einen Verfahrens-, Rechtsfolgen- und Tatbestandsteil unterteilt.<sup>420</sup> Dabei ist eine Definition der Force Majeure unerlässlich.<sup>421</sup> Bei speziellen Problemen hilft zur sichereren Gestaltung eine höhere Bestimmtheit.<sup>422</sup> Bei der Risikoverteilung ist die geschuldete Leistungspflicht oftmals der entscheidende Faktor und hängt von den jeweiligen Umständen ab.<sup>423</sup> Informationspflichten sind ein hilfreiches Mittel, um den Parteien bei der Ausführung der Rechtsfolgen zu helfen.<sup>424</sup> Eine Frist zur Bestimmung der Mindestzeit vor Ausspruch einer Kündigung ist ratsam.<sup>425</sup>

Laut Expertenmeinungen reicht die deutsche zivilrechtliche Regelung nicht aus, um sie in der Praxis effektiv anzuwenden. Die Meinungen zur Verwendung von Musterklauseln sind gespalten. Einerseits würden Musterklauseln keinerlei praktische Anwendung finden, andererseits wären sie in der Praxis weit verbreitet. Bei der Bestimmtheit waren sich die Befragten einig: die Klausel sollte so bestimmt sein, wie für den jeweiligen Fall angemessen.

Das erste Praxisbeispiel zeigt, dass die Implementierung in AGB schwieriger zu gestalten ist. Dies liegt daran, dass die Klausel auf eine Vielzahl von Verträgen ausgelegt ist. Es muss pauschal bestimmt werden, welche Regelungen für eine bestmögliche Anwendung nötig sind. Das zweite Praxisbeispiel, ist im Vergleich weniger bestimmt. Allerdings wird hierbei auf unterschiedlichere Ereignisse geachtet und die Gewichtung verschoben. Es ist ein geeignetes Beispiel, um die Verschiedenheit der Klauseln für unterschiedliche Zwecke zu zeigen.

Diese Arbeit zeigt in einer anschaulichen Weise, wie die benannten theoretischen Aspekte in der Kautelarjurisprudenz angewendet werden. Es wird klar, dass jede Force Majeure Klauseln durch individuelle Anpassungen und Ergänzungen optimal an die Einzelfälle angeglichen werden sollten. Dadurch wird eine optimal anwendbare Klausel und ein bestmögliches Absichern in Fällen der Force Majeure garantiert.

---

<https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2010/chapter-7-section-1/#1623699423674-aca9ca91-b496>, zuletzt abgerufen am: 24.02.20254.

<sup>416</sup> MüKo/ Wellenhofer, BGB, §1600, Rn. 35

<sup>417</sup> Bräutigam/ Thahofer, CR 2020, 289 (293).

<sup>418</sup> Weik, ZEuP 2014, 281 (299).

<sup>419</sup> Vogenauer, IWRZ 2021, 112 (114).

<sup>420</sup> Weik, ZEuP 2014, 281 (299).

<sup>421</sup> Hoffmann/ Dishev, NJOZ 2022, 1505 (1505).

<sup>422</sup> Beyer/ Hoffmann, NJOZ 2020, 609 (611).

<sup>423</sup> Eschwey, in: Walz, Beck'sches Fb Zivil-, Wirtschafts- und Unternehmensrecht, 4. Kaufvertrag nach UN-Kaufrecht, Rn. 6.

<sup>424</sup> Diaconu, Force Majeure in the Hydropower Industry, S. 70.

<sup>425</sup> Brödermann, in: Mankowski, Commercial Law, Art. 7.1.7 UNIDROIT, Rn. 8.

## Anhang

### Anhang 1

1. Wie schätzen Sie die deutsche Regelung für höhere Gewalt/ Force Majeure ein? Reicht diese, über die Unmöglichkeit und den Wegfall der Geschäftsgrundlage gehende, Regelung für Sie aus?
2. Wird das UN-Kaufrecht in Verträgen bei Ihnen in der Praxis grundsätzlich ausgeschlossen und warum?
3. Was ist Ihre Einstellung zu vorformulierten Klauseln (UNIDROIT, ICC, etc.) Sind diese eine Hilfe oder größtenteils nutzlos?
4. Präferieren Sie vorformulierte Force Majeure Klauseln (UNIDROIT, ICC, etc.) oder ziehen Sie eigens angefertigte (für diesen Vertrag entworfene) Klauseln vor und warum?
5. Wie bestimmt sind die Klauseln Ihrer Erfahrung nach? Sind sie generell gehalten oder auf die einzelnen Verträge ausgerichtet?

#### Anhang 1.1 – befragte Person I (Wirtschaftskanzlei)

1. Frage
  - Es gibt eigentlich keine gesetzliche Force Majeure Regelungen
  - Dadurch bleiben viele offene Fragen
  - Der Rückgriff auf die Unmöglichkeit und den Wegfall der Geschäftsgrundlage ist nicht optimal
  - Die Regelungen der höheren Gewalt reichen für die Praxis nicht vollumfänglich aus
  - Es fehlen bestimmte Punkte, welche eigens entworfen werden müssten
  - Dadurch entstehen in der Vertragspraxis viele Freiheiten
2. Frage
  - Das UN-Kaufrecht wird grundsätzlich ausgeschlossen
  - Üblicherweise findet das deutsche Recht Anwendung
  - Das Problem ist, dass viele Mandanten sich vor der Vereinbarung des UN-Kaufrecht scheuen, weil es für sie „unbekanntes Territorium“ ist
  - Die Mandanten fühlen sich im deutschen Recht oftmals wohler
  - Selbst bei Gericht wird es oftmals misstrauisch betrachtet
  - Das UN-Kaufrecht wird allerdings oft zum Vergleich herangezogen
  - Bis jetzt gab es keinen Beratungsfall, in welchem das UN-Kaufrecht vereinbart wurde
3. Frage
  - Solche vorformulierten Klauseln sind sehr hilfreich
  - Sie genießen eine gewisse Anerkennung in der IPR-Branche
  - Diese Klauseln haben ein Problem mit ihren allgemeinen Formulierungen
  - Es sind detaillierte Ergänzungen mit Spezialisierungen auf das deutsche Recht nötig
  - Es fehlt beispielsweise der Selbstbelieferungsvorbehalt
  - Dieser ist in der Praxis durchaus relevant, vor allem in Ländern, mit höherer Anfälligkeit für Ereignisse höherer Gewalt
  - Die Rechtsfolgen ließen sich durch Spezialisierungen auch genauer gestalten

## 4. Frage

- Es werden eigene Klauseln bevorzugt
- Das konkrete Verhältnis lässt sich dadurch besser im Vertrag abbilden
- Die Positionen der Parteien lassen sich besser in den Vertrag einarbeiten

## 5. Frage

- Die Bestimmtheit der Klausel ist von ihrer Wichtigkeit innerhalb des Vertrages abhängig
- Seit dem Ausbruch der Coronapandemie sind die Klauseln allerdings wichtiger und somit auch bestimmter geworden
- Im Vergleich zu vor der Pandemie sind die Klauseln vor allem in ihren Definitionen und Rechtsfolgen bestimmter geworden
- Es gibt oft Streitigkeiten darüber, wie explizit eine Klausel gestaltet werden soll, vor allem mit Blick auf die Einbindung der Pandemien und Epidemien
- Es werde demnach darüber argumentiert welche Sachverhalte in den Anwendungsbereich der Klausel fallen und welche nicht
- Es gibt regionale Differenzen zwischen der Bestimmtheit der Klauseln
- So sind die Klauseln mit japanischen Vertragspartnern bestimmter als solche mit belgischen Vertragspartnern

*Anhang 1.2 – Befragte II (Beratungsfirma)*

## 1. Frage

- Allgemein betrachtet, dürfte die deutsche Regelung für höhere Gewalt/ Force Majeure ausreichend sein, um über die Unmöglichkeit und den Wegfall der Geschäftsgrundlage zu entscheiden. Die gesetzlichen Regelungen in §275 BGB und §313 BGB sowie die zu betrachtende Rechtsprechung in diesem Zusammenhang bilden den Rahmen für den Umgang mit Unmöglichkeit oder dem Wegfall der Geschäftsgrundlage innerhalb einer Vertragsbeziehung. Sofern sich Vertragsparteien darauf berufen, können sie sich von ihren Vertragspflichten lösen oder den Vertrag entsprechend anpassen. Allerdings müsste hier berücksichtigt werden, dass die Auslegung dieser Regelung stark einzelfallabhängig ist und vermutlich auch nicht selten in Rechtsstreitigkeiten enden kann. Daher sind bei der Vertragsprüfung immer die Gesamtumstände der geplanten Vertragsbeziehung zu berücksichtigen.

## 2. Frage

- Die Gründe für den Ausschluss, z.B. in den Allgemeinen Einkaufsbedingungen, entziehen sich leider meiner Kenntnis

## 3. Frage

- International anerkannte Klauseln bieten den Vorteil der Rechtssicherheit. Die Vertragsprüfung-/ verhandlung auf Seiten beider Parteien wird nicht zusätzlich erschwert und aufgrund der Rechtsprechung im Zusammenhang mit den Klauseln bieten sie ein gewisses Maß an Rechtssicherheit.

## 4. Frage

- Aufgrund der Vielzahl von Verträgen würde m.E. eine ausgewogene Mischung aus vorformulierten Klauseln und eigens entwickelten, auf das Unternehmen maßgeschneiderte Klauseln, sinnvoll sein. Vorformulierte Klauseln sind einerseits ressourcenschonend bzgl. des Aspekts der Vertragsprüfung- & Verhandlung für alle Vertragsparteien und bieten den Vorteil, das

Risiko von Vertragslücken zu minimieren. Individuelle Klauseln dagegen bieten die erforderliche Flexibilität und können an die Bedürfnisse & Risiken des jeweiligen Geschäftsfeldes angepasst werden.

5. Frage

- M.E. sind die Klauseln eher generell gehalten und werden nur auf Nachfrage einer Partei konkreter gefasst.

**Anhang 2****Art. 79 CISG**

(1) A party is not liable for a failure to perform any of his obligations if he proves that the failure was due to an impediment beyond his control and that he could not reasonably be expected to have taken the impediment into account at the time of the conclusion of the contract or to have avoided or overcome it or its consequences.

(2) If the party's failure is due to the failure by a third person whom he has engaged to perform the whole or a part of the contract, that party is exempt from liability only if:

- (a) he is exempt under the preceding paragraph; and
- (b) the person whom he has so engaged would be so exempt if the provisions of that paragraph were applied to him.

(3) The exemption provided by this article has effect for the period during which the impediment exists.

(4) The party who fails to perform must give notice to the other party of the impediment and its effect on his ability to perform. If the notice is not received by the other party within a reasonable time after the party who fails to perform knew or ought to have known of the impediment, he is liable for damages resulting from such non-receipt.

(5) Nothing in this article prevents either party from exercising any right other than to claim damages under this Convention.





### Anhang 3

1. **Definition.** „Höhere Gewalt“ bedeutet das Eintreten eines Ereignisses oder Umstands („Ereignis höherer Gewalt“), das eine Partei daran hindert, eine oder mehrere ihrer vertraglichen Verpflichtungen aus dem Vertrag zu erfüllen, wenn und soweit die von dem Hindernis betroffene Partei („betroffene Partei“) nachweist, dass:
  - a) dieses Hindernis außerhalb der ihr zumutbaren Kontrolle liegt; und
  - b) es zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses in zumutbarer Weise nicht vorhergesehen werden konnte; und
  - c) die Auswirkungen des Hindernisses von der betroffenen Partei nicht in zumutbarer Weise hätten vermieden oder überwunden werden können.
  
2. **Nichterfüllung durch Dritte.** Erfüllt eine Vertragspartei eine oder mehrere ihrer vertraglichen Verpflichtungen aufgrund eines Versäumnisses eines Dritten nicht, den sie mit der Erfüllung des gesamten Vertrags oder eines Teils des Vertrags beauftragt hat, so kann sich diese Vertragspartei auf höhere Gewalt nur insoweit berufen, als dass die Anforderungen für die Annahme des Vorliegens von höherer Gewalt, wie sie unter Absatz 1 dieser Klausel definiert werden, nicht nur für die Vertragspartei sondern auch für den Dritten gelten.
  
3. **Vermutete Ereignisse höherer Gewalt.** Bis zum Beweis des Gegenteils wird bei den folgenden, eine Partei betreffenden Ereignissen, vermutet, dass sie die Voraussetzungen für die Annahme von höherer Gewalt unter Absatz 1 lit. (a) und lit. (b) erfüllen. Die betroffene Partei muss in diesem Fall nur beweisen, dass die Voraussetzung unter Absatz 1 lit. (c) tatsächlich erfüllt ist:
  - a) Krieg (erklärt oder nicht erklärt), Feindseligkeiten, Angriff, Handlungen ausländischer Feinde, umfangreiche militärische Mobilisierung;
  - b) Bürgerkrieg, Aufruhr, Rebellion und Revolution, militärische oder sonstige Machtergreifung, Aufstand, Terrorakte, Sabotage oder Piraterie;
  - c) Währungs- und Handelsbeschränkungen, Embargo, Sanktionen;
  - d) Rechtmäßige oder unrechtmäßige Amtshandlungen, Befolgung von Gesetzen oder Regierungsanordnungen, Enteignung, Beschlagnahme von Werken, Requisition, Verstaatlichung;
  - e) Pest, Epidemie, Naturkatastrophe oder extremes Naturereignis;
  - f) Explosion, Feuer, Zerstörung von Ausrüstung, längerer Ausfall von Transportmitteln, Telekommunikation, Informationssystemen oder Energie;
  - g) allgemeine Arbeitsunruhen wie Boykott, Streik und Aussperrung, Bummelstreik, Besetzung von Fabriken und Gebäuden.
  
4. **Benachrichtigung.** Die betroffene Partei hat die andere Partei unverzüglich über das Ereignis zu benachrichtigen.
  
5. **Folgen von höherer Gewalt.** Eine Partei, die sich mit Erfolg auf die vorliegende Klausel beruft, ist von der Pflicht zur Erfüllung ihrer vertraglichen Verpflichtungen und von jeder Schadenersatzpflicht oder von jedem anderen vertraglichen Rechtsbehelf wegen Vertragsverletzung befreit; allerdings nur, wenn sie dies unverzüglich mitteilt. Erfolgt allerdings die Mitteilung nicht unverzüglich, so wird die Befreiung erst von dem Zeitpunkt an wirksam, zu dem die Mitteilung die andere Partei erreicht. Die andere Partei kann die Erfüllung ihrer Verpflichtungen, wenn tatsächlich höhere Gewalt anzunehmen ist, ab dem Zeitpunkt dieser Mitteilung aussetzen.

- 6. Vorübergehende Verhinderung.** Ist die Auswirkung des geltend gemachten Hindernisses oder Ereignisses vorübergehend, so gelten die in Absatz 5 dargelegten Folgen nur so lange, wie das geltend gemachte Hindernis die Erfüllung der vertraglichen Verpflichtungen durch die betroffene Partei verhindert. Die betroffene Partei muss die andere Partei benachrichtigen, sobald das Hindernis die Erfüllung ihrer vertraglichen Verpflichtungen nicht mehr behindert.
- 7. Pflicht zur Milderung.** Die betroffene Partei ist verpflichtet, alle zumutbaren Maßnahmen zu ergreifen, um die Auswirkungen des Ereignisses, auf das sich bei der Vertragserfüllung berufen wird, zu begrenzen.
- 8. Vertragskündigung.** Hat die Dauer des geltend gemachten Hindernisses zur Folge, dass den Vertragsparteien im Wesentlichen entzogen wird, was sie kraft Vertrages berechtigterweise erwarten durften, so hat die jeweilige Partei das Recht, den betroffenen Vertrag durch Benachrichtigung der anderen Partei innerhalb eines angemessenen Zeitraums zu kündigen. Sofern nicht anders vereinbart, vereinbaren die Parteien ausdrücklich, dass der Vertrag von jeder Partei gekündigt werden kann, wenn die Dauer des Hindernisses 120 Tage überschritten hat.
- 9. Ungerechtfertigte Bereicherung.** Ist Absatz 8 anwendbar und hat eine Vertragspartei vor Vertragsauflösung durch eine Handlung einer anderen Vertragspartei bei Vertragserfüllung einen Vorteil erlangt, so muss sie der anderen Partei einen Geldbetrag in Höhe des Wertes des Vorteils zahlen.

## Anhang 4

1. „Höhere Gewalt“ bedeutet das Eintreten eines Ereignisses oder Umstands, das eine Partei daran hindert, eine oder mehrere ihrer vertraglichen Verpflichtungen aus dem Vertrag zu erfüllen, wenn und soweit die von dem Hindernis betroffene Partei nachweist, dass: (a) dieses Hindernis außerhalb der ihr zumutbaren Kontrolle liegt; und (b) es zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses nicht in zumutbarer Weise vorhersehbar war; und (c) die Auswirkungen des Hindernisses von der betroffenen Partei nicht in zumutbarer Weise hätten vermieden oder überwunden werden können.
2. Bis zum Beweis des Gegenteils wird bei den folgenden Ereignissen vermutet, die eine Partei betreffen, sie würden die Voraussetzungen unter Absatz 1 lit. (a) und lit. (b) nach Absatz 1 dieser Klausel erfüllen: (i) Krieg (erklärt oder nicht erklärt), Feindseligkeiten, Angriff, Handlungen ausländischer Feinde, umfangreiche militärische Mobilisierung; (ii) Bürgerkrieg, Aufruhr, Rebellion und Revolution, militärische oder sonstige Machtergreifung, Aufstand, Terrorakte, Sabotage oder Piraterie; (iii) Währungs- und Handelsbeschränkungen, Embargo, Sanktionen; (iv) rechtmäßige oder unrechtmäßige Amtshandlungen, Befolgung von Gesetzen oder Regierungsanordnungen, Enteignung, Beschlagnahme von Werken, Requisition, Verstaatlichung; (v) Pest, Epidemie, Naturkatastrophe oder extremes Naturereignis; (vi) Explosion, Feuer, Zerstörung von Ausrüstung, längerer Ausfall von Transportmitteln, Telekommunikation, Informationssystemen oder Energie; (vii) allgemeine Arbeitsunruhen wie Boykott, Streik und Aussperrung, Bummelstreik, Besetzung von Fabriken und Gebäuden.
3. Eine Partei, die sich mit Erfolg auf diese Klausel beruft, ist ab dem Zeitpunkt, zu dem das Hindernis ihr die Leistungserbringung unmöglich macht, von ihrer Pflicht zur Erfüllung ihrer vertraglichen Verpflichtungen und von jeder Schadenersatzpflicht oder von jedem anderen vertraglichen Rechtsbehelf wegen Vertragsverletzung befreit; sofern dies unverzüglich mitgeteilt wird. Erfolgt die Mitteilung nicht unverzüglich, so wird die Befreiung von dem Zeitpunkt an wirksam, zu dem die Mitteilung die andere Partei erreicht. Ist die Auswirkung des geltend gemachten Hindernisses oder Ereignisses vorübergehend, so gelten die eben dargelegten Folgen nur so lange, wie das geltend gemachte Hindernis die Vertragserfüllung durch die betroffene Partei verhindert. Hat die Dauer des geltend gemachten Hindernisses zur Folge, dass den Vertragsparteien dasjenige, was sie kraft des Vertrages berechtigterweise erwarten durften, in erheblichem Maße entzogen wird, so hat jede Partei das Recht, den Vertrag durch Benachrichtigung der anderen Partei innerhalb eines angemessenen Zeitraums zu kündigen. Sofern nicht anders vereinbart, vereinbaren die Parteien ausdrücklich, dass der Vertrag von jeder Partei gekündigt werden kann, wenn die Dauer des Hindernisses 120 Tage überschreitet.

**Anhang 5****Artikel 7.1.7 (Höhere Gewalt)**

- (1) Eine Nichterfüllung durch eine Partei ist entschuldigt, wenn sie nachweist, dass die Nichterfüllung auf einem außerhalb ihres Einflussbereichs liegenden Hinderungsgrund beruht und dass von ihr vernünftigerweise nicht erwartet werden konnte, den Hinderungsgrund bei Vertragsabschluß in Betracht zu ziehen oder den Hinderungsgrund oder seine Folgen zu vermeiden oder zu überwinden.
- (2) Besteht der Hinderungsgrund nur vorübergehend, so wirkt die Entschuldigung für einen Zeitraum, der im Hinblick auf die Wirkung des Hinderungsgrunds auf die Vertragserfüllung angemessen ist.
- (3) Die Partei, die nicht erfüllt, hat der anderen Partei den Hinderungsgrund und seine Wirkung auf ihre Fähigkeit zur Erfüllung anzuzeigen. Erhält die andere Partei die Anzeige nicht innerhalb einer angemessenen Frist, nachdem die nicht erfüllende Partei den Hinderungsgrund kannte oder kennen musste, so haftet diese für den aus dem fehlenden Empfang entstehenden Schaden.
- (4) Dieser Artikel hindert eine Partei nicht, das Recht zur Aufhebung des Vertrages auszuüben oder die Leistung zurückzuhalten oder Zinsen für einen fälligen Geldbetrag zu fordern.

## Literaturverzeichnis

- Andrew, Gavin/Crooks, Valorie/ Pearce, Jamie/ Messina, Jane*, 2021, COVID-19 and Similar Futures, Springer Nature Switzerland, Schweiz, S. 261
- Bernandi, Frank*, Der Ukraine-Krieg als Fall der Force Majeure im deutschen Recht, UKuR 2022, S. 435.
- Beyer, Yvonne /Hoffmann, Phillip*, COVID-19 als Act of God / Force Majeure / Höhere Gewalt?, NJOZ 2020, S. 609.
- Beyer, Yvonne /Hoffmann, Phillip*, Delta, Omikron und weiterhin COVID-19 – Still (an) Act of God / Force Majeure / Höhere Gewalt?, NJOZ 2022, S. 161.
- Bräutigam, Peter / Thalhofer, Thomas*, Coronavirus und Force Majeure in IT-Verträgen – Eine Darstellung in 4 praktischen Fällen, CR 05 2020, S. 289.
- Brödermann, Eckart J. (Hrsg.)*, UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, 2. Auflage 2023, Nomos Verlag, Baden-Baden  
(zit.: Brödermann, UNIDROIT, Art. 10.8).
- Brödermann, Eckart J.*, UNIDROIT Grundregeln in der internationalen Vertragsgestaltung, IWRZ 2019, S. 7.
- Dacev, Nikola*, 2022, The Concept of Force Majeure in Commercial Contracts and its Interpretation during Pandemic in North Macedonia, in: o.V, Bratislava Law Review, Volume 6, Number 2, Comenius University in Bratislava, S. 79-90
- Dauner-Lieb, Barbara/ Langen, Werner (Hrsg.)*, BGB – Schuldrecht, Buch 2, Abschnitt 2, 4. Auflage 2021, Nomos Verlag, Baden-Baden  
(zit.: Dauner-Lieb/ Langen/ Kollmann, BGB, §307)
- Diaconu, Daniel C.*, 2023, Force Majeure in the Hydropower Industry, Springer Nature Switzerland, Schweiz, S. 61-76
- DiMatteo, Larry/ Cordero-Moss, Giuditta*, 2021, Chapter 28 Long-Term Contracts: Installment and Supply Contracts, in: DiMatteo, Larry/ Janssen, André/ Magnus, Ulrich/ Schulze, Reiner (Hrsg.), International Sales Law, 2. Auflage, Nomos Verlag, Baden-Baden, S. 31-16.
- Dishev, Mihail/ Hoffmann, Phillip/ Müller, Sven*, Die Ausführung von Verträgen im Zeichen von krisenbedingten Preissteigerungen, NJOZ 2024, S. 97.
- Eschwey, Claudius*, 2022, 4. Kaufvertrag nach UN-Kaufrecht – Purchase Agreement under the Convention on Contracts for the International Sale of Goods, in: Walz, Robert (Hrsg.), Beck'sches Fb Zivil-, Wirtschafts- und Unternehmensrecht, 5. Auflage, C. H. Beck Verlag, München.

- Ferrari, Franco*, 2008, *The CISG and Its Impact on National Legal Systems*, sellier. European law publishers, Berlin, S. 143
- Firoozmand, Mahmoud Reza*, 2006, Force Majeure Clause in Long-Term Petroleum Contracts: Key Issues in Drafting, in: o.V., *Journal of Energy & Natural Resources Law*, Volume 24 Number 3, S. 423-438
- Grabitz, Eberhart/ Hilf, Meinhard/ Nettesheim, Martin (*Hrsg.*), *Das Recht der Europäischen Union, Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union*, 83. Auflage 2024, C. H. Beck Verlag, München  
(zit.: Grabitz/ Hilf/ Nettesheim/ Rintelen/ Wolf, AEUV Art. 43).
- Grün, Anselm/ Ostendorf, Patrick, 2023, § 10 Force Majeure-Klauseln, in: Ostendorf, Patrick (*Hrsg.*), *Internationale Wirtschaftsverträge*, 3. Auflage, C. H. Beck Verlag, München.
- Hau, Wolfgang/ Poseck, Roman (*Hrsg.*): *BeckOK BGB, CISG, Teil III. Warenkauf*, 72. Edition 2024, C. H. Beck Verlag, München  
(zit.: Hau/ Poseck/ Saenger, BGB, CISG, Art. 79)  
(zit.: Hau/ Poseck/ Becker, BGB, §308 Nr. 3).
- Huber, Peter/ Mullis, Alastair, 2007, *The CISG : A New Textbook for Students and Practitioners*, sellier. European law publishers, München, S. 1
- Hoffmann, Phillip /Dishev, Mihail, Ukraine-Krieg, EU-Sanktionen und Inflation als Act of God/ Force Majeure / Höhere Gewalt? - Teil I: Zivilrechtliche Implikationen des Ukraine-Kriegs und dessen Folgen für vor dem 24.2.2022 geschlossene Lieferverträge, *NJOZ* 2022, S. 1473.
- Hoffmann, Phillip /Dishev, Mihail, Ukraine-Krieg, EU-Sanktionen und Inflation als Act of God/ Force Majeure / Höhere Gewalt? - Teil II: Zivilrechtliche Implikationen des Ukraine-Kriegs und dessen Folgen für nach dem 24.2.2022 geschlossene Lieferverträge, *NJOZ* 2022, S. 1505.
- Kröger, Jens, 2021, § 13 Vertragsrecht/ AGB-Recht, in: Kroiß, Ludwig (*Hrsg.*), *Rechtsprobleme durch COVID-19*, 2. Auflage, Nomos Verlag, Baden-Baden, Rn. 10.
- Kröll, Stefan/ Mistelis, Loukas/ Perales Viscasillas, Pilar (*Hrsg.*), *UN Convention on Contracts for the International Sales of Goods (CISG), Part III Sale of Goods*, 2. Auflage 2018, C. H. Beck Verlag, München  
(zit.: Kröll/ Mistelis/ Perales Viscasillas/ Atamer, CISG, Art. 79).
- Kuntz, Thilo, Die Auslegung von Material Adverse Change (MAC)-Klauseln in Unternehmenskaufverträgen, *DStR* 2009, S. 377.
- Liebscher, Thomas/ Zeyher, Stefan/ Steinbrück, Ben, Recht der Leistungsstörungen im Lichte der Covid-19-Pandemie, *ZIP* 2020, S. 852.
- Mankowski, Peter (*Hrsg.*), *Commercial Law, Chapter 7 non-performance*, 1. Auflage 2018, Nomos Verlag, Baden-Baden

(zit.: Mankowski/ Brödermann, UNIDROIT, Art.7.1.7).

*Meyer-Sporenberg, Wolfgang*, 2022, 2. Rahmen-Liefervertrag, in: Gebele, Alexander/ Scholz, Kai-Steffen, (Hrsg.) Beck'sches Formularbuch Bürgerliches, Handels- und Wirtschaftsrecht, 14. Auflage, C. H. Beck Verlag, München.

Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 4, Wiener Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf (CISG), 9. Auflage 2024, C. H. Beck Verlag, München  
(zit.: MuKo/ Huber, CISG Art. 79).

Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Band 5, Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf, 6. Auflage 2025, C. H. Beck Verlag, München  
(zit.: MuKo/ Mankowski, HGB, CISG Art. 79).

Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 10, Buch 4 Familienrecht, 9. Auflage 2024, C. H. Beck Verlag, München  
(zit.: MuKo/ Wellenhofer, BGB §1600b).

*Piltz, Burghard*, Neue Entwicklungen im UN-Kaufrecht, NJW 2023, S. 2542.

*Piltz, Burghard*, Neue Entwicklungen im UN-Kaufrecht, NJW 2021, S. 3636.

*Rafsendjani, Mansur Pour/ Noerr Partnerschaftsgesellschaft mbB*, 2024, 10.4.1 Langfristiger Liefervertrag (Rahmenvertrag) Grundversion, in: Krauß, Hans-Frieder/ Weise, Stefan (Hrsg.), Beck'sche Online-Formulare Vertrag, 68. Edition, C.H. Beck Verlag, München, Rn. 10.

*Ries, Julian*, Force Majeure nach ukrainischem Zivilrecht, UKuR 2022, S. 355.

*Rothermel, Martin*, Ereignisse (Coronavirus, Brexit, Embargos, Zölle, u.a.) und höhere Gewalt, Unmöglichkeit, Wegfall der Geschäftsgrundlage, Hardship, Frustration im BGB und in anderen Rechtsordnungen – braucht es eine Klausel?, IHR 2020, S. 89-97

Schlechtriem, Peter/ Schwenger, Ingeborg/ Schroeter, Ulrich (Hrsg.), Kommentar zum UN-Kaufrecht (CISG), Teil III. Warenkauf, 8. Auflage 2025, C. H. Beck Verlag, München  
(zit.: Schlechtriem/Schwenger/Schroeter/ Fountoulakis, UN-Kaufrecht (CISG) Art. 82)  
(zit.: Schlechtriem/ Schroeter/ Schwenger, UN-Kaufrecht (CISG) Art. 79).

*Schmitd, Andrea*, Unmöglichkeit (der Leistung), in: Weber, Klaus (Hrsg.), 2024, Rechtswörterbuch, 32. Edition, C.H.BECK Verlag, München.

*Thüsing, Gregor*, I. Begriffliches – Kontrollkriterien, in: Westphalen, Friedrich Graf von/ Thüsing, Gregor/ Pamp, Rüdiger (Hrsg.), 2023, Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke, 49. EL, C.H. Beck Verlag, München, S. 329-333.

*Vogenauer, Stefan*, Die UNIDROIT Grundregeln der internationalen Handelsverträge 2010,

ZEuP 2013, S. 12

*Vogenauer, Stefan*, Hardship clauses und verwandte Klauseln in internationalen Handelskäufen (I) - Rechtsvergleichende Überlegungen und Einheitsrecht, IWRZ 2021, S. 3

*Vogenauer, Stefan*, Hardship clauses und verwandte Klauseln in internationalen Handelskäufen (II) - Regelungsbedarf bei der Vertragsgestaltung und einschlägige Klauselarten - Geeignet zum Selbststudium mit Lernerfolgskontrolle (§ 15 FAO), IWRZ 2021, S. 57

*Vogenauer, Stefan*, Hardship clauses und verwandte Klauseln in internationalen Handelskäufen (III) - Force majeure-, Material Adverse Change- und weitere Anpassungsklauseln, IWRZ 2021, S. 112

*Vorpeil, Klaus*, ICC-Mustervertrag für internationale Kaufverträge, IWB 2018, S. 188

*Walter, Benedict/ Seifert, Ann-Marie*, Höhere Gewalt in Energielieferungsrahmenverträgen im B2B Verhältnis – unter Beachtung der EFET-Verträge für Strom und Gas, EnWZ 2023, S. 394

*Weaver, Isabell*, Störung der Lieferkette durch Covid-19 – Force Majeure? Es kommt darauf an!, ZVertriebsR 2020, S. 159

*Weik, Günter*, Force Majeure - Rechtsvergleichende Untersuchung und Vorschlag für eine einheitliche europäische Lösung, ZEuP 2014, S. 281

*Weller, Marc-Philippe/ Lieberknecht, Markus/ Habrich, Victor*, Virulente Leistungsstörungen – Auswirkungen der Corona-Krise auf die Vertragsdurchführung, NJW 2020, S. 1017

*Westphalen, Friedrich Graf von*, Höhere Gewalt-Klauseln: AGB-rechtliche Pandora-Büchse in der Pandemie, ZVertriebsR 2020, S. 275





# Hinweisgebersysteme im Konzern – Rechtliche Vorgaben und Herausforderungen

Bachelorarbeit

an der

FH Aachen

Fachbereich Wirtschaftswissenschaften

Wirtschaftsrecht (LL.B.)

Erstprüferin: Prof. Dr. Riccarda Marcelli

Eingereicht am: 20.01.2025

vorgelegt von

Johanna Häfner

aus Raeren

## **Abstract**

Hinweisgebersysteme sind ein zentraler Bestandteil moderner Compliance-Systeme und haben durch das 2023 in Kraft getretene Hinweisgeberschutzgesetz weiter an Bedeutung gewonnen. Dieses Gesetz verpflichtet Unternehmen in Deutschland erstmals unabhängig von Sektor und Rechtsform zur Einrichtung eines solchen Systems.

Die vorliegende Arbeit hat das Ziel, die besonderen Herausforderungen bei der Gestaltung und Umsetzung von Hinweisgebersystemen im Konzern zu analysieren. Zudem sollen praxisnahe Lösungsansätze für eine rechtssichere und zugleich effektive Umsetzung aufgezeigt werden.

Dazu werden zunächst die wichtigsten Grundlagen des Konzernrechts, die zentralen Aspekte des Hinweisgeberschutzgesetzes sowie die Kernelemente der Konzern-Compliance erläutert. Im Hauptteil wird die Organisation und Funktionsweise von Hinweisgebersystemen im Konzern untersucht, mit besonderem Fokus auf die Organisationsform der internen Meldestelle.

Im Ergebnis zeigt sich, dass insbesondere die Wahl der Organisationsform für interne Meldestellen sorgfältig getroffen werden muss. Aufgrund der Rechtsunsicherheit, die aus der Uneinigkeit zwischen dem deutschen Gesetzgeber und der EU-Kommission über die Zulässigkeit einer alleinigen zentralen Konzernmeldestelle – der sogenannten „Konzernlösung“ – resultiert, ist Konzernen davon abzuraten, sich einzig auf eine zentrale Meldestelle zu verlassen. Die richtige Wahl stellt eine Kombination aus zentraler und dezentraler Organisation dar. So werden die Vorteile beider bestmöglich miteinander vereint. Für eine rechtssichere und effektive Umsetzung des Hinweisgebersystems sind zudem eine klare Regelung von Zuständigkeiten bei der Bearbeitung von Hinweisen sowie die Einhaltung datenschutzrechtlicher Vorgaben von Bedeutung. Ebenso entscheidend ist es, Hinweisgebern gegenüber Transparenz zu schaffen und sie durch eine leichte Zugänglichkeit der Meldekanäle sowie ein als sicher wahrgenommenes Umfeld zur Hinweisabgabe zu ermutigen.

## Inhaltsverzeichnis

|                                                                                     |    |
|-------------------------------------------------------------------------------------|----|
| A. Einleitung .....                                                                 | 1  |
| B. Grundlagen des Konzernrechts.....                                                | 2  |
| I. Der Konzernbegriff .....                                                         | 2  |
| II. Konzernformen .....                                                             | 3  |
| 1. Unterordnungskonzern .....                                                       | 3  |
| a) Faktischer Konzern.....                                                          | 3  |
| b) Vertragskonzern .....                                                            | 3  |
| c) Eingliederungskonzern .....                                                      | 3  |
| 2. Gleichordnungskonzern .....                                                      | 3  |
| III. Haftungsgrundsätze.....                                                        | 4  |
| 1. Das konzernrechtliche Trennungsprinzip .....                                     | 4  |
| 2. Ausnahmen vom konzernrechtlichen Trennungsprinzip .....                          | 4  |
| C. Das Hinweisgeberschutzgesetz: Entwicklung, Zielsetzung und Anwendungsbereich ... | 5  |
| I. Entwicklung und Zielsetzung .....                                                | 5  |
| 1. Hinweisgebersysteme vor dem HinSchG .....                                        | 5  |
| a) Rechtspflicht zur Einrichtung eines Hinweisgebersystems.....                     | 5  |
| b) Ausgestaltung des Hinweisgebersystems im Volkswagen Konzern 2018 .....           | 6  |
| 2. Der Weg von der EU-Whistleblower-Richtlinie zum HinSchG.....                     | 6  |
| 3. Zielsetzung .....                                                                | 7  |
| II. Persönlicher Anwendungsbereich .....                                            | 7  |
| 1. Der Arbeitnehmerbegriff .....                                                    | 7  |
| 2. Organmitglieder .....                                                            | 8  |
| III. Sachlicher Anwendungsbereich .....                                             | 9  |
| IV. Zwischenfazit .....                                                             | 10 |
| D. Compliance als Basis für das Hinweisgebersystem .....                            | 10 |
| I. Compliance Grundlagen.....                                                       | 11 |
| 1. Begriffserklärung .....                                                          | 11 |
| 2. Ziele .....                                                                      | 11 |
| II. Compliance-Verantwortlichkeiten.....                                            | 11 |
| 1. Compliance-Pflichten.....                                                        | 11 |

## IV

|                                                                              |    |
|------------------------------------------------------------------------------|----|
| a) Legalitätskontrollpflicht der Muttergesellschaft .....                    | 11 |
| b) Pflichten der abhängigen Gesellschaft .....                               | 12 |
| 2. Mögliche Folgen von Compliance-Verstößen .....                            | 13 |
| III. Konzernweites Compliance Management System .....                        | 13 |
| 1. Pflicht zur Einrichtung .....                                             | 14 |
| 2. Elemente eines Compliance-Management-Systems.....                         | 15 |
| a) Organisation im Konzern .....                                             | 16 |
| b) Risikoanalyse im Konzern.....                                             | 17 |
| IV. Zwischenfazit .....                                                      | 18 |
| E. Organisation und Funktionsweise von Hinweisgebersystemen im Konzern ..... | 18 |
| I. Grundlagen zur Einrichtung interner Meldestellen.....                     | 18 |
| 1. Verpflichtete Unternehmen (§12 HinSchG) .....                             | 18 |
| 2. Aufgaben der internen Meldestelle (§13 HinSchG) .....                     | 19 |
| II. Organisation der internen Meldestelle im Konzern .....                   | 20 |
| 1. Die Konzernlösung des §14 Abs. 1 S. 1 Alt. 3 HinSchG .....                | 20 |
| a) Ausgangslage .....                                                        | 20 |
| b) Zulässigkeit.....                                                         | 20 |
| aa) Deutsche Gesetzesbegründung .....                                        | 20 |
| bb) Stellungnahme der EU-Kommission .....                                    | 21 |
| cc) Meinungsstand in der Literatur .....                                     | 22 |
| (1) Befürworter der Konzernlösung .....                                      | 22 |
| (2) Kritiker der Konzernlösung .....                                         | 23 |
| (3) Stellungnahme.....                                                       | 24 |
| c) Vorteile der zentralen Konzernmeldestelle.....                            | 25 |
| aa) Ressourcenschonung .....                                                 | 25 |
| bb) Effektive Aufklärung .....                                               | 26 |
| cc) Höherer Vertraulichkeitsschutz .....                                     | 26 |
| d) Risiko der Zugangshürde.....                                              | 27 |
| e) Kompromisslösungen.....                                                   | 28 |
| aa) Einsatz externer Dritter .....                                           | 28 |
| bb) Ergänzung durch lokale Einheiten.....                                    | 29 |
| f) Zwischenfazit .....                                                       | 31 |

|                                                                               |    |
|-------------------------------------------------------------------------------|----|
| 2. Ausgestaltung der internen Meldekanäle am Beispiel des Volkswagen Konzerns | 32 |
| a) Vorgaben des HinSchG (§16 HinSchG)                                         | 32 |
| b) Mündliche Form                                                             | 32 |
| c) Textform                                                                   | 33 |
| III. Bearbeitung von Meldungen über das Hinweisgebersystem                    | 35 |
| 1. Verfahren bei internen Meldungen (§17 HinSchG)                             | 35 |
| a) Gesetzliche Rahmenbedingungen                                              | 35 |
| b) Verfahrensordnung des Volkswagen Konzerns                                  | 36 |
| 2. Folgemaßnahmen der internen Meldestelle (§18 HinSchG)                      | 38 |
| a) Durchsetzung der Folgemaßnahmen durch die Muttergesellschaft               | 38 |
| b) Interne Untersuchungen (§18 Nr. 1 HinSchG)                                 | 39 |
| c) Verweisung an die zuständige Stelle (§18 Nr. 2 HinSchG)                    | 40 |
| d) Abgabe des Verfahrens (§18 Nr. 4 lit. a HinSchG)                           | 40 |
| IV. Datenschutzrechtliche Aspekte beim Betrieb eines Hinweisgebersystems      | 41 |
| 1. Rechtsgrundlage der Datenverarbeitung                                      | 41 |
| 2. Datenschutzrechtlich Verantwortlicher i.S.d. Art. 4 Nr. 7 DSGVO            | 42 |
| F. Fazit                                                                      | 43 |
| Literaturverzeichnis                                                          | 45 |

## Abkürzungsverzeichnis

|           |                                                                                 |
|-----------|---------------------------------------------------------------------------------|
| AEUV      | Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union                            |
| AG        | Aktiengesellschaft                                                              |
| AktG      | Aktiengesetz                                                                    |
| BGB       | Bürgerliches Gesetzbuch                                                         |
| BGH       | Bundesgerichtshof                                                               |
| BMW       | Bayerische Motoren Werke                                                        |
| CMS       | Compliance Management System                                                    |
| DCGK      | Deutscher Corporate Governance Kodex                                            |
| DrittelbG | Drittelbeteiligungsgesetz                                                       |
| DSGVO     | Datenschutz-Grundverordnung                                                     |
| EuGH      | Europäischer Gerichtshof                                                        |
| FinDAG    | Finanzdienstleistungsaufsichtsgesetz                                            |
| GWB       | Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen                                          |
| h.L.      | herrschende Lehre                                                               |
| h.M.      | herrschende Meinung                                                             |
| HinSchG   | Hinweisgeberschutzgesetz                                                        |
| i.S.d.    | im Sinne des                                                                    |
| i.S.v.    | im Sinne von                                                                    |
| i.V.m     | in Verbindung mit                                                               |
| KWG       | Gesetz über das Kreditwesen                                                     |
| LkSG      | Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz                                            |
| MitbestG  | Mitbestimmungsgesetz                                                            |
| OWiG      | Gesetz über Ordnungswidrigkeiten                                                |
| S.p.A.    | Società per azioni                                                              |
| SE        | Societas Europaea                                                               |
| SEBG      | Gesetz über die Beteiligung der Arbeitnehmer in einer Europäischen Gesellschaft |
| Sec.      | Section                                                                         |
| VW        | Volkswagen                                                                      |
| WBRL      | Whistleblower-Richtlinie                                                        |
| WpHG      | Wertpapierhandelsgesetz                                                         |

WpÜG

Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz

## **Abbildungsverzeichnis**

|                                                                  |    |
|------------------------------------------------------------------|----|
| Abb. 1: Group Integrity & Compliance DCO and RCO Structure. .... | 17 |
|------------------------------------------------------------------|----|



## A. Einleitung

Gefälschte Abgaswerte bei VW, Korruption bei Siemens und manipulierte Zinssätze bei der Deutschen Bank – was diese Wirtschaftsskandale der letzten Jahre gemeinsam haben, ist nicht nur, dass sie deutsche Konzerne betreffen und für alle Beteiligten schwerwiegende Folgen nach sich ziehen, sondern vor allem, dass Hinweisgeber eine entscheidende Rolle bei ihrer Aufdeckung spielten.<sup>1</sup>

Misstände wie in den genannten Beispielen können in jeglicher Form in jedem Unternehmen entstehen und Mitarbeiter sind häufig die Ersten, die diese bemerken. Ihre Hinweise sind daher ein entscheidender Faktor für die Aufdeckung und Prävention dieser.<sup>2</sup> Durch das Erfassen von Hinweisen und deren rechtskonforme Bearbeitung wird die Aufklärung von Rechts- und Regelverstößen mit oftmals hohem Schadenspotenzial für das Unternehmen ermöglicht.<sup>3</sup>

Aus diesen Gründen haben sich Hinweisgebersysteme über die letzten Jahre hinweg zu einem unverzichtbaren Bestandteil moderner Compliance-Systeme entwickelt.<sup>4</sup> Unter einem Hinweisgebersystem versteht man dabei die Gesamtheit der Verfahren und Prozesse, die darauf ausgerichtet sind, Hinweise zu Misständen im Unternehmen gezielt zu erfassen und zu bearbeiten.<sup>5</sup>

Mit Inkrafttreten des Hinweisgeberschutzgesetzes (HinSchG) wurde die Einrichtung eines solchen Systems in Deutschland erstmalig sektor- und rechtsformübergreifend zur Pflicht.<sup>6</sup> Unternehmen müssen also einerseits die rechtlichen Vorgaben einhalten und andererseits die für sie beste Lösung für die praktische Umsetzung finden. Konzerne kann dies aufgrund ihrer Struktur vor neue Herausforderungen stellen.

Diese Bachelorarbeit hat das Ziel, die bedeutendsten Herausforderungen zu untersuchen, denen Konzerne bei der Umsetzung eines Hinweisgebersystems begegnen können und aufzuzeigen, wie sie dieses unter Berücksichtigung der rechtlichen Vorgaben möglichst effektiv gestalten können.

Dazu erfolgt zunächst eine Einführung in die Grundlagen des Konzernrechts, da ein Verständnis dieser relevant für den weiteren Verlauf der Arbeit ist. Anschließend wird das HinSchG näher beleuchtet, dessen Vorgaben, wie zuvor erwähnt, bei der Einrichtung von

---

Das in dieser Arbeit gewählte generische Maskulinum bezieht sich zugleich auf die männliche, die weibliche und andere Geschlechteridentitäten. Auf eine Mehrfachbezeichnung wird zwecks einer besseren Lesbarkeit verzichtet.

<sup>1</sup> Vgl. Handelsblatt, 2016, Der Fall, die Täter, die Mitwisser, <https://www.handelsblatt.com/unternehmen/industrie/blog-zur-abgasaffaere-von-vw-der-fall-die-taeter-die-mitwisser/12400160.html>, 15.01.2025.; Köhn, Rüdiger, 2011, Bestechungen kommen immer öfter ans Licht, <https://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/unternehmen/korruptionsbekaempfung-bestechnungen-kommen-immer-oeffter-ans-licht-1652973.html>, 15.01.2025.;

Spiegel, Whistleblower der Deutschen Bank soll fast 200 Millionen Dollar erhalten – als Belohnung, <https://www.spiegel.de/wirtschaft/unternehmen/deutsche-bank-whistleblower-bekommt-200-millionen-dollar-belohnung-a-986fc262-6a06-4ad6-89d7-edd264d7d255>, 15.01.2025.

<sup>2</sup> Marques/Blesius, npoR 2023, 240 (243).; Sonnenberg, JuS 2017, 917 (920).; Spiegel, Kennen Sie das Hinweisgeberschutzgesetz?, <https://www.spiegel.de/karriere/hinweisgeberschutzgesetz-nur-jeder-dritte-beschaeftigte-weiss-vom-schutz-fuer-whistleblower-a-4d4c16c5-a7bf-4da9-b7ba-02df8163c9a6>, 15.01.2025.

<sup>3</sup> Moosmayer/Lösler/ Buchert R./Buchert C., Corporate Compliance, § 43 Rn. 3.

<sup>4</sup> Marques/Blesius, npoR 2023, 240 (243).; Sonnenberg, JuS 2017, 917 (920).

<sup>5</sup> Moosmayer/Lösler/ Buchert R./Buchert C., Corporate Compliance, § 43 Rn. 1.

<sup>6</sup> Dzida/Seibt, NZA 2023, 657 (657).; Dzida/Seibt, NZA 2023, 657 (658).

Hinweisgebersystemen zwingend zu berücksichtigen sind. Darauf aufbauend werden die zentralen Aspekte der Konzern-Compliance erläutert, die eng mit dem Hinweisgebersystem verknüpft sind.

Der Hauptteil der Arbeit befasst sich mit der Organisation und Funktionsweise von Hinweisgebersystemen im Konzern. Der Fokus liegt hierbei insbesondere auf der Organisationsform der internen Meldestelle, da diese mit speziellen Herausforderungen verbunden ist. Zudem wird untersucht, wie mit eingehenden Hinweisen umzugehen ist. Abschließend werden die wichtigsten datenschutzrechtlichen Aspekte, die im Zusammenhang mit Hinweisgebersystemen im Konzern zu beachten sind, kurz erläutert.

Im Verlauf der Arbeit wird immer wieder ein Praxisbezug hergestellt, indem Beispiele aus der Umsetzung von Hinweisgebersystemen in großen deutschen Konzernen herangezogen werden.

## **B. Grundlagen des Konzernrechts**

### **I. Der Konzernbegriff**

Die Definition des Konzerns findet sich in § 18 AktG und ist die Zusammenfassung mehrerer Unternehmen unter einheitlicher Leitung eines anderen Unternehmens. Diese gilt gleichermaßen für den Unterordnungskonzern (§ 18 Abs. 1 AktG) wie auch für den Gleichordnungskonzern (§ 18 Abs. 2 AktG).<sup>7</sup>

Die Norm des § 15 AktG fasst den Konzernierungstatbestand des § 18 AktG zusammen mit denen der §§ 16, 17, 19 AktG unter dem Begriff „verbundene Unternehmen“ zusammen, dieser ist rechtsformneutral, folglich können neben Aktiengesellschaften auch Gesellschaften anderer Rechtsform an einer Konzernbildung beteiligt sein.<sup>8</sup>

Das zentrale Merkmal des Konzernbegriffs, die einheitliche Leitung, ist nicht gesetzlich definiert und daher ist streitig, was darunter zu verstehen ist.<sup>9</sup> Aus dieser Unklarheit heraus haben sich zwei entgegenstehende Auffassungen entwickelt, der enge und der weite Konzernbegriff,<sup>10</sup> wobei der weite Konzernbegriff die herrschende Meinung darstellt.<sup>11</sup>

Dem engen Konzernbegriff nach wird der Konzern als wirtschaftliche Einheit betrachtet und hieraus folgt, dass die Konzernleitung sämtliche, mindestens aber die wesentlichen Unternehmensbereiche, zentral führen müsse, damit eine einheitliche Leitung vorliegt.<sup>12</sup> Dahingegen genügt es der Auffassung des weiten Konzernbegriffs nach schon, wenn einheitliche Leitung zumindest in einem wesentlichen Bereich der unternehmerischen Tätigkeit (z.B. im Personalwesen) ausgeübt wird, sofern dies Auswirkungen auf den gesamten Konzern hat.<sup>13</sup> Einig sind sich die Vertreter der unterschiedlichen Auffassungen insoweit, dass eine einheitliche Leitung zu bejahen ist, sobald die Konzernleitung eine konzernweit koordinierte Finanzplanung vornimmt.<sup>14</sup>

<sup>7</sup> Fleischer/Goette/Liebscher, GmbHG, Anh. § 13 Rn. 146.

<sup>8</sup> Müller-Glöge et al./Oetker, AktG, § 15 Rn. 1.

<sup>9</sup> Goette/Habersack/Bayer, AktG, § 18 Rn. 28.

<sup>10</sup> Goette/Habersack/Bayer, AktG, § 18 Rn. 28.

<sup>11</sup> Fleischer/Goette/Liebscher, GmbHG, Anh. § 13 Rn. 147.

<sup>12</sup> Henssler/Schall, AktG § 18 Rn. 11.; Goette/Habersack/Bayer, AktG, § 18 Rn. 29.

<sup>13</sup> Goette/Habersack/Bayer, AktG, § 18 Rn. 30.

<sup>14</sup> Goette/Habersack/Bayer, AktG, § 18 Rn. 31.

## II. Konzernformen

### 1. Unterordnungskonzern

Bei einem Unterordnungskonzern, welcher den praktischen Regelfall darstellt, werden ein i.S.d. § 17 AktG abhängiges (oder mehrere abhängige) Unternehmen und ein herrschendes Unternehmen unter der einheitlichen Leitung des herrschenden Unternehmens zusammengefasst (§ 18 Abs. 1 S. 1 AktG). Konzernleitung und Leitung des herrschenden Unternehmens sind identisch.<sup>15</sup> Das herrschende Unternehmen wird als Muttergesellschaft bezeichnet, das abhängige als Tochtergesellschaft.<sup>16</sup> Hat die Tochtergesellschaft wiederum eine eigene Tochtergesellschaft, wird diese als Enkelgesellschaft bezeichnet.<sup>17</sup> Der Unterordnungskonzern kann faktisch, als Vertrags- oder als Eingliederungskonzern bestehen.<sup>18</sup>

#### a) Faktischer Konzern

Übt das herrschende Unternehmen rein tatsächlich beherrschenden Einfluss auf die anderen Unternehmen aus, ohne dass ein Beherrschungsvertrag oder ein Eingliederungsbeschluss existiert, spricht man von einem faktischen Konzern. Häufig beruht dieser beherrschende Einfluss darauf, dass das herrschende Unternehmen über eine Mehrheit der Anteile verfügt.<sup>19</sup> Obwohl eine rechtliche Grundlage fehlt, ist heute anerkannt, dass der faktische Unterordnungskonzern vom Gesetz wenigstens geduldet wird, was auch die Vermutungsregelung des § 18 Abs. 1 S. 3 AktG zeigt.<sup>20</sup>

#### b) Vertragskonzern

Unterstellt ein Unternehmen seine Leitung durch Abschluss eines Beherrschungsvertrags i.S.d. § 291 Abs. 1 AktG einem anderen Unternehmen, entsteht ein Vertragskonzern. Durch den Beherrschungsvertrag wird das herrschende Unternehmen dazu berechtigt, dem Vorstand des beherrschten Unternehmens hinsichtlich der Leitung dieser Weisungen zu erteilen (§ 308 Abs. 1 S. 1 AktG).<sup>21</sup>

#### c) Eingliederungskonzern

Ein Eingliederungskonzern entsteht durch Beschluss der Hauptversammlung der einzugliedernden AG unter Zustimmung der Hauptversammlung der Hauptgesellschaft (§ 319 Abs. 1 AktG). Beide Gesellschaften behalten ihre rechtliche Selbstständigkeit und die Hauptgesellschaft wird dazu berechtigt, dem Vorstand der eingegliederten AG Weisung hinsichtlich deren Leitung zu erteilen (§ 323 Abs. 1 S. 1 AktG). Das Rechtsinstitut der Eingliederung findet ausschließlich auf Aktiengesellschaften Anwendung.<sup>22</sup>

### 2. Gleichordnungskonzern

Bei einem Gleichordnungskonzern werden mehrere rechtlich selbständige Unternehmen unter einheitlicher Leitung zusammengefasst, ohne dass eine Abhängigkeit zwischen ihnen besteht (§ 18 Abs. 2 AktG). Vom Unterordnungskonzern unterscheidet sich der Gleichordnungskonzern lediglich durch dieses fehlende Abhängigkeitsverhältnis, es darf von keinem

<sup>15</sup> Goette/Habersack/Bayer, AktG, § 18 Rn. 2.; Fleischer/Goette/Liebscher, GmbHG, Anh. § 13 Rn. 146.

<sup>16</sup> Grigoleit/Grigoleit, AktG, § 111 c Rn. 24.

<sup>17</sup> Emmerich/Habersack/Emmerich, AktG, § 17 Rn. 27.

<sup>18</sup> Henssler/Strohn/Keßler, AktG, § 18 Rn. 1.

<sup>19</sup> Kiel/Lunk/Oetker/Nebendahl, Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, § 302 Rn. 24.

<sup>20</sup> Goette/Habersack/Bayer, AktG, § 18 Rn. 9, 10.

<sup>21</sup> Kiel/Lunk/Oetker/Nebendahl, Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, § 302 Rn. 22.

<sup>22</sup> Kiel/Lunk/Oetker/Nebendahl, Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, § 302 Rn. 23.

Konzernunternehmen ein beherrschender Einfluss auf ein anderes ausgeübt werden.<sup>23</sup> Auch er kann durch Vertrag, den sogenannten Gleichordnungsvertrag, oder faktisch, vor allem durch personelle Verflechtungen, entstehen.<sup>24</sup>

### III. Haftungsgrundsätze

#### 1. Das konzernrechtliche Trennungsprinzip

Das Trennungsprinzip ist ein grundlegendes Prinzip des Gesellschaftsrechts, welches besagt, dass die Gesellschaft und insbesondere deren Vermögen strikt von ihren Gesellschaftern zu trennen ist (vgl. §§ 1 Abs. 1 AktG, 13 Abs. 1, Abs. 2 GmbHG). Für Kapitalgesellschaften charakteristisch ist außerdem die Haftungsbeschränkung, nach welcher den Gläubigern zur Befriedung ausschließlich das Gesellschaftsvermögen zur Verfügung steht.<sup>25</sup> Diese strikte Trennung gilt auch für verbundene Unternehmen, alle Konzernunternehmen gelten als selbstständige Handlungs- und Vermögenssubjekte und damit zugleich auch als selbstständige Haftungssubjekte.<sup>26</sup> Aufgrund dieses konzernrechtlichen Trennungsprinzips wird eine nur auf dem Konzernverhältnis basierende Zurechnung von Verhalten, Wissen und gesetzlichen Tatbeständen zwischen den verschiedenen Konzernunternehmen ausgeschlossen.<sup>27</sup> Das hat zur Folge, dass ein Unternehmen ausschließlich mit seinem eigenen Vermögen für seine Verbindlichkeiten haftet – nicht jedoch mit dem Vermögen der Muttergesellschaft oder anderer verbundener Unternehmen.<sup>28</sup>

Zusammenfassend bezeichnet das konzernrechtliche Trennungsprinzip also zum einen die strikte rechtliche Abgrenzung zwischen den Rechten und Pflichten sowie den Aktiva und Passiva der einzelnen Konzernunternehmen und zum anderen den Grundsatz der Haftungsbeschränkung zwischen den Unternehmen untereinander.<sup>29</sup>

#### 2. Ausnahmen vom konzernrechtlichen Trennungsprinzip

Es existieren nur wenige, eng begrenzte Ausnahmefälle, in denen eine Lockerung oder gar eine Durchbrechung (dies wird als Durchgriff bezeichnet) des konzernrechtlichen Trennungsprinzips infrage kommt.<sup>30</sup> Relevant sind hier vor allem die beiden Fallgruppen von Zurechnungs- und Haftungsdurchgriff.<sup>31</sup>

Ein Zurechnungsdurchgriff kann nur durch einen besonderen Zurechnungstatbestand gerechtfertigt werden, dies kann z.B. der Fall sein, wenn ein Konzernunternehmen ohne weiteren Zugriff und auch Anlass zum Zugriff auf einen gemeinsamen Datenbestand des anderen Konzernunternehmens hat (Wissenszurechnung) oder nach den Voraussetzungen des § 278 BGB, wenn ein Konzernunternehmen als Erfüllungsgehilfe des anderen auftritt (Verhaltenszurechnung).<sup>32</sup> Außerdem kann eine Zurechnung zwischen den Konzernunternehmen durch ausdrückliche gesetzliche Anordnung erfolgen, dies ist u.a. beispielsweise bei Stimmrechten (vgl. § 34 Abs. 1 Nr. 1 WpHG, § 30 Abs. 1 Nr. 1 WpÜG) oder

<sup>23</sup> Goette/Habersack/Bayer, AktG, § 18 Rn. 3, 4.

<sup>24</sup> Henssler/Strohn/Keßler, AktG, § 18 Rn. 10, 11.

<sup>25</sup> Jusciak, Sanktionsdurchgriffe und Compliance im Konzern, S. 39.

<sup>26</sup> Jusciak, Sanktionsdurchgriffe und Compliance im Konzern, S. 41, 42.

<sup>27</sup> Jusciak, Sanktionsdurchgriffe und Compliance im Konzern, S. 43.

<sup>28</sup> Trölitzsch, NZKart 2024, 403 (403).

<sup>29</sup> Jusciak, Sanktionsdurchgriffe und Compliance im Konzern, S. 43.

<sup>30</sup> Jusciak, Sanktionsdurchgriffe und Compliance im Konzern, S. 56.

<sup>31</sup> Goette/Habersack/Heider, AktG, § 1 Rn. 46.

<sup>32</sup> Jusciak, Sanktionsdurchgriffe und Compliance im Konzern, S. 68, 69.

Arbeitnehmern (vgl. § 5 MitbestG, § 2 Abs. 2 DrittelbG, § 2 Abs. 3 SEBG, § 5 Abs. 1 SEBG) der Fall und die Konzernunternehmen werden als eine Einheit erfasst.<sup>33</sup>

Einen echten Haftungsdurchgriff gibt es lediglich beim Eingliederungskonzern, gem. § 322 Abs. 1 AktG haftet die Hauptgesellschaft von der Eingliederung an für die vor diesem Zeitpunkt begründeten Verbindlichkeiten der eingegliederten Gesellschaft als Gesamtschuldnerin. Die Hauptgesellschaft haftet unmittelbar neben der eingegliederten Gesellschaft. Durch diesen Haftungsdurchgriff können die Gläubiger auch auf das Vermögen der Hauptgesellschaft zugreifen, folglich wird das konzernrechtliche Trennungsprinzip durch die Regelung des § 322 Abs. 1 AktG durchbrochen.<sup>34</sup>

## **C. Das Hinweisgeberschutzgesetz: Entwicklung, Zielsetzung und Anwendungsbereich**

Mit dem am 2. Juli 2023 in Kraft getretenen HinSchG wurde in Deutschland erstmalig ein einheitlicher Rahmen für den Schutz von Hinweisgebern und die Einrichtung von Hinweisgebersystemen geschaffen.<sup>35</sup> Dieses Kapitel beleuchtet zunächst die Entwicklung und Zielsetzung des Gesetzes, einschließlich des Umgangs mit Hinweisgebersystemen vor dessen Einführung. Anschließend werden der persönliche und der sachliche Anwendungsbereich des HinSchG näher erläutert.

### **I. Entwicklung und Zielsetzung**

#### **1. Hinweisgebersysteme vor dem HinSchG**

##### **a) Rechtspflicht zur Einrichtung eines Hinweisgebersystems**

Vor allem im Finanzsektor gab es bereits vor dem Inkrafttreten des HinSchG spezifische Vorschriften, die Unternehmen zur Einrichtung eines Hinweisgebersystems verpflichteten.<sup>36</sup> Kreditinstitute waren gemäß § 25a Abs. 1 S. 6 Nr. 3 KWG bereits dazu verpflichtet, einen Prozess einzurichten, der ihren Mitarbeitern unter Wahrung der Vertraulichkeit ihrer Identität ermöglicht, Verstöße gegen die in dieser Vorschrift genannten EU-Verordnungen, das KWG, die dazu erlassenen Rechtsakte sowie strafbare Handlungen innerhalb des Unternehmens an geeignete Stellen zu melden. Auch die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht war bereits durch § 4d FinDAG dazu verpflichtet, ein System zur Annahme von (auch anonymen) Meldungen über bestimmte Verstöße einzurichten.<sup>37</sup>

Die genannten Beispiele stellen lediglich einen Ausschnitt aus einer Reihe ähnlicher spezifischer Vorschriften dar, die Unternehmen bestimmter Branchen bereits vor dem HinSchG zur Einrichtung eines Hinweisgebersystems verpflichteten.<sup>38</sup>

Zwar fehlte es in Deutschland an einer allgemeinen Rechtspflicht zur Einrichtung eines Hinweisgebersystems, dennoch waren diese in vielen, insbesondere großen, Unternehmen schon etabliert.<sup>39</sup> So verfügten 2021 bereits 73,9 % der Unternehmen mit mindestens 250 Beschäftigten über ein bestehendes Hinweisgebersystem.<sup>40</sup>

<sup>33</sup> Fleischer/Goette/Liebscher, GmbHG, Anh. § 13 Rn. 225.

<sup>34</sup> Goette/Habersack/Heider, AktG, § 1 Rn. 68.

<sup>35</sup> Dzida/Seibt, NZA 2023, 657 (657).; Dzida/Seibt, NZA 2023, 657 (658).

<sup>36</sup> Vgl. Schulz/Möhlenbeck, Compliance Management im Unternehmen, S. 194.

<sup>37</sup> Schulz/Möhlenbeck, Compliance Management im Unternehmen, S. 194.

<sup>38</sup> Schulz/Möhlenbeck, Compliance Management im Unternehmen, S. 194.

<sup>39</sup> Taschke/Pielow/Volk, NZWiSt 2021, 85 (86).

<sup>40</sup> Hauser/Bretti-Rainalter/Blumer, Whistleblowing Report 2021, S. 26 Abb. 21.

Auch bei den großen deutschen Konzernen wie Volkswagen, Mercedes-Benz oder Siemens gehörten Hinweisgebersysteme schon Jahre vor der EU-Whistleblower-Richtlinie (Richtlinie (EU) 2019/1937 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Oktober 2019 zum Schutz von Personen, die Verstöße gegen das Unionsrecht melden (ABl. 2019, L 305, S. 46), abgekürzt als: WBRL) und dem HinSchG zum Standard.<sup>41</sup> Dies resultierte vor allem daraus, dass diese Unternehmen aufgrund ihrer Geschäftstätigkeit und/oder Börsennotierung auch den gesetzlichen Vorgaben anderer Länder unterliegen, in denen die Implementierung eines Hinweisgebersystems bereits damals verpflichtend war.<sup>42</sup> So unterliegen beispielsweise Unternehmen mit Börsennotierung in den USA dem 2002 in Kraft getretenen *Sarbanes-Oxley Act*, dessen Sec. 301 die Einrichtung eines Hinweisgebersystems fordert.<sup>43</sup>

## **b) Ausgestaltung des Hinweisgebersystems im Volkswagen-Konzern 2018**

Wie zuvor erwähnt implementierte der VW-Konzern bereits vor Inkrafttreten von WBRL und HinSchG ein Hinweisgebersystem. Im folgenden wird dargestellt, wie dieses System im Jahr 2018 ausgestaltet war.

Der VW-Konzern richtete sein Hinweisgebersystem, über das Gesetzes- und Regelverstöße gemeldet werden können, erstmals im Jahr 2006 ein. Im Jahr 2017 wurde das System weiter optimiert: Ein zentrales Aufklärungsbüro wurde eingerichtet, das für die Koordination und Bearbeitung von Hinweisen zur Volkswagen AG sowie deren Tochtergesellschaften zuständig ist. Ausgenommen hiervon sind die Audi AG, die Dr. Ing. h.c. F. Porsche AG und die Traton SE, da diese jeweils eigene Aufklärungsbüros für sich und ihre Untergesellschaften betreiben. Zudem wurde ein Online-Meldekanal geschaffen, über den anonyme Hinweise abgegeben werden können. Im Jahr 2018 folgte die Einrichtung einer 24/7-Telefon-Hotline, über die Mitarbeiter, Geschäftspartner und Kunden weltweit – bei Bedarf mit Zuschaltung eines Dolmetschers – Hinweise übermitteln können.<sup>44</sup>

Damit verfügte der VW-Konzern schon Jahre vor dem HinSchG über ein recht umfassend ausgestaltetes Hinweisgebersystem, das Hinweisgebern verschiedene Möglichkeiten zur Abgabe eines Hinweises bot.

## **2. Der Weg von der EU-Whistleblower-Richtlinie zum HinSchG**

Am 16. Dezember 2019 ist die Richtlinie (EU) 2019/1937 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Oktober 2019 zum Schutz von Personen, die Verstöße gegen das Unionsrecht melden (im folgenden als WBRL abgekürzt) in Kraft getreten.<sup>45</sup> Ziel dieser ist gem. Art. 1 WBRL eine bessere Durchsetzung des Unionsrechts und der Unionspolitik in bestimmten Bereichen durch die Festlegung gemeinsamer Mindeststandards, die ein hohes Schutzniveau für Personen sicherstellen, die Verstöße gegen das Unionsrecht melden.

<sup>41</sup> Vgl. Daimler AG, 2018, Geschäftsbericht 2018, <https://group.mercedes-benz.com/dokumente/investoren/berichte/geschaeftsberichte/daimler/daimler-ir-geschaeftsbericht-2018.pdf>, S. 217, 19.11.2024.; Siemens AG, 2018, Nachhaltigkeitsinformationen 2018, <https://assets.new.siemens.com/siemens/assets/api/uuid:b974660e-32e1-40c3-a8f0-50be658852bd/siemens-nachhaltigkeitsinformationen2018.pdf>, S. 37, 19.11.2024.; Volkswagen AG, 2018, Geschäftsbericht 2018, <https://geschaeftsbericht2018.volkswagenag.com/konzernlagebericht/corporate-governance-bericht/compliance.html>, 19.11.2024.

<sup>42</sup> *Taschke/Pielow/Volk*, NZWiSt 2021, 85 (86).

<sup>43</sup> *Wiedmann/Seyfert*, CCZ 2019, 12 (15).

<sup>44</sup> Volkswagen AG, 2018, Geschäftsbericht 2018, <https://geschaeftsbericht2018.volkswagenag.com/konzernlagebericht/corporate-governance-bericht/compliance.html>, 19.11.2024.

<sup>45</sup> Richtlinie (EU) 2019/1937 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Oktober 2019 zum Schutz von Personen, die Verstöße gegen das Unionsrecht melden (ABl. 2019, L 305, S. 46), abgekürzt als: WBRL.

Welche konkreten Verstöße gemeldet werden können, ist in Art. 2 WBRL aufgelistet.<sup>46</sup> Der persönliche Anwendungsbereich in Art. 4 WBRL ist weit gefasst und umfasst Hinweisgeber, die im privaten oder öffentlichen Sektor tätig sind und im beruflichen Kontext Informationen über Verstöße erlangt haben. Die mindestens eingeschlossenen Personengruppen werden in diesem Artikel noch einmal konkret aufgelistet.<sup>47</sup> In Art. 8 verpflichtet die WBRL die Mitgliedsstaaten dazu, sicherzustellen, dass juristische Personen des privaten und öffentlichen Sektors ab 50 Mitarbeitern Kanäle und Verfahren für interne Meldungen und Folgemaßnahmen einrichten. Juristische Personen des privaten Sektors mit 50 bis 249 Arbeitnehmern können dabei gem. Art. 8 Abs. 6 WBRL Ressourcen teilen. Diese Hinweisgebersysteme können gem. Art. 8 Abs. 5 WBRL auch von externen Dritten betrieben werden.<sup>48</sup>

Die Frist zur Umsetzung ins nationale Recht war der 17. Dezember 2021.<sup>49</sup> Diese ließ der deutsche Gesetzgeber jedoch verstreichen, woraufhin die EU-Kommission ein Vertragsverletzungsverfahren einleitete und Klage beim EuGH einreichte. Ein Referentenentwurf eines Hinweisgeberschutzgesetzes wurde vom Bundesjustizministerium zwar bereits Ende 2020 vorgelegt, dieser fand allerdings in der Großen Koalition keine Mehrheit. Im April 2022 wurde ein neuer Referentenentwurf vorgelegt, anschließend beschloss das Kabinett im Juli 2022 den Gesetzesentwurf. Nach einem weiteren Hin und Her zwischen Bundestag und Bundesrat trat das HinSchG schließlich am 2. Juli 2023 in Kraft.<sup>50</sup>

### 3. Zielsetzung

Das HinSchG dient der Umsetzung der WBRL ins deutsche Recht.<sup>51</sup> Zugleich soll der bis dahin lückenhafte und unzureichende Schutz hinweisgebender Personen in Deutschland ausgebaut und erstmalig ein umfassendes, einheitliches Hinweisgeberschutzsystem geschaffen werden. Ziel ist es, Hinweisgeber und sonstige von einer Meldung betroffenen Personen vor Benachteiligungen infolge dieser zu schützen und ihnen Rechtssicherheit zu geben.<sup>52</sup> Desweiteren dient das HinSchG der Förderung einer integren Unternehmenskultur und der Prävention.<sup>53</sup> Durch das HinSchG besteht in Deutschland erstmals eine sektor- und rechtsformübergreifende Pflicht zur Einrichtung eines Hinweisgebersystems.<sup>54</sup>

## II. Persönlicher Anwendungsbereich

### 1. Der Arbeitnehmerbegriff

Das HinSchG dient in erster Linie dem Schutz von „hinweisgebenden Personen“.<sup>55</sup> Dies sind gemäß § 1 Abs. 1 HinSchG natürliche Personen, die im Zusammenhang mit ihrer beruflichen Tätigkeit oder im Vorfeld einer beruflichen Tätigkeit Informationen über Verstöße

<sup>46</sup> Richtlinie (EU) 2019/1937 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Oktober 2019 zum Schutz von Personen, die Verstöße gegen das Unionsrecht melden (ABl. 2019, L 305, S. 34), abgekürzt als: WBRL.

<sup>47</sup> Richtlinie (EU) 2019/1937 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Oktober 2019 zum Schutz von Personen, die Verstöße gegen das Unionsrecht melden (ABl. 2019, L 305, S. 35), abgekürzt als: WBRL.

<sup>48</sup> Richtlinie (EU) 2019/1937 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Oktober 2019 zum Schutz von Personen, die Verstöße gegen das Unionsrecht melden (ABl. 2019, L 305, S. 38), abgekürzt als: WBRL.

<sup>49</sup> Richtlinie (EU) 2019/1937 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Oktober 2019 zum Schutz von Personen, die Verstöße gegen das Unionsrecht melden (ABl. 2019, L 305, S. 45), abgekürzt als: WBRL.

<sup>50</sup> *Dzida/Seibt*, NZA 2023, 657 (658).

<sup>51</sup> BT-Drs. 20/3442, 1.

<sup>52</sup> BT-Drs. 20/3442, 1.; BT-Drs. 20/3442, 56.

<sup>53</sup> *Bruns*, NJW 2023, 1609 (1609).

<sup>54</sup> *Dzida/Seibt*, NZA 2023, 657 (657).

<sup>55</sup> *Bruns*, NJW 2023, 1609 (1609).

erlangt haben und diese an die nach diesem Gesetz vorgesehenen Meldestellen melden oder offenlegen.

Da der europarechtliche Arbeitnehmerbegriff deutlich weiter gefasst ist als der des deutschen Rechts und das HinSchG der Umsetzung der WBRL in nationales Recht dient, hat sich der deutsche Gesetzgeber für eine weite Generalklausel entschieden. Auf eine zusätzliche konkrete Aufzählung der mindestens vom persönlichen Anwendungsbereich erfassten Personengruppen wird in § 1 Abs. 1 HinSchG verzichtet. Dennoch umfasst dieser auch sämtliche Personengruppen, die in Art. 4 WBRL aufgeführt sind. Es können also nicht nur Arbeitnehmer im klassischen Sinne, sondern u.a. auch Praktikanten, Lieferanten und weitere durch das HinSchG geschützt werden.<sup>56</sup>

Darüber hinaus werden gem. § 1 Abs. 2 HinSchG auch Personen geschützt, die Gegenstand einer Meldung oder Offenlegung sind, sowie sonstige Personen, die von einer Meldung oder Offenlegung betroffen sind.

## 2. Organmitglieder

Organmitglieder juristischer Personen fallen ebenfalls unter den persönlichen Anwendungsbereich des HinSchG (Art. 4 Abs. 1 lit. c WBRL).<sup>57</sup>

Mitglieder von Vorstand oder Aufsichtsrat unterliegen zwar grundsätzlich organschaftlichen Verschwiegenheitspflichten (§ 93 Abs. 1 Satz 3 AktG bzw. § 116 Satz 2, § 116 Satz 1 i. V. m. § 93 Abs. 1 Satz 3 AktG), allerdings hat das HinSchG als *lex specialis* Vorrang gegenüber dem AktG,<sup>58</sup> sodass eine Meldung i.S.d. HinSchG nicht gegen diese Verschwiegenheitspflichten verstößt.<sup>59</sup> Organmitglieder sind daher ebenfalls vom Schutz des HinSchG umfasst, sofern sie die allgemeinen Schutzvoraussetzungen (§ 33 HinSchG) erfüllen.<sup>60</sup>

Die gesellschaftsrechtliche Kompetenzordnung wird hiervon nicht ausgehebelt, so bleiben Aufsichtsratsmitglieder weiterhin dazu verpflichtet, die Unternehmensleitung zu überwachen und sicherzustellen, dass mögliche Rechtsverstöße, die ihr Unternehmen betreffen, aufgedeckt und beseitigt werden.<sup>61</sup> Dabei unterstehen sie in der Wahrnehmung ihrer Aufgaben nicht der Geschäftsleitung, auch wenn diese das Hinweisgebersystem betreibt. Das Hinweisgebersystem ersetzt die Überwachungspflicht des Aufsichtsrates nicht, sondern ergänzt sie vielmehr.<sup>62</sup>

Im Konzern steht es Organmitgliedern frei, sich bei Bekanntwerden eines Verstoßes entweder an die interne Meldestelle ihres eigenen Unternehmens (sofern vorhanden) oder die zentrale Konzernmeldestelle zu wenden.<sup>63</sup> An eine zentrale Konzernmeldestelle kann sich insbesondere dann gewendet werden, wenn ein Verstoß in einem anderen konzernangehörigen Unternehmen oder bei der Konzernleitung bekannt wird und ein direkter Hinweis

<sup>56</sup> BT-Drs. 20/3442, 56.

<sup>57</sup> Richtlinie (EU) 2019/1937 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Oktober 2019 zum Schutz von Personen, die Verstöße gegen das Unionsrecht melden (ABl. 2019, L 305, S. 35), abgekürzt als: WBRL.

<sup>58</sup> Colneric/Gerdemann/Colneric/Gerdemann, HinSchG, § 35 Rn. 47.

<sup>59</sup> Götz, NZA 2023, 1284 (1288, 1289).

<sup>60</sup> Thümmel, CCZ 2023, 154 (159).

<sup>61</sup> BT-Drs. 20/5992, 40.

<sup>62</sup> BT-Drs. 20/5992, 40.

<sup>63</sup> Colneric/Gerdemann/Colneric/Gerdemann, HinSchG, § 35 Rn. 47.



an die Verantwortlichen nicht möglich ist oder wenn die anderen Organmitglieder im eigenen Unternehmen einen Verstoß bewusst ignorieren.<sup>64</sup>

### III. Sachlicher Anwendungsbereich

Welche Verstöße in den sachlichen Anwendungsbereich des HinSchG fallen, ist in § 2 HinSchG geregelt. Dies sind zum einen von der WBRL vorgegebene Bereiche des Unionsrechts, z.B. Vorschriften zur Bekämpfung von Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung (§ 2 Abs. 1 Nr. 3 lit. a HinSchG), und zum anderen die vom deutschen Gesetzgeber einbezogenen Bereiche des nationalen Rechts.<sup>65</sup> Erfasst werden u.a. Verstöße, die strafbewehrt sind (§ 2 Abs. 1 Nr. 1 HinSchG) und Verstöße, die bußgeldbewehrt sind, soweit die verletzte Vorschrift dem Schutz von Leben, Leib oder Gesundheit oder dem Schutz der Rechte von Beschäftigten oder ihrer Vertretungsorgane dient (§ 2 Abs. 1 Nr. 2 HinSchG).

Verstöße gegen Betriebsvereinbarungen oder unternehmensinterne Regelungen werden grundsätzlich nicht vom sachlichen Anwendungsbereich des HinSchG erfasst.<sup>66</sup> In der Praxis beziehen jedoch viele Unternehmen auch Verstöße gegen interne Richtlinien mit ein und ermöglichen die Meldung entsprechender Hinweise über ihr Hinweisgebersystem.<sup>67</sup>

Ein Beispiel hierfür ist der VW-Konzern. Dessen Code of Conduct, zu deutsch Verhaltenskodex, bildet das ethische und wertebasierte Fundament für integres und regelkonformes Handeln und stellt eine verbindliche Leitlinie für alle Beschäftigten des Konzerns weltweit dar. Er enthält zahlreiche Verhaltensvorgaben, die neben dem Umgang mit strafbaren Handlungen wie Korruption oder Geldwäsche auch Prinzipien für ein respektvolles Miteinander beinhalten, etwa eine werteorientierte Führung oder eine offene Fehlerkultur. Es wird außerdem darauf hingewiesen, dass Verstößen gegen Gesetze und interne Regelungen, wie sie der Code of Conduct enthält, umgehend nachgegangen wird und Hinweise zu solchen Verstößen an das Hinweisgebersystem des VW-Konzerns gemeldet werden können. Dieses ist für die Bearbeitung von Hinweisen zu schweren Regelverstößen zuständig. Ein solcher liegt vor, wenn erheblich gegen die im Code of Conduct niedergelegten ethischen Grundwerte verstoßen wird oder Gesetzes- oder Regelverstöße begangen werden, die die Reputation oder finanziellen Interessen des Unternehmens in schwerwiegender Weise beeinträchtigen könnten.<sup>68</sup>

Ebenfalls an das Hinweisgebersystem gemeldet werden können Verstöße gegen den Code of Conduct für Geschäftspartner, einschließlich schwerwiegender Risiken und Menschenrechts- und Umweltverletzungen durch direkte und indirekte Lieferanten,<sup>69</sup> sowie sonstige Meldungen, die sofortige Maßnahmen durch das Unternehmen erfordern.<sup>70</sup>

Das Hinweisgebersystem auch für Meldungen über Verstöße gegen interne Regelungen zu öffnen und einheitliche Meldekanäle, Meldestellen sowie Bearbeitungsverfahren sowohl für Meldungen im Anwendungsbereich des HinSchG als auch für solche zu Verstößen gegen interne Regelungen einzurichten, kann vermeiden, dass beim Hinweisgeber

<sup>64</sup> Götz, NZA 2023, 1284 (1288).

<sup>65</sup> Dzida/Seibt, NZA 2023, 657 (659).

<sup>66</sup> Bruns, NJW 2023, 1609 (1610).

<sup>67</sup> Weihe, CCZ 2024, 85 (89).

<sup>68</sup> Volkswagen Group, 2024, Der Code of Conduct des Volkswagen Konzerns, <https://www.volkswagen-group.com/en/publications/more/the-code-of-conduct-of-the-volkswagen-group-1882>, S. 53, 25.11.2024.

<sup>69</sup> Volkswagen Group, 2024, Der Code of Conduct des Volkswagen Konzerns, <https://www.volkswagen-group.com/en/publications/more/the-code-of-conduct-of-the-volkswagen-group-1882>, S. 54, 25.11.2024.

<sup>70</sup> Volkswagen Group, 2024, Unser Hinweisgebersystem, <https://www.volkswagen-group.com/de/unser-hinweisgebersystem-16041>, 25.11.2024.

Abgrenzungsschwierigkeiten entstehen. Zudem bedeutet es für das Unternehmen in der Regel einen geringeren Aufwand.<sup>71</sup> Allerdings sollten Unternehmen, die sich für diesen Weg entscheiden, ausdrücklich darauf hinweisen, dass sich der Schutz des HinSchG nicht auf Hinweise zu Verstößen gegen ausschließlich unternehmensinterne Regelungen erstreckt.<sup>72</sup> Dadurch wird sichergestellt, dass potenzielle Hinweisgeber sich darüber im Klaren sind, keinen rechtlichen Schutz durch das HinSchG vor Repressalien infolge einer solchen Meldung zu genießen,<sup>73</sup> auch wenn das Unternehmen eigenständig Schutzmaßnahmen zusichert.<sup>74</sup>

#### **IV. Zwischenfazit**

Vor dem Inkrafttreten des HinSchG existierte in Deutschland keine allgemeine Rechtspflicht zur Einrichtung eines Hinweisgebersystems. Lediglich Unternehmen bestimmter Branchen, die spezialgesetzlichen Bestimmungen unterliegen, waren bereits damals dazu verpflichtet, ein solches System zu betreiben.<sup>75</sup> Trotzdem gehört ein Hinweisgebersystem in großen Unternehmen und insbesondere in den großen deutschen Konzernen schon seit langem zum Standard.<sup>76</sup> Obwohl es an einem allgemeinen rechtlichen Rahmen fehlte, waren diese Systeme teilweise bereits umfassend ausgestaltet, wie am Beispiel des VW-Konzerns verdeutlicht wurde.

Mit der Einführung der WBRL und ihrer Umsetzung ins deutsche Recht durch das HinSchG wurde erstmals eine umfassende, sektor- und rechtsformübergreifende Pflicht zur Einrichtung eines Hinweisgebersystems eingeführt.<sup>77</sup> Der persönliche Anwendungsbereich des HinSchG ist dabei weit gefasst. Zudem ermöglichen Unternehmen häufig auch Meldungen zu Verstößen gegen interne Regelungen über ihr Hinweisgebersystem, auch wenn diese nicht vom sachlichen Anwendungsbereich des HinSchG erfasst werden. Dies zeigt ebenfalls das Beispiel des VW-Konzerns.

#### **D. Compliance als Basis für das Hinweisgebersystem**

Compliance und Hinweisgebersysteme sind eng miteinander verknüpft. Rechtskonformes Handeln im Unternehmen erfordert, dass vorhandenes Wissen über tatsächliche oder potenzielle Rechtsverstöße an eine geeignete unternehmensinterne Stelle weitergeleitet wird, um notwendige Maßnahmen zur Aufklärung und Prävention einzuleiten.<sup>78</sup> Daher gilt ein Hinweisgebersystem bereits seit einigen Jahren als notwendiger Bestandteil eines effektiven Compliance-Systems und ist zumeist in die Compliance-Abteilung integriert.<sup>79</sup>

Angesichts dieser engen Verknüpfung zwischen Compliance und Hinweisgebersystem erfolgt in diesem Kapitel eine Einführung in die zentralen Aspekte der Konzern-Compliance. Zunächst werden die Grundlagen der Compliance erläutert. Im Anschluss erfolgt eine Darstellung der Verteilung der Compliance-Verantwortlichkeiten im Konzern, bevor schließlich ein Überblick über die Einrichtungspflicht und die Umsetzung eines konzernweiten Compliance Management Systems gegeben wird.

<sup>71</sup> Quast/Ohrloff, CCZ 2022, 303 (304).

<sup>72</sup> Dzida/Seibt, NZA 2023, 657 (660).

<sup>73</sup> Dzida/Seibt, NZA 2023, 657 (660).

<sup>74</sup> Vgl. Volkswagen Group, 2024, Der Code of Conduct des Volkswagen Konzerns, <https://www.volkswagen-group.com/en/publications/more/the-code-of-conduct-of-the-volkswagen-group-1882>, S. 53, 54, 25.11.2024.

<sup>75</sup> Schulz/Möhlenbeck, Compliance Management im Unternehmen, S. 194.

<sup>76</sup> Taschke/Pielow/Volk, NZWiSt 2021, 85 (86).

<sup>77</sup> Dzida/Seibt, NZA 2023, 657 (657).

<sup>78</sup> Marques/Blesius, npoR 2023, 240 (243).; Sonnenberg, JuS 2017, 917 (920).

<sup>79</sup> Marques/Blesius, npoR 2023, 240 (243).; Sonnenberg, JuS 2017, 917 (920).

## I. Compliance Grundlagen

### 1. Begriffserklärung

Der Begriff Compliance wurde aus der angelsächsischen Rechtsterminologie übernommen und bedeutet im Allgemeinen „Einhaltung, Befolgung, Übereinstimmung oder Einhaltung bestimmter Gebote“. Compliance fordert grundsätzlich zunächst nur, dass Unternehmen und deren Organe nach geltendem Recht handeln.<sup>80</sup> Der deutsche Corporate Governance Kodex, welcher Grundsätze, Empfehlungen und Anregungen zur Leitung und Überwachung deutscher börsennotierter Gesellschaften enthält, definiert Compliance in seinem Grundsatz 5 der Fassung vom 28. April 2022 wie folgt:<sup>81</sup>

„Der Vorstand hat für die Einhaltung der gesetzlichen Bestimmungen und der internen Richtlinien zu sorgen und wirkt auf deren Beachtung im Unternehmen hin (Compliance). Das interne Kontrollsystem und das Risikomanagementsystem umfassen auch ein an der Risikolage des Unternehmens ausgerichtetes Compliance Management System.“<sup>82</sup>

Diese Definition hat sich auch in der Unternehmenspraxis etabliert.<sup>83</sup> Der Begriff Compliance umfasst demnach einerseits die Frage, wie die Einhaltung gesetzlicher Vorschriften und unternehmensinterner Richtlinien im Unternehmen gesichert werden kann, und andererseits alle Maßnahmen zur Risikofrüherkennung und Risikominimierung.<sup>84</sup>

### 2. Ziele

Compliance verfolgt im Wesentlichen drei Ziele. Sie soll die Rechtstreue des Unternehmens gewährleisten und dient somit der positiven Generalprävention. Aus Perspektive der Gesellschaft, der Organmitglieder und der Mitarbeiter ist vor allem der Gedanke der Haftungsvermeidung relevant. Auch für Aktionäre und andere am Wohlergehen der Gesellschaft Interessierte spielt dies eine Rolle, da Verstöße schwerwiegende Haftungsfolgen nach sich ziehen können, die mittelbar auch sie schädigen.<sup>85</sup> Zuletzt dient Compliance auch dem Reputationsschutz, denn jeder publik gewordene Regelverstoß schadet dem Ansehen des Unternehmens und dessen Angehörigen, auch wenn niemand individuell dafür zur Verantwortung gezogen werden kann.<sup>86</sup>

## II. Compliance-Verantwortlichkeiten

### 1. Compliance-Pflichten

#### a) Legalitätskontrollpflicht der Muttergesellschaft

Die Leitung einer Gesellschaft hat sich bei der Ausübung ihrer Aufgaben stets an Gesetz und Satzung zu halten, dies bezeichnet man als Legalitätspflicht, welche sich nach h.M. aus der allgemeinen Leitungsverantwortung der Geschäftsleitung nach

<sup>80</sup> Moosmayer/Lösler/Moosmayer/Lösler, Corporate Compliance, § 1 Rn. 2.

<sup>81</sup> Bundesanzeiger, 2022, Bekanntmachung des „Deutschen Corporate Governance Kodex“ (in der Fassung vom 28. April 2022), <https://www.bundesanzeiger.de/pub/publication/5BB23xZmFfjVdBZsrcB/content/5BB23xZmFfjVdBZsrcB/BAanz%20AT%2027.06.2022%20B1.pdf?inline>, S. 3, 26.11.2024.

<sup>82</sup> Bundesanzeiger, 2022, Bekanntmachung des „Deutschen Corporate Governance Kodex“ (in der Fassung vom 28. April 2022), <https://www.bundesanzeiger.de/pub/publication/5BB23xZmFfjVdBZsrcB/content/5BB23xZmFfjVdBZsrcB/BAanz%20AT%2027.06.2022%20B1.pdf?inline>, S. 3, 26.11.2024.

<sup>83</sup> Moosmayer/Lösler/Moosmayer/Lösler, Corporate Compliance, § 1 Rn. 3.

<sup>84</sup> Moosmayer/Lösler/Moosmayer/Lösler, Corporate Compliance, § 1 Rn. 4.

<sup>85</sup> Kremer et al./Kremer, DCGK, Abs. Grundsatz 5 Rn. 22.

<sup>86</sup> Kremer et al./Kremer, DCGK, Abs. Grundsatz 5 Rn. 22.

§§ 76 Abs. 1, 93 Abs. 1 S. 1 AktG bzw. § 43 Abs. 1 GmbHG ableitet.<sup>87</sup> Geschäftsführung und Vorstand müssen jedoch nicht nur selbst rechtskonform handeln, sondern auch dafür Sorge tragen, dass sich alle Unternehmensangehörigen an Gesetz und Satzung halten, dies wird als Legalitätskontrollpflicht bezeichnet.<sup>88</sup> Diese Pflicht kann auch als Compliance-Pflicht bezeichnet werden. Die Frage, ob eine konzernweite Compliance-Pflicht besteht, also Vorstand oder Geschäftsführung der Muttergesellschaft dazu verpflichtet sind, zu kontrollieren, ob auch die Leitung der abhängigen Gesellschaft sich an die Legalitätspflicht hält, ist umstritten.<sup>89</sup>

Der h.L. nach wird dies bejaht und die Compliance-Verantwortung der Leitung einer Muttergesellschaft umfasst nicht nur das eigene Unternehmen, sondern erstreckt sich auch auf die Tochter- und Enkelgesellschaften. Gestützt wird dies zum einen auf die Legalitätspflicht der Muttergesellschaft und zum anderen auf die sogenannte Schadensabwendungspflicht.<sup>90</sup> Diese folgt aus der Leitungsverantwortung der Geschäftsleitung gegenüber ihrer Gesellschaft gem. §§ 76 Abs.1, 93 Abs.1 und 2 AktG, § 43 Abs.1 und 2 GmbHG und bezeichnet die Pflicht, die Gesellschaft vor Schäden zu bewahren.<sup>91</sup> Rechtsverstöße in Tochter- oder Enkelgesellschaften können Vermögensverluste und Reputationsschäden bei der Muttergesellschaft verursachen, somit liegt es im Eigeninteresse der Muttergesellschaft, auch in den abhängigen Unternehmen solche Verstöße zu verhindern und damit potenziellen Schaden abzuwenden.<sup>92</sup>

Für diese konzerndimensionale Legalitätskontrollpflicht spricht zudem die Anerkennung konzernweiter Überwachungspflichten im Rahmen des § 91 Abs. 2 AktG und die Tatsache, dass der Konzernvorstand zum pfleglichen Umgang mit dem Beteiligungsbesitz verpflichtet ist. Er muss sicherstellen, dass die Konzernmuttergesellschaft nicht durch Rechtsverletzungen der abhängigen Konzerngesellschaften geschädigt wird. Eine konzerndimensionale Legalitätskontrollpflicht lässt sich also auch aus der allgemeinen Leitungssorgfalt der §§ 76 Abs.1, 93 Abs. 1 ableiten.<sup>93</sup> Diese konzernweite Compliance-Pflicht besteht aber grundsätzlich nur im Innenverhältnis.<sup>94</sup>

## **b) Pflichten der abhängigen Gesellschaft**

Für die Umsetzung der konzernweiten Compliance-Vorgaben unmittelbar verantwortlich sind die einzelnen Konzernunternehmen.<sup>95</sup> Die Compliance-Verantwortung liegt weiterhin bei der Leitung der abhängigen Gesellschaft.<sup>96</sup> Die jeweiligen Organmitglieder sind verpflichtet, innerhalb ihres Zuständigkeitsbereichs rechtskonforme Zustände sicherzustellen. Sie können aber auf die vorhandene Compliance-Organisation der Muttergesellschaft zurückgreifen und ihre Compliance-Strukturen in sie integrieren. Leitung von Mutter- und Tochtergesellschaft müssen ihre Compliance-Strukturen konzernweit koordinieren und vernetzen.<sup>97</sup> Der Umfang der Compliance-Strukturen der Tochtergesellschaft hängt auch davon ab, wie eng diese in das Gesamtsystem der Konzern-Compliance eingebunden ist.<sup>98</sup> Unabhängig vom Grad dieser Einbindung bleibt die Leitung der Tochtergesellschaft stets

<sup>87</sup> Jursciak, Sanktionsdurchgriffe und Compliance im Konzern, S. 218.

<sup>88</sup> Jursciak, Sanktionsdurchgriffe und Compliance im Konzern, S. 219.

<sup>89</sup> Jursciak, Sanktionsdurchgriffe und Compliance im Konzern, S. 220.

<sup>90</sup> Henssler/Fleischer, AktG, § 91 Rn. 89.

<sup>91</sup> Jursciak, Sanktionsdurchgriffe und Compliance im Konzern, S. 221.

<sup>92</sup> Henssler/Fleischer, AktG, § 91 Rn. 89.

<sup>93</sup> Henssler/Fleischer, AktG, § 91 Rn. 89.

<sup>94</sup> Koch/Koch, AktG, § 76 Rn. 51.

<sup>95</sup> Henssler/Fleischer, AktG, § 91 Rn. 91.

<sup>96</sup> Jursciak, Sanktionsdurchgriffe und Compliance im Konzern, S. 250.

<sup>97</sup> Henssler/Fleischer, AktG, § 91 Rn. 91.

<sup>98</sup> Jursciak, Sanktionsdurchgriffe und Compliance im Konzern, S. 250.

dazu angehalten, ein Mindestmaß an Compliance-Funktionen im eigenen Unternehmen selbst aufrechtzuerhalten. Dadurch wird sichergestellt, dass sie ihrer Informationsverantwortung nachkommen kann und im Not- oder Streitfall die Compliance-Verantwortung eigenständig wieder übernehmen kann.<sup>99</sup>

## 2. Mögliche Folgen von Compliance-Verstößen

Compliance-Verstöße haben oft schwerwiegende Folgen für alle Beteiligten. Es drohen Geldbußen, Schadensersatzzahlungen, Reputationsschäden und weitere Strafmaßnahmen. Besonders Korruption, Kartellverstöße oder Verstöße gegen außenwirtschaftsrechtliche oder umweltrechtliche Regelungen können existenzbedrohende Konsequenzen haben.<sup>100</sup>

Im Konzern haben Kartellverstöße zur Folge, dass die Konzernmutter nach dem EU-Wettbewerbsrecht und seit der 9. GWB-Novelle auch nach deutschem Kartellrecht für die Verstöße ihrer Tochterunternehmen haftbar gemacht werden kann.<sup>101</sup> Hiervon war in jüngerer Vergangenheit der VW-Konzern betroffen. Die EU-Kommission verhängte 2021 aufgrund wettbewerbswidrigen Verhaltens Geldbußen gegen VW und BMW.<sup>102</sup> Die VW AG wurde dabei als Muttergesellschaft gesamtschuldnerisch für die Handlungen ihrer Tochtergesellschaften Audi und Porsche haftbar gemacht und musste rund 500 Millionen Euro zahlen.<sup>103</sup>

Für die Organmitglieder können Compliance-Verstöße schwerwiegende persönliche Folgen haben. Bei Kartellabsprachen drohen Ermittlungen wegen Verletzung der Aufsichtspflicht nach §§ 30, 130 OWiG, bei Nachweis einer solchen kann dies zugleich eine Verletzung des Anstellungsvertrages sein. Eine Organhaftung ist ebenfalls möglich.<sup>104</sup> Zudem besteht nach §§ 309, 317 AktG das Risiko persönlicher Haftung, wenn Organmitglieder der Konzernmutter pflichtwidrig in Tochtergesellschaften eingreifen, etwa durch den Abzug von Mitteln.<sup>105</sup>

Die genannten Beispiele zeigen lediglich einen Ausschnitt des breiten Spektrums an Nachteilen, die ein Unternehmen und seine Angehörigen infolge eines Compliance-Verstoßes treffen können.<sup>106</sup>

## III. Konzernweites Compliance Management System

Ein Compliance Management System (CMS) ist ein System, das darauf abzielt, Regelverstöße, die eine existenzielle Gefahr für Unternehmen darstellen könnten, durch die Einhaltung spezifischer Maßnahmen zu verhindern oder das Risiko dieser zumindest zu reduzieren.<sup>107</sup> In den meisten Unternehmen, insbesondere in Konzernen, gehört ein CMS zum

<sup>99</sup> Henssler/Fleischer, AktG, § 91 Rn. 91.

<sup>100</sup> Schockenhoff, NZG 2015, 409 (409).

<sup>101</sup> Jusciak, Sanktionsdurchgriffe und Compliance im Konzern, S. 25.

<sup>102</sup> Zusammenfassung des Beschlusses der Kommission vom 8. Juli 2021 in einem Verfahren nach Artikel 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union und Artikel 53 des EWR-Abkommens (Fall AT.40178 – Pkw-Emissionen) (ABl. 2021, C 458/16).

<sup>103</sup> Zusammenfassung des Beschlusses der Kommission vom 8. Juli 2021 in einem Verfahren nach Artikel 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union und Artikel 53 des EWR-Abkommens (Fall AT.40178 – Pkw-Emissionen) (ABl. 2021, C 458/18).; Zusammenfassung des Beschlusses der Kommission vom 8. Juli 2021 in einem Verfahren nach Artikel 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union und Artikel 53 des EWR-Abkommens (Fall AT.40178 – Pkw-Emissionen) (ABl. 2021, C 458/19).

<sup>104</sup> Moosmayer/Lösler/ Moosmayer/Lösler, Corporate Compliance, § 1 Rn. 14.

<sup>105</sup> Moosmayer/Lösler/ Moosmayer/Lösler, Corporate Compliance, § 1 Rn. 16.

<sup>106</sup> Schulz/Schulz, Compliance Management im Unternehmen, S. 5.

<sup>107</sup> Wiedmann/Greubel, CCZ 2019, 88 (88).

Standard.<sup>108</sup> Hier stellt sich die Frage, ob eine Pflicht zur konzernweiten Einrichtung eines CMS besteht und wie dieses sinnvoll ausgestaltet werden kann.<sup>109</sup>

## 1. Pflicht zur Einrichtung

Der Vorstand einer AG hat gem. § 91 Abs. 2 AktG ein Überwachungssystem einzurichten, damit den Fortbestand der Gesellschaft gefährdende Entwicklungen früh erkannt werden. Ist eine Gesellschaft börsennotiert, hat der Vorstand darüber hinaus gem. § 91 Abs. 3 AktG ein im Hinblick auf den Umfang der Geschäftstätigkeit und die Risikolage des Unternehmens angemessenes und wirksames internes Kontrollsystem und Risikomanagementsystem einzurichten. Auch der DCGK empfiehlt die Einrichtung eines solchen Systems in seinem Grundsatz 4, in Grundsatz 5 DCGK wird zudem explizit empfohlen, dass dieses auch ein an der Risikolage des Unternehmens ausgerichtetes CMS umfassen sollte. Außerdem empfiehlt der DCGK in diesem Kontext, dass es Beschäftigten und Dritten möglich sein sollte, auf geschützte Art und Weise Hinweise auf Rechtsverstöße im Unternehmen zu geben, also ein Hinweisgebersystem einzurichten.<sup>110</sup> Diese Empfehlungen gelten laut Präambel des DCGK ausdrücklich auch für Konzernunternehmen.<sup>111</sup>

Vorstand und Aufsichtsrat der börsennotierten Gesellschaft haben gem. § 161 Abs. 1 AktG jährlich zu erklären, inwiefern den Empfehlungen des DCGK entsprochen wurde, Abweichungen hiervon müssen begründet werden. Eine rechtliche Pflicht zur Implementierung eines CMS besteht folglich nicht.<sup>112</sup> Dennoch hat sich in den letzten Jahren aufgrund verschiedener Rechtsprechung eine faktische Pflicht für den Konzernvorstand herausgebildet, wobei das „Siemens-Neubürger-Urteil“ wohl das bekannteste Urteil ist.<sup>113</sup>

Beim „Siemens-Neubürger-Urteil“ entschied das Landgericht München am 10. Dezember 2013, dass der Siemens Konzern einen Anspruch auf Schadensersatz in Höhe von 15 Millionen Euro auf Grundlage des § 93 Abs. 2 S. 1 AktG gegen sein ehemaliges Vorstandsmitglied hat.<sup>114</sup>

Bei Siemens hatte sich ein System „schwarzer Kassen“ entwickelt, diese wurden zur Zahlung von Schmiergeldern im Ausland genutzt. Das Vorstandsmitglied hatte wiederholt Hinweise auf diese „schwarzen Kassen“, die mangelhafte Effizienz des Compliance-Systems sowie die fehlende Verlässlichkeit der Regional Compliance Officer erhalten und trotzdem keine Maßnahmen ergriffen, um das Compliance-System effizienter zu gestalten. Die mangelnde Effizienz des Compliance-Systems und das Unterlassen der Überprüfung ebendieser wertete das Gericht als Pflichtverletzung.<sup>115</sup> Die Einhaltung des Legalitätsprinzips und dementsprechend die Implementierung eines effizienten Compliance-Systems gehöre zur

<sup>108</sup> Moosmayer/Lösler/Schlaghecke, Corporate Compliance, § 1 Rn. 107.

<sup>109</sup> Tober/Edinger/Schauer, CCZ 2024, 247 (248).

<sup>110</sup> Bundesanzeiger, 2022, Bekanntmachung des „Deutschen Corporate Governance Kodex“ (in der Fassung vom 28. April 2022), <https://www.bundesanzeiger.de/pub/publication/5BB23xZmFfjVdBZsrcB/content/5BB23xZmFfjVdBZsrcB/BAanz%20AT%2027.06.2022%20B1.pdf?inline>, S. 3, 03.12.2024.

<sup>111</sup> Bundesanzeiger, 2022, Bekanntmachung des „Deutschen Corporate Governance Kodex“ (in der Fassung vom 28. April 2022), <https://www.bundesanzeiger.de/pub/publication/5BB23xZmFfjVdBZsrcB/content/5BB23xZmFfjVdBZsrcB/BAanz%20AT%2027.06.2022%20B1.pdf?inline>, S. 3, 03.12.2024.

<sup>112</sup> Tober/Edinger/Schauer, CCZ 2024, 247 (248).

<sup>113</sup> Tober/Edinger/Schauer, CCZ 2024, 247 (248).

<sup>114</sup> LG München I, Urteil vom 10.12.2013, 5 HK O 1387/10, NZG 2014, 345 (346).

<sup>115</sup> LG München I, Urteil vom 10.12.2013, 5 HK O 1387/10, NZG 2014, 345 (347).

Gesamtverantwortung des Vorstands und das Vorstandsmitglied habe seine in § 93 Abs. 1 S. 1 AktG normierte Sorgfaltspflicht verletzt.<sup>116</sup>

Das Gericht stellte u.a. fest, dass der Vorstand eine auf Schadensprävention und Risikokontrolle ausgelegte Compliance-Organisation einzurichten hat, wobei sich der konkrete Umfang dieser u.a. nach Größe und Organisation des Unternehmens zu bestimmen habe.<sup>117</sup> Zudem versuchte das beklagte Vorstandsmitglied sich zu entlasten, indem es anführte, kein Weisungsrecht gegenüber Einzelpersonen oder anderen Konzerneinheiten gehabt zu haben. Dies ließ das Gericht nicht gelten, da es im Widerspruch zur Gesamtverantwortung des Vorstands für ein effektives Compliance-System stehe. Es habe an hinreichenden Berichtslinien und daraus abzuleitenden Zuständigkeiten gemangelt. Die Verantwortung eine angemessene Organisationsstruktur zu schaffen läge beim Vorstand.<sup>118</sup>

Das Landgericht München versteht in dieser Entscheidung die Pflicht des Vorstands zur Einrichtung eines Compliance-Systems folglich dem Grunde nach konzernweit.<sup>119</sup> Hier ist jedoch wichtig zu erwähnen, dass das „Siemens-Neubürger-Urteil“ nicht ungeprüft als Maßstab für die konzerndimensionalen Compliance-Pflichten des Konzernvorstands verwendet werden sollte. Denn die Schmiergeldzahlungen erfolgten aus der Siemens AG heraus und nicht aus untergeordneten Konzernunternehmen. Die Verantwortung des Vorstands der Muttergesellschaft besteht nur so weit, wie es die gesellschaftsrechtlichen Einwirkungsmöglichkeiten erlauben.<sup>120</sup> Im faktischen Konzern sind diese Einwirkungsmöglichkeiten der Konzernleitung begrenzt, da sie im Gegensatz zum Vertrags- oder Eingliederungskonzern kein Weisungsrecht gegenüber den abhängigen Unternehmen besitzt.<sup>121</sup>

Desweiteren betonte der BGH in seinem Urteil vom 09. Mai 2017, dass für die Bemessung von Verbandsbußgeldern nach §§ 30, 17 Abs. 3 OWiG von Bedeutung ist, ob der Pflicht zur Einrichtung eines effizienten, auf die Vermeidung von Rechtsverstößen ausgelegten, CMS nachgekommen wurde. Außerdem könne es eine Rolle spielen, ob im Nachhinein des Verfahrens Compliance-Maßnahmen weiter optimiert werden, um vergleichbare Verstöße in Zukunft weiter zu erschweren.<sup>122</sup>

Ein weiterer positiver Effekt eines funktionierenden CMS kann die Vermeidung einer Haftung wegen Aufsichtspflichtsverletzung des Unternehmens nach § 130 OWiG sowie mangels Anknüpfungstat auch nach § 30 OWiG sein.<sup>123</sup>

## 2. Elemente eines Compliance-Management-Systems

Der Unternehmensleitung wird bei der Umsetzung des CMS ein weites Ermessen eingeräumt, es ist abhängig vom individuellen Gefahrenpotenzial des Unternehmens auszugestalten. Es existiert keine rechtliche Grundlage, die bestimmt, welche Elemente ein CMS enthalten muss.<sup>124</sup>

Der Prüfungsstandard 980 des Instituts der Wirtschaftsprüfer (IDW PS 980) gibt sieben Kernelemente vor, die ein effektives CMS enthalten sollte. Er wird zur Beurteilung eines CMS durch einen Wirtschaftsprüfer verwendet.<sup>125</sup> Da es sich um einen

<sup>116</sup> LG München I, Urteil vom 10.12.2013, 5 HK O 1387/10, NZG 2014, 345 (346).

<sup>117</sup> LG München I, Urteil vom 10.12.2013, 5 HK O 1387/10, NZG 2014, 345 (345, 346).

<sup>118</sup> LG München I, Urteil vom 10.12.2013, 5 HK O 1387/10, NZG 2014, 345 (347, 348).

<sup>119</sup> Bürkle, Compliance in Versicherungsunternehmen, § 3 Rn. 16.

<sup>120</sup> Bürkle, Compliance in Versicherungsunternehmen, § 3 Rn. 16.

<sup>121</sup> Moosmayer/Lösler/Bürkle/Kinzl, Corporate Compliance, § 12 Rn. 82, 83.

<sup>122</sup> BGH, Urteil vom 09.05.2017, 1 StR 265/16, NZWiSt 2018, 379 (387).

<sup>123</sup> Jusciak, Sanktionsdurchgriffe und Compliance im Konzern, S. 162.

<sup>124</sup> Sonnenberg, JuS 2017, 917 (918).

<sup>125</sup> Goette/Habersack/Spindler, AktG, § 91 Rn. 74.

betriebswirtschaftlichen Standard handelt, entfaltet er keine weitergehende juristische Bindungswirkung,<sup>126</sup> kann aber zur Orientierung herangezogen werden.<sup>127</sup> Nach diesem Prüfungsstandard lässt z.B. auch der Mercedes-Benz Konzern sein CMS prüfen.<sup>128</sup> Der IDW PS 980 umfasst folgende Elemente: Die Compliance-Kultur – Klare Verdeutlichung der Vorbildfunktion in den Hierarchieebenen. Die Compliance-Ziele – Festlegung der Ziele, die mit dem CMS erreicht werden sollen. Die Compliance-Risiken – Identifizierung und Bewertung der Compliance-Risiken auf Basis der Compliance-Ziele. Das Compliance-Programm – Einführung von Verfahren zur Vermeidung der identifizierten Risiken. Die Compliance-Organisation – Festlegung von Zuständigkeiten und Schaffung ausreichender Ressourcen. Die Compliance-Kommunikation – Umfassende Information aller Hierarchieebenen. Abschließend die Compliance-Überwachung und -Verbesserung – fortlaufende Überwachung des CMS.<sup>129</sup>

Insbesondere die Elemente Compliance-Organisation und Compliance-Risiken stellen bei der Umsetzung im Konzern potenzielle Herausforderungen dar, die indirekt auch das Hinweisgebersystem betreffen. Daher wird auf sie im folgenden kurz eingegangen.

### **a) Organisation im Konzern**

Wie die Compliance-Organisation ausgestaltet wird, liegt auch beim Konzern im unternehmerischen Ermessen. In der Praxis bestimmt die Geschäftsleitung der Muttergesellschaft häufig eines ihrer Mitglieder, das für die konzernweite Compliance zuständig ist.<sup>130</sup> Dieses Verfahren wird als horizontale Delegation bezeichnet. Das Leitungsmitglied kann die operative Umsetzung an eine nachgeordnete Funktion delegieren (vertikale Delegation) und einen Konzern-Compliance-Beauftragten bestimmen.<sup>131</sup>

Dies wurde beim VW-Konzern wie folgt umgesetzt: Das Vorstandsmitglied Dr. Manfred Döss ist für den Bereich Integrität und Recht zuständig.<sup>132</sup> An ihn berichtet der „Group Chief Integrity and Compliance Officer“, Nicolas Heyer,<sup>133</sup> der die weltweite Integrity & Compliance Organisation des Konzerns leitet. Ihm unterstehen wiederum die sogenannten „Divisional Integrity and Compliance Officer“, die i.d.R. für mehrere Konzernunternehmen verantwortlich sind und dort die Compliance-Maßnahmen in ihrem Zuständigkeitsbereich umsetzen, sowie die „Regional Integrity and Compliance Officer“, die für die beherrschten Unternehmen in China sowie in Australien, Korea, Japan, Malaysia und Taiwan zuständig sind. Die Tochtergesellschaften Porsche und Traton verfügen zudem über eigene, unabhängige Compliance-Strukturen.<sup>134</sup>

<sup>126</sup> Wiedmann/Greubel, CCZ 2019, 88 (89).

<sup>127</sup> Goette/Habersack/Spindler, AktG, § 91 Rn. 74.

<sup>128</sup> Mercedes-Benz Group, 2023, Geschäftsbericht 2023, <https://group.mercedes-benz.com/dokumente/investoren/berichte/geschaeftsberichte/mercedes-benz/mercedes-benz-geschaeftsbericht-2023-inkl-zusammengefasster-lagebericht-mbg-ag.pdf>, S. 108, 08.12.2024.

<sup>129</sup> Goette/Habersack/Spindler, AktG, § 91 Rn. 74.

<sup>130</sup> Sonnenberg, JuS 2017, 917 (921).

<sup>131</sup> Sonnenberg, JuS 2017, 917 (919, 921).

<sup>132</sup> Volkswagen Group, 2022, Unternehmensführung, <https://www.volkswagen-group.com/de/unternehmensfuehrung-15790>, 06.12.2024.

<sup>133</sup> Volkswagen Group, 2024, Integrität und Compliance, <https://www.volkswagen-group.com/de/integritaet-und-compliance-15705?query=>, 06.12.2024.

<sup>134</sup> Volkswagen Group, 2023, Nachhaltigkeitsbericht 2023, [https://uploads.vwmms.de/system/production/documents/cws/002/674/file\\_de/912a475685ada015c1ad3e8c5f193f783bb74b10/2023\\_Volkswagen\\_Group\\_Nachhaltigkeitsbericht.pdf?1710239373](https://uploads.vwmms.de/system/production/documents/cws/002/674/file_de/912a475685ada015c1ad3e8c5f193f783bb74b10/2023_Volkswagen_Group_Nachhaltigkeitsbericht.pdf?1710239373), S. 109, 110, 06.12.2024.



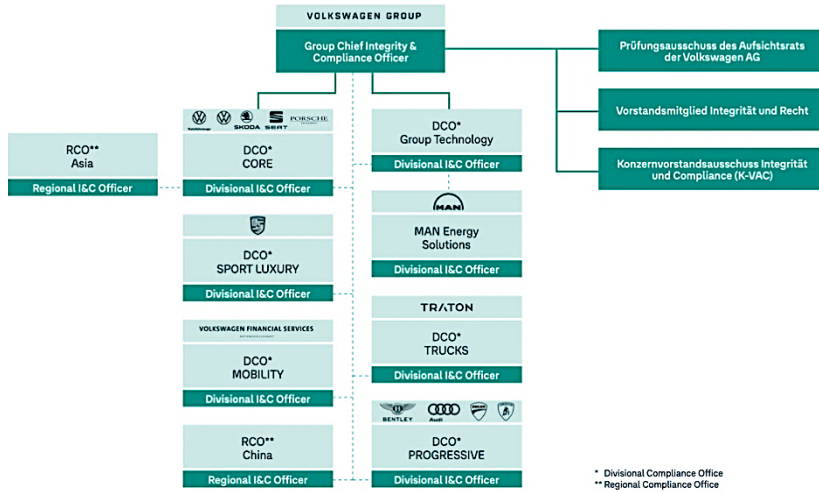


Abb. 1: Group Integrity & Compliance DCO and RCO Structure, Quelle: Volkswagen Group, 2023.

## b) Risikoanalyse im Konzern

Eine angemessene Informationsgrundlage ist notwendig für die sinnvolle Ausgestaltung der konzernweiten Compliance. Um diese zu schaffen, sind die Compliance-Risiken zu ermitteln und zu bewerten, um eine konzernweite Compliance-Risikoprüfung durchführen zu können. Die regelmäßige Überwachung und Kontrolle der Tochtergesellschaften ist dazu notwendig, es sollte also ein konzerndimensionales Informations- und Berichtssystem eingerichtet werden.<sup>135</sup>

Auch Informationen zu den über ein Hinweisgebersystem gemeldeten Verstößen müssen konzernweit analysiert und bei entsprechender Relevanz an die Konzernleitung weitergeleitet werden. Die Muttergesellschaft kann eine solche Berichtspflicht ihrer Tochtergesellschaften im Vertrags- und Eingliederungskonzern auf Grundlage ihrer Leitungsbefugnis gem. §§ 308, 323 AktG und im faktischen Konzern durch ihre Mehrheitsbeteiligung durchsetzen. Besonders wichtig ist diese Berichterstattung, wenn ein gemeldeter Verstoß existenzbedrohende Auswirkungen auf eine Konzerngesellschaft oder sogar den ganzen Konzern haben könnte.<sup>136</sup> Essenziell sind hier *bottom-up*-Berichtslinien, die vom lokalen Compliance-Zuständigen über den Konzern-Compliance-Beauftragten bis hin zum Konzernvorstand reichen. Es ist sicherzustellen, dass eine regelmäßige Berichterstattung erfolgt und der Vorstand in dringenden Fällen umgehend informiert werden kann.<sup>137</sup>

Mercedes-Benz beispielsweise führt die Risikoanalyse jährlich durch. Es erfolgt eine systematische Bewertung der Konzerngesellschaften und der Zentralbereiche. Hierbei wird auf zentral verfügbare Informationen zu der jeweiligen Gesellschaft zurückgegriffen, wenn möglich werden auch lokal erhobene Informationen miteinbezogen. Auf Basis dieser jährlichen Analyse erfolgt die Festlegung der Compliance-Maßnahmen im Konzern.<sup>138</sup>

<sup>135</sup> *Jusciak*, Sanktionsdurchgriffe und Compliance im Konzern, S. 232.

<sup>136</sup> Götz, NZA 2023, 1284 (1288).

<sup>137</sup> *Sonnenberg*, JuS 2017, 917 (921).

<sup>138</sup> Mercedes-Benz Group, 2023, Geschäftsbericht 2023,

<https://group.mercedes-benz.com/dokumente/investoren/berichte/geschaeftsberichte/mercedes-benz/mercedes-benz-geschaeftsbericht-2023-inkl-zusammengefasster-lagebericht-mbg-aq.pdf>, S. 107, 08.12.2024.

## IV. Zwischenfazit

Compliance bildet die Grundlage für die Einhaltung rechtlicher und unternehmensinterner Vorschriften und dient zugleich der Vermeidung von Haftungsrisiken und Reputationsschäden.<sup>139</sup> Damit werden im Grunde die gleichen Ziele wie durch das HinSchG verfolgt, dieses zielt schließlich wie zuvor erwähnt u.a. auch auf die Förderung einer integren Unternehmenskultur und Prävention.<sup>140</sup>

Im Kontext der Konzern-Compliance ist die konzernweite Legalitätskontrollpflicht der Konzernmutter ein zentraler Diskussionspunkt. Der h.L. nach wird sie im Innenverhältnis aber anerkannt.<sup>141</sup> Dies entbindet die Leitung der abhängigen Gesellschaft jedoch nicht von ihrer eigenen Compliance-Verantwortung.<sup>142</sup>

Eine Rechtspflicht zur Einrichtung eines konzernweiten CMS besteht nicht, wohl aber eine auf der Rechtsprechung, insbesondere auf dem „Siemens-Neubürger-Urteil“, basierende faktische Pflicht. Die Einrichtung eines solchen Systems bringt entscheidende Vorteile mit sich.<sup>143</sup> Bei der Ausgestaltung hat die Unternehmensleitung ein weites Ermessen, Standards wie der IDW PS 980 können Orientierung bieten.<sup>144</sup>

Im Konzern ist insbesondere eine klare Organisationsstruktur essenziell, wie dies umgesetzt werden kann, wurde am Beispiel des VW-Konzerns veranschaulicht. Im Rahmen der konzernweiten Risikoanalyse sind vor allem ein konzernweites Informations- und Berichtssystem sowie durchgängige Berichtslinien von Bedeutung. Dabei müssen auch Informationen zu über das Hinweisgebersystem gemeldeten Verstößen analysiert und bei Bedarf an die Konzernleitung berichtet werden.<sup>145</sup>

## E. Organisation und Funktionsweise von Hinweisgebersystemen im Konzern

### I. Grundlagen zur Einrichtung interner Meldestellen

#### 1. Verpflichtete Unternehmen (§ 12 HinSchG)

Beschäftigungsgeber haben gem. § 12 Abs. 1 S. 1 HinSchG dafür zu sorgen, dass sie mindestens eine Stelle für interne Meldungen einrichten und betreiben, an welche sich ihre Beschäftigten wenden können (interne Meldestelle). Diese Pflicht gilt gem. § 12 Abs. 2 HinSchG für Beschäftigungsgeber mit i.d.R. mindestens 50 Beschäftigten und unabhängig von der Beschäftigtenzahl für die in § 12 Abs. 3 HinSchG aufgezählten Unternehmen (hierunter fallen beispielsweise Wertpapierdienstleistungsunternehmen i.S.d. § 2 Abs. 10 WpHG). Beschäftigungsgeber können nach § 3 Abs. 9 HinSchG natürliche Personen sowie juristische Personen öffentlichen oder privaten Rechts, rechtsfähige Personengesellschaften und sonstige rechtsfähige Personenvereinigungen sein. Der Beschäftigtenbegriff wird in § 3 Abs. 8 HinSchG definiert, bei der Feststellung der regelmäßigen

<sup>139</sup> Kremer et al./Kremer, DCGK, Abs. Grundsatz 5 Rn. 22.; Moosmayer/Lösler/Moosmayer/Lösler, Corporate Compliance, § 1 Rn. 4.

<sup>140</sup> Bruns, NJW 2023, 1609 (1609).

<sup>141</sup> Henssler/Fleischer, AktG, § 91 Rn. 89.; Jusciak, Sanktionsdurchgriffe und Compliance im Konzern, S. 220.

<sup>142</sup> Jusciak, Sanktionsdurchgriffe und Compliance im Konzern, S. 250.

<sup>143</sup> Tober/Edinger/Schauer, CCZ 2024, 247 (248).

<sup>144</sup> Goette/Habersack/Spindler, AktG, § 91 Rn. 74.; Sonnenberg, JuS 2017, 917 (918).

<sup>145</sup> Götz, NZA 2023, 1284 (1288); Jusciak, Sanktionsdurchgriffe und Compliance im Konzern, S. 232.

Beschäftigtenzahl sind sowohl die bisherige personelle Stärke als auch die voraussichtliche Entwicklung zu berücksichtigen.<sup>146</sup>

Hinweisgebern steht es gem. § 7 Abs. 1 S. 1 HinSchG frei, ob sie sich an die interne Meldestelle ihres Beschäftigungsgebers oder an eine externe Meldestelle (§§ 19 - 24 HinSchG) wenden. Es sollen durch den Beschäftigungsgeber aber Anreize geschaffen werden, sich zunächst an die interne Meldestelle zu wenden (§ 7 Abs. 3 S. 1 HinSchG). Dies liegt auch im eigenen Interesse, denn so kann eine interne Klärung ermöglicht werden, welche besonders bei schweren Verstößen einen erheblichen Vorteil bieten (z.B. Inanspruchnahme der kartellrechtlichen Kronzeugenregelung) und gravierende Nachteile vom Unternehmen abwenden kann.<sup>147</sup>

## **2. Aufgaben der internen Meldestelle (§ 13 HinSchG)**

Die interne Meldestelle übernimmt primär eine administrative Rolle, indem sie Hinweise entgegennimmt, deren Relevanz bewertet und klärt, welche weiteren Schritte erforderlich sind und wer für diese verantwortlich ist.<sup>148</sup> Ihre Entscheidungs- und Handlungskompetenzen sind begrenzt. Anstatt selbstständig umfassende Ermittlungen durchzuführen und mit der Compliance-Abteilung zu konkurrieren, unterstützt sie diese vielmehr.<sup>149</sup>

Die Aufgaben der internen Meldestelle gliedern sich gem. § 13 Abs. 1 HinSchG im Groben in drei Gebiete: Den Betrieb von Meldekanälen entsprechend § 16 HinSchG, die Durchführung des Verfahrens i.S.d. § 17 HinSchG und die Ergreifung von Folgemaßnahmen nach § 18 HinSchG. Auf diese wird zu späterem Zeitpunkt genauer eingegangen. Zudem haben sie gem. § 13 Abs. 2 HinSchG die Pflicht, den Beschäftigten Informationen über externe Meldeverfahren und einschlägige Meldeverfahren der EU klar und leicht zugänglich bereitzustellen. Zur Wahrnehmung dieser Aufgaben hat der Beschäftigungsgeber der internen Meldestelle alle notwendigen Befugnisse zu erteilen (§ 12 Abs. 4 HinSchG).

## **3. Personelle Besetzung der internen Meldestelle**

Das HinSchG macht bewusst keine konkreten Vorgaben dazu, welche Personengruppen zur Betrauung mit den Aufgaben der internen Meldestelle geeignet sind. So soll den betroffenen Stellen größtmögliche Freiheit geboten werden.<sup>150</sup> In § 15 HinSchG wird lediglich angeführt, dass die mit den Aufgaben der internen Meldestelle beauftragten Personen diese unabhängig ausüben können müssen und daneben auch andere Aufgaben und Pflichten wahrnehmen dürfen, wobei dies nicht zu Interessenkonflikten führen darf (§ 15 Abs. 1 HinSchG). Außerdem müssen sie die notwendige Fachkunde besitzen (§ 15 Abs. 2 HinSchG). Die WBRL nennt in Erwägungsgrund 56 Beispiele für eine mögliche personelle Besetzung einer internen Meldestelle, genannt werden u.a. Leiter der Compliance-Abteilung oder Rechtsbeauftragte.<sup>151</sup> Wie die interne Meldestelle personell besetzt wird, ist von Organisationsstruktur und Größe des Unternehmens sowie Art der ausgeübten Tätigkeiten abhängig.<sup>152</sup>

<sup>146</sup> Colneric/Gerdemann/Dilling, HinSchG, § 12 Rn. 7.

<sup>147</sup> Thüsing/Fischbach, HinSchG, § 12 Rn. 3.

<sup>148</sup> Thüsing/Fischbach, HinSchG, § 17 Rn. 2.

<sup>149</sup> Thüsing/Fischbach, HinSchG, § 17 Rn. 2.

<sup>150</sup> BT-Drs. 20/3442, 78.

<sup>151</sup> Erwägungsgrund 56 der Richtlinie (EU) 2019/1937 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Oktober 2019 zum Schutz von Personen, die Verstöße gegen das Unionsrecht melden (ABl. 2019, L 305, S. 26).

<sup>152</sup> BT-Drs. 20/3442, 78.

Folglich muss jedes Unternehmen individuell festlegen, wie es seine Meldestelle bestmöglich besetzen kann.<sup>153</sup>

## **II. Organisation der internen Meldestelle im Konzern**

### **1. Die Konzernlösung des § 14 Abs. 1 S. 1 Alt. 3 HinSchG**

Bei der Organisation der internen Meldestelle im Konzern stellt sich zwangsläufig die Frage, ob es ausreichend ist, eine zentrale Meldestelle, z.B. bei der Muttergesellschaft, einzurichten, oder ob jedes Konzernunternehmen mit mindestens 50 Beschäftigten zusätzlich eine eigene Meldestelle betreiben muss. Zur Zulässigkeit einer einzigen zentralen Meldestelle, der sog. „Konzernlösung“, gibt es unterschiedliche Auffassungen.<sup>154</sup> Insbesondere zwischen deutschem Gesetzgeber und EU-Kommission herrscht diesbezüglich große Uneinigkeit, woraus sich auch die Frage ergibt, ob die WBRL korrekt umgesetzt wurde oder die Konzernlösung unionsrechtswidrig sein könnte.<sup>155</sup> In diesem Fall drohen Deutschland ein weiteres Vertragsverletzungsverfahren und Konzernen, die konzernweit nur eine zentrale Meldestelle betreiben, Bußgelder.<sup>156</sup>

#### **a) Ausgangslage**

Eine ausdrückliche Vorschrift zur zentralen Konzernmeldestelle oder ein Konzernprivileg findet sich weder in der WBRL noch im deutschen HinSchG.<sup>157</sup> Erwägungsgrund 55 der WBRL sieht lediglich vor, dass interne Meldeverfahren juristische Personen des privaten Sektors in die Lage versetzen sollten, auch Meldungen in Tochter- oder verbundenen Unternehmen nachgehen zu können.<sup>158</sup> Die Pflicht zur Einrichtung interner Meldestellen des § 12 HinSchG gilt auch für Konzerne, es hat also grundsätzlich jedes Konzernunternehmen mit mindestens 50 Mitarbeitern eine eigene Meldestelle einzurichten. Kleinere Unternehmen, die i.d.R. zwischen 50 und 249 Mitarbeiter beschäftigen, haben auch ohne Konzernverbindung gem. § 14 Abs. 2 S. 1 HinSchG die Möglichkeit eine gemeinsame Meldestelle zu betreiben. Eine Auslagerung der Meldestelle auf Dritte, z.B. auf eine Anwaltskanzlei, ist gem. § 14 Abs. 1 S. 1 Alt. 3 HinSchG ebenfalls möglich.<sup>159</sup> Hier stellt sich die Frage, ob ein anderes Konzernunternehmen als „Dritter“ zu klassifizieren ist und damit eine solche Auslagerung innerhalb eines Konzerns möglich ist.<sup>160</sup> Diese beiden Möglichkeiten entbinden den einzelnen Beschäftigungsgeber jedenfalls nicht von der Verantwortung, selbst Maßnahmen zu ergreifen, um einen Verstoß zu beseitigen (§ 14 Abs. 1 S. 2, Abs. 2 S. 2 HinSchG).<sup>161</sup>

#### **b) Zulässigkeit**

##### **aa) Deutsche Gesetzesbegründung**

Der deutsche Gesetzgeber hält die Einrichtung einer einzigen zentralen Konzernmeldestelle für zulässig sowie ausreichend und stützt dies auf das konzernrechtliche Trennungsprinzip. Durch die rechtliche Selbstständigkeit eines jeden Konzernunternehmens sei es möglich,

<sup>153</sup> *Külz/Odenthal-Middelhoff*, NZWiSt 2024, 131 (132).

<sup>154</sup> *Colneric/Gerdemann/Dilling*, HinSchG, § 14 Rn. 6.

<sup>155</sup> *Bürkle*, CCZ 2022, 335 (335).

<sup>156</sup> *Rolfs et al./Bruns*, HinSchG, § 14 Rn. 14.

<sup>157</sup> *Götz*, NZA 2023, 1284 (1284).

<sup>158</sup> Erwägungsgrund 55 der Richtlinie (EU) 2019/1937 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Oktober 2019 zum Schutz von Personen, die Verstöße gegen das Unionsrecht melden (ABl. 2019, L 305, S. 26).

<sup>159</sup> *Götz*, NZA 2023, 1284 (1284).

<sup>160</sup> *Thümmel*, CCZ 2023, 154 (159).

<sup>161</sup> *Götz*, NZA 2023, 1284 (1284).

eine unabhängige und vertrauliche Stelle als „Dritten“ i.S.v. Art. 8 Abs. 5 WBRL einzurichten, die auch für mehrere Unternehmen innerhalb des Konzerns tätig sein kann.<sup>162</sup> Eine solche zentrale Meldestelle sei i.S.d. WBRL unabhängig, unparteiisch sowie vertraulich und wäre vergleichbar mit einer externen Unterstützung (wie z.B. durch eine Anwaltskanzlei). Die Expertise für die Bearbeitung läge in diesem Fall konzentriert bei der zentralen internen Meldestelle, während die Verantwortung für die Beseitigung eines etwaigen Verstoßes beim jeweiligen Unternehmen verbleibt.<sup>163</sup>

Die Konzerngesellschaft, bei der eine zentrale interne Meldestelle angesiedelt ist, wird laut deutscher Gesetzesbegründung somit als „Dritter“ betrachtet, wodurch die Einrichtung einer zentralen Konzernmeldestelle durch § 14 Abs. 1 S. 1 Alt. 3 HinSchG ermöglicht werden soll.

## **bb) Stellungnahme der EU-Kommission**

Die EU-Kommission sprach sich in mehreren rechtlich unverbindlichen Stellungnahmen gegen die Konzernlösung aus; sie hält eine zentrale Konzernmeldestelle ohne weitere interne Meldestellen in den jeweiligen Konzernunternehmen für unvereinbar mit der WBRL.<sup>164</sup> Ihrer Ansicht nach darf eine Meldestelle auf Konzernebene, die auch Meldungen aus anderen Konzernunternehmen entgegennimmt, lediglich ergänzend zu den lokalen Meldestellen betrieben werden.<sup>165</sup>

Die Möglichkeit der Auslagerung von Meldekanälen auf Dritte gem. Art. 8 Abs. 5 WBRL könne nicht als Grundlage für eine Konzernlösung dienen. Denn Dritte sind laut EU-Kommission nur Personen, die nicht Teil des Unternehmensverbundes sind, folglich können Einheiten innerhalb eines Konzerns keine Dritten sein.<sup>166</sup>

Die Konzernunternehmen werden hier also als wirtschaftliche Einheit betrachtet, wodurch die EU-Kommission der Rechtsprechung des EuGH zur Compliance-Verantwortlichkeit im Konzern folgt. Nach dieser haften Konzernober- und -untergesellschaften als wirtschaftliche Einheit wechselseitig für Compliance-Verstöße.<sup>167</sup>

Außerdem führte die Kommission aus, dass die Möglichkeit der Ressourcenteilung aus Art. 8 Abs. 6 WBRL auch für Konzerngesellschaften mit 50 bis 249 Beschäftigten gelte, die Unternehmen ab 50 Beschäftigten aber dennoch dazu verpflichtet bleiben, bei sich eine eigene interne Meldestelle einzurichten.<sup>168</sup> Zentrale Ressourcen des Konzerns sollen also ausschließlich für die Bearbeitung und Untersuchung von Hinweisen genutzt werden können.<sup>169</sup>

Desweiteren stellte die EU-Kommission klar, dass eine Meldestelle für Hinweisgeber einfach zugänglich sein muss und sich in lokaler Nähe befinden sollte, auch damit die Möglichkeit eines persönlichen Treffens besteht. Bei einer zentralen Konzernmeldestelle könnte dies besonders dann problematisch sein, wenn es sich um einen internationalen Konzern handelt.<sup>170</sup>

---

<sup>162</sup> BT-Drs. 20/3442, 79.

<sup>163</sup> BT-Drs. 20/3442, 79.

<sup>164</sup> Götz, NZA 2023, 1284 (1285).

<sup>165</sup> Colneric/Gerdemann/Dilling, HinSchG, § 14 Rn. 11.

<sup>166</sup> Colneric/Gerdemann/Dilling, HinSchG, § 14 Rn. 8.

<sup>167</sup> EuGH, Urteil vom 06.10.2021, C-882/19, ECLI:EU:C:2021:800 – Sumal SL.; Götz, NZA 2023, 1284 (1285).

<sup>168</sup> Colneric/Gerdemann/Dilling, HinSchG, § 14 Rn. 9.

<sup>169</sup> Colneric/Gerdemann/Dilling, HinSchG, § 14 Rn. 12.

<sup>170</sup> Colneric/Gerdemann/Dilling, HinSchG, § 14 Rn. 10.

## cc) Meinungsstand in der Literatur

In der Literatur gehen die Meinungen zur Zulässigkeit der Konzernlösung auseinander. Neben einigen kritischen Stimmen überwiegt jedoch die Auffassung, dass diese zulässig sein sollte.

### (1) Befürworter der Konzernlösung

Bürkle vertritt die Ansicht, dass die WBRL den Betrieb einer einzigen zentralen Konzernmeldestelle erlaube und die deutsche Konzernlösung somit richtlinienkonform ist. Die Ausführungen der Europäischen Kommission hält er für nicht überzeugend.<sup>171</sup>

Er bringt u.a. vor, dass die DSGVO im Anhang der WBRL aufgeführt wird. Die dort aufgelisteten Unionsrechtsakte sind laut Erwägungsgrund 108 WBRL von besonderer Bedeutung, somit wird die DSGVO durch Erwägungsgrund 19 S. 1 WBRL in den sachlichen Anwendungsbereich der WBRL einbezogen. Die DSGVO erlaubt in Art. 37 Abs. 2 DSGVO, einen gemeinsamen Datenschutzbeauftragten für Unternehmensgruppen zu ernennen, die Kontaktdaten von diesem sind gem. Art. 13 Abs. 1 lit. b DSGVO öffentlich bekanntzumachen. Infolgedessen können auch Hinweise zu Verstößen gegen die DSGVO von Beschäftigten nachgeordneter Konzernunternehmen an den Konzerndatenschutzbeauftragten gelangen.<sup>172</sup> Folglich wäre es systematisch widersprüchlich, eine solch zentrale Organisationsform für die WBRL auszuschließen, während die DSGVO diese erlaubt. Ein ersichtlicher und überzeugender Grund für eine abweichende Wertung sei nicht gegeben.<sup>173</sup>

Ein weiteres Argument für eine Zulässigkeit der Konzernlösung ist laut Bürkle Erwägungsgrund 55 WBRL. Aus diesem ließe sich ableiten, dass der Unionsgesetzgeber eine zentrale Konzernmeldestelle als wesentlich für effektive Compliance erachtet. Meldekanäle in den einzelnen Unternehmen könnten schließlich nicht zuverlässig sicherstellen, dass wichtige Meldungen die Konzernmutter zeitnah und ungefiltert erreichen, damit diese ihnen nachgehen kann.<sup>174</sup>

Schmolke hält Erwägungsgrund 55 WBRL ebenfalls für ein eindeutiges Indiz auf die Zulässigkeit der Konzernlösung.<sup>175</sup> Er vertritt außerdem die Ansicht, dass mindestens eine Teilübertragung an ein anderes Unternehmen innerhalb des Konzerns zulässig sein sollte, schließlich erlaubt Art. 8 Abs. 5 WBRL die Übertragung von Meldekanälen an externe Dritte und grenzt den Kreis der möglichen Beauftragten nicht ein, vorausgesetzt die Verfahrensstandards des Art. 9 Abs. 1 WBRL werden eingehalten. Das beauftragende Unternehmen bleibt gem. Art. 8 Abs. 6 WBRL verpflichtet, Vertraulichkeit zu wahren, Rückmeldung zu geben und Maßnahmen gegen den gemeldeten Verstoß zu ergreifen und das beauftragte Unternehmen muss gem. Art. 8 Abs. 5 S. 2 WBRL die Verfahrensstandards des Art. 9 Abs. 1 WBRL einhalten. Somit erfolgt durch eine Konzernlösung auch keine Einschränkung der Rechte von Hinweisgebern bzw. betroffenen Personen.<sup>176</sup>

Fischbach teilt die zuvor genannten Ansichten und spricht sich ebenfalls für die Zulässigkeit der Konzernlösung aus. Ein anderes Konzernunternehmen sei, aufgrund des konzernrechtlichen Trennungsprinzips, wie jeder andere Dritte zu behandeln.<sup>177</sup> Die Haltung der EU-

<sup>171</sup> Bürkle, CCZ 2022, 335 (340).

<sup>172</sup> Bürkle, CCZ 2022, 335 (338).

<sup>173</sup> Bürkle, CCZ 2022, 335 (338).

<sup>174</sup> Bürkle, CCZ 2022, 335 (340).

<sup>175</sup> Schmolke, Festschrift für Christine Windbichler zum 70. Geburtstag am 8. Dezember 2020, 1021 (1024).

<sup>176</sup> Schmolke, Festschrift für Christine Windbichler zum 70. Geburtstag am 8. Dezember 2020, 1021 (1023).

<sup>177</sup> Thüsing/Fischbach, HinSchG, § 14 Rn. 7.

Kommission stehe nicht im Einklang mit dem Wortlaut der WBRL und es sei nicht ersichtlich, warum Konzerngesellschaften nicht auch unter den Tatbestand von Art. 8 Abs. 5 WBRL bzw. § 14 Abs. 1 HinSchG fallen sollten.<sup>178</sup>

Bruns ergänzt, dass die Befürchtung der EU-Kommission, eine zentrale Konzernmeldestelle könne keine lokale Nähe zum Hinweisgeber sicherstellen, ebenso auf externe Dritte zutreffen. Es sei zudem unklar, worauf sich diese Befürchtung überhaupt stützt. Art. 9 Abs. 2 WBRL und § 16 Abs. 3 S. 3 HinSchG schreiben ohnehin vor, dass auf Wunsch des Hinweisgebers auch eine physische Zusammenkunft innerhalb einer angemessenen Zeit stattfinden können muss. Dies gilt auch für eine zentrale Konzernmeldestelle, somit sei dieser Standpunkt der EU-Kommission rechtlich nicht haltbar.<sup>179</sup>

## **(2) Kritiker der Konzernlösung**

Dilling ist ebenso der Meinung, dass Konzernunternehmen durch das konzernrechtliche Trennungsprinzip im Verhältnis zueinander als Dritte gelten,<sup>180</sup> lehnt Art. 8 Abs. 5 WBRL als Rechtsgrundlage für eine Konzernlösung jedoch ab. Diese Regelung erlaube lediglich, dass Meldekanäle „von“ einem Dritten bereitgestellt werden dürfen, nicht aber, wie in der Begründung des HinSchG angegeben, „bei“ einem Dritten. Außerdem liege es auf der Hand, dass Meldekanäle direkt bei dem dazu verpflichteten Unternehmen eingerichtet werden sollten, auch wenn Art. 8 Abs. 3 WBRL dies nicht explizit vorschreibt.<sup>181</sup> Wäre dies nicht der Fall und die Interpretation des deutschen Gesetzgebers korrekt, könnten EU-weit alle unter den Anwendungsbereich der WBRL fallenden Unternehmen ihrer Einrichtungspflicht insofern genügen, dass sie alle nur bei einer einzigen Gesellschaft ihre Meldekanäle einrichten. Dies käme einem uferlosen Verständnis der WBRL gleich, welches weder so beabsichtigt noch korrekt sein kann.<sup>182</sup> Desweiteren erfolge eine Durchbrechung des konzernrechtlichen Trennungsprinzips, wenn ein Unternehmen oder ein durch dieses bestellter Dritter stellvertretend einfach die Verpflichtungen der restlichen Konzernunternehmen übernehmen könnte. Weder WBRL noch HinSchG bieten eine Grundlage, die eine solche Übernahme rechtfertigen könnte.<sup>183</sup>

Dilling hält aber, entgegen der Auffassung der EU-Kommission, eine Konzernlösung mit Tochterunternehmen, die weniger als 250 Mitarbeiter haben, für möglich. Art. 8 Abs. 6 S. 1 WBRL erlaubt eine Ressourcenteilung für die Entgegennahme und Untersuchung von Meldungen bei einer Beschäftigtenanzahl zwischen 50 und 249 ausdrücklich, was nur plausibel wäre, wenn es ihnen auch erlaubt wäre, eine gemeinsame Meldestelle einzurichten. Eine Grundlage für die Ansicht der EU-Kommission, dass Ressourcen lediglich bei Bearbeitung und Untersuchung von Hinweisen geteilt werden dürfen, lässt sich in der WBRL nicht finden.<sup>184</sup> § 14 Abs. 2 HinSchG, welcher die Regelung des Art. 8 Abs. 6 WBRL ins deutsche Recht umsetzt, dürfte also richtlinienkonform sein. Dies spricht dafür, dass der Betrieb einer alleinigen zentralen Konzernmeldestelle zumindest für Konzernunternehmen mit weniger als 250 Beschäftigten zulässig ist.<sup>185</sup> Für eine Konzernlösung für Unternehmen, die diesen Schwellenwert erreichen, gäbe es hingegen weder in WBRL noch im HinSchG eine hinreichende rechtliche Grundlage.<sup>186</sup>

<sup>178</sup> Thüsing/Fischbach, HinSchG, § 14 Rn. 9.

<sup>179</sup> Rolfs et al./Bruns, HinSchG, § 14 Rn. 15.

<sup>180</sup> Colneric/Gerdemann/Dilling, HinSchG, § 14 Rn. 15.

<sup>181</sup> Colneric/Gerdemann/Dilling, HinSchG, § 14 Rn. 16.

<sup>182</sup> Colneric/Gerdemann/Dilling, HinSchG, § 14 Rn. 16.

<sup>183</sup> Colneric/Gerdemann/Dilling, HinSchG, § 14 Rn. 18.

<sup>184</sup> Colneric/Gerdemann/Dilling, HinSchG, § 14 Rn. 19, 21.

<sup>185</sup> Colneric/Gerdemann/Dilling, HinSchG, § 14 Rn. 27 f.

<sup>186</sup> Colneric/Gerdemann/Dilling, HinSchG, § 14 Rn. 14.

Kritisch äußert sich auch Gerdemann, der die pauschale Befreiung von der Pflicht zur Einrichtung einer eigenen Meldestelle für Tochterunternehmen, die durch die Gesetzesbegründung des HinSchG ermöglicht werde, als nicht mit der Einrichtungspflicht aus Art. 8 Abs. 1, 3 WBRL und den Voraussetzungen zur Ressourcenteilung des Art. 8 Abs. 6 WBRL vereinbar sieht.<sup>187</sup> Er hält eine Konzernlösung nur unter konkreten Voraussetzungen für zulässig.

Als Möglichkeit für eine richtlinienkonforme Ausgestaltung der Konzernlösung nennt Gerdemann die Bündelung von rechtlich unabhängigen Hinweisgeberstellen auf Konzernebene, die für die Untersuchung von Hinweisen auf gemeinsame Ressourcen zurückgreifen könnten. Zudem müsse jedes verpflichtete Konzernunternehmen eine verantwortliche Person bestimmen, die unabhängig von der Konzernmutter für Meldungen aus ihrem Unternehmen zuständig ist und die erforderliche Vertraulichkeit wahrt. Er weist jedoch darauf hin, dass die EU-Kommission von einer ausnahmslosen Unzulässigkeit einer Konzernlösung auszugehen scheint.<sup>188</sup>

Die Umsetzung der von ihm genannten Ausgestaltungsmöglichkeiten wäre also mit der WBRL in Einklang zu bringen, kann aber dennoch keine Rechtssicherheit bieten.<sup>189</sup>

### **(3) Stellungnahme**

Die Zulässigkeit der in § 14 Abs. 1 S. 1 Alt. 3 HinSchG durch die Gesetzesbegründung verankerten Konzernlösung ist höchst umstritten, insbesondere die Auffassungen vom deutschen Gesetzgeber und der EU-Kommission weichen erheblich voneinander ab. Die sehr restriktive Haltung der EU-Kommission erscheint an einigen Stellen nicht überzeugend. Besonders die Auffassung, es sei auch für Konzernunternehmen mit 50-249 Mitarbeitern nicht zulässig, eine gemeinsame Meldestelle zu betreiben, erscheint aufgrund des Wortlauts von Art. 8 Abs. 6 WBRL widersprüchlich.<sup>190</sup> Es scheint also, wie durch Dilling erläutert, durchaus sinnvoll, konzernangehörigen Unternehmen mit weniger als 250 Beschäftigten zu erlauben, ihre Meldestelle gemeinsam und zentral zu betreiben und die Konzernlösung so zumindest für Unternehmen in dieser Größenordnung als zulässig anzusehen. Die umfassende Konzernlösung, wie sie in der Gesetzesbegründung des HinSchG festgehalten ist, könnte jedoch zu weit gehen, denn es fehlt an einer hinreichenden rechtlichen Grundlage. Zudem könnte die Anknüpfung an das konzernrechtliche Trennungsprinzip problematisch sein, dieses entstammt dem deutschen Konzernrecht und wurde vom

---

<sup>187</sup> Gerdemann, Simon, 2022, Stellungnahme zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes für einen besseren Schutz hinweisgebender Personen sowie zur Umsetzung der Richtlinie zum Schutz von Personen, die Verstöße gegen das Unionsrecht melden, - BT-Drucksache 20/3442 -, [https://www.bundestag.de/resource/blob/914478/83be0d66d79fa13bc255cf0745795631/Stellungnahme\\_Gerdemann.pdf](https://www.bundestag.de/resource/blob/914478/83be0d66d79fa13bc255cf0745795631/Stellungnahme_Gerdemann.pdf), S. 11, 12, 15.12.2024.

<sup>188</sup> Gerdemann, Simon, 2022, Stellungnahme zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes für einen besseren Schutz hinweisgebender Personen sowie zur Umsetzung der Richtlinie zum Schutz von Personen, die Verstöße gegen das Unionsrecht melden, - BT-Drucksache 20/3442 -, [https://www.bundestag.de/resource/blob/914478/83be0d66d79fa13bc255cf0745795631/Stellungnahme\\_Gerdemann.pdf](https://www.bundestag.de/resource/blob/914478/83be0d66d79fa13bc255cf0745795631/Stellungnahme_Gerdemann.pdf), S. 11, 12, 15.12.2024.

<sup>189</sup> Gerdemann, Simon, 2022, Stellungnahme zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes für einen besseren Schutz hinweisgebender Personen sowie zur Umsetzung der Richtlinie zum Schutz von Personen, die Verstöße gegen das Unionsrecht melden, - BT-Drucksache 20/3442 -, [https://www.bundestag.de/resource/blob/914478/83be0d66d79fa13bc255cf0745795631/Stellungnahme\\_Gerdemann.pdf](https://www.bundestag.de/resource/blob/914478/83be0d66d79fa13bc255cf0745795631/Stellungnahme_Gerdemann.pdf), S. 11, 12, 15.12.2024.

<sup>190</sup> Colneric/Gerdemann/Dilling, HinSchG, § 14 Rn. 19, 21.



EuGH bereits zuvor abgelehnt,<sup>191</sup> auch wird es, wie auf S. 16 erwähnt, z.B. bei Kartellverstößen durchbrochen.

Wie sich zeigt, lässt sich die Frage nach der Zulässigkeit der Konzernlösung des § 14 Abs. 1 S. 1 Alt. 3 HinSchG derzeit nicht eindeutig beantworten. Das Auslegungsmonopol im Unionsrecht besitzt gem. Art. 267 Abs. 1 AEUV der EuGH, folglich bleibt abzuwarten, wie dieser über die Zulässigkeit einer einzigen zentralen Konzernmeldestelle entscheidet. Die Stellungnahmen der EU-Kommission sind zwar rechtlich unverbindlich, bei der Auslegung aber zu berücksichtigen.<sup>192</sup> Bis zu einer entsprechenden Entscheidung wird diese Frage weiterhin mit Rechtsunsicherheit behaftet sein.<sup>193</sup>

### **c) Vorteile der zentralen Konzernmeldestelle**

Ungeachtet der noch nicht abschließend zu klärenden Frage, ob die Konzernlösung zulässig ist und die WBRL korrekt umsetzt, bietet der Betrieb einer zentralen Konzernmeldestelle Unternehmen einige praktische Vorteile.

#### **aa) Ressourcenschonung**

Ein Vorteil einer konzernweiten zentralen Meldestelle ist die Schonung von Ressourcen. Die Zentralisierung ermöglicht es, erhebliche personelle, technische, organisatorische und finanzielle Aufwände zu vermeiden,<sup>194</sup> insbesondere da viele Konzerne bereits vor Inkrafttreten des HinSchG ein zentrales Hinweisgebersystem betrieben.<sup>195</sup> Solche Unternehmen müssten ihr bestehendes System dann lediglich geringfügig den Anforderungen des HinSchG anpassen, sofern es diesen nicht bereits genügt,<sup>196</sup> da die Hinweisgebersysteme teils ohnehin schon sehr umfassend ausgestaltet waren.<sup>197</sup> Dadurch können zusätzliche Kosten vermieden werden, die bei der Einrichtung lokaler Meldestellen entstehen würden.<sup>198</sup> Diese Kosten können sich, je nach vorhandenen internen Kapazitäten und Strukturen, in verschiedene Posten gliedern. Dazu gehören der Betrieb der Meldekanäle, Sicherstellung der datenschutzrechtlichen Verpflichtungen, externe Beratung, wie rechtliche Unterstützung bei der Gestaltung des Hinweisgebersystems, und Mitarbeiterschulungen. Wie hoch die Kosten genau sind, ist einzelfallabhängig. Schätzungen variieren hierbei erheblich und reichen von 1 374 Euro über 12 500 Euro bis hin zu 25 000 Euro pro eingerichteter Meldestelle, können aber je nach individuellen Anforderungen des Unternehmens deutlich von diesen Werten abweichen.<sup>199</sup>

Vor allem für Konzerne, denen zahlreiche Unternehmen mit mehr als 249 Mitarbeitern angehören und die somit grundsätzlich verpflichtet wären, jeweils eine eigene interne Meldestelle einzurichten, bietet der Betrieb einer zentralen Meldestelle also ein erhebliches erhebliches Einsparungspotenzial. Gleichzeitig lassen sich überflüssige Doppelstrukturen

<sup>191</sup> *Bürkle*, CCZ 2022, 335 (336).; EuGH, Urteil vom 06.10.2021, C-882/19, ECLI:EU:C:2021:800 – Sumal SL.

<sup>192</sup> *Bürkle*, CCZ 2022, 335 (336).

<sup>193</sup> *Thüsing/Fischbach*, HinSchG, § 14 Rn. 10.

<sup>194</sup> *Götz*, NZA 2023, 1284 (1285).

<sup>195</sup> Gerdemann, Simon, 2022, Stellungnahme zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes für einen besseren Schutz hinweisgebender Personen sowie zur Umsetzung der Richtlinie zum Schutz von Personen, die Verstöße gegen das Unionsrecht melden, - BT-Drucksache 20/3442, [https://www.bundestag.de/resource/blob/914478/83be0d66d79fa13bc255cf0745795631/Stellungnahme\\_Gerdemann.pdf](https://www.bundestag.de/resource/blob/914478/83be0d66d79fa13bc255cf0745795631/Stellungnahme_Gerdemann.pdf), S. 11, 12, 19.12.2024.

<sup>196</sup> BT-Drs. 20/3442, 43.

<sup>197</sup> Siehe S. 7, 8.

<sup>198</sup> *Götz*, NZA 2023, 1284 (1285).

<sup>199</sup> BT-Drs. 20/3442, 43, 44.

vermeiden, insbesondere bei Konzernunternehmen, die den Schwellenwert von 250 Beschäftigten knapp überschreiten und bei denen nur selten mit Meldungen über Verstöße zu rechnen ist, die sich jedoch gem. § 14 Abs. 2 HinSchG keine Meldestelle mit anderen Unternehmen teilen dürfen.<sup>200</sup>

### **bb) Effektive Aufklärung**

Die Bearbeitung und Untersuchung von Hinweisen zu Verstößen sind komplex. Dies liegt nicht nur an den damit verbundenen rechtlichen Fragestellungen, sondern auch an der Vielzahl von Zusammenhängen und Erscheinungsformen, in denen diese auftreten können. Entscheidend für einen effektiven Umgang ist hier die Erfahrung der zuständigen Abteilungen mit komplexen Fällen und Untersuchungen. Ebenso ist eine hohe Objektivität erforderlich, um den Sachverhalt sorgfältig bewerten und aufklären zu können. Aus diesen Gründen richten insbesondere Konzerne häufig spezialisierte Abteilungen ein, die allein für dieses Aufgabengebiet verantwortlich sind.<sup>201</sup> Eine zentrale Meldestelle, die für mehrere Konzernunternehmen zuständig ist, erhält aufgrund der hohen Anzahl von Beschäftigten deutlich mehr Meldungen. Daraus resultierende Erfahrungen ermöglichen es den Mitarbeitern, spezialisierter zu arbeiten. Die Meldestelle kann also mit hochqualifizierten Mitarbeitern einer Konzern-Compliance-Abteilung besetzt werden, die hauptberuflich Verstöße aufklären. So bündeln sich Wissen und Erfahrung.<sup>202</sup>

In kleinen Unternehmenseinheiten ist dies hingegen nur sehr selten der Fall, und wenn die für das interne Meldestelle verantwortliche Person daneben noch eine andere Funktion ausübt, droht das ihre Kapazitäten zu überlasten. Eine angemessene Effektivität und Qualität bei der Bearbeitung von Hinweisen sowie der Umsetzung von Folgemaßnahmen lässt sich so nicht sicherstellen.<sup>203</sup>

Desweiteren kommt es häufig vor, dass Hinweise nicht nur ein einzelnes Unternehmen des Konzerns betreffen, sondern einen ganzen Geschäftszweig, der sich oft auch international über mehrere Konzernunternehmen hinweg erstreckt und tätig ist.<sup>204</sup> Lokale Meldestellen sind kaum in der Lage, das Compliance-Risiko, das sich aus einem solchen Hinweis für andere Unternehmen oder sogar den ganzen Konzern ergeben könnte, angemessen einzuschätzen oder geeignete Folgemaßnahmen einzuleiten.<sup>205</sup> Eine Meldung kann zwar gem. § 18 Nr. 4 lit. a) HinSchG zwecks weiterer Untersuchung an eine zentrale Einheit abgegeben werden,<sup>206</sup> allerdings wird die Komplexität der Aufarbeitung von Hinweisen erheblich erhöht, wenn Meldestellen und Untersuchungseinheiten über mehrere Länder hinweg verteilt sind. Es kann zu Verzögerungen, unvollständiger Informationsweitergabe, unkoordinierten Untersuchungen und Involvierung nicht notwendiger Personen kommen. Diese Risiken lassen sich durch eine zentral organisierte Meldestelle von vornherein verringern.<sup>207</sup>

### **cc) Höherer Vertraulichkeitsschutz**

Bei lokalen internen Meldestellen besteht die Gefahr, dass schneller Rückschlüsse auf die Identität eines Hinweisgebers gezogen werden können. Dies könnte geschehen, wenn ein Hinweis auf Spezialwissen basiert, das nur Mitarbeiter bestimmter Abteilungen besitzen

<sup>200</sup> Götz, NZA 2023, 1284 (1285).

<sup>201</sup> Metzner/Gloeckner, CCZ 2021, 256 (258).

<sup>202</sup> Götz, NZA 2023, 1284 (1285).

<sup>203</sup> Metzner/Gloeckner, CCZ 2021, 256 (258).

<sup>204</sup> Metzner/Gloeckner, CCZ 2021, 256 (258).

<sup>205</sup> Götz, NZA 2023, 1284 (1286).

<sup>206</sup> Götz, NZA 2023, 1284 (1286).

<sup>207</sup> Metzner/Gloeckner, CCZ 2021, 256 (259).

können. Besonders in kleineren Unternehmen können Hinweisgeber, trotz der Vorschriften zur Wahrung der Vertraulichkeit, deutlich leichter identifiziert werden. Diese Gefahr wird zusätzlich erhöht, wenn – wie häufig in kleinen Unternehmen – keine spezialisierte Compliance-Abteilung existiert, sondern beispielsweise Mitarbeiter der Personalabteilung mit den Aufgaben der Meldestelle betraut werden. In größeren, zentral organisierten Compliance-Abteilungen des Konzerns kann die Vertraulichkeit besser gewährleistet werden. Hinweisgebern steht hier ein Umfeld zur Verfügung, das eher als sicher und anonym wahrgenommen wird.<sup>208</sup>

Zudem sind Hinweisgeber einem geringeren Risiko von Repressalien ausgesetzt, wenn sie Fehlverhalten der lokalen Geschäftsleitung direkt an eine zentrale Meldestelle melden können. So wird der Hinweis auf Ebene der Konzernmutter und nicht des möglicherweise involvierten Tochterunternehmens untersucht. Auch das Vertrauen von Hinweisgebern in ein unabhängiges Verfahren wird dadurch gestärkt.<sup>209</sup> Sie können sicher sein, dass jedem Hinweis nachgegangen wird, da die Gefahr eines Interessenkonflikts bei den für das Hinweisgebersystem zuständigen Personen reduziert wird. Diese sind zwar zu Unparteilichkeit verpflichtet, können sich aber dennoch in einem Spannungsverhältnis befinden und eventuell gehemmt sein, notwendige Maßnahmen einzuleiten, wenn sie Hinweise zu Verstößen ihrer eigenen Vorgesetzten erhalten.<sup>210</sup>

Die i.d.R. größere sachliche und persönliche Distanz zwischen Hinweisgeber und zentraler Konzernmeldestelle verbessert folglich den Schutz der Identität des Hinweisgebers und stärkt dadurch sein Vertrauen.<sup>211</sup> Dadurch wird er wiederum eher ermutigt, einen Verstoß zu melden.<sup>212</sup>

#### **d) Risiko der Zugangshürde**

Eine zentral organisierte Konzernmeldestelle birgt für Hinweisgeber das potenzielle Risiko der Zugangshürde, die in verschiedenen Formen auftreten kann.

Insbesondere in transnationalen Konzernen besteht die Gefahr einer Sprachbarriere. Um dies zu vermeiden, muss sichergestellt werden, dass Hinweisgeber Meldungen in ihrer Mutter- oder zumindest in ihrer Arbeitssprache abgeben können.<sup>213</sup> In der Begründung des HinSchG wird dieser Punkt ebenfalls betont: Hinweise an eine Konzernmeldestelle müssen in der Arbeitssprache des jeweiligen Tochterunternehmens abgegeben werden können, und es dürfen keine zusätzlichen Hürden für Hinweisgeber entstehen.<sup>214</sup> Ein Positivbeispiel ist hier der BMW-Konzern, der die Abgabe von Hinweisen in mehr als 70 Sprachen ermöglicht.<sup>215</sup>

Es bleibt jedoch fraglich, ob es für Mitarbeiter ausländischer Konzernunternehmen nicht dennoch automatisch eine Hürde darstellt, wenn Hinweise nur an die zentrale

<sup>208</sup> Metzner/Gloeckner, CCZ 2021, 256 (257).

<sup>209</sup> Metzner/Gloeckner, CCZ 2021, 256 (258).

<sup>210</sup> Metzner/Gloeckner, CCZ 2021, 256 (258).

<sup>211</sup> Miede/Ahrens, CCZ 2022, 171 (174).

<sup>212</sup> Metzner/Gloeckner, CCZ 2021, 256 (257).

<sup>213</sup> Schloussen, Louisa, 2022, Stellungnahme von Transparency International Deutschland e.V. zum Regierungsentwurf für einen besseren Schutz hinweisgebender Personen sowie zur Umsetzung der Richtlinie zum Schutz von Personen, die Verstöße gegen das Unionsrecht melden, [https://www.bundestag.de/resource/blob/916428/1bf88e9ec6d3a4c2c2fdd877542dd925/Stellungnahme\\_Schloussen\\_Transparency-International-D.pdf](https://www.bundestag.de/resource/blob/916428/1bf88e9ec6d3a4c2c2fdd877542dd925/Stellungnahme_Schloussen_Transparency-International-D.pdf), S. 8, 22.12.2024.

<sup>214</sup> BT-Drs. 20/3442, 79.

<sup>215</sup> BMW Group, 2024, Compliance & Menschenrechte in der BMW Group, <https://www.bmwgroup.com/de/unternehmen/compliance.html#accordion-238bd9281a-item-5bde66aeb5>, 22.12.2024.

Konzernmeldestelle gemeldet werden können.<sup>216</sup> So könnten Beschäftigte einer beispielsweise in Griechenland ansässigen Tochtergesellschaft zögern, Verstöße an eine ihnen unbekannte zentrale Stelle in Deutschland zu melden.<sup>217</sup> Eine solche Hürde lässt sich wohl dann nur sicher ausschließen, wenn ein Hinweisgeber glaubt, dass seinem Hinweis auf lokaler Ebene nicht angemessen nachgegangen wird oder er befürchtet, dass seine Identität offengelegt und er lokalen Repressalien ausgesetzt sein könnte.<sup>218</sup>

Zudem kann von Hinweisgebern nicht erwartet werden, die rechtlichen Unterschiede bei einer Meldung an die Konzernmutter im Ausland umfassend zu verstehen und zu berücksichtigen, vor allem im Hinblick auf den sachlichen Anwendungsbereich, Verfahrens- und Schutzregelungen.<sup>219</sup>

Eine weitere Zugangshürde bei einer zentralen Meldestelle, wie sie auch von der EU-Kommission thematisiert wurde, könnte in der Erschwerung von einem persönlichen Treffen mit dem Hinweisgeber liegen.<sup>220</sup> Nach Art. 9 Abs. 2 S. 2 WBRL und § 16 Abs. 3 S. 3 HinSchG muss ein solches Treffen auf Wunsch des Hinweisgebers ermöglicht werden. Ein persönliches Treffen kann mit Einwilligung des Hinweisgebers gem. § 16 Abs. 3 S. 4 HinSchG auch im Wege der Bild- und Tonübertragung, wie z.B. per Videochat, erfolgen. Außerdem kann bei überregional oder international tätigen Beschäftigungsgebern für das persönliche Treffen eine lokale Person vor Ort beauftragt werden. Diese unterliegt den gleichen Verschwiegenheitspflichten wie die regulären Mitarbeiter der Meldestelle.<sup>221</sup>

Folglich lässt sich eine persönliche Zusammenkunft auch bei einer zentral organisierten Konzernmeldestelle durch verhältnismäßig einfache Maßnahmen organisieren, wodurch eine solche Zugangshürde vermieden wird.

## **e) Kompromisslösungen**

In Anbetracht der bestehenden Rechtsunsicherheit in Bezug auf die Konzernlösung sowie der zuvor ausgeführten Vorteile aber auch Risiken ist es für Konzerne sinnvoll, auf eine Kompromisslösung zurückzugreifen, um ein möglichst effektives Hinweisgebersystem zu schaffen.

### **aa) Einsatz externer Dritter**

Eine Kompromisslösung kann es sein, neben einer zentralen Konzernmeldestelle in jedem Konzernunternehmen einen externen Dritten, wie z.B. eine Ombudsperson oder eine Vertrauenskanzlei, einzusetzen.<sup>222</sup> Unter einer Ombudsperson versteht man im Zusammenhang mit dem HinSchG eine externe, fachkundige Person, welche vertraulich Hinweise zu Verstößen entgegennimmt und diese, unter Zustimmung des Hinweisgebers, an das sie beauftragende Unternehmen weiterleitet.<sup>223</sup> Dies ist grundsätzlich empfehlenswert, da externe Dritte eine größere Distanz zum Unternehmen aufweisen. Dadurch fühlen sich viele Hinweisgeber sicherer, dass ihre Meldung vertraulich behandelt wird, als bei einer internen

<sup>216</sup> *Sonnenberg/Rempp*, GmbHR 2022, R292 (R294).

<sup>217</sup> *Sonnenberg/Rempp*, GmbHR 2022, R148 (R149).

<sup>218</sup> *Sonnenberg/Rempp*, GmbHR 2022, R292 (R294).

<sup>219</sup> Schloussen, Louisa, 2022, Stellungnahme von Transparency International Deutschland e.V. zum Regierungsentwurf für einen besseren Schutz hinweisgebender Personen sowie zur Umsetzung der Richtlinie zum Schutz von Personen, die Verstöße gegen das Unionsrecht melden, [https://www.bundestag.de/resource/blob/916428/1bf88e9ec6d3a4c2c2fdd877542dd925/Stellungnahme\\_Schloussen\\_Transparency-International-D.pdf](https://www.bundestag.de/resource/blob/916428/1bf88e9ec6d3a4c2c2fdd877542dd925/Stellungnahme_Schloussen_Transparency-International-D.pdf), S. 8, 22.12.2024.

<sup>220</sup> Colneric/Gerdemann/Dilling, HinSchG, § 14 Rn. 10.

<sup>221</sup> BT-Drs. 20/3442, 82.

<sup>222</sup> Götz, NZA 2023, 1284 (1286).

<sup>223</sup> Moosmayer/Lösler/Buchert R./Buchert C., Corporate Compliance, § 43 Rn. 73.

Meldestelle, die mit ihren eigenen Kollegen besetzt ist. Wenn diese Dritten zusätzlich berufsrechtlichen Pflichten unterliegen, fördert das auch die Unabhängigkeit und Verschwiegenheit der Meldestelle, was wiederum das Vertrauen potenzieller Hinweisgeber erhöht. Es ist jedoch wichtig zu beachten, dass hierbei keine Interessenkonflikte entstehen. Diese Gefahr besteht insbesondere, wenn der Dritte neben seiner Funktion als interne Meldestelle auch noch in anderen Angelegenheiten für dasselbe Unternehmen tätig ist.<sup>224</sup> So sollte sorgfältig geprüft werden, ob ein potenzieller Interessenkonflikt vorliegt, wenn derselbe Dienstleister beispielsweise zusätzlich Rechtsberatung, Prozessführung oder Abschlussprüfung für das Unternehmen übernimmt.<sup>225</sup>

Das Einsetzen von Ombudspersonen ist bei den großen deutschen Konzernen gängige Praxis.<sup>226</sup> So setzt VW die Rechtsanwälte einer Frankfurter Kanzlei als externe Ombudspersonen ein, über einen Link auf der Website von VW gelangt man auf die Seite dieser Kanzlei und findet dort verschiedene Möglichkeiten zur Kontaktaufnahme. An sie kann sich jeder wenden, der einen vertraulichen Hinweis zu einem Verdacht auf wirtschaftskriminelle Handlungen oder sonstiges relevantes Fehlverhalten (z.B. auch Verstöße gegen den Code of Conduct für Geschäftspartner) mit Bezug zum VW-Konzern abgeben möchte.<sup>227</sup> Die Ombudspersonen führen zunächst eine erste Prüfung durch und geben die Hinweise – mit Genehmigung des Hinweisgebers – im Anschluss an das Aufklärungs-Office von VW weiter. Es wird außerdem zugesichert, dass die Identität des Hinweisgebers durch die anwaltliche Verschwiegenheitspflicht zuverlässig geschützt bleibt und nicht an VW offengelegt wird.<sup>228</sup>

Neben VW setzen u.a. auch die Konzerne Siemens, Mercedes-Benz und BMW Anwälte als Ombudspersonen ein und bieten Hinweisgebern damit, neben ihren eigenen internen Meldestellen, eine weitere Anlaufstelle.<sup>229</sup>

## **bb) Ergänzung durch lokale Einheiten**

Eine weitere Kompromisslösung besteht darin, die zentrale Konzernmeldestelle als zusätzliche Meldestelle einzurichten, die durch unabhängig und vertraulich handelnde lokale Meldeeinheiten als Anlaufstelle in den jeweiligen Konzernunternehmen ergänzt wird.<sup>230</sup> Diese Lösung ist auch mit der Ansicht der EU-Kommission vereinbar, die eine konzernzentrale

<sup>224</sup> Thüsing/*Fischbach*, HinSchG, § 14 Rn. 5.

<sup>225</sup> Thüsing/*Fischbach*, HinSchG, § 15 Rn. 6.

<sup>226</sup> Vgl. BMW Group, 2024, Compliance & Menschenrechte in der BMW Group, <https://www.bmw-group.com/de/unternehmen/compliance.html#accordion-238bd9281a-item-7a21097bbb>, 17.12.2024.; Mercedes-Benz Group, 2024, Unser Business & People Protection Office, <https://group.mercedes-benz.com/nachhaltigkeit/gesellschaft-governance/compliance-integriert/bpo.html>, 17.12.2024.; Siemens AG, 2024, Whistleblowing und Meldewege, <https://www.siemens.com/de/de/unternehmen/konzern/compliance/meldewege.html>, 17.12.2024.; Volkswagen Group, 2024, Unser Hinweisgebersystem, <https://www.volkswagen-group.com/de/unser-hinweisgebersystem-16041>, 17.12.2024.

<sup>227</sup> Volkswagen Group, 2024, Unser Hinweisgebersystem, <https://www.volkswagen-group.com/de/unser-hinweisgebersystem-16041>, 17.12.2024.; Buchert Jacob Partner Rechtsanwälte Partnerschaftsgesellschaft mbB, 2024, Ombudsmann (Vertrauensanwalt) des Volkswagen Konzerns, <https://www.ombudsperson-frankfurt.de/volkswagen/>, 17.12.2024.

<sup>228</sup> Volkswagen Group, 2024, Unser Hinweisgebersystem, <https://www.volkswagen-group.com/de/unser-hinweisgebersystem-16041>, 17.12.2024.; Buchert Jacob Partner Rechtsanwälte Partnerschaftsgesellschaft mbB, 2024, Ombudsmann (Vertrauensanwalt) des Volkswagen Konzerns, <https://www.ombudsperson-frankfurt.de/volkswagen/>, 17.12.2024.

<sup>229</sup> BMW Group, 2024, Compliance & Menschenrechte in der BMW Group, <https://www.bmw-group.com/de/unternehmen/compliance.html#accordion-238bd9281a-item-7a21097bbb>, 17.12.2024.; Mercedes-Benz Group, 2024, Unser Business & People Protection Office, <https://group.mercedes-benz.com/nachhaltigkeit/gesellschaft-governance/compliance-integriert/bpo.html>, 17.12.2024.; Siemens AG, 2024, Whistleblowing und Meldewege, <https://www.siemens.com/de/de/unternehmen/konzern/compliance/meldewege.html>, 17.12.2024.

<sup>230</sup> Götz, NZA 2023, 1284 (1286).

Meldestelle nur als ausreichend erachtet, wenn sie parallel zu lokalen internen Meldestellen betrieben wird, also als Ergänzung dient.<sup>231</sup>

Für Unternehmen des Konzerns mit mehr als 249 Beschäftigten wäre eine solche lokale interne Meldestelle verpflichtend einzurichten.<sup>232</sup> Unternehmen mit weniger Beschäftigten können, wie zuvor erwähnt, gem. § 14 Abs. 2 HinSchG eine gemeinsame Meldestelle betreiben. Ist diese jedoch beispielsweise bei der Konzernmutter angesiedelt, die selbst mehr als 249 Mitarbeiter beschäftigt, so müssen die Konzernunternehmen, die unter diesem Schwellenwert liegen, eine zusätzliche gemeinsame Meldestelle einrichten. Die Meldestelle bei der Muttergesellschaft ist in diesem Fall nicht ausreichend. Wichtig ist außerdem zu beachten, dass Konzerne ihr Hinweisgebersystem den gesetzlichen Anforderungen der anderen EU-Mitgliedsstaaten anzupassen haben, falls dort konzernangehörige Unternehmen ansässig sind.<sup>233</sup> Schweden beispielsweise hat die WBRL im Einklang mit der Auffassung der EU-Kommission umgesetzt. Unternehmen ab 250 Beschäftigten sind verpflichtet, jeweils eine eigene interne Meldestelle einzurichten und dürfen dabei keinerlei Ressourcen des Konzerns nutzen.<sup>234</sup>

Spätestens also, wenn der Konzern auch Unternehmen in anderen EU-Mitgliedsstaaten umfasst, ist die deutsche Konzernlösung mit einer einzigen zentralen Konzernmeldestelle nicht mehr ausreichend und um lokale interne Meldestellen zu ergänzen.<sup>235</sup>

Das parallele Bestehen von zentraler und lokaler Meldestelle bietet außerdem den Vorteil, dass Hinweisgeber sich bei möglichen Hemmungen gegenüber der lokalen Stelle alternativ an die zentrale Meldestelle wenden können. Aufgrund der Legalitätspflicht, die jedes einzelne Konzernunternehmen trifft, muss es ohnehin in die Bearbeitung von Hinweisen einbezogen werden, die es betrifft. Unabhängig von der Unternehmensgröße bedarf es dann einer internen Stelle, die den Hinweis inhaltlich untersucht. Eine rein zentrale Bearbeitung auf Ebene der Muttergesellschaft scheidet folglich aus.<sup>236</sup>

Ein Beispiel für die richtige Umsetzung dieser Lösung ist der VW-Konzern. Auf Ebene der Konzernmutter, bei der VW AG, wird die zentrale Konzernmeldestelle betrieben. An diese können Hinweise mit Bezug zum gesamten Konzern gemeldet werden.<sup>237</sup> Tochtergesellschaften, die kein eigenes Aufklärungs-Office betreiben, greifen auf die Meldekanäle der VW AG zurück und benennen zusätzlich einen lokalen Ansprechpartner als interne Meldestelle.<sup>238</sup>

Die Tochterunternehmen Audi, Traton und Porsche verfügen über eigene interne Meldestellen in Form von Aufklärungs-Offices,<sup>239</sup> die sowohl für sie selbst als auch für ihre jeweiligen Tochtergesellschaften zuständig sind. Gemeinsam mit der VW AG genutzt werden

<sup>231</sup> Thüsing/Fischbach, HinSchG, § 14 Rn. 8.

<sup>232</sup> Götz, NZA 2023, 1284 (1286).

<sup>233</sup> Götz, NZA 2023, 1284 (1286).

<sup>234</sup> Steinhauser/Saalwächter-Hirsch/Trouvain, ESG 2023, 9 (11).

<sup>235</sup> Götz, NZA 2023, 1284 (1286).

<sup>236</sup> Dilling, CCZ 2023, 91 (94).

<sup>237</sup> Volkswagen Group, 2024, Unser Hinweisgebersystem, <https://www.volkswagen-group.com/de/unser-hinweisgebersystem-16041>, 18.12.2024.

<sup>238</sup> Vgl. Škoda Auto Deutschland GmbH, 2024, Škoda Nachhaltigkeit, <https://www.skoda-auto.de/unternehmen/nachhaltigkeit>, 18.12.2024.; SEAT Deutschland GmbH, 2024, Hinweisgebersystem, <https://www.cupraofficial.de/spirit/integrity-and-compliance/hinweisgebersystem#:~:text=Das%20Hinweisgebersystem%20bietet%20verschiedene%20Kanäle,in%20unserer%20Lieferkette%20zu%20melden>, 18.12.2024.

<sup>239</sup> Siehe S. 7.

lediglich die zentrale Hinweisgeber-Hotline sowie die Ombudsleute.<sup>240</sup> Die Tochtergesellschaften dieser Unternehmen greifen auf die Meldekanäle ihrer jeweiligen Muttergesellschaft zurück, benennen jedoch ebenfalls lokale Ansprechpartner. Dies ist häufig die Compliance-Abteilung vor Ort. Beispielhaft zu nennen sind hier die Porsche Consulting GmbH, Tochter der Porsche AG, die Automobili Lamborghini S.p.A., Tochter der Audi AG, sowie die MAN Truck & Bus SE, Tochter der Traton SE.<sup>241</sup>

## **f) Zwischenfazit**

Die Einrichtung einer zentralen Konzernmeldestelle bietet Unternehmen entscheidende Vorteile. Hervorzuheben sind hier besonders der effektivere Umgang mit Hinweisen und der von Hinweisgebern oftmals als besser empfundene Vertraulichkeitsschutz. Besonders bei komplexen und konzernübergreifenden Verstößen wird eine effektive und koordinierte Bearbeitung ermöglicht. Auch die Schonung von Ressourcen kann ein Vorteil einer zentralen Meldestelle sein, vor allem wenn Konzerne, wie es häufig der Fall ist, schon vor WBRL und HinSchG umfassend ausgestaltete zentrale Hinweisgebersysteme betrieben.<sup>242</sup> Allerdings ist es in Anbetracht der Rechtsunsicherheit bzgl. der Konzernlösung nicht ratsam, sich ausschließlich auf dieses zentrale Meldesystem zu verlassen. Zudem sind transnationale Konzerne, je nachdem welchem nationalen Recht ein konzernangehöriges Unternehmen unterliegt, ohnehin dazu verpflichtet, lokale Meldestellen einzurichten.<sup>243</sup> Somit dürfte der Aspekt der Ressourcenschonung wohl nur selten ein ausschlaggebender Vorteil sein.

Wichtig ist zu beachten, dass durch eine zentrale Meldestelle keine zusätzlichen Hürden entstehen, wie beispielsweise durch Sprachbarrieren oder die Erschwerung einer persönlichen Zusammenkunft. Dieses Risiko lässt sich durch entsprechende Maßnahmen jedoch minimieren.

Eine optimale Lösung zur Nutzung der Vorteile einer Konzernmeldestelle und zur Minimierung von potenziellen Zugangshürden besteht in der Beauftragung externer Dritter oder der Ergänzung der zentralen Stelle durch lokale Einheiten. Beide dieser Kompromisslösungen stehen im Einklang mit der Ansicht der EU-Kommission und ermöglichen Unternehmen eine rechtssichere Umsetzung der Einrichtungspflicht.<sup>244</sup> Gleichzeitig haben Hinweisgeber die Wahl zwischen verschiedenen Meldestellen und können die für sie sicherste und praktischste Anlaufstelle bestimmen.

Ein Vorbild ist hier der VW-Konzern, durch die Kombination von zentraler Konzernmeldestelle, lokalen Ansprechpartnern und Ombudsleuten wurde die optimale Grundlage für ein effektives Hinweisgebersystem geschaffen.

---

<sup>240</sup> Audi AG, 2024, Hinweisgebersystem, <https://www.audi.com/de/company/compliance-riskmanagement/whistleblower-system.html>, 18.12.2024.; Porsche AG, 2024, Das Porsche Hinweisgebersystem, <https://www.porsche.com/germany/aboutporsche/overview/compliance/hinweisgebersystem/>, 18.12.2024.;

TRATON SE, 2024, Hinweisgebersystem, <https://traton.com/de/compliance-und-risiko/whistleblowing-system.html>, 18.12.2024.

<sup>241</sup> Automobili Lamborghini S.p.A., 2024, Lamborghini Whistleblower System, [https://www.lamborghini.com/de-en/das\\_unternehmen/whistleblower](https://www.lamborghini.com/de-en/das_unternehmen/whistleblower), 18.12.2024.; MAN Truck & Bus SE, 2024, Unser Hinweisgebersystem, <https://www.man.eu/corporate/de/ueber-man/compliance-und-risk/compliance.html#hinweisgebersystem>, 18.12.2024.; Porsche Consulting GmbH, 2024, Das Porsche Hinweisgebersystem, <https://www.porsche-consulting.com/de/de/hinweisgebersystem>, 18.12.2024.

<sup>242</sup> Siehe S. 7, 8.

<sup>243</sup> Götz, NZA 2023, 1284 (1286).

<sup>244</sup> Thüsing/Fischbach, HinSchG, § 14 Rn. 8.

## 2. Ausgestaltung der internen Meldekanäle am Beispiel des Volkswagen-Konzerns

Im folgenden Kapitel wird dargestellt, wie die Meldekanäle für interne Meldestellen gemäß dem HinSchG ausgestaltet sein müssen. Am Beispiel des VW-Konzerns wird veranschaulicht, wie diese in der Praxis innerhalb eines Hinweisgebersystems im Konzern umgesetzt werden können.

### a) Vorgaben des HinSchG (§ 16 HinSchG)

Gem. § 16 Abs. 1 S. 1 HinSchG müssen die Meldekanäle es Beschäftigten und Leiharbeitnehmern ermöglichen, Verstöße an die interne Meldestelle ihres Beschäftigungsgebers melden zu können. Darüber hinaus können die Meldekanäle auch für Personen zugänglich gemacht werden, die im Rahmen ihrer beruflichen Tätigkeit mit dem Unternehmen in Kontakt stehen. Eine Verpflichtung dazu besteht jedoch nicht (§ 16 Abs. 1 S. 3 HinSchG). Solche Personen können beispielsweise Mitarbeiter von Lieferanten oder Auftragnehmern des Unternehmens sein. Aus Compliance-Perspektive ist es sinnvoll, die Meldewege auch für Dritte zugänglich zu machen, da diese relevante Informationen zu Verstößen besitzen können und die Effektivität des Hinweisgebersystems so gestärkt wird.<sup>245</sup>

Anonyme Meldungen sollten zwar bearbeitet werden, Meldekanäle müssen aber nicht so gestaltet werden, dass sie die Abgabe anonymer Meldungen ermöglichen (§ 16 Abs. 1 S. 4, 5 HinSchG). Es ist jedoch empfehlenswert, diese Möglichkeit zu schaffen, da dadurch zusätzliche Hinweise eingehen können.<sup>246</sup> Bei VW wurden 2023 immerhin 31 % der Hinweise anonym abgegeben (davon 20 % mit und 11 % ohne Kontaktmöglichkeit des Hinweisgebers).<sup>247</sup> Hinweisgeber, die befürchten, dass die Vertraulichkeit nicht gewahrt wird, könnten andernfalls von einer internen Meldung absehen.<sup>248</sup>

Die Meldekanäle müssen gem. § 16 Abs. 2 HinSchG so vertraulich ausgestaltet sein, dass nur die für die interne Meldestelle zuständigen Personen sowie bei dieser Aufgabe unterstützende Personen Zugriff auf eingehende Meldungen haben. Dadurch soll gewährleistet werden, dass möglichst wenige Personen über die Identität des Hinweisgebers, der in einer Meldung genannten oder sonstigen, von der Meldung betroffenen Personen informiert sind. Personen, die die interne Meldestelle unterstützen, z.B. IT-Dienstleister, dürfen nur insoweit Zugriff erhalten, wie es für ihre Unterstützungstätigkeit erforderlich ist.<sup>249</sup>

In § 16 Abs. 3 HinSchG ist schließlich geregelt, in welcher Form Meldungen ermöglicht werden müssen. Hier wird lediglich vorgegeben, dass interne Meldekanäle die Abgabe von Hinweisen in mündlicher (per Telefon oder über eine andere Form der Sprachübermittlung) oder in Textform erlauben müssen. Darüber hinaus muss eine Meldung auf Wunsch des Hinweisgebers auch persönlich abgegeben werden können. Unternehmen wird bei der konkreten Ausgestaltung ihrer Meldekanäle also recht viel Freiheit gelassen.

### b) Mündliche Form

<sup>245</sup> Colneric/Gerdemann/Dilling, HinSchG, § 16 Rn. 3.

<sup>246</sup> BT-Drs. 20/3442, 81.

<sup>247</sup> Volkswagen Group, 2023, Nachhaltigkeitsbericht 2023, [https://uploads.vw-mms.de/system/production/documents/cws/002/674/file\\_de/912a475685ada015c1ad3e8c5f193f783bb74b10/2023\\_Volkswagen\\_Group\\_Nachhaltigkeitsbericht.pdf?1710239373](https://uploads.vw-mms.de/system/production/documents/cws/002/674/file_de/912a475685ada015c1ad3e8c5f193f783bb74b10/2023_Volkswagen_Group_Nachhaltigkeitsbericht.pdf?1710239373), S. 114, 28.12.2024.

<sup>248</sup> BT-Drs. 20/3442, 81.

<sup>249</sup> BT-Drs. 20/3442, 81.



Der VW-Konzern bietet die Möglichkeit, Hinweise in mündlicher Form über eine zentrale Telefon-Hotline und bei einem persönlichen Treffen abzugeben.

Die Hinweisgeber-Hotline ist rundum die Uhr, sieben Tage die Woche erreichbar. Auf der Website des Konzerns findet sich eine umfassende Liste mit Telefonnummern für 138 verschiedene Länder und Territorien. Hinweisgeber wählen die Nummer des Landes in dem sie sich befinden, in vielen Ländern ist ein Anruf gebührenfrei.<sup>250</sup> Auf den jeweiligen Websites der Tochtergesellschaften, wie z.B. der Audi AG, der Traton SE und der Porsche AG, wird auch zusätzlich noch einmal auf diese Telefonnummern hingewiesen.<sup>251</sup> Nach Eingabe der entsprechenden Telefonnummer müssen Hinweisgeber den Organisationscode des Konzernunternehmens, zu welchem sie ihren Hinweis abgeben wollen, eingeben.<sup>252</sup> Dieser Code ist nicht konzernweit einheitlich und wird auf den Websites der jeweiligen Unternehmen bereitgestellt. Während beispielsweise die VW AG und die Traton SE den selben Code verwenden, haben die Audi AG und die Porsche AG jeweils eigene Codes.<sup>253</sup> Anschließend können Hinweisgeber eine Sprachnachricht mit ihrem Hinweis hinterlassen und das Aufklärungs-Office erhält eine Abschrift der Meldung. Um die Antwort oder Rückfragen zu hören, muss sich erneut eingewählt werden.<sup>254</sup>

Hinweise mit Bezug zum VW-Konzern können auf Wunsch auch persönlich im zentralen Aufklärungs-Office der VW AG in Wolfsburg abgegeben werden.<sup>255</sup> Für Verstöße, die die Audi AG, Traton SE oder Porsche AG betreffen, stehen zudem die jeweiligen Aufklärungs-Offices zur Verfügung, welche sich in Ingolstadt, München und Stuttgart befinden. In allen Fällen ist eine vorherige Terminvereinbarung per E-Mail erforderlich.<sup>256</sup>

### c) Textform

<sup>250</sup> Volkswagen Group, 2024, Unser Hinweisgebersystem, <https://www.volkswagen-group.com/de/unser-hinweisgebersystem-16041>, 28.12.2024.

<sup>251</sup> Audi AG, 2024, Hinweisgebersystem, <https://www.audi.com/de/company/compliance-riskmanagement/whistleblower-system.html>, 28.12.2024.; Porsche AG, 2024, Das Porsche Hinweisgebersystem, <https://www.porsche.com/germany/aboutporsche/overview/compliance/hinweisgebersystem/>, 28.12.2024.; TRATON SE, 2024, Hinweisgebersystem, <https://traton.com/de/compliance-und-risiko/whistleblowing-system.html>, 28.12.2024.

<sup>252</sup> Volkswagen Group, 2024, Unser Hinweisgebersystem, <https://www.volkswagen-group.com/de/unser-hinweisgebersystem-16041>, 28.12.2024.

<sup>253</sup> Audi AG, 2024, Hinweisgebersystem, <https://www.audi.com/de/company/compliance-riskmanagement/whistleblower-system.html>, 28.12.2024.; Porsche AG, 2024, Das Porsche Hinweisgebersystem, <https://www.porsche.com/germany/aboutporsche/overview/compliance/hinweisgebersystem/>, 28.12.2024.;

TRATON SE, 2024, Hinweisgebersystem, <https://traton.com/de/compliance-und-risiko/whistleblowing-system.html>, 28.12.2024.; Volkswagen Group, 2024, Unser Hinweisgebersystem, <https://www.volkswagen-group.com/de/unser-hinweisgebersystem-16041>, 28.12.2024.

<sup>254</sup> Volkswagen Group, 2024, Unser Hinweisgebersystem, <https://www.volkswagen-group.com/de/unser-hinweisgebersystem-16041>, 28.12.2024.

<sup>255</sup> Volkswagen Group, 2024, Unser Hinweisgebersystem, <https://www.volkswagen-group.com/de/unser-hinweisgebersystem-16041>, 28.12.2024.

<sup>256</sup> Audi AG, 2024, Hinweisgebersystem, <https://www.audi.com/de/company/compliance-riskmanagement/whistleblower-system.html>, 28.12.2024.; Porsche AG, 2024, Das Porsche Hinweisgebersystem, <https://www.porsche.com/germany/aboutporsche/overview/compliance/hinweisgebersystem/>, 28.12.2024.;

TRATON SE, 2024, Hinweisgebersystem, <https://traton.com/de/compliance-und-risiko/whistleblowing-system.html>, 28.12.2024.; Volkswagen Group, 2024, Unser Hinweisgebersystem, <https://www.volkswagen-group.com/de/unser-hinweisgebersystem-16041>, 28.12.2024.

Hinweise können im VW-Konzern in Textform per Mail, per Post und über „SpeakUp“ übermittelt werden.<sup>257</sup>

Hinweisgeber haben die Möglichkeit, sich per E-Mail an das zentrale Aufklärungs-Office der VW AG zu wenden. Die entsprechende Adresse ist auf der Website des Konzerns aufgeführt.<sup>258</sup> Wie zuvor erwähnt betreiben die Audi AG, Traton SE sowie die Porsche AG jeweils ein eigenes Aufklärungs-Office für sich und ihre Tochtergesellschaften. Diese können direkt entweder per Mail, deren Adressen auf den jeweiligen Unternehmenswebsites zu finden sind, oder postalisch über die dort angegebene Adresse kontaktiert werden.<sup>259</sup>

Eine weitere Möglichkeit zur Hinweisabgabe bietet der VW-Konzern mit dem von einem niederländischen Unternehmen betriebenen Online-Meldekanal „SpeakUp“.<sup>260</sup> Dieser kann entweder über die Website oder als App genutzt werden. Der Zugang wird entweder per Link oder QR Code auf den Websites von VW, Audi, Traton und Porsche bereitgestellt.<sup>261</sup>

Beim Zugriff über die SpeakUp-Website können Hinweisgeber ihre bevorzugte Sprache auswählen, erhalten eine persönliche Berichtsnummer und legen ein Passwort fest. Anschließend können sie ihre Nachricht eingeben und bei Bedarf auch Dokumente hochladen. Mithilfe von Berichtsnummer und Passwort kann sich später erneut angemeldet werden, um Rückfragen und Antworten einzusehen. Auf Wunsch lassen sich E-Mail-Benachrichtigungen aktivieren, um direkt über neue Entwicklungen informiert zu werden.<sup>262</sup>

Bei Nutzung der App wird zunächst ein persönlicher PIN durch den Hinweisgeber festgelegt, der für den Zugang zur App erforderlich ist. Anschließend muss der Organisationscode eingegeben werden, um zu identifizieren, welches Unternehmen der Hinweis betrifft. Daraufhin beantworten Hinweisgeber zunächst allgemeine Fragen zum Verstoß und können entscheiden, ob sie ihren Hinweis per Text- oder Sprachnachricht übermitteln möchten. Auch hier ist der Anhang von relevanten Dokumenten und das Einstellen von E-Mail-

---

<sup>257</sup> Volkswagen Group, 2024, Unser Hinweisgebersystem, <https://www.volkswagen-group.com/de/unser-hinweisgebersystem-16041>, 28.12.2024.

<sup>258</sup> Volkswagen Group, 2024, Unser Hinweisgebersystem, <https://www.volkswagen-group.com/de/unser-hinweisgebersystem-16041>, 29.12.2024.

<sup>259</sup> Audi AG, 2024, Hinweisgebersystem, <https://www.audi.com/de/company/compliance-riskmanagement/whistleblower-system.html>, 29.12.2024.; Porsche AG, 2024, Das Porsche Hinweisgebersystem, <https://www.porsche.com/germany/aboutporsche/overview/compliance/hinweisgebersystem/>, 29.12.2024.; TRATON SE, 2024, Hinweisgebersystem, <https://traton.com/de/compliance-und-risiko/whistleblowing-system.html>, 29.12.2024.

<sup>260</sup> SpeakUp, 2024, Leitfaden zur Hinweisabgabe mit SpeakUP, [https://uploads.vw-mms.de/system/production/documents/cws/002/801/file\\_de/db963031f3238cdde8f36ec624cc7c9fb340bbb0/SpeakUp\\_Leitfaden\\_DE.pdf?1727799455](https://uploads.vw-mms.de/system/production/documents/cws/002/801/file_de/db963031f3238cdde8f36ec624cc7c9fb340bbb0/SpeakUp_Leitfaden_DE.pdf?1727799455), S. 2, 29.12.2024.

<sup>261</sup> Audi AG, 2024, Hinweisgebersystem, <https://www.audi.com/de/company/compliance-riskmanagement/whistleblower-system.html>, 29.12.2024.; Porsche AG, 2024, Das Porsche Hinweisgebersystem, <https://www.porsche.com/germany/aboutporsche/overview/compliance/hinweisgebersystem/>, 29.12.2024.; TRATON SE, 2024, Hinweisgebersystem, <https://traton.com/de/compliance-und-risiko/whistleblowing-system.html>, 29.12.2024.; Volkswagen Group, 2024, Unser Hinweisgebersystem, <https://www.volkswagen-group.com/de/unser-hinweisgebersystem-16041>, 29.12.2024.

<sup>262</sup> SpeakUp, 2024, Leitfaden zur Hinweisabgabe mit SpeakUP, [https://uploads.vw-mms.de/system/production/documents/cws/002/801/file\\_de/db963031f3238cdde8f36ec624cc7c9fb340bbb0/SpeakUp\\_Leitfaden\\_DE.pdf?1727799455](https://uploads.vw-mms.de/system/production/documents/cws/002/801/file_de/db963031f3238cdde8f36ec624cc7c9fb340bbb0/SpeakUp_Leitfaden_DE.pdf?1727799455), S. 3, 29.12.2024.

Benachrichtigungen möglich. Rückfragen und Antworten lassen sich ganz einfach durch Einloggen in die App abrufen.<sup>263</sup>

### **III. Bearbeitung von Meldungen über das Hinweisgebersystem**

Steht die grundlegende Organisation der internen Meldestelle einmal, schließt sich die Frage an, wie die nun über das Hinweisgebersystem eingehenden Meldungen zu bearbeiten sind. Im folgenden wird zunächst erläutert, wie ein Verfahren bei internen Meldungen i.S.d. § 17 HinSchG abläuft. Dabei wird anhand der Verfahrensordnung des VW-Konzerns veranschaulicht, wie die gesetzlichen Vorgaben des HinSchG im Konzern umgesetzt werden können. Anschließend werden die Folgemaßnahmen des § 18 HinSchG und deren Umsetzung im Konzern dargestellt.

#### **1. Verfahren bei internen Meldungen (§ 17 HinSchG)**

##### **a) Gesetzliche Rahmenbedingungen**

In § 17 Abs. 1 HinSchG ist geregelt, wie nach dem Eingang eines Hinweises in einer internen Meldestelle chronologisch weiter zu verfahren ist. Hauptziel ist hier die Stichhaltigkeitsprüfung, deren Ergebnis entscheidet, ob und welche Folgemaßnahmen gem. § 18 HinSchG zu ergreifen sind.<sup>264</sup>

Zunächst muss der Eingang einer Meldung dem Hinweisgeber gem. § 17 Abs. 1 Nr. 1 HinSchG innerhalb von sieben Tagen bestätigt werden. So soll verdeutlicht werden, dass die Meldung ernstgenommen wird und ein erster Dialog mit dem Hinweisgeber aufgebaut werden. Ob diese Bestätigung individualisiert oder standardisiert erfolgt, ist Unternehmen freigestellt.<sup>265</sup>

Anschließend muss gem. § 17 Abs. 1 Nr. 2 geprüft werden, ob der Hinweis in den sachlichen Anwendungsbereich des HinSchG fällt. Wie zuvor erwähnt erweitern viele Unternehmen den Anwendungsbereich für sich um unternehmensinterne Regelungen, sodass auch Hinweise zu Verstößen gegen diese entgegengenommen werden. Hier muss keine vollständige inhaltliche Rechtsprüfung erfolgen, sondern lediglich geprüft werden, ob die Meldestelle zuständig und ein Verstoß nicht von vornherein ausgeschlossen ist.<sup>266</sup>

In § 17 Abs. 1 Nr. 3 HinSchG ist geregelt, dass die interne Meldestelle mit dem Hinweisgeber Kontakt zu halten hat. Inwieweit dies erforderlich ist, hängt jedoch von der Art des Hinweises ab. Besonders bei unklaren Meldungen, komplexen Sachverhalten oder Verdacht auf schwerwiegende Rechtsverstöße ist eine Kontaktaufnahme unbedingt notwendig. Auch bei langwierigen oder sehr sensiblen Verfahren ist dies angemessen, um das Vertrauen des Hinweisgebers aufrechtzuerhalten.<sup>267</sup> Gleichzeitig soll so verhindert werden, dass sich ein Hinweisgeber doch noch dazu entscheidet, sich an eine externe Meldestelle zu wenden oder seinen Hinweis sogar offenzulegen.<sup>268</sup>

Im nächsten und wichtigsten Verfahrensschritt erfolgt die Prüfung des Hinweises auf seine Stichhaltigkeit (§ 17 Abs. 1 Nr. 4 HinSchG). Es muss geprüft werden, ob sich ein

<sup>263</sup> SpeakUp, 2024, Leitfaden zur Hinweisabgabe mit SpeakUP, [https://uploads.vw-mms.de/system/production/documents/cws/002/801/file\\_de/db963031f3238cdde8f36ec624cc7c9fb340bbb0/SpeakUp\\_Leitfaden\\_DE.pdf?1727799455](https://uploads.vw-mms.de/system/production/documents/cws/002/801/file_de/db963031f3238cdde8f36ec624cc7c9fb340bbb0/SpeakUp_Leitfaden_DE.pdf?1727799455), S. 4-8, 29.12.2024.

<sup>264</sup> Thüsing/Fischbach, HinSchG, § 17 Rn. 1.

<sup>265</sup> Thüsing/Fischbach, HinSchG, § 17 Rn. 5.

<sup>266</sup> Thüsing/Fischbach, HinSchG, § 17 Rn. 6.

<sup>267</sup> Thüsing/Fischbach, HinSchG, § 17 Rn. 7.

<sup>268</sup> Colneric/Gerdemann/Dilling, HinSchG, § 17 Rn. 7.

Anfangsverdacht für einen Verstoß ergibt, der Folgemaßnahmen nach § 18 HinSchG erforderlich macht.<sup>269</sup> Die interne Meldestelle hat den Hinweis nur auf Grundlage der Informationen zu bewerten, die ihr durch den Hinweis selbst, durch das Kontakthalten gem. § 17 Abs. 1 Nr. 3 HinSchG und durch das Ersuchen weiterer Informationen gem. § 17 Abs. 1 Nr. 5 HinSchG vorliegen. Weitere Maßnahmen zur Sachverhaltsermittlung sind nicht zu treffen, denn hierbei würde es sich bereits um eine Folgemaßnahme i.S.d. § 18 Nr. 1 HinSchG handeln.<sup>270</sup>

Ein Hinweis darf als stichhaltig angesehen werden, wenn es nach der allgemeinen Lebenserfahrung als ernsthaft möglich erscheint, dass ein Rechtsverstoß oder ein sonstiger Anlass zum Einschreiten vorliegt. Da sich das Verfahren noch in einem frühen Stadium befindet und i.d.R. nur eine eingeschränkte Informationsgrundlage gegeben ist, darf hier kein zu strenger Maßstab angewandt werden.<sup>271</sup>

Gem. § 17 Abs. 1 Nr. 5 HinSchG muss die Meldestelle den Hinweisgeber falls nötig um weitere Informationen ersuchen. Dabei weicht der Gesetzgeber von der sonst chronologischen Darstellung des Verfahrensablaufs ab, denn diese Informationen dienen der Durchführung der Stichhaltigkeitsprüfung und müssen folglich zu diesem Zeitpunkt vorliegen. Systematisch wäre es daher schlüssiger gewesen, diesen Schritt zwischen § 17 Abs. 1 Nr. 3 HinSchG und § 17 Abs. 1 Nr. 4 HinSchG einzuordnen.<sup>272</sup>

Die Meldestelle ist verpflichtet, Unklarheiten, Lücken oder Widersprüchen im Hinweis nachzugehen und den Hinweisgeber dafür um die benötigten Informationen zu bitten. Ziel ist hier keine vollständige Sachverhaltsaufklärung, sondern die Beschaffung aller notwendigen Informationen, um die Stichhaltigkeit des Hinweises richtig beurteilen und über Folgemaßnahmen entscheiden zu können. Dieser Verfahrensschritt ist nicht zwingend, sollten bereits alle notwendigen Informationen vorliegen, kann an dieser Stelle auf Rückfragen an den Hinweisgeber verzichtet werden.<sup>273</sup> Es ist jedoch wichtig solche Rückfragen beim Hinweisgeber klar von Nachfragen bei anderen Stellen zu unterscheiden, Letztere gelten bereits als Folgemaßnahme.<sup>274</sup>

Der abschließende Schritt im Verfahren bei internen Meldungen besteht gem. § 17 Abs. 1 Nr. 6 HinSchG darin, auf Grundlage des Ergebnisses der durchgeführten Stichhaltigkeitsprüfung geeignete Folgemaßnahmen zu ergreifen.<sup>275</sup>

In § 17 Abs. 2 HinSchG ist die Pflicht zur Rückmeldung festgelegt. Der Hinweisgeber muss eine Rückmeldung zu seinem Hinweis innerhalb der dort angegebenen Frist erhalten. Diese Rückmeldung hat die geplanten oder bereits ergriffenen Folgemaßnahmen sowie die Gründe für diese zu enthalten.

## **b) Verfahrensordnung des Volkswagen Konzerns**

Das Verfahren zur Bearbeitung der Hinweise sollte mit seinen einzelnen Schritten in eine öffentlich verfügbare Verfahrensordnung aufgenommen werden.<sup>276</sup> Dies schafft Transparenz und ermöglicht es Hinweisgebern, sich vorab umfassend darüber zu informieren, wie

<sup>269</sup> Thüsing/Fischbach, HinSchG, § 17 Rn. 8.

<sup>270</sup> Thüsing/Fischbach, HinSchG, § 17 Rn. 9.

<sup>271</sup> Thüsing/Fischbach, HinSchG, § 17 Rn. 11.

<sup>272</sup> Thüsing/Fischbach, HinSchG, § 17 Rn. 12.

<sup>273</sup> Thüsing/Fischbach, HinSchG, § 17 Rn. 13.

<sup>274</sup> Thüsing/Fischbach, HinSchG, § 17 Rn. 14.

<sup>275</sup> Thüsing/Fischbach, HinSchG, § 18 Rn. 1.

<sup>276</sup> Wiedmann/Hoppmann, CCZ 2023, 11 (22).

ihre Meldung bearbeitet wird.<sup>277</sup> Ein Beispiel für die Umsetzung hiervon ist der VW-Konzern.

Die Verfahrensordnung für den Beschwerdemechanismus des VW-Konzerns ist auf dessen Website frei zugänglich. Sie enthält allgemeingültige Grundsätze für die Bearbeitung von Hinweisen zu potenziellen Missständen im Konzern sowie entlang der Lieferkette und gilt, sofern die internen Meldekanäle genutzt wurden.<sup>278</sup> Zudem wird detailliert erläutert, wie ein solches Verfahren i.S.d. § 17 Abs. 1 HinSchG im VW-Konzern abläuft.<sup>279</sup>

VW sichert zu, den Eingang einer Meldung je nach Meldekanal schriftlich oder elektronisch zu bestätigen, sofern Kontaktdaten angegeben wurden. Anschließend wird geprüft, wer für die weitere Bearbeitung zuständig ist. Betrifft ein Hinweis einen Sachverhalt ohne Mitarbeiterfehlverhalten im eigenen Geschäftsbereich oder einen Geschäftspartner entlang der Lieferkette, wird er an die zuständige Stelle im Konzern weitergeleitet.<sup>280</sup> Der Hinweisgeber wird über die zuständige Abteilung informiert. Sind Mitarbeiter des VW-Konzerns selbst betroffen, erfolgt die weitere Bearbeitung bei der internen Meldestelle selbst.<sup>281</sup> Dabei werden die Hinweise, die sich auf die VW AG, deren Tochtergesellschaften ohne eigenes Aufklärungs-Office oder konzernrelevante Sachverhalte beziehen, im zentralen Aufklärungs-Office in Wolfsburg bearbeitet.<sup>282</sup>

Daraufhin prüft die zuständige Stelle Plausibilität und Stichhaltigkeit des Hinweises dahingehend, ob hinreichende Anhaltspunkte für Regelverstöße oder nach dem LkSG relevante Risiken erkennbar sind. Das Ziel besteht darin, zu prüfen, ob eine Situation vorliegt, die als Verdachtslage gewertet werden kann und somit unter rechtlichen sowie datenschutzrechtlichen Aspekten Untersuchungs-, Präventions- oder Abhilfemaßnahmen rechtfertigt und erforderlich macht. Hierfür wird, sofern dies möglich ist, der Sachverhalt des Hinweises inhaltlich mit dem Hinweisgeber besprochen. Dabei werden vor allem Verständnisfragen gestellt und weitere Informationen eingeholt. Abhängig vom Ergebnis dieser Prüfung wird entschieden, welche Folgemaßnahmen zu veranlassen sind.<sup>283</sup>

VW legt während des gesamten Verfahrens großen Wert auf Transparenz gegenüber Hinweisgebern. So werden Hinweisgeber im Verlauf des Verfahrens grundsätzlich über die

---

<sup>277</sup> Wiedmann/Hoppmann, CCZ 2023, 11 (22).

<sup>278</sup> Volkswagen Group, 2024, Rules of Procedure for the Volkswagen Group Complaints Procedure, [https://uploads.vw-mms.de/system/production/documents/cws/002/007/file\\_de/aa63b2a74b6d08467fd0eec6095814798be69b57/rules\\_of\\_procedure\\_stand\\_10\\_2024.pdf?1729585008](https://uploads.vw-mms.de/system/production/documents/cws/002/007/file_de/aa63b2a74b6d08467fd0eec6095814798be69b57/rules_of_procedure_stand_10_2024.pdf?1729585008), S. 11, 04.01.2025.

<sup>279</sup> Volkswagen Group, 2024, Rules of Procedure for the Volkswagen Group Complaints Procedure, [https://uploads.vw-mms.de/system/production/documents/cws/002/007/file\\_de/aa63b2a74b6d08467fd0eec6095814798be69b57/rules\\_of\\_procedure\\_stand\\_10\\_2024.pdf?1729585008](https://uploads.vw-mms.de/system/production/documents/cws/002/007/file_de/aa63b2a74b6d08467fd0eec6095814798be69b57/rules_of_procedure_stand_10_2024.pdf?1729585008), S. 14, 04.01.2025.

<sup>280</sup> Volkswagen Group, 2024, Rules of Procedure for the Volkswagen Group Complaints Procedure, [https://uploads.vw-mms.de/system/production/documents/cws/002/007/file\\_de/aa63b2a74b6d08467fd0eec6095814798be69b57/rules\\_of\\_procedure\\_stand\\_10\\_2024.pdf?1729585008](https://uploads.vw-mms.de/system/production/documents/cws/002/007/file_de/aa63b2a74b6d08467fd0eec6095814798be69b57/rules_of_procedure_stand_10_2024.pdf?1729585008), S. 14, 04.01.2025.

<sup>281</sup> Volkswagen Group, 2024, Rules of Procedure for the Volkswagen Group Complaints Procedure, [https://uploads.vw-mms.de/system/production/documents/cws/002/007/file\\_de/aa63b2a74b6d08467fd0eec6095814798be69b57/rules\\_of\\_procedure\\_stand\\_10\\_2024.pdf?1729585008](https://uploads.vw-mms.de/system/production/documents/cws/002/007/file_de/aa63b2a74b6d08467fd0eec6095814798be69b57/rules_of_procedure_stand_10_2024.pdf?1729585008), S. 14, 04.01.2025.

<sup>282</sup> Volkswagen Group, 2023, Nachhaltigkeitsbericht 2023, [https://uploads.vwmms.de/system/production/documents/cws/002/674/file\\_de/912a475685ada015c1ad3e8c5f193f783bb74b10/2023\\_Volkswagen\\_Group\\_Nachhaltigkeitsbericht.pdf?1710239373](https://uploads.vwmms.de/system/production/documents/cws/002/674/file_de/912a475685ada015c1ad3e8c5f193f783bb74b10/2023_Volkswagen_Group_Nachhaltigkeitsbericht.pdf?1710239373), S. 114, 04.01.2025.

<sup>283</sup> Volkswagen Group, 2024, Rules of Procedure for the Volkswagen Group Complaints Procedure, [https://uploads.vw-mms.de/system/production/documents/cws/002/007/file\\_de/aa63b2a74b6d08467fd0eec6095814798be69b57/rules\\_of\\_procedure\\_stand\\_10\\_2024.pdf?1729585008](https://uploads.vw-mms.de/system/production/documents/cws/002/007/file_de/aa63b2a74b6d08467fd0eec6095814798be69b57/rules_of_procedure_stand_10_2024.pdf?1729585008), S. 14, 04.01.2025.

Bearbeitung und die Ergebnisse der einzelnen Schritte informiert, soweit dies unter Berücksichtigung entgegenstehender rechtlich geschützter Interessen oder Geheimhaltungspflichten möglich ist.<sup>284</sup>

## **2. Folgemaßnahmen der internen Meldestelle (§ 18 HinSchG)**

Unter Folgemaßnahmen sind gem. § 3 Abs. 7 HinSchG die von einer internen Meldestelle nach § 18 HinSchG oder von einer externen Meldestelle nach § 29 HinSchG getroffenen Maßnahmen zu verstehen, die der Prüfung der Stichhaltigkeit einer Meldung, des weiteren Vorgehens gegen den gemeldeten Verstoß oder dem Abschluss des Verfahrens dienen.

Die Maßnahmen des § 18 Nr. 1, 2 und 4 HinSchG werden bei Hinweisen ergriffen, die in den Anwendungsbereich des HinSchG fallen und als stichhaltig bewertet wurden.<sup>285</sup> Abgeschlossen werden kann das Verfahren gem. § 18 Nr. 3 HinSchG, wenn nicht genügend Beweise vorliegen oder andere Gründe dies rechtfertigen.

Unternehmen und deren Leitung müssen Hinweisen auf potenzielles rechtlich relevantes Fehlverhalten nachgehen und dieses abstellen. Dies folgt aus der Legalitäts- und Legalitätskontrollpflicht; die Folgemaßnahmen dienen also auch der Wiederherstellung von Rechtskonformität.<sup>286</sup>

Im folgenden wird zunächst die Frage geklärt, inwieweit die Muttergesellschaft die Mitwirkung ihrer Tochtergesellschaft an Folgemaßnahmen durchsetzen kann. Anschließend werden die Folgemaßnahmen des § 18 Nr. 1, 2 und 4 lit. a) HinSchG und die Herausforderungen bei deren Umsetzung im Konzernkontext erläutert.

### **a) Durchsetzung der Folgemaßnahmen durch die Muttergesellschaft**

Möchte die Muttergesellschaft, typischerweise vertreten durch ihre Compliance-Abteilung, gegen einen gemeldeten Verstoß im Tätigkeitsbereich einer Tochtergesellschaft vorgehen, ist sie auf deren Unterstützung angewiesen. Dabei stellt sich die Frage, ob die Konzernmutter die Mitwirkung ihrer Tochtergesellschaften bei den Folgemaßnahmen einseitig durchsetzen kann oder auf deren Kooperationsbereitschaft hoffen muss.<sup>287</sup>

Im Vertragskonzern ermöglicht das Weisungsrecht der Muttergesellschaft (§ 308 AktG), die Tochtergesellschaft in die Umsetzung von Folgemaßnahmen einzubinden. Sowohl die Erteilung von Weisungen als auch die Überprüfung ihrer Zulässigkeit können außerhalb echter Leitungsaufgaben delegiert werden. Folglich sind entsprechende Weisungen von der Compliance-Abteilung der Konzernmutter an die Compliance-Abteilung der Tochter möglich.<sup>288</sup>

Im faktischen Konzern besitzt die Muttergesellschaft kein solches Weisungsrecht,<sup>289</sup> im Rahmen der Folgemaßnahmen ist sie also von der Kooperationsbereitschaft ihrer

---

<sup>284</sup> Volkswagen Group, 2024, Rules of Procedure for the Volkswagen Group Complaints Procedure , [https://uploads.vw-mms.de/system/production/documents/cws/002/007/file\\_de/aa63b2a74b6d08467fd0eec6095814798be69b57/rules\\_of\\_procedure\\_stand\\_10\\_2024.pdf?1729585008](https://uploads.vw-mms.de/system/production/documents/cws/002/007/file_de/aa63b2a74b6d08467fd0eec6095814798be69b57/rules_of_procedure_stand_10_2024.pdf?1729585008), S. 14, 05.01.2025.

<sup>285</sup> Colneric/Gerdemann/Dilling, HinSchG, § 18 Rn. 2.

<sup>286</sup> Colneric/Gerdemann/Dilling, HinSchG, § 18 Rn. 3.

<sup>287</sup> Schmolke, Festschrift für Christine Windbichler zum 70. Geburtstag am 8. Dezember 2020, 1021 (1036).

<sup>288</sup> Schmolke, Festschrift für Christine Windbichler zum 70. Geburtstag am 8. Dezember 2020, 1021 (1036).

<sup>289</sup> Schmolke, Festschrift für Christine Windbichler zum 70. Geburtstag am 8. Dezember 2020, 1021 (1036).

Tochtergesellschaften abhängig.<sup>290</sup> Die Leitung der Tochtergesellschaft ist aber durch ihre Legalitäts- und Legalitätskontrollpflicht ohnehin dazu verpflichtet, Hinweise auf Verstöße in ihrem Unternehmen nachzuverfolgen und zu beseitigen. Zudem müssen die Tochterunternehmen, die eine interne Meldestelle betreiben, auch sicherstellen, dass Folgemaßnahmen ordnungsgemäß durchgeführt werden.

Die Bereitschaft der Tochtergesellschaft, an der Umsetzung von Folgemaßnahmen mitzuwirken, dürfte somit grundsätzlich bestehen. Problematisch könnte das fehlende Weisungsrecht der Muttergesellschaft allerdings werden, wenn Mutter- und Tochtergesellschaft unterschiedliche Auffassungen darüber haben, wie die Maßnahmen konkret umzusetzen sind.<sup>291</sup>

### **b) Interne Untersuchungen (§ 18 Nr. 1 HinSchG)**

Gem. § 18 Nr. 1 HinSchG kann die interne Meldestelle als Folgemaßnahme interne Untersuchungen bei dem Beschäftigungsgeber oder der jeweiligen Organisationseinheit durchführen und dabei betroffene Personen und Arbeitseinheiten kontaktieren.

Der Begriff der internen Untersuchung ist nicht gesetzlich definiert. Er kann verstanden werden als die unternehmensinterne und private Erhebung von Informationen über vergangene oder aktuelle Ereignisse, mit dem Ziel, mögliche Regelverstöße von Beschäftigten oder Dritten, die das Unternehmen betreffen, aufzuklären.<sup>292</sup>

Diese Maßnahme wird ergriffen, wenn die Meldestelle bei der Stichhaltigkeitsprüfung gem. § 17 Abs. 1 Nr. 4 HinSchG zu keinem klaren Ergebnis gekommen ist und auf Grundlage der ihr vom Hinweisgeber vorliegenden Informationen nicht in der Lage dazu ist, die Stichhaltigkeit des Hinweises eindeutig zu beurteilen.<sup>293</sup> Ziel der internen Untersuchung ist in diesem Kontext, die Informationen zu ermitteln, die notwendig sind, um die Stichhaltigkeit des Hinweises am Maßstab des § 17 Abs. 1 Nr. 4 HinSchG zuverlässig beurteilen zu können. Es geht nicht darum, abschließend festzustellen, ob tatsächlich ein Verstoß vorliegt oder die Compliance-Verantwortung des Beschäftigungsgebers zu erfüllen.<sup>294</sup>

Jede Untersuchung muss grundsätzlich unter Wahrung des Vertraulichkeitsgebots gem. § 8 HinSchG erfolgen.<sup>295</sup> Informationen zur Identität des Hinweisgebers oder zu Umständen, die Rückschlüsse darauf zulassen, dürfen jedoch weitergegeben werden, wenn dies für die Folgemaßnahme notwendig ist und der Hinweisgeber zugestimmt hat (§ 9 Abs. 3 Nr. 1, 2 HinSchG). Informationen über die Identität einer Person, die Gegenstand eines Hinweises ist, können an die zuständige Stelle weitergegeben werden, wenn die betroffene Person eingewilligt hat (§ 9 Abs. 4 Nr. 1 HinSchG), durch interne Meldestellen, sofern dies für interne Untersuchungen (§ 9 Abs. 4 Nr. 2 HinSchG) erforderlich ist oder wenn es für andere Folgemaßnahmen notwendig ist (§ 9 Abs. 4 Nr. 3 HinSchG).

Die Meldestelle darf unter Einhaltung der genannten Vorgaben z.B. Nachfragen stellen oder um die Mitteilung konkreter Anhaltspunkte zur Überprüfung eines Hinweises bitten.<sup>296</sup> Im

<sup>290</sup> *Schmolke*, Festschrift für Christine Windbichler zum 70. Geburtstag am 8. Dezember 2020, 1021 (1037).

<sup>291</sup> *Schmolke*, Festschrift für Christine Windbichler zum 70. Geburtstag am 8. Dezember 2020, 1021 (1037).

<sup>292</sup> Colneric/Gerdemann/Dilling, HinSchG, § 18 Rn. 14.

<sup>293</sup> Rolfs et al./Bruns, HinSchG, § 18 Rn. 3.; Thüsing /Fischbach, HinSchG, § 18 Rn. 5.

<sup>294</sup> Rolfs et al./Bruns, HinSchG, § 18 Rn. 3.; Thüsing /Fischbach, HinSchG, § 18 Rn. 5.

<sup>295</sup> Rolfs et al./Bruns, HinSchG, § 18 Rn. 3.

<sup>296</sup> BT-Drs. 20/3442, 82.

Gegensatz zum Fragerecht des § 17 Abs. 1 Nr. 5 HinSchG kann die Meldestelle sich nun auch an andere Personen als nur den Hinweisgeber selbst wenden.<sup>297</sup>

Eine zentrale Konzernmeldestelle, die auf Ebene der Muttergesellschaft betrieben wird, ist in der Regel berechtigt, eine interne Untersuchung bei ihren Tochtergesellschaften durchzuführen.<sup>298</sup> Umgekehrt fehlt den Tochtergesellschaften die rechtliche Befugnis, interne Untersuchungen bei der Mutter- oder Schwestergesellschaft einzuleiten.<sup>299</sup>

### **c) Verweisung an die zuständige Stelle (§ 18 Nr. 2 HinSchG)**

Gem. § 18 Nr. 2 HinSchG kann die interne Meldestelle den Hinweisgeber als Folgemaßnahme an eine andere zuständige Stelle verweisen.

Eine Verweisung kommt in Betracht, wenn die Meldestelle den gemeldeten Verstoß nicht weiterverfolgen kann. Dies trifft beispielsweise zu, wenn der gemeldete Verstoß das Unternehmen, an dessen Meldestelle sich der Hinweisgeber gewandt hat, gar nicht betrifft und die Meldestelle keine Möglichkeit zur Ermittlung in anderen (Konzern-)Unternehmen hat.<sup>300</sup> In diesem Fall kann der Hinweisgeber durch die interne Meldestelle an die Meldestelle des betroffenen Unternehmens verwiesen werden.<sup>301</sup> Andernfalls müsste das Verfahren gem. § 18 Nr. 3 HinSchG abgeschlossen werden.<sup>302</sup> Davon ist jedoch abzuraten, sofern tatsächlich Anhaltspunkte für einen Verstoß vorliegen, da der Hinweisgeber sich sonst möglicherweise an eine externe Meldestelle wenden könnte.<sup>303</sup> Bevor eine Verweisung erfolgt, muss die Meldestelle jedenfalls sicher ausschließen können, dass weder eine Beteiligung des eigenen Unternehmens noch drohende Schäden vorliegen.<sup>304</sup>

### **d) Abgabe des Verfahrens (§ 18 Nr. 4 lit. a HinSchG)**

Gem. § 18 Nr. 4 lit. a) HinSchG kann die interne Meldestelle das Verfahren zwecks weiterer Untersuchungen an eine beim Beschäftigungsgeber oder der jeweiligen Organisationseinheit für interne Ermittlungen zuständige Arbeitseinheit abgeben.

Die empfangende Stelle ist verpflichtet, die Vertraulichkeitsanforderungen gem. §§ 8, 9 HinSchG, die Dokumentationspflichten nach § 11 HinSchG sowie die Vorgaben zu Unabhängigkeit und Fachkunde gem. § 15 HinSchG zu beachten. Die Abgabe des Verfahrens entbindet den Beschäftigungsgeber zudem nicht von seiner Pflicht, einen Verstoß zu beseitigen und dem Hinweisgeber gem. § 17 HinSchG eine Rückmeldung zu geben.<sup>305</sup>

Eine Abgabe nach § 18 Nr. 4 lit. a) HinSchG wird notwendig, wenn durch die Meldestelle belastbare Anhaltspunkte für einen Verstoß festgestellt werden. Auf diese Weise kann der Beschäftigungsgeber seine Legalitätskontrollpflicht erfüllen.<sup>306</sup> Das Gesetz verlangt nicht ausdrücklich, dass die zuständige Stelle direkt beim Beschäftigungsgeber angesiedelt sein muss. Entscheidend ist lediglich, dass sie bei diesem für interne Ermittlungen zuständig ist. Diese Aufgabe kann auch von einer konzernzentralen Einheit übernommen werden, deren Zuständigkeit sich aus konzernrechtlichen Vereinbarungen ergibt. Eine Abgabe an

<sup>297</sup> Thüsing/Fischbach, HinSchG, § 18 Rn. 6.

<sup>298</sup> Götz, NZA 2023, 1284 (1287).

<sup>299</sup> Metzner/Gloeckner, CCZ 2021, 256 (259).

<sup>300</sup> Götz, NZA 2023, 1284 (1287).; Rolfs et al./Bruns, HinSchG, § 18 Rn. 6.

<sup>301</sup> Rolfs et al./Bruns, HinSchG, § 18 Rn. 6.

<sup>302</sup> Götz, NZA 2023, 1284 (1287).

<sup>303</sup> Rolfs et al./Bruns, HinSchG, § 18 Rn. 7.

<sup>304</sup> Götz, NZA 2023, 1284 (1287).

<sup>305</sup> Götz, NZA 2023, 1284 (1287).

<sup>306</sup> Rolfs et al./Bruns, HinSchG, § 18 Rn. 11.



die Konzern-Compliance-Abteilung ist also möglich.<sup>307</sup> Die lokale Meldestelle eines anderen Konzernunternehmens zählt hingegen nicht als zuständige Einheit für interne Ermittlungen im Unternehmen der abgebenden Meldestelle und fällt folglich nicht unter § 18 Nr. 4 lit. a) HinSchG. Allerdings handelt es sich bei den in § 18 HinSchG genannten Folgemaßnahmen nur um Regelbeispiele.<sup>308</sup> Maßnahmen, die in „Intensität und Ausrichtung“ vergleichbar sind, gelten ebenfalls als zulässig.<sup>309</sup> Die Abgabe an die lokale Meldestelle eines anderen konzernangehörigen Unternehmens, die auf die Aufklärung des Verstoßes zielt, ist deshalb zulässig, auch wenn sie nicht explizit in § 18 HinSchG aufgeführt ist.<sup>310</sup>

#### **IV. Datenschutzrechtliche Aspekte beim Betrieb eines Hinweisgebersystems**

Nahezu jeder bei einer Meldestelle eingehende Hinweis weist in irgendeiner Weise einen Personenbezug auf,<sup>311</sup> folglich gehen Hinweisgebersysteme mit der Verarbeitung personenbezogener Daten einher.<sup>312</sup>

Unter personenbezogenen Daten sind gem. Art. 4 Nr. 1 Hs. 1 DSGVO alle Informationen zu verstehen, die sich auf eine identifizierte oder identifizierbare natürliche Person beziehen. Die Verarbeitung dieser Daten erfolgt während des gesamten Ablaufs, vom Eingehen der Meldung bishin zum finalen Report.<sup>313</sup> Dies führt zu Spannungsfeldern zwischen Daten- und Hinweisgeberschutz. Neben weiteren offenen Fragen, auf die an dieser Stelle nicht eingegangen werden soll, bleibt insbesondere unklar, wie die Anforderungen des HinSchG in Konzernstrukturen datenschutzkonform umzusetzen sind.<sup>314</sup>

Im folgenden wird darauf eingegangen, auf welcher rechtlichen Grundlage die Datenverarbeitung im Rahmen des Hinweisgebersystems erfolgt und wer im Konzern datenschutzrechtlich Verantwortlicher i.S.d. Art. 4 Nr. 7 DSGVO ist.

##### **1. Rechtsgrundlage der Datenverarbeitung**

Die Verarbeitung personenbezogener Daten erfordert immer eine Rechtsgrundlage.<sup>315</sup>

Im Rahmen eines Hinweisgebersystems dient grundsätzlich Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. c) und Abs. 3 S. 1 DSGVO i.V.m. § 10 HinSchG als Grundlage, da die Verarbeitung der Erfüllung gesetzlicher Pflichten dient.<sup>316</sup> Die Verarbeitung ist gem. § 10 S. 1 HinSchG nur rechtmäßig, wenn sie zur Erfüllung der in §§ 13 und 24 HinSchG genannten Aufgaben der Meldestelle erforderlich ist. Für diesen Zweck dürfen gem. § 10 S. 2 HinSchG auch besondere Kategorien personenbezogener Daten verarbeitet werden. Hierunter fallen gem. Art. 9 Abs. 1 DSGVO z.B. personenbezogene Daten, aus denen die ethnische Herkunft oder politische Meinung hervorgeht.

Für alle Verarbeitungen, die über die Erfüllung der Aufgaben der Meldestelle hinausgehen, gelten die allgemeinen datenschutzrechtlichen Vorschriften. Hier sind besonders Art. 88 DS-GVO i.V.m. § 26 Abs. 1 S. 2 BDSG relevant, welche die Datenverarbeitung im

<sup>307</sup> Götz, NZA 2023, 1284 (1287).

<sup>308</sup> Götz, NZA 2023, 1284 (1287).

<sup>309</sup> BT-Drs. 20/3442, 82, 83.

<sup>310</sup> Götz, NZA 2023, 1284 (1287).

<sup>311</sup> Fehr, ZD 2022, 256 (256).

<sup>312</sup> Kühn, DSB 2022, 307 (307).

<sup>313</sup> Kühn, DSB 2022, 307 (307).

<sup>314</sup> Kühn, DSB 2022, 307 (307).

<sup>315</sup> Fehr, ZD 2022, 256 (257).

<sup>316</sup> Lang, ZD 2024, 17 (18).

Beschäftigungskontext regeln.<sup>317</sup>

## 2. Datenschutzrechtlich Verantwortlicher i.S.d. Art. 4 Nr. 7 DSGVO

Beim Betrieb eines Hinweisgebersystems, das wie erwähnt unweigerlich mit der Verarbeitung personenbezogener Daten einhergeht, stellt sich die Frage, wer datenschutzrechtlich Verantwortlicher ist. Diese wird insbesondere dann relevant, wenn ein Konzernunternehmen seine interne Meldestelle an ein anderes konzernangehöriges Unternehmen auslagert oder eine gemeinsame Meldestelle innerhalb des Konzerns betrieben wird.<sup>318</sup>

Als datenschutzrechtlich Verantwortlichen definiert die DSGVO in ihrem Art. 4 Nr. 7 Hs. 1 die natürliche oder juristische Person, Behörde, Einrichtung oder andere Stelle, die allein oder gemeinsam mit anderen über die Zwecke und Mittel der Verarbeitung von personenbezogenen Daten entscheidet. Betreibt ein Beschäftigungsgeber bei sich eine interne Meldestelle, gibt er vor, zu welchen Zwecken die Daten verarbeitet werden und entscheidet, auf welchem Weg Meldungen abgegeben werden können. Folglich ist er datenschutzrechtlich Verantwortlicher.<sup>319</sup> Die interne Meldestelle selbst bzw. deren Mitarbeiter sind hingegen nicht datenschutzrechtlich verantwortlich. Zum einen wird ihr Handeln ohnehin der übergeordneten Einheit zugerechnet, zum anderen obliegt die Einrichtung der Meldekanäle gem. § 16 Abs. 1 S. 1 HinSchG dem Beschäftigungsgeber, nicht der Meldestelle. Sie entscheidet also nicht über Zweck oder Mittel der Datenverarbeitung.<sup>320</sup>

Betreiben mehrere (Konzern-)Unternehmen nach § 14 Abs. 2 HinSchG eine gemeinsame interne Meldestelle, wird das Handeln der Meldestelle den beteiligten Beschäftigungsgebern zugerechnet. Die Unternehmen entscheiden gemeinsam über Zweck und Mittel der Datenverarbeitung, folglich sind sie gemeinsam Verantwortliche i.S.d. Art. 4 Nr. 7, 26 DSGVO.<sup>321</sup>

Wenn die Aufgabe der internen Meldestelle an einen externen Dritten i.S.d. § 14 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 HinSchG übertragen wird, ist entscheidend, wer Zweck und Mittel der Datenverarbeitung festlegt.<sup>322</sup> Wird dieser Dritte lediglich mit der Bereitstellung der Infrastruktur für Entgegennahme und Weiterleitung von Meldungen beauftragt, wie z.B. ein IT-Dienstleister, liegt eine Auftragsverarbeitung gem. Art. 4 Nr. 8, 28 DSGVO vor. Datenschutzrechtlich verantwortlich bleibt in diesem Fall der beauftragende Beschäftigungsgeber.<sup>323</sup> Übernimmt ein Dritter die Aufgaben der internen Meldestelle aber in vollem Umfang, indem er beispielsweise Hinweise prüft, dem Hinweisgeber Rückfragen stellt oder Folgemaßnahmen einleitet, wird dieser zum datenschutzrechtlich Verantwortlichen i.S.d. Art. 4 Nr. 7 DSGVO.<sup>324</sup>

Die DSGVO kennt kein Konzernprivileg, weshalb die Konzernunternehmen im Verhältnis

<sup>317</sup> Bayreuther, NZA-Beilage 2022, 20 (22).

<sup>318</sup> Kühn, DSB 2022, 307 (308).

<sup>319</sup> Musiol, Hinweisgeberschutz und Datenschutz – Datenschutzrechtliche Implikationen bei Einrichtung und Betrieb einer internen Meldestelle nach dem HinSchG, S. 124.

<sup>320</sup> Musiol, Hinweisgeberschutz und Datenschutz – Datenschutzrechtliche Implikationen bei Einrichtung und Betrieb einer internen Meldestelle nach dem HinSchG, S. 125, 126.

<sup>321</sup> Musiol, Hinweisgeberschutz und Datenschutz – Datenschutzrechtliche Implikationen bei Einrichtung und Betrieb einer internen Meldestelle nach dem HinSchG, S. 136.

<sup>322</sup> Musiol, Hinweisgeberschutz und Datenschutz – Datenschutzrechtliche Implikationen bei Einrichtung und Betrieb einer internen Meldestelle nach dem HinSchG, S. 138.

<sup>323</sup> Musiol, Hinweisgeberschutz und Datenschutz – Datenschutzrechtliche Implikationen bei Einrichtung und Betrieb einer internen Meldestelle nach dem HinSchG, S. 139.

<sup>324</sup> Musiol, Hinweisgeberschutz und Datenschutz – Datenschutzrechtliche Implikationen bei Einrichtung und Betrieb einer internen Meldestelle nach dem HinSchG, S. 139, 143.

zueinander als Dritte gelten.<sup>325</sup> Für eine Konzernmeldestelle gelten somit dieselben Regelungen wie für andere Dritte, die mit den Aufgaben der internen Meldestelle betraut sind.<sup>326</sup> Das Konzernunternehmen, das die Aufgaben der Meldestelle umfassend übernimmt, trägt damit auch die datenschutzrechtliche Verantwortung.<sup>327</sup> Eine gemeinsame Verantwortlichkeit der Konzernunternehmen scheidet aus, da die beteiligten Unternehmen aufgrund fehlender Weisungsbefugnis und fehlenden Zugriffs auf die verarbeiteten Daten weder Zweck noch Mittel der Datenverarbeitung gemeinsam bestimmen. Desweiteren werden die Unternehmen im Fall einer Konzernmeldestelle keine Weisungsbefugnis bzgl. der Verarbeitung ihrer Daten besitzen. Dies stünde auch im Widerspruch zu § 15 Abs. 1 S. 1 HinSchG, der die interne Meldestelle zur Unabhängigkeit verpflichtet. Eine Auftragsverarbeitung kommt somit ebenfalls nicht in Betracht.<sup>328</sup>

## F. Fazit

Die vorliegende Arbeit hat gezeigt, dass Hinweisgebersysteme in Konzernen sowohl aus rechtlicher als auch aus organisatorischer Sicht eine besondere Herausforderung darstellen. Ihre effektive Implementierung erfordert eine genaue Abstimmung zwischen gesetzlichen Vorgaben, insbesondere denen des HinSchG, und den individuellen Anforderungen eines jeden Unternehmens.

Grundlegend hierfür ist ein Verständnis der konzernrechtlichen Grundlagen, insbesondere des konzernrechtlichen Trennungsprinzips. Dieses wird vom deutschen Gesetzgeber als Grundlage für die Zulässigkeit der Konzernlösung des § 14 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 HinSchG herangezogen. Die EU-Kommission lehnt dies ausdrücklich ab. Die daraus resultierende Uneinigkeit schafft eine Rechtsunsicherheit, die erst durch die Rechtsprechung geklärt werden kann. Besonders relevant ist hierbei die Entscheidung des EuGH bezüglich der potenziellen Unionsrechtswidrigkeit. Konzerne sollten die rechtliche Entwicklung in diesem Bereich also genau beobachten.<sup>329</sup>

Dennoch wurde deutlich, dass zentrale Meldestellen Konzernen bedeutende Vorteile bieten können, insbesondere die effektivere und konzernweite Aufarbeitung von Verstößen sowie der durch Hinweisgeber oftmals als besser empfundene Vertraulichkeitsschutz.<sup>330</sup> Um ein möglichst attraktives und effektives Hinweisgebersystem zu schaffen, ist Konzernen zu raten, ihre zentrale Meldestelle um lokale Einheiten und/oder externe Dritte wie Ombudspersonen zu ergänzen. Der VW-Konzern kann hierbei als Vorbild dienen, sowohl hinsichtlich der Kombination zentraler und dezentraler Organisation als auch bezüglich der vielfältigen und leicht zugänglichen Ausgestaltung der Meldekanäle.<sup>331</sup>

Die Bearbeitung der über das Hinweisgebersystem eingehenden Meldungen spielt ebenfalls eine wichtige Rolle. Insbesondere die Prüfung der Stichhaltigkeit ist hier entscheidend, da diese die Grundlage für die Festlegung geeigneter Folgemaßnahmen bildet. Eine transparente Verfahrensordnung, wie sie beispielsweise von VW veröffentlicht wurde, bietet Hinweisgebern die Möglichkeit, sich umfassend über den Umgang mit ihren Meldungen zu informieren, und stellt daher eine empfehlenswerte Maßnahme dar. Geeignete

<sup>325</sup> Kühn, DSB 2022, 307 (308).

<sup>326</sup> Musiol, Hinweisgeberschutz und Datenschutz – Datenschutzrechtliche Implikationen bei Einrichtung und Betrieb einer internen Meldestelle nach dem HinSchG, S. 145.

<sup>327</sup> Musiol, Hinweisgeberschutz und Datenschutz – Datenschutzrechtliche Implikationen bei Einrichtung und Betrieb einer internen Meldestelle nach dem HinSchG, S. 145.

<sup>328</sup> Musiol, Hinweisgeberschutz und Datenschutz – Datenschutzrechtliche Implikationen bei Einrichtung und Betrieb einer internen Meldestelle nach dem HinSchG, S. 146.

<sup>329</sup> Siehe Kapitel E II. 1. a) und b).

<sup>330</sup> Siehe Kapitel E. II. 1. c).

<sup>331</sup> Siehe Kapitel E. II. 1. e).; Kapitel E. II. 2.

Folgemaßnahmen müssen für jede Meldung individuell festgelegt werden, wobei die konkrete Umsetzung auch von der Konzernform beeinflusst wird.<sup>332</sup>

Nicht zuletzt ist der Datenschutz ein essenzieller Bestandteil der Einrichtung eines Hinweisgebersystems im Konzern. Insbesondere muss sichergestellt werden, dass die Verarbeitung personenbezogener Daten auf der geeigneten Rechtsgrundlage erfolgt und dass die datenschutzrechtliche Verantwortlichkeit korrekt zugeordnet wird.<sup>333</sup>

Abschließend lässt sich festhalten, dass die erfolgreiche Implementierung eines Hinweisgebersystems im Konzern eine sorgfältige Planung sowie die Berücksichtigung zahlreicher Aspekte erfordert. Ein solches System sollte jedoch nicht allein als rechtliche Notwendigkeit betrachtet werden, da es bei einer durchdachten Umsetzung wesentlich zu einer integren Unternehmenskultur und zur Prävention von Regel- und Rechtsverstößen beiträgt. Ein effektives Hinweisgebersystem entfaltet somit insbesondere aus Compliance-Perspektive eine erhebliche positive Wirkung für den gesamten Konzern.<sup>334</sup>

---

<sup>332</sup> Vgl. Kapitel E. III.

<sup>333</sup> Siehe Kapitel E. IV.

<sup>334</sup> Vgl. Kapitel C. I. 3.; Kapitel D.

## Literaturverzeichnis

- Bayreuther, Frank*, Whistleblowing und das neue Hinweisgeberschutzgesetz, NZA-Beilage 2022, S. 20.
- Bruns, Patrick*, Das neue Hinweisgeberschutzgesetz, NJW 2023, S. 1609.
- Buchert, Rainer/Buchert, Christoph*, 2024, Ombudsmann und Hinweisgebersysteme, in: Moosmayer, Klaus/Lösler, Thomas (Hrsg.), Corporate Compliance, Handbuch der Haftungsvermeidung im Unternehmen, München, § 43 Rn. 1-146.
- Bürkle, Jürgen*, Zur Unionsrechtskonformität zentraler Konzernmeldestellen für Hinweisgeber, CCZ 2022, S. 335.
- Bürkle, Jürgen*: Compliance in Versicherungsunternehmen, Rechtliche Anforderungen und praktische Umsetzung, 3. Aufl., C.H. Beck, München 2020.
- Bürkle, Jürgen/Kinzl, Ulrich-Peter*, 2024, Compliance-Beauftragten-System, in: Moosmayer, Klaus/Lösler, Thomas (Hrsg.), Corporate Compliance, Handbuch der Haftungsvermeidung im Unternehmen, München, § 12 Rn. 1-93.
- Colneric, Ninon/Gerdemann, Simon (Hrsg.)*: BeckOK Hinweisgeberschutzgesetz, Kommentar, 4. Edition 2024, C.H. Beck, München (zit.: Colneric/Gerdemann/Colneric/Gerdemann/Dilling, HinSchG).
- Dilling, Johannes*, Die Konzernlösung gemäß § 14 Abs. 1 S. 1 HinSchG im Spannungsfeld zwischen europarechtlichen Vorgaben und den praktischen Bedürfnissen der von der Umsetzung betroffenen Unternehmensverbände, CCZ 2023, S. 91.
- Dzida, Boris/Seibt, Christoph H.*, Neues Hinweisgeberschutzgesetz: Analyse und Antworten auf Praxisfragen, NZA 2023, S. 657.
- Emmerich, Volker/Habersack, Mathias (Hrsg.)*: Aktien- und GmbH-Konzernrecht, Kommentar, 10. Aufl. 2022, C.H. Beck, München (zit.: Emmerich/Habersack/Emmerich, AktG).
- Fehr, Stefanie*, Whistleblowing und Datenschutz – ein unlösbares Spannungsfeld? Praktischer Diskurs der EU-Whistleblower-RL und der DS-GVO im Kontext des Hinweisgebermanagements, ZD 2022, S. 256.
- Fleischer, Holger/Goette, Wulf (Hrsg.)*: MüKo zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, 4. Aufl. 2022, C.H. Beck, München (zit.: Fleischer/Goette/Liebscher, GmbHG).
- Goette, Wulf/Habersack, Mathias (Hrsg.)*: MüKo Aktiengesetz, Band 2, Kommentar, 6. Aufl. 2023, C.H. Beck, München (zit.: Goette/Habersack/Spindler, AktG).
- Goette, Wulf/Habersack, Mathias (Hrsg.)*: MüKo Aktiengesetz, Band 1, Kommentar, 6. Aufl. 2024, C.H. Beck, München (zit.: Goette/Habersack/Heider/Bayer, AktG).
- Götz, Johannes*, Hinweisgebersysteme und Hinweisgeberschutz in Konzernen und Matrixorganisationen, NZA 2023, S. 1284.
- Grigoleit, Hans Christoph (Hrsg.)*: Aktiengesetz, Kommentar, 2. Aufl. 2020, C.H. Beck, München (zit.: Grigoleit/Grigoleit, AktG).

- Hauser, Christian/Bretti-Rainalter, Jeanine/Blumer, Helene*: Whistleblowing Report 2021, EQS Group AG, FH Graubünden, Chur 2021.
- Henssler, Martin/Stilz, Eberhard/Veil, Rüdiger*: BeckOGK Aktiengesetz, Kommentar, Stand: 01.10.2024, C.H. Beck, München (zit.: Henssler/Stilz/Veil/Schall/Fleischer, AktG).
- Henssler, Martin/Strohn, Lutz (Hrsg.)*: Beck'sche Kurz-Kommentare Gesellschaftsrecht, Kommentar, 6. Aufl. 2024, C.H. Beck, München (zit.: Henssler/Strohn/Keßler, AktG).
- Hüffer, Uwe/Koch, Jens (Hrsg.)*: Beck'sche Kurz-Kommentare Aktiengesetz, Kommentar, 18. Aufl. 2024, C.H. Beck, München (zit.: Hüffer/Koch/Koch, AktG).
- Jusciak, Delia*: Sanktionsdurchgriffe und Compliance im Konzern, Deutsches, Europäisches und Vergleichendes Wirtschaftsrecht, Band 134, hrsg. von Werner F. Ebke, Nomos, Baden-Baden, 2023, zugl. Diss. Leipzig 2023.
- Kremer, Thomas et al.*: Deutscher Corporate Governance Kodex, Kommentar, 9. Aufl. 2023, C.H. Beck, München (zit.: Kremer, DCGK).
- Kühn, Philipp*, Datenschutz und Whistleblowing – Umsetzung datenschutzrechtlicher Vorgaben im Konzernverbund, DSB 2022, S. 307.
- Külz, Philipp/Odenthal-Middelhoff, Christina*, Praxisfragen zum Hinweisgeberschutzgesetz, NZWiSt 2024, S. 131.
- Lang, Markus*, Datenschutzrechtliche Implikationen des Hinweisgeberschutzgesetzes, Einrichtung und Betrieb eines Hinweisgebersystems unter Beachtung der datenschutzrechtlichen Vorgaben, ZD 2024, S. 17.
- Marques, Marcel/Blesius, Marie*, Hinweisgeberschutz – Gesetzliche Anforderungen und mögliche Chancen für die Zukunft, npoR 2023, S. 240.
- Metzner, Isabel/Gloeckner, Felix*, „Reality Check“ der EU-Whistleblower Richtlinie – Ist die Einführung eines lokalen Hinweisgebersystems wirklich erforderlich?, CCZ 2021, S. 256.
- Miege, Christian/Ahrens, Tim*, Referentenentwurf der Koalition zum Hinweisgeberschutzgesetz – Stellungnahme des Deutschen Instituts für Compliance (DICO e. V.), CCZ 2022, S. 171.
- Möhlenbeck, Michaela*, 2021, Whistleblowing-Systeme – Aufbau und Management, in: Schulz, Martin R. (Hrsg.), Compliance Management im Unternehmen, Erfolgsfaktoren und praktische Umsetzung, Frankfurt am Main, S. 187-225.
- Moosmayer, Klaus/Lösler, Thomas*, 2024, Einführung, in: Moosmayer, Klaus/Lösler, Thomas (Hrsg.), Corporate Compliance, Handbuch der Haftungsvermeidung im Unternehmen, München, § 1 Rn. 1-62.
- Müller-Glöge, Rudi et al. (Hrsg.)*: Beck'sche Kurz-Kommentare Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, Kommentar, 24. Aufl. 2024, C.H. Beck, München (zit.: Müller-Glöge et al./Oetker, AktG).

- Musiol, Philip*: Hinweisgeberschutz und Datenschutz – Datenschutzrechtliche Implikationen bei Einrichtung und Betrieb einer internen Meldestelle nach dem HinSchG, Band 19, hrsg. Martin Burgi et al., Nomos, Baden-Baden, 2023, zugl. Diss. Bonn 2023.
- Nebendahl, Mathias*, 2022, Gesamtbetriebsrat und Konzernbetriebsrat, in: Kiel, Heinrich/Lunk, Stefan/Oetker, Hartmut (Hrsg.), Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, 5. Aufl. 2022, München, § 300-302.
- Quast, Fabian/Ohrloff, Maximilian*, Der Regierungsentwurf des Hinweisgeberschutzgesetzes, CCZ 2022, S. 303.
- Rolfs, Christian et al. (Hrsg.)*: BeckOK Arbeitsrecht, Kommentar, 73. Edition, Stand: 01.09.2024, C.H. Beck, München (zit.: Rolfs et al./Bruns, HinSchG).
- Schlaghecke, Martin*, 2024, IT-Lösungen in der Praxis, in: Moosmayer, Klaus/Lösler, Thomas (Hrsg.), Corporate Compliance, Handbuch der Haftungsvermeidung im Unternehmen, München, § 44 Rn. 1-137.
- Schmolke, Klaus Ulrich*, 2020, Whistleblowing im Konzern – Einige Gedanken zu den rechtlichen Rahmenbedingungen konzernweiter Hinweisgebersysteme, in: Festschrift für Christine Windbichler zum 70. Geburtstag am 8. Dezember 2020, hrsg. von Bachmann, Gregor et al., Berlin, S. 1021 - 1038.
- Schockenhoff, Martin*, Geheimhaltung von Compliance-Verstößen, NZG 2015, S. 409.
- Schulz, Martin R.*, 2021, Compliance Management – Grundlagen, Orientierungshilfen und Erfolgsfaktoren, in: Schulz, Martin R. (Hrsg.), Compliance Management im Unternehmen, Erfolgsfaktoren und praktische Umsetzung, Frankfurt am Main, S. 1 - 53.
- Sonnenberg, Thomas*, Compliance-Systeme in Unternehmen, Einrichtung, Ausgestaltung und praktische Herausforderungen, JuS 2017, S. 917.
- Sonnenberg, Thomas/Rempp, Peter*, Der Referentenentwurf der Ampelregierung zur Umsetzung der EU-Whistleblower-Richtlinie in Deutschland, GmbHR 2022, R148.
- Sonnenberg, Thomas/Rempp, Peter*, Der Regierungsentwurf des Hinweisgeberschutzgesetzes: Die Vorbereitungen können (und sollten) beginnen, GmbHR 2022, R292.
- Steinhauser, Rut/Saalgwächter-Hirsch, Caroline/Trouvain, Till*, Das deutsche Hinweisgeberschutzgesetz – Was lange währt, wird endlich gut?, ESG 2023, S. 9.
- Taschke, Jürgen/Pielow, Tobias/Volk, Eva*, Die EU-Whistleblowing-Richtlinie – Herausforderung für die Unternehmenspraxis, NZWiSt 2021, S. 85.
- Thümmel, Maximilian*, Hinweisgeberschutz im Gesellschaftsrecht: Gelungenes Zusammenspiel oder Compliance-Freifahrtscheine für Leitungs- und Überwachungsorgane?, CCZ 2024, S. 154.
- Thüsing, Gregor (Hrsg.)*: Hinweisgeberschutzgesetz, Kommentar, C.H. Beck, München (zit.: Thüsing/Fischbach, HinSchG).
- Tober, Malte/Edinger, Lea/Schauer, Franca*, Compliance-Reifegradanalyse: Instrument zur Steuerung und Überwachung eines effizienten konzernweiten Compliance Management Systems, CCZ 2024, S. 247.

*Trölitersch, Thomas*, Es ist nicht immer so, wie ihr meint – die schleichende Erosion des konzernrechtlichen Trennungsprinzips, NZKart 2024, S. 403.

*Weihe, Lars*, Compliance 2024: Was Verantwortliche im Mittelstand wissen müssen, CCZ 2024, S. 85.

*Wiedmann, Michael/Greubel, Marco*, Compliance Management Systeme – Ein Beitrag zur effektiven und effizienten Ausgestaltung, CCZ 2019, S. 88.

*Wiedmann, Michael/Hoppmann, Vincent*, Whistleblowing im DAX – Auswirkungen von HinSchG, LkSG, CSRD und CS3D-E, CCZ 2023, S. 11.

*Wiedmann, Michael/Seyfert, Steffen*, Richtlinienentwurf der EU-Kommission zum Whistleblowing, CCZ 2019, S. 12.





# Vergleich des Entgelttransparenzgesetzes mit der EU-Richtlinie 2023/970 und der daraus resultierende Anpassungsbedarf des Entgelttransparenzgesetzes

Bachelorarbeit

an der

FH Aachen

Fachbereich Wirtschaftswissenschaften

Wirtschaftsrecht (LL.B)

Erstprüfer: Prof. Dr. jur. Klaus Olbertz

Eingereicht am: 28.02.2025

vorgelegt von

Christoph Huke

aus Grevenbroich

## **Abstract**

Die Gleichberechtigung der Geschlechter ist seit den römischen Verträgen von 1957 verfassungsrechtlich vorgeschrieben. Dies umfasst die Gleichberechtigung in Beschäftigungsverhältnissen und das dafür gezahlte Entgelt. Trotzdem werden Frauen hinsichtlich des Entgelts häufig benachteiligt. Die Benachteiligung zeigt sich beim Gender Pay Gap. Bestehende Ungleichheiten sind von der Europäischen Union und den Mitgliedstaaten zu beseitigen. Zu diesem Zweck ist 2017 das Entgelttransparenzgesetz in Kraft getreten. Der Gender Pay Gap blieb jedoch konstant. Die Union erkannte, dass weiterer Handlungsbedarf auf europäischer Ebene besteht. In diesem Zusammenhang wurde 2023 die Entgelttransparenzrichtlinie erlassen. Um den Anforderungen der neuen Richtlinie gerecht zu werden ist das Entgelttransparenzgesetz anzupassen.

Die vorliegende Bachelorarbeit vergleicht das Entgelttransparenzgesetz mit der Entgelttransparenzrichtlinie und untersucht den daraus resultierenden Anpassungsbedarf des Gesetzes.

Zunächst wird der Grundsatz des gleichen Entgelts erläutert und die Rechtsquellen werden kurz dargestellt. Anschließend erfolgt der Vergleich der Entgelttransparenzrichtlinie und des Entgelttransparenzgesetzes hinsichtlich der wichtigsten Bestimmungen. Auf dieser Grundlage wird der Anpassungsbedarf des Entgelttransparenzgesetzes ermittelt. Abschließend erfolgt eine Prognose über die potenziellen Auswirkungen der Richtlinie.

Das Ergebnis dieser Bachelorarbeit zeigt, dass das Entgelttransparenzgesetz die Anforderungen der Entgelttransparenzrichtlinie in vielen Aspekten nicht erfüllt und ein umfangreicher Anpassungsbedarf besteht. Arbeitgeber sollten sich bereits jetzt mit der Umsetzung beschäftigen und proaktiv auf die Einhaltung des Grundsatzes des gleichen Entgelts achten, um die neuen Anforderungen zu erfüllen.

## Inhaltsverzeichnis

|      |                                                               |   |
|------|---------------------------------------------------------------|---|
| A.   | Einleitung .....                                              | 1 |
| I.   | Ausgangssituation .....                                       | 1 |
| II.  | Zielsetzung der Arbeit .....                                  | 1 |
| III. | Aufbau der Arbeit .....                                       | 1 |
| B.   | Einführung .....                                              | 1 |
| I.   | Grundsatz des gleichen Entgelts .....                         | 1 |
| II.  | Gleichberechtigung der Geschlechter .....                     | 2 |
| III. | Ungleichheiten beim Entgelt .....                             | 2 |
| IV.  | Das Entgelttransparenzgesetz .....                            | 3 |
| V.   | Die Entgelttransparenzrichtlinie .....                        | 4 |
| C.   | Vergleich der EntgTranspRL und des EntgTranspG .....          | 4 |
| I.   | Anwendungsbereich .....                                       | 4 |
| 1.   | Anwendungsbereich der EntgTranspRL .....                      | 4 |
| 2.   | Anwendungsbereich des EntgTranspG .....                       | 5 |
| II.  | Entgeltsysteme .....                                          | 5 |
| 1.   | Diskriminierungsfreie Entgeltsysteme .....                    | 5 |
| a)   | Aufgaben der Mitgliedstaaten .....                            | 5 |
| b)   | Kriterien der Entgeltstrukturen .....                         | 5 |
| c)   | Transparenz bei der Festlegung des Entgelts .....             | 6 |
| 2.   | Benachteiligungsfreie Entgeltsysteme .....                    | 6 |
| a)   | Eigenschaften der Entgeltsysteme .....                        | 6 |
| b)   | Begünstigung tarifvertraglicher Regelungen .....              | 7 |
| 3.   | Vergleich der Entgeltsysteme .....                            | 7 |
| a)   | Vergleich hinsichtlich der Verpflichtung .....                | 7 |
| b)   | Vergleich der Kriterien und Eigenschaften .....               | 7 |
| c)   | Angemessenheit tarifvertraglicher Regelungen .....            | 7 |
| d)   | Zwischenfazit .....                                           | 8 |
| III. | Entgelttransparenz vor der Beschäftigung .....                | 8 |
| 1.   | Entgelttransparenz vor der Beschäftigung (EntgTranspRL) ..... | 8 |
| a)   | Informationsrecht des Bewerbers .....                         | 8 |
| b)   | Bereitstellung der Informationen .....                        | 8 |

## IV

|                                                                    |    |
|--------------------------------------------------------------------|----|
| c) Sonstige Pflichten des Arbeitgebers im Bewerbungsverfahren..... | 8  |
| 2. Entgelttransparenz vor der Beschäftigung (EntgTranspG) .....    | 9  |
| 3. Vergleich der Entgelttransparenz vor der Beschäftigung.....     | 9  |
| IV. Auskunftsverfahren.....                                        | 9  |
| 1. Auskunftsrecht der EntgTranspRL .....                           | 9  |
| a) Voraussetzungen .....                                           | 9  |
| b) Inhalt der Auskunft .....                                       | 9  |
| c) Form und Frist der Antwort .....                                | 10 |
| d) Informationspflicht des Arbeitgebers.....                       | 10 |
| e) Offenlegung des Entgelts .....                                  | 10 |
| f) Nachweis für gleiche oder gleichwertige Arbeit .....            | 10 |
| 2. Auskunftsanspruch des EntgTranspG .....                         | 11 |
| a) Voraussetzungen .....                                           | 11 |
| b) Inhalt des Auskunftsanspruchs.....                              | 11 |
| aa) Auskunft zu Kriterien und Verfahren der Entgeltfindung .....   | 12 |
| bb) Auskunft über das Vergleichsentgelt.....                       | 12 |
| c) Beantwortung der Auskunft .....                                 | 12 |
| aa) Tarifgebundene und tarifyanwendende Arbeitgeber.....           | 12 |
| (1) Arbeitgeber mit Betriebsrat.....                               | 12 |
| (2) Arbeitgeber ohne Betriebsrat .....                             | 13 |
| bb) Nicht tarifgebundene und tarifyanwendende Arbeitgeber .....    | 14 |
| 3. Vergleich der Auskunftsverfahren .....                          | 15 |
| a) Verpflichtete Arbeitgeber .....                                 | 15 |
| b) Vergleichsgruppe .....                                          | 15 |
| c) Ablauf des Verfahrens.....                                      | 16 |
| d) Vergleichsentgelt .....                                         | 17 |
| e) Offenlegung des Entgelts .....                                  | 17 |
| f) Zwischenfazit .....                                             | 17 |
| V. Berichtspflichten.....                                          | 18 |
| 1. Bericht über das Entgeltgefälle.....                            | 18 |
| a) Berichtspflichtige Arbeitgeber .....                            | 18 |
| b) Inhalt des Berichts .....                                       | 18 |

|     |                                                                                         |    |
|-----|-----------------------------------------------------------------------------------------|----|
| c)  | Berichtszeiträume .....                                                                 | 19 |
| d)  | Ergebnis des Berichts .....                                                             | 19 |
| e)  | Bekanntmachung der Ergebnisse.....                                                      | 19 |
| f)  | Zusammenstellung der Informationen durch die Mitgliedsstaaten .....                     | 20 |
| 2.  | Bericht zur Gleichstellung und Entgeltgleichheit.....                                   | 20 |
| a)  | Berichtspflichten für Arbeitgeber .....                                                 | 20 |
| aa) | Verpflichtete Arbeitgeber .....                                                         | 20 |
| bb) | Inhalt des Berichtes .....                                                              | 21 |
| cc) | Berichtszeitraum und Veröffentlichung.....                                              | 21 |
| b)  | Evaluations- und Berichtspflicht der Bundesregierung .....                              | 21 |
| aa) | Evaluationspflicht der Bundesregierung .....                                            | 21 |
| bb) | Berichtspflicht der Bundesregierung .....                                               | 22 |
| 3.  | Vergleich der Berichtspflichten .....                                                   | 22 |
| a)  | Verpflichtete Arbeitgeber .....                                                         | 22 |
| b)  | Inhalt des Berichts .....                                                               | 22 |
| c)  | Berichtszeiträume .....                                                                 | 23 |
| d)  | Bekanntgabe des Berichts .....                                                          | 23 |
| e)  | Zwischenfazit .....                                                                     | 23 |
| VI. | Gemeinsame Entgeltbewertung und betriebliches Prüfverfahren.....                        | 24 |
| 1.  | Gemeinsame Entgeltbewertung .....                                                       | 24 |
| a)  | Voraussetzungen .....                                                                   | 24 |
| b)  | Inhalt der Entgeltbewertung .....                                                       | 24 |
| c)  | Umsetzung der Maßnahmen .....                                                           | 25 |
| d)  | Informationspflicht des Arbeitgebers.....                                               | 25 |
| 2.  | Betriebliches Prüfverfahren.....                                                        | 26 |
| a)  | Aufgeforderte Arbeitgeber .....                                                         | 26 |
| b)  | Inhalt und Durchführung des Verfahrens .....                                            | 26 |
| c)  | Bekanntmachung der Ergebnisse.....                                                      | 27 |
| 3.  | Vergleich der gemeinsamen Entgeltbewertung und dem betrieblichen<br>Prüfverfahren ..... | 27 |
| a)  | Verpflichtung der Arbeitgeber .....                                                     | 27 |
| b)  | Inhaltliche Vorgaben .....                                                              | 27 |
| c)  | Veröffentlichung der Ergebnisse .....                                                   | 27 |

|                                                                     |    |
|---------------------------------------------------------------------|----|
| d) Zwischenfazit .....                                              | 28 |
| VII. Rechtsmittel und Rechtsdurchsetzung .....                      | 28 |
| 1. Rechtsmittel und Rechtsdurchsetzung (EntgTranspRL).....          | 28 |
| a) Verfahrenskosten.....                                            | 28 |
| b) Verfahren im Namen oder zur Unterstützung von Arbeitnehmern..... | 28 |
| c) Anspruch auf Schadensersatz .....                                | 29 |
| aa) Voraussetzungen .....                                           | 29 |
| bb) Umfang .....                                                    | 29 |
| d) Verlagerung der Beweislast .....                                 | 29 |
| e) Verjährung.....                                                  | 30 |
| f) Sanktionen.....                                                  | 30 |
| g) Viktimisierung und Schutz vor ungünstigerer Behandlung .....     | 31 |
| h) Sonstige Abhilfemaßnahmen.....                                   | 31 |
| 2. Rechtsmittel und Rechtsdurchsetzung (EntgTranspG) .....          | 31 |
| a) Entschädigung und Schadensersatz .....                           | 31 |
| aa) Schadensersatz .....                                            | 31 |
| bb) Entschädigung .....                                             | 32 |
| cc) Geltend machen der Ansprüche .....                              | 32 |
| b) Beweiserleichterung .....                                        | 32 |
| c) Maßregelungsverbot.....                                          | 32 |
| 3. Vergleich der Rechtsmittel und Rechtsdurchsetzung .....          | 32 |
| a) Schutz vor Viktimisierung und Maßregelungsverbot .....           | 33 |
| b) Prozessstandschaft.....                                          | 33 |
| c) Schadensersatz .....                                             | 33 |
| d) Beweislastverlagerung .....                                      | 34 |
| e) Sanktionen.....                                                  | 34 |
| f) Verjährung.....                                                  | 34 |
| g) Verfahrenskosten.....                                            | 34 |
| h) Zwischenfazit .....                                              | 34 |
| VIII. Datenschutzbestimmungen.....                                  | 35 |
| 1. Datenschutzbestimmungen (EntgTranspRL) .....                     | 35 |
| 2. Datenschutzbestimmungen (EntgTranspG) .....                      | 35 |

|                                                                     |    |
|---------------------------------------------------------------------|----|
| 3. Vergleich der Datenschutzbestimmungen .....                      | 36 |
| D. Anpassungsbedarf der nationalen Regelungen .....                 | 36 |
| I. Entgeltsysteme .....                                             | 36 |
| 1. Verpflichtung .....                                              | 36 |
| 2. Kriterien .....                                                  | 36 |
| 3. Neuregelungen .....                                              | 37 |
| II. Entgelttransparenz vor der Beschäftigung .....                  | 37 |
| III. Auskunftsverfahren.....                                        | 37 |
| 1. Voraussetzungen.....                                             | 37 |
| 2. Vergleichsentgelt .....                                          | 38 |
| 3. Reichweite .....                                                 | 38 |
| 4. Verfahren.....                                                   | 38 |
| 5. Neuregelungen .....                                              | 38 |
| IV. Berichterstattung .....                                         | 38 |
| 1. Verpflichtete Arbeitgeber.....                                   | 39 |
| 2. Berichtsinhalt .....                                             | 39 |
| 3. Berichtszeitraum .....                                           | 39 |
| 4. Veröffentlichung.....                                            | 39 |
| V. Betriebliches Prüfverfahren .....                                | 40 |
| 1. Verpflichtete Arbeitgeber.....                                   | 40 |
| 2. Inhalt .....                                                     | 40 |
| 3. Umsetzung der Maßnahmen .....                                    | 40 |
| 4. Bekanntgabe der Ergebnisse.....                                  | 40 |
| VI. Rechtsmittel und Rechtsdurchsetzung .....                       | 41 |
| 1. Maßregelungsverbot .....                                         | 41 |
| 2. Verjährung .....                                                 | 41 |
| 3. Schadensersatz.....                                              | 41 |
| 4. Beweislastverlagerung .....                                      | 41 |
| 5. Verfahren im Namen oder zur Unterstützung des Arbeitnehmers..... | 41 |
| 6. Sanktionen.....                                                  | 42 |
| 7. Verfahrenskosten .....                                           | 42 |
| E. Potenzielle Auswirkungen.....                                    | 42 |

## VIII

|                                                                   |    |
|-------------------------------------------------------------------|----|
| I. Auswirkungen auf Bewerber.....                                 | 42 |
| II. Auswirkungen auf Arbeitnehmer.....                            | 42 |
| III. Auswirkungen auf Arbeitgeber.....                            | 43 |
| IV. Auswirkungen auf die geschlechtsspezifische Entgeltlücke..... | 44 |
| F. Fazit .....                                                    | 45 |
| Anhang.....                                                       | 47 |
| Literaturverzeichnis.....                                         | 50 |



**Abkürzungsverzeichnis**

|                     |                                                      |
|---------------------|------------------------------------------------------|
| <b>AEUV</b>         | Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union |
| <b>AGG</b>          | Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz                  |
| <b>a. F.</b>        | alte Fassung                                         |
| <b>BGB</b>          | Bürgerliches Gesetzbuch                              |
| <b>DSGVO</b>        | Datenschutzgrundverordnung                           |
| <b>EntgTranspG</b>  | Entgelttransparenzgesetz                             |
| <b>EntgTranspRL</b> | Entgelttransparenzrichtlinie                         |
| <b>EU</b>           | Europäische Union                                    |
| <b>GG</b>           | Grundgesetz                                          |
| <b>GrCh</b>         | Charta der Grundrechte                               |
| <b>HGB</b>          | Handelsgesetzbuch                                    |
| <b>i.V.m</b>        | In Verbindung mit                                    |
| <b>TVG</b>          | Tarifvertragsgesetz                                  |

## **A. Einleitung**

### **I. Ausgangssituation**

Das im Jahr 2017 verabschiedete EntgTranspG sollte große Fortschritte bei der Reduzierung des Gender Pay Gap bringen. Das Gesetz blieb jedoch hinter den Erwartungen der Bundesregierung zurück. Das Problem des Gender Pay Gap besteht nicht nur in Deutschland, sondern in vielen Ländern der Europäischen Union. Vor diesem Hintergrund hat die EU-Kommission im Jahr 2023 die EntgTranspRL<sup>1</sup> erlassen. Die Richtlinie ist in nationales Recht umzusetzen, indem das EntgTranspG an die neuen Vorgaben angepasst wird. Die Unternehmen befürchten erhebliche Änderungen in ihren Abläufen und eine Beeinflussung ihrer Entgeltpolitik.

### **II. Zielsetzung der Arbeit**

Das Ziel der Arbeit ist es, eine Übersicht über die Regelungen der Rechtsquellen zu geben und diese miteinander zu vergleichen. Auf Basis dieses Vergleichs soll der Anpassungsbedarf des EntgTranspG in Bezug auf die wichtigsten Bestimmungen ermittelt werden.

### **III. Aufbau der Arbeit**

Die Bachelorarbeit beginnt mit einer Einführung in den Grundsatz des gleichen Entgelts und der Gleichberechtigung der Geschlechter. Es werden die Hintergründe des EntgTranspG und der EntgTranspRL dargestellt.

Anschließend folgt der Vergleich der Rechtsquellen. Die einzelnen Regelungen werden kategorisiert und gruppiert. In jeder Gruppierung werden zunächst die Vorgaben der EntgTranspRL und anschließend die des EntgTranspG dargestellt. Am Ende jeder Gruppierung erfolgt eine Gegenüberstellung der Bestimmungen.

Im nächsten Kapitel wird der sich aus dem Vergleich resultierende Anpassungsbedarf der nationalen Regelungen ermittelt. Es folgt eine Prognose der Auswirkungen auf die Arbeitnehmer, die Arbeitgeber und den Gender Pay Gap. Am Ende steht das Fazit, in dem die wichtigsten Erkenntnisse zusammengefasst werden.

## **B. Einführung**

Die Einführung gibt einen Überblick über den Grundsatz des gleichen Entgelts und die Gleichberechtigung der Geschlechter. Die Hintergründe des EntgTranspG und der EntgTranspRL werden dargestellt.

### **I. Grundsatz des gleichen Entgelts**

Der Grundsatz des gleichen Entgelts hat seinen Ursprung in den Römischen Verträgen von 1957 und besteht somit seit den Gründungsdokumenten der Europäischen Union.<sup>2</sup> Im weiteren Sinne gehört er zu dem allgemeinen Grundsatz der Chancengleichheit und der Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen.<sup>3</sup> Der

---

In dieser Arbeit wird das generische Maskulinum verwendet, um auf alle Geschlechteridentitäten zu verweisen. Um die Lesbarkeit zu erhöhen, wird auf eine Mehrfachbezeichnung verzichtet.

<sup>1</sup> Richtlinie (EU) 2023/970 des europäischen Parlaments und des Rates vom 10. Mai 2023 zur Stärkung der Anwendung des Grundsatzes des gleichen Entgelts für Männer und Frauen<sup>1</sup> bei gleicher oder gleichwertiger Arbeit durch Entgelttransparenz und Durchsetzungsmechanismen (ABl. L 132 S. 21), abgekürzt als: EntgTranspRL.

<sup>2</sup> Röhner, ZRP 2023, 145 (145).

<sup>3</sup> Erwägungsgrund 4 EntgTranspRL

Grundsatz des gleichen Entgelts ist in Art. 157 Abs. 1 AEUV<sup>4</sup> geregelt und besagt, dass Männer und Frauen bei gleicher oder gleichwertiger Arbeit das Recht auf gleiches Entgelt haben. Die Mitgliedsstaaten sind verpflichtet, die Anwendung des Grundsatzes des gleichen Entgelts sicherzustellen.<sup>5</sup> Die Europäische Union ist verpflichtet, Maßnahmen zur Gewährleistung des Grundsatzes zu ergreifen.<sup>6</sup>

Auch im nationalen Recht war der Grundsatz des gleichen Entgelts in § 612 Abs. 3 BGB a. F. ausdrücklich normiert.<sup>7</sup> Diese Regelung wurde mit Einführung des AGG gestrichen.<sup>8</sup> Heute ist der Grundsatz des gleichen Entgelts in § 7 EntgTranspG geregelt.

## II. Gleichberechtigung der Geschlechter

In Art. 2 und Art. 3 Abs. 3 AEUV ist die allgemeine Gleichberechtigung von Männern und Frauen, einschließlich der Gleichberechtigung in Beschäftigungsverhältnissen als wichtiger Grundsatz der Europäischen Union festgeschrieben.<sup>9</sup>

Nach Art. 21 GrCh<sup>10</sup> sind Diskriminierungen unter anderem aufgrund des Geschlechts verboten.<sup>11</sup> Die Gleichheit von Männern und Frauen ist nach Art. 23 GrCh in allen Bereichen, einschließlich der Beschäftigung, der Arbeit und des Arbeitsentgelts, sicherzustellen.<sup>12</sup>

Nach der Richtlinie 2006/54/EG<sup>13</sup> sind Diskriminierungen aufgrund des Geschlechts bei gleicher oder gleichwertiger Arbeit in Bezug auf alle Entgeltbestandteile und -bedingungen zu beseitigen.<sup>14</sup> Zu diesem Zweck stellt die Richtlinie auf eine Verbesserung der Entgeltsysteme ab.<sup>15</sup>

Auf nationaler Ebene ist die Gleichberechtigung der Geschlechter in Art. 3 Abs. 2 GG festgeschrieben. Art. 3 Abs. 3 GG verbietet die Benachteiligung aufgrund des Geschlechts. Für Beschäftigte gilt darüber hinaus das Benachteiligungsverbot des AGG.<sup>16</sup>

## III. Ungleichheiten beim Entgelt

Trotz der Gleichberechtigung der Geschlechter und des Grundsatzes des gleichen Entgelts bestehen Lohnunterschiede zwischen Männern und Frauen. Das zeigt der Gender Pay Gap. Dieser gibt den Verdienstabstand zwischen Frauen und Männern pro Stunde an.<sup>17</sup> Im Jahr

---

<sup>4</sup> Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, Fassung aufgrund des am 1.12.2009 in Kraft getretenen Vertrages von Lissabon (ABl. EG Nr. C 115 vom 9.5.2008, S. 47), abgekürzt als: AEUV.

<sup>5</sup> Erwägungsgrund 4 EntgTranspRL

<sup>6</sup> Art. 157 Abs. 3 AEUV

<sup>7</sup> Wank, RdA 2018, 34 (34).

<sup>8</sup> Wank, RdA 2018, 34 (34).

<sup>9</sup> Erwägungsgrund 2 EntgTranspRL

<sup>10</sup> Charta der Grundrechte der Europäischen Union (ABl. C 326 vom 26.10.2012, S. 391).

<sup>11</sup> Erwägungsgrund 7 EntgTranspRL

<sup>12</sup> Erwägungsgrund 7 EntgTranspRL

<sup>13</sup> Richtlinie 2006/54/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. Juli 2006 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Chancengleichheit und Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen (ABl. L 204 vom 26.07.2006 S. 23), abgekürzt als: „Richtlinie 2006/54/EG“

<sup>14</sup> Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Förderung der Transparenz von Entgeltstrukturen, Drucksache: 18/11133 des deutschen Bundestages vom 13.02.2017, S. 26.

<sup>15</sup> Erwägungsgrund 10 EntgTranspRL

<sup>16</sup> § 7 Abs. 1 i.V.m. § 1 AGG

<sup>17</sup> Statistisches Bundesamt, 2025, Pressemitteilung Nr. 056 vom 13. Februar 2025: Gender Pay Gap sinkt 2024 im Vergleich zum Vorjahr von 18 % auf 16 %, [https://www.destatis.de/DE/Presse/Pressemitteilungen/2025/02/PD25\\_056\\_621.html](https://www.destatis.de/DE/Presse/Pressemitteilungen/2025/02/PD25_056_621.html), 26.02.2025.

2024 betrug der Verdienstunterschied in Deutschland 4,10 €.<sup>18</sup> Männer verdienten im Durchschnitt 26,34 € pro Stunde, Frauen nur 22,24 € pro Stunde.<sup>19</sup> Es wird zwischen dem unbereinigten Gender Pay Gap und dem bereinigten Gender Pay Gap unterschieden.<sup>20</sup>

Der unbereinigte Gender Pay Gap vergleicht die durchschnittlichen Bruttostundenverdienste von Frauen und Männern ohne Anpassung.<sup>21</sup> Strukturelle Faktoren und erwerbsbiografische Unterschiede zwischen Frauen und Männern bleiben unberücksichtigt.<sup>22</sup> Im Jahr 2024 betrug der unbereinigte Wert 16 %, was dem Verdienstunterschied von 4,10 € pro Stunde entspricht.<sup>23</sup> In der Union lag der Wert im Jahr 2020 bei 13 %.<sup>24</sup>

Der bereinigte Gender Pay Gap berücksichtigt unter anderem Einflussfaktoren wie Beruf und Branche, Beschäftigungsumfang und geringfügige Beschäftigung.<sup>25</sup> Der Teil des Verdienstunterschieds, der nicht durch die berücksichtigten Faktoren erklärt werden kann, ist der bereinigte Gender Pay Gap.<sup>26</sup> Für das Jahr 2024 betrug der Wert 6 %.<sup>27</sup> Dies entspricht 37 % des gesamten Verdienstunterschieds (1,52 € von 4,10 €).<sup>28</sup>

#### IV. Das Entgelttransparenzgesetz

Nach Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG ist der Staat verpflichtet, die tatsächliche Durchsetzung der Gleichberechtigung von Frauen und Männern zu fördern und bestehende Nachteile zu beseitigen.

Aus diesem Grund hat der Deutsche Bundestag auf Empfehlung der EU-Kommission vom 7. März 2014<sup>29</sup> das EntgTranspG verabschiedet.<sup>30</sup> Das Gesetz ist am 06.07.2017 in Kraft getreten. Ziel ist nach § 1 EntgTranspG die Durchsetzung des gleichen Entgelts für Männer

<sup>18</sup> Statistisches Bundesamt, 2025, Pressemitteilung Nr. 056 vom 13. Februar 2025: Gender Pay Gap sinkt 2024 im Vergleich zum Vorjahr von 18 % auf 16 %, [https://www.destatis.de/DE/Presse/Pressemitteilungen/2025/02/PD25\\_056\\_621.html](https://www.destatis.de/DE/Presse/Pressemitteilungen/2025/02/PD25_056_621.html), 26.02.2025.

<sup>19</sup> Statistisches Bundesamt, 2025, Pressemitteilung Nr. 056 vom 13. Februar 2025: Gender Pay Gap sinkt 2024 im Vergleich zum Vorjahr von 18 % auf 16 %, [https://www.destatis.de/DE/Presse/Pressemitteilungen/2025/02/PD25\\_056\\_621.html](https://www.destatis.de/DE/Presse/Pressemitteilungen/2025/02/PD25_056_621.html), 26.02.2025.

<sup>20</sup> Statistisches Bundesamt, 2025, Pressemitteilung Nr. 056 vom 13. Februar 2025: Gender Pay Gap sinkt 2024 im Vergleich zum Vorjahr von 18 % auf 16 %, [https://www.destatis.de/DE/Presse/Pressemitteilungen/2025/02/PD25\\_056\\_621.html](https://www.destatis.de/DE/Presse/Pressemitteilungen/2025/02/PD25_056_621.html), 26.02.2025.

<sup>21</sup> Statistisches Bundesamt, 2025, Pressemitteilung Nr. 056 vom 13. Februar 2025: Gender Pay Gap sinkt 2024 im Vergleich zum Vorjahr von 18 % auf 16 %, [https://www.destatis.de/DE/Presse/Pressemitteilungen/2025/02/PD25\\_056\\_621.html](https://www.destatis.de/DE/Presse/Pressemitteilungen/2025/02/PD25_056_621.html), 26.02.2025.

<sup>22</sup> Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Förderung der Transparenz von Entgeltstrukturen, Drucksache: 18/11133 des deutschen Bundestages vom 13.02.2017, S. 18.

<sup>23</sup> [https://www.destatis.de/DE/Presse/Pressemitteilungen/2025/02/PD25\\_056\\_621.html](https://www.destatis.de/DE/Presse/Pressemitteilungen/2025/02/PD25_056_621.html)

<sup>24</sup> Erwägungsgrund 15 EntgTranspRL

<sup>25</sup> Statistisches Bundesamt, 2025, Pressemitteilung Nr. 056 vom 13. Februar 2025: Gender Pay Gap sinkt 2024 im Vergleich zum Vorjahr von 18 % auf 16 %, [https://www.destatis.de/DE/Presse/Pressemitteilungen/2025/02/PD25\\_056\\_621.html](https://www.destatis.de/DE/Presse/Pressemitteilungen/2025/02/PD25_056_621.html), 26.02.2025.

<sup>26</sup> Statistisches Bundesamt, 2025, Pressemitteilung Nr. 056 vom 13. Februar 2025: Gender Pay Gap sinkt 2024 im Vergleich zum Vorjahr von 18 % auf 16 %, [https://www.destatis.de/DE/Presse/Pressemitteilungen/2025/02/PD25\\_056\\_621.html](https://www.destatis.de/DE/Presse/Pressemitteilungen/2025/02/PD25_056_621.html), 26.02.2025.

<sup>27</sup> Statistisches Bundesamt, 2025, Pressemitteilung Nr. 056 vom 13. Februar 2025: Gender Pay Gap sinkt 2024 im Vergleich zum Vorjahr von 18 % auf 16 %, [https://www.destatis.de/DE/Presse/Pressemitteilungen/2025/02/PD25\\_056\\_621.html](https://www.destatis.de/DE/Presse/Pressemitteilungen/2025/02/PD25_056_621.html), 26.02.2025.

<sup>28</sup> Statistisches Bundesamt, 2025, Pressemitteilung Nr. 056 vom 13. Februar 2025: Gender Pay Gap sinkt 2024 im Vergleich zum Vorjahr von 18 % auf 16 %, [https://www.destatis.de/DE/Presse/Pressemitteilungen/2025/02/PD25\\_056\\_621.html](https://www.destatis.de/DE/Presse/Pressemitteilungen/2025/02/PD25_056_621.html), 26.02.2025.

<sup>29</sup> Empfehlung der EU-Kommission vom 7. März 2014 zur Stärkung des Grundsatzes des gleichen Entgelts für Frauen und Männer durch mehr Transparenz (ABl. L 69 vom 8.3.2014, S. 112).

<sup>30</sup> Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Förderung der Transparenz von Entgeltstrukturen, Drucksache: 18/11133 des deutschen Bundestages vom 13.02.2017, S. 2.

und Frauen bei gleicher oder gleichwertiger Arbeit. Der Gender Pay Gap soll geschlossen werden.

Wesentliche Inhalte sind ein individueller Auskunftsanspruch, die Aufforderung privater Arbeitgeber zur Durchführung betrieblicher Prüfverfahren und die Einführung einer Berichtspflicht.<sup>31</sup> Das Gesetz blieb jedoch hinter den Erwartungen zurück und spielt in der Praxis keine große Rolle.<sup>32</sup>

## **V. Die Entgelttransparenzrichtlinie**

Bei bestehenden Ungleichheiten zwischen den Geschlechtern hat die Union nach Art. 8 und Art. 10 AEUV auf die Beseitigung der Ungleichheiten hinzuwirken.<sup>33</sup> Art. 157 Abs. 3 AEUV verpflichtet die Union, Maßnahmen zur Gewährleistung des Grundsatzes des gleichen Entgelts zu beschließen.<sup>34</sup>

In der Richtlinie 2006/54/EG wird die Anwendung des Grundsatzes des gleichen Entgelts durch mangelnde Transparenz der Entgeltsysteme und mangelnde Rechtssicherheit für Diskriminierungsopfer behindert.<sup>35</sup> Die EU-Kommission hat erkannt, dass der bisherige Rechtsrahmen nicht ausreicht, um den Gender Pay Gap zu schließen.<sup>36</sup> Vor diesem Hintergrund wurde am 10. Mai 2023 die EntgTranspRL verabschiedet. Sie ist seit dem 6. Juni 2023 in Kraft.

Durch die Verbesserung der Entgelttransparenz und die Überprüfung der Entgeltstruktur sollen bestehende Ungleichheiten aufgedeckt und beseitigt werden.<sup>37</sup> Weitere Maßnahmen sind die Verbesserung der Durchsetzungsmechanismen und der Zugang zur Justiz.<sup>38</sup>

## **C. Vergleich der EntgTranspRL und des EntgTranspG**

Im folgenden Kapitel werden die Regelungen der EntgTranspRL und des EntgTranspG dargestellt und verglichen.

### **I. Anwendungsbereich**

Im nachfolgenden Abschnitt wird der Anwendungsbereich der EntgTranspRL und des EntgTranspG dargestellt.

#### **1. Anwendungsbereich der EntgTranspRL**

Der Anwendungsbereich der EntgTranspRL umfasst alle Arbeitgeber aus den öffentlichen und privaten Sektoren.<sup>39</sup>

Die Richtlinie betrifft alle Arbeitnehmer, die in einem Beschäftigungsverhältnis stehen oder einen Arbeitsvertrag nach den jeweils geltenden Rechtsvorschriften des Mitgliedsstaates, Tarifverträgen und/oder Gepflogenheiten haben.<sup>40</sup> Stellenbewerber sind ebenfalls im Geltungsbereich umfasst.<sup>41</sup>

---

<sup>31</sup> Gesetzesentwurf der Bundesregierung zur Förderung der Transparenz von Entgeltstrukturen, Drucksache: 18/11133 des deutschen Bundestages vom 13.02.2017, S. 2.

<sup>32</sup> *Annuß*, NZA 2021, 1538 (1538).

<sup>33</sup> Erwägungsgrund 3 EntgTranspRL

<sup>34</sup> Erwägungsgrund 4 EntgTranspRL

<sup>35</sup> Erwägungsgrund 11 EntgTranspRL

<sup>36</sup> Erwägungsgrund 12 EntgTranspRL

<sup>37</sup> Erwägungsgrund 16 EntgTranspRL

<sup>38</sup> Erwägungsgrund 16 EntgTranspRL

<sup>39</sup> Art. 2 Abs. 1 EntgTranspRL

<sup>40</sup> Art. 2 Abs. 2 EntgTranspRL

<sup>41</sup> Art. 2 Abs. 3 EntgTranspRL

## 2. Anwendungsbereich des EntgTranspG

Das EntgTranspG gilt für das Entgelt von Beschäftigten, die bei Arbeitgebern beschäftigt sind.<sup>42</sup>

Das AGG sowie sonstige Benachteiligungsverbote und Gebote der Gleichbehandlung bleiben gemäß § 2 Abs. 2 EntgTranspG unberührt. Gleiches gilt für öffentlich-rechtliche Vorschriften, die bestimmte Personengruppen schützen oder fördern.<sup>43</sup>

### II. Entgeltsysteme

Im nachfolgenden Abschnitt werden die Vorschriften der EntgTranspRL und des EntgTranspG zu Entgeltsystemen dargestellt und verglichen.

#### 1. Diskriminierungsfreie Entgeltsysteme

Die diskriminierungsfreien Entgeltsysteme im Sinne der EntgTranspRL sind in Art. 4 EntgTranspRL geregelt. Die Festlegung von Entgeltstrukturen soll geschlechtsspezifische Entgeltunterschiede bei gleicher oder gleichwertiger Arbeit beseitigen und zukünftig verhindern.<sup>44</sup> Eine unterschiedliche Vergütung aufgrund der Leistung oder Kompetenz der Arbeitnehmer soll nicht eingeschränkt werden.<sup>45</sup>

##### a) Aufgaben der Mitgliedstaaten

Nach Art. 4 Abs. 1 EntgTranspRL haben die Mitgliedsstaaten sicherzustellen, dass die Arbeitgeber über Entgeltstrukturen verfügen, die das gleiche Entgelt für gleiche oder gleichwertige Arbeit gewährleisten.

Ebenso haben die Mitgliedsstaaten nach Art. 4 Abs. 2 EntgTranspRL sicherzustellen, dass Analyseinstrumente oder -methoden zur Verfügung gestellt werden. Sie sollen als Unterstützung und Orientierung bei Bewertungen und Vergleichen des Wertes der Arbeit dienen und leicht zugänglich sein.<sup>46</sup>

##### b) Kriterien der Entgeltstrukturen

Die Entgeltstrukturen müssen so gestaltet sein, dass erkennbar ist, ob sich die Arbeitnehmer in Bezug auf den Wert der Arbeit in einer vergleichbaren Situation befinden.<sup>47</sup> Der Wert wird durch objektive und geschlechtsneutrale Kriterien beurteilt.<sup>48</sup> Sofern eine Arbeitnehmervertretung besteht, sind die Kriterien mit ihr abzustimmen.<sup>49</sup>

Art. 4 Abs. 4 S. 2 EntgTranspRL zählt die Kriterien für Entgeltstrukturen nicht abschließend auf. Sie dürfen keinen unmittelbaren oder mittelbaren Zusammenhang mit dem Geschlecht des Arbeitnehmers haben.<sup>50</sup> Die aufgezählten Kriterien umfassen Kompetenzen, Belastungen, Verantwortung und Arbeitsbedingungen.<sup>51</sup> Die genannten Kriterien sind der Mindeststandard, der an die Beschaffenheit der Entgeltstrukturen gestellt wird.<sup>52</sup> Es können jegliche weitere Faktoren ergänzt werden, die für den konkreten Arbeitsplatz oder

<sup>42</sup> § 2 Abs. 1 EntgTranspG

<sup>43</sup> § 2 Abs. 2 EntgTranspG

<sup>44</sup> Erwägungsgrund 26 EntgTranspRL

<sup>45</sup> Erwägungsgrund 17 EntgTranspRL

<sup>46</sup> Art. 4 Abs. 2 S. 1 EntgTranspRL

<sup>47</sup> Art. 4 Abs. 4 S. 1 EntgTranspRL

<sup>48</sup> Art. 4 Abs. 4 S. 1 EntgTranspRL

<sup>49</sup> Art. 4 Abs. 4 S. 1 EntgTranspRL

<sup>50</sup> Art. 4 Abs. 4 S. 2 EntgTranspRL

<sup>51</sup> Art. 4 Abs. 4 S. 3 EntgTranspRL

<sup>52</sup> Roetteken, NZA-RR 2023, 169 (172).

die konkrete Position relevant sind.<sup>53</sup> Die Faktoren sind objektiv und geschlechtsneutral anzuwenden.<sup>54</sup> Eine unmittelbare oder mittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts ist auszuschließen.<sup>55</sup> Soziale Kompetenzen sind ebenfalls zu berücksichtigen.<sup>56</sup> Die Faktoren sind je nach der Relevanz des Kriteriums für die Ausübung der Tätigkeit unterschiedlich zu gewichten.<sup>57</sup>

### **c) Transparenz bei der Festlegung des Entgelts**

Nach Art. 6 Abs. 1 EntgTranspRL informiert der Arbeitgeber die Arbeitnehmer über die objektiven und geschlechtsneutralen Kriterien, die zur Festlegung des Entgelts, der Entgelthöhen und der Entgeltentwicklung verwendet werden. Die Informationen müssen für die Arbeitnehmer leicht zugänglich sein.<sup>58</sup> Im Gegensatz zu Art. 7 Abs. 1 S. 1 EntgTranspRL wird hier nicht der Wortlaut der „individuellen Entgelthöhe“<sup>59</sup> verwendet.<sup>60</sup> Daher ist davon auszugehen, dass der Arbeitgeber die Arbeitnehmer über sämtliche verwendeten Entgeltkriterien zu informieren hat.<sup>61</sup>

Diese Vorgabe gilt grundsätzlich für alle Arbeitgeber, unabhängig von ihrer Größe.<sup>62</sup> Arbeitgeber mit weniger als 50 Arbeitnehmern können von den Mitgliedsstaaten von der Angabe der Kriterien zur Entgeltentwicklung befreit werden.<sup>63</sup>

## **2. Benachteiligungsfreie Entgeltsysteme**

Die benachteiligungsfreien Entgeltsysteme im Sinne des EntgTranspG sind in § 4 Abs. 4 EntgTranspG geregelt. Objektive gemeinsame Kriterien für männliche und weibliche Beschäftigte sollen eine Benachteiligung aufgrund des Geschlechts verhindern.

### **a) Eigenschaften der Entgeltsysteme**

Wird das Entgelt eines Beschäftigten durch ein Entgeltsystem festgelegt, muss das gesamte System und alle einzelnen Entgeltbestandteile eine Benachteiligung wegen des Geschlechts ausschließen.<sup>64</sup> Das Gesetz gibt vier Eigenschaften vor, die das Entgeltsystem berücksichtigen muss, um eine Benachteiligung auszuschließen.

Das Entgeltsystem hat die Art der auszuübenden Tätigkeit objektiv zu berücksichtigen.<sup>65</sup> Es beruht auf gemeinsamen Kriterien für männliche und weibliche Beschäftigte.<sup>66</sup> Einzelne Differenzierungskriterien sind diskriminierungsfrei gewichtet.<sup>67</sup> Das verwendete Entgeltsystem muss insgesamt durchschaubar sein.<sup>68</sup>

<sup>53</sup> Art. 4 Abs. 4 S. 3 EntgTranspRL

<sup>54</sup> Art. 4 Abs. 4 S. 4 EntgTranspRL

<sup>55</sup> Art. 4 Abs. 4 S. 4 EntgTranspRL

<sup>56</sup> Art. 4 Abs. 4 S. 5 EntgTranspRL

<sup>57</sup> Erwägungsgrund 26 EntgTranspRL

<sup>58</sup> Art. 6 Abs. 1 S. 1 EntgTranspRL

<sup>59</sup> Art. 7 Abs. 1 S. 1 EntgTranspRL

<sup>60</sup> Günther/Schiffelholz, NZA-RR 2023, 568 (570).

<sup>61</sup> Günther/Schiffelholz, NZA-RR 2023, 568 (570).

<sup>62</sup> Art. 6 Abs. 2 EntgTranspRL

<sup>63</sup> Art. 6 Abs. 2 EntgTranspRL

<sup>64</sup> § 4 Abs. 4 EntgTranspG

<sup>65</sup> § 4 Abs. 4 Nr. 1 EntgTranspG

<sup>66</sup> § 4 Abs. 4 Nr. 2 EntgTranspG

<sup>67</sup> § 4 Abs. 4 Nr. 3 EntgTranspG

<sup>68</sup> § 4 Abs. 4 Nr. 4 EntgTranspG

## **b) Begünstigung tarifvertraglicher Regelungen**

Das EntgTranspG unterscheidet zwischen Entgeltsystemen, die auf einer tarifvertraglichen Entgeltregelung beruhen, und Entgeltsystemen, die nicht auf einem Tarifvertrag basieren.<sup>69</sup> Für tarifvertragliche Regelungen gilt nach § 4 Abs. 5 S. 1 EntgTranspG eine Angemessenheitsvermutung.

Das Gesetz sieht eine Erleichterung bei der Feststellung einer gleichwertigen Tätigkeit vor, falls ein Tarifvertrag zur Anwendung kommt. Tätigkeiten sind nicht gleichwertig, wenn sie im Tarifvertrag in unterschiedlichen Entgeltgruppen eingruppiert sind.<sup>70</sup> Unterschiedliche Tätigkeiten in derselben Entgeltgruppe gelten somit als gleichwertig.

## **3. Vergleich der Entgeltsysteme**

Beide Regelungen zu den Entgeltsystemen sollen durch die objektive Berücksichtigung festgelegter geschlechtsneutraler Kriterien oder Eigenschaften gewährleisten, dass es bei der Vergütung zu keiner Benachteiligung aufgrund des Geschlechts kommt.

Die Vorgaben zu den Entgeltsystemen unterscheiden sich hinsichtlich ihrer Verwendung sowie ihrer Kriterien und Eigenschaften. Eine Begünstigung tarifvertraglicher Regelungen sieht die EntgTranspRL nicht vor.

### **a) Vergleich hinsichtlich der Verpflichtung**

Die Formulierung in § 4 Abs. 4 EntgTranspG „Verwendet der Arbeitgeber für das Entgelt, das den Beschäftigten zusteht, ein Entgeltsystem ...“ suggeriert, dass der Arbeitgeber nicht dazu verpflichtet ist, ein Entgeltsystem anzuwenden. Die Richtlinie verpflichtet die Mitgliedsstaaten, die Verwendung von Vergütungsstrukturen sicherzustellen.<sup>71</sup> Daraus lässt sich ableiten, dass der Arbeitgeber ein Entgeltsystem verwenden muss.

### **b) Vergleich der Kriterien und Eigenschaften**

Die Kriterien oder Eigenschaften der Entgeltsysteme müssen nach beiden Vorschriften objektiv und geschlechtsneutral sein.<sup>72</sup> Das EntgTranspG stellt lediglich Bedingungen auf, die die Kriterien des Entgeltsystems erfüllen muss, ohne genauere Kriterien zu nennen.<sup>73</sup> Die Richtlinie hingegen nennt konkrete Kriterien.<sup>74</sup> Diese stellen einen Mindeststandard dar.<sup>75</sup> Zusätzlich sind weitere Kriterien denkbar, die für einzelne Stellen sinnvoll erscheinen.<sup>76</sup> Die Kriterien sind je nach Stelle unterschiedlich zu gewichten.<sup>77</sup>

Während Beschäftigte nach dem EntgTranspG Informationen nur über das Auskunftsverfahren erlangen können, sieht die EntgTranspRL eine proaktive Informationspflicht über die Kriterien zur Festlegung des Entgelts vor.<sup>78</sup>

### **c) Angemessenheit tarifvertraglicher Regelungen**

Für tarifvertragliche Regelungen gelten im Rahmen des EntgTranspG an vielen Stellen Begünstigungen und vereinfachte Verfahren. Diese sind auf die

<sup>69</sup> § 4 Abs. 5 S. 1 EntgTranspG

<sup>70</sup> § 4 Abs. 5 S. 2 EntgTranspG

<sup>71</sup> Art. 4 Abs. 1 EntgTranspRL

<sup>72</sup> § 4 Abs. 4 EntgTranspG; Art. 4 Abs. 4 EntgTranspRL

<sup>73</sup> Vgl. § 4 Abs. 4 EntgTranspG

<sup>74</sup> *Roetteken*, NZA-RR 2023, 169 (172).

<sup>75</sup> *Roetteken*, NZA-RR 2023, 169 (172).

<sup>76</sup> *Roetteken*, NZA-RR 2023, 169 (172).

<sup>77</sup> Erwägungsgrund 26 EntgTranspRL

<sup>78</sup> Art. 6 Abs. 1 EntgTranspRL



Angemessenheitsvermutung für tarifvertragliche Regelungen zurückzuführen.<sup>79</sup> Die grundsätzliche Annahme der Benachteiligungsfreiheit tarifvertraglicher Entgeltsysteme teilt die EntgTranspRL nicht. Die Richtlinie sieht keine Begünstigung für tarifvertragliche Regelungen vor.

#### **d) Zwischenfazit**

Anpassungsbedarf besteht bei den Regelungen des EntgTranspG zu Entgeltsystemen im Hinblick auf die Verwendung von Vergütungsstrukturen, die Kriterien sowie die Angemessenheitsvermutung tarifvertraglicher Regelungen.

### **III. Entgelttransparenz vor der Beschäftigung**

Im nachfolgenden Abschnitt werden die Vorschriften der EntgTranspRL und des EntgTranspG zur Entgelttransparenz vor der Beschäftigung dargestellt und verglichen.

#### **1. Entgelttransparenz vor der Beschäftigung (EntgTranspRL)**

Art. 5 EntgTranspRL regelt die Entgelttransparenz vor der Beschäftigung. Das Ziel des europäischen Gesetzgebers ist es, durch die Gewährleistung von Transparenz im Bewerbungsverfahren eine Informationsasymmetrie zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern zu verhindern. Dafür soll die Verhandlungsposition der Arbeitnehmer gestärkt werden.<sup>80</sup>

##### **a) Informationsrecht des Bewerbers**

Der potenzielle Arbeitgeber informiert die Bewerber über das Einstiegsentgelt oder dessen Spanne für die betreffende Stelle.<sup>81</sup> Das Einstiegsentgelt muss auf objektiven, geschlechtsneutralen Kriterien beruhen.<sup>82</sup> Ist die Stelle mit einem Tarifvertrag verknüpft, informiert der Arbeitgeber zusätzlich über die einschlägigen Bestimmungen des Tarifvertrags.<sup>83</sup>

##### **b) Bereitstellung der Informationen**

Die Informationen sind so bereitzustellen, dass der Bewerber in der Lage ist, fundierte und transparente Verhandlungen über das Entgelt zu führen.<sup>84</sup> Die Richtlinie nennt als Beispiele die veröffentlichte Stellenausschreibung oder eine Information vor dem Vorstellungsgespräch als Beispiel, ohne dies abschließend zu regeln.<sup>85</sup> Andere Optionen sind somit ebenfalls zulässig.

Nach dem Wortlaut der Regelung ist davon auszugehen, dass der Arbeitgeber die Informationen proaktiv bereitstellen muss und nicht erst auf Nachfrage des Bewerbers.<sup>86</sup>

##### **c) Sonstige Pflichten des Arbeitgebers im Bewerbungsverfahren**

Der Arbeitgeber darf Bewerber nicht nach ihrer Entgeltentwicklung in laufenden oder früheren Beschäftigungsverhältnissen fragen.<sup>87</sup>

<sup>79</sup> § 4 Abs. 5 S. 1 EntgTranspG

<sup>80</sup> Erwägungsgrund 32 EntgTranspRL

<sup>81</sup> Art. 5 Abs. 1 S. 1 lit. a EntgTranspRL

<sup>82</sup> Art. 5 Abs. 1 S. 1 lit. a EntgTranspRL

<sup>83</sup> Art. 5 Abs. 1 S. 1 lit. b EntgTranspRL

<sup>84</sup> Art. 5 Abs. 1 S. 2 EntgTranspRL

<sup>85</sup> Art. 5 Abs. 1 S. 2 EntgTranspRL

<sup>86</sup> Winter, NZA 2024, 8 (10).

<sup>87</sup> Art. 5 Abs. 2 EntgTranspRL

Stellenausschreibungen und Berufsbezeichnungen sind geschlechtsneutral zu formulieren.<sup>88</sup> Einstellungsverfahren sind diskriminierungsfrei und unter Berücksichtigung des Grundsatzes des gleichen Entgelts durchzuführen.<sup>89</sup>

## **2. Entgelttransparenz vor der Beschäftigung (EntgTranspG)**

Regelungen zur Entgelttransparenz vor der Beschäftigung finden sich im EntgTranspG nicht.

Für die Zeit vor der Beschäftigung gelten lediglich die Vorschriften des AGG zum Benachteiligungsverbot im Bewerbungsverfahren, die über § 2 Abs. 2 S. 1 EntgTranspG Anwendung finden.

## **3. Vergleich der Entgelttransparenz vor der Beschäftigung**

Ein Vergleich der Regelungen zur Entgelttransparenz vor der Beschäftigung ist nicht möglich, da das EntgTranspG keine vergleichbaren Vorschriften enthält.

In Bezug auf die geschlechtsneutralen Formulierungen und der diskriminierungsfreien Einstellungsverfahren deckt sich das Diskriminierungsverbot der EntgTranspRL größtenteils mit dem Benachteiligungsverbot des AGG, geht aber teilweise darüber hinaus.<sup>90</sup>

## **IV. Auskunftsverfahren**

Im nachfolgenden Abschnitt werden die Vorschriften der EntgTranspRL und des EntgTranspG zu den Auskunftsverfahren dargestellt und verglichen.

### **1. Auskunftsrecht der EntgTranspRL**

Das Auskunftsrecht ist in Art. 7 EntgTranspRL geregelt. Arbeitnehmer sollen das Recht haben, Informationen über ihr eigenes Entgelt und das Entgelt anderer Arbeitnehmer zu erhalten.<sup>91</sup> Der Vergleich der Entgelte soll Missstände aufdecken und den Grundsatz des gleichen Entgelts fördern.

#### **a) Voraussetzungen**

Das Auskunftsrecht steht jedem Arbeitnehmer zu. Die einzige Voraussetzung ist die Antragstellung.<sup>92</sup> Arbeitnehmer können die Auskunft auch über die Arbeitnehmervertreter oder die Gleichbehandlungsstelle anfordern und erhalten.<sup>93</sup> Eine Formvorschrift ist nicht geregelt. Zur besseren Nachweisbarkeit ist eine Text- oder Schriftform jedoch empfehlenswert.<sup>94</sup>

#### **b) Inhalt der Auskunft**

Das Auskunftsrecht umfasst eine Auskunft über die eigene Entgelthöhe und über die durchschnittliche Entgelthöhe der Gruppe von Arbeitnehmern, die die gleiche oder eine gleichwertige Arbeit ausüben.<sup>95</sup> Die Auskunft ist nach Geschlecht aufzuschlüsseln.<sup>96</sup>

---

<sup>88</sup> Art. 5 Abs. 3 EntgTranspRL

<sup>89</sup> Art. 5 Abs. 3 EntgTranspRL

<sup>90</sup> *Roetteken*, NZA-PR 2024, 169 (174).

<sup>91</sup> Erwägungsgrund 36 EntgTranspRL

<sup>92</sup> Art. 7 Abs. 1 EntgTranspRL

<sup>93</sup> Art. 7 Abs. 2 EntgTranspRL

<sup>94</sup> *Winter*, NZA 2024, 8 (12).

<sup>95</sup> Art. 7 Abs. 1 i.V.m. Erwägungsgrund 36 EntgTranspRL

<sup>96</sup> Art 7 Abs. 1 EntgTranspRL

Die Arbeitnehmer haben das Recht, zusätzliche und angemessene Klarstellungen und Einzelheiten zu verlangen, wenn die erhaltenen Informationen unzutreffend oder unvollständig sind.<sup>97</sup> Sie erhalten dazu vom Arbeitgeber eine begründete Antwort.<sup>98</sup> Das Recht kann von dem Arbeitnehmer selbst oder über die Arbeitnehmervertreter ausgeübt werden.<sup>99</sup>

### **c) Form und Frist der Antwort**

Die Auskunft ist in Schriftform zu erteilen.<sup>100</sup> Der Arbeitgeber erteilt die Auskunft innerhalb einer angemessenen Frist aber spätestens zwei Monate nach Antragstellung.<sup>101</sup>

### **d) Informationspflicht des Arbeitgebers**

Der Arbeitgeber informiert die Arbeitnehmer jährlich über das Bestehen des Auskunftsrechts.<sup>102</sup> Die Arbeitnehmer werden auch über die Schritte informiert, die sie unternehmen müssen, um das Auskunftsrecht auszuüben.<sup>103</sup>

### **e) Offenlegung des Entgelts**

Um den Grundsatz des gleichen Entgelts durchzusetzen, dürfen Arbeitnehmer nicht daran gehindert werden, ihr Entgelt offenzulegen.<sup>104</sup> Vertragsbedingungen, die dies verhindern, werden von den Mitgliedsstaaten als unwirksam erklärt.<sup>105</sup>

Die im Rahmen des Auskunftsverfahrens erlangen Informationen, die nicht das eigene Entgelt betreffen, dürfen auf Verlangen des Arbeitgebers nur zur Ausübung des Rechts auf gleiches Entgelt verwendet werden.<sup>106</sup>

### **f) Nachweis für gleiche oder gleichwertige Arbeit**

Art. 19 EntgTranspRL regelt den Nachweis einer gleichen oder gleichwertigen Arbeit. Die Bewertung, ob eine Arbeit gleich oder gleichwertig ist, bezieht sich nicht nur Arbeitnehmer desselben Arbeitgebers.<sup>107</sup> Stattdessen sind alle Arbeitnehmer einzubeziehen, deren Entgeltbedingungen von einer einheitlichen Quelle festgelegt sind.<sup>108</sup> Eine einheitliche Quelle liegt nach Art. 19 Abs. 1 S. 2 EntgTranspRL vor, wenn diese alle für den Vergleich zwischen Arbeitnehmern relevanten Entgeltbestandteile festlegt. Dies wäre beispielsweise in Konzernstrukturen der Fall, in denen die Muttergesellschaft eine Vergütungsstruktur für die Tochtergesellschaften vorgibt. Ein weiteres Beispiel wäre die Vergütung auf Basis eines Tarifvertrages.

Arbeitnehmer, die zum Vergleich herangezogen werden, müssen nicht gleichzeitig mit dem betroffenen Arbeitnehmer beschäftigt sein.<sup>109</sup> Auch ehemalige Arbeitnehmer oder Arbeitnehmer, die inzwischen eine andere Tätigkeit bei demselben Arbeitgeber ausüben, können als Vergleich herangezogen werden.

---

<sup>97</sup> Art. 7 Abs. 2 S. 3 EntgTranspRL

<sup>98</sup> Art. 7 Abs. 2 S. 3 EntgTranspRL

<sup>99</sup> Art. 7 Abs. 2 S. 3 EntgTranspRL

<sup>100</sup> Art. 7 Abs. 1 EntgTranspRL

<sup>101</sup> Art. 7 Abs. 4 EntgTranspRL

<sup>102</sup> Art. 7 Abs. 3 EntgTranspRL

<sup>103</sup> Art. 7 Abs. 3 EntgTranspRL

<sup>104</sup> Art. 7 Abs. 5 S. 1 EntgTranspRL

<sup>105</sup> Art. 7 Abs. 5 S. 2 EntgTranspRL

<sup>106</sup> Art. 7 Abs. 6 EntgTranspRL

<sup>107</sup> Art. 19 Abs. 1 S. 1 EntgTranspRL

<sup>108</sup> Art. 19 Abs. 1 S. 1 EntgTranspRL

<sup>109</sup> Art. 19 Abs. 2 EntgTranspRL

Kann kein vergleichbarer Arbeitnehmer ermittelt werden, können auch andere Beweismittel zum Nachweis einer mutmaßlichen Entgeltdiskriminierung herangezogen werden.<sup>110</sup> Die Richtlinie nennt als Beispiele Statistiken oder eine fiktive Vergleichsperson.<sup>111</sup> Weitere Beweismittel sind ebenfalls denkbar.<sup>112</sup>

## **2. Auskunftsanspruch des EntgTranspG**

Der individuelle Auskunftsanspruch ist in § 10 EntgTranspG geregelt und wird durch die §§ 11 ff. EntgTranspG ergänzt. Beschäftigte sollen erfahren, nach welchen betrieblichen Kriterien und Verfahren ihr Entgelt festgelegt wurde und wie es sich zu vergleichbaren Tätigkeiten verhält.<sup>113</sup> Der individuelle Auskunftsanspruch soll die Durchsetzung des Grundsatzes des gleichen Entgelts erleichtern, indem den Beschäftigten mehr Informationen zur Verfügung gestellt werden.<sup>114</sup>

### **a) Voraussetzungen**

Nach § 12 EntgTranspG sind alle Beschäftigten eines Betriebes mit in der Regel mehr als 200 Beschäftigten bei demselben Arbeitgeber anspruchsberechtigt. Sind mehrere Arbeitgeber in einem Betrieb zusammengefasst, müssten folglich nicht nur der Betrieb, sondern auch jeder Arbeitgeber jeweils 200 Beschäftigte haben.<sup>115</sup>

Das EntgTranspG schreibt für das Auskunftsverlangen die Textform vor.<sup>116</sup> Es ist je nach Zuständigkeit an den Betriebsrat oder den Arbeitgeber zu richten.<sup>117</sup>

Nach § 10 Abs. 2 S. 2 EntgTranspG können Beschäftigte alle zwei Jahre Auskunft verlangen. Das letzte Auskunftsverlangen muss also zwei Jahre zurückliegen. Abweichend davon kann erneut Auskunft verlangt werden, wenn sich die Voraussetzungen wesentlich geändert haben.<sup>118</sup>

Der auskunftsverlangende Beschäftigte hat in zumutbarer Weise eine Vergleichstätigkeit anzugeben.<sup>119</sup> Die Vergleichstätigkeit ist eine gleiche oder gleichwertige Tätigkeit.<sup>120</sup>

### **b) Inhalt des Auskunftsanspruchs**

Der Auskunftsanspruch umfasst das durchschnittliche monatliche Bruttoentgelt sowie maximal zwei einzelne Entgeltbestandteile.<sup>121</sup> Die Auskunft enthält auch Angaben zu den Kriterien und Verfahren der Entgeltfindung sowie zum Vergleichsentgelt.<sup>122</sup> Nach § 12 Abs. 2 Nr. 1 EntgTranspG sind nur Entgeltregelungen einzubeziehen, die in demselben Betrieb und bei demselben Arbeitgeber gelten.

---

<sup>110</sup> Art. 19 Abs. 3 EntgTranspRL

<sup>111</sup> Art. 19 Abs. 3 EntgTranspRL

<sup>112</sup> Art. 19 Abs. 3 EntgTranspRL

<sup>113</sup> Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Förderung der Transparenz von Entgeltstrukturen, Drucksache: 18/11133 des deutschen Bundestages vom 13.02.2017, S. 22.

<sup>114</sup> Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Förderung der Transparenz von Entgeltstrukturen, Drucksache: 18/11133 des deutschen Bundestages vom 13.02.2017, S. 22.

<sup>115</sup> *Franzen*, NZA 2017, 814 (814).

<sup>116</sup> § 10 Abs. 2 S. 1 EntgTranspG

<sup>117</sup> *Franzen*, NZA 2017, 814 (814).

<sup>118</sup> § 10 Abs. 2 S. 2 EntgTranspG

<sup>119</sup> § 10 Abs. 1 S. 2 EntgTranspG

<sup>120</sup> § 10 Abs. 1 S. 2 EntgTranspG

<sup>121</sup> § 10 Abs. 1 S. 3 EntgTranspG

<sup>122</sup> § 11 Abs. 1 S. 1 EntgTranspG

Nicht einbezogen werden regional unterschiedliche Entgeltregelungen bei demselben Arbeitgeber.<sup>123</sup> Ein Vergleich der Beschäftigtengruppen untereinander findet nicht statt.<sup>124</sup>

#### **aa) Auskunft zu Kriterien und Verfahren der Entgeltfindung**

Die Auskunft über die Kriterien und das Verfahren der Entgeltfindung muss Informationen enthalten, wie das Entgelt des auskunftersuchenden Beschäftigten und das Entgelt der Vergleichstätigkeit festgelegt wird.<sup>125</sup>

Das Gesetz sieht eine Erleichterung für die Auskunft vor, wenn die Kriterien und Verfahren zur Festlegung des Entgelts auf gesetzlichen oder tarifvertraglichen Regelungen beruhen.<sup>126</sup> In diesen Fällen reicht es aus, die Regelung zu benennen und darauf hinzuweisen, wo die Regelung eingesehen werden kann.<sup>127</sup>

#### **bb) Auskunft über das Vergleichsentgelt**

Die Auskunft über das Vergleichsentgelt umfasst die Angabe des Entgelts der Vergleichstätigkeit.<sup>128</sup> Das Vergleichsentgelt ist als statistischer Median des durchschnittlichen monatlichen Bruttoentgelts und der Entgeltbestandteile anzugeben.<sup>129</sup> Die Angaben beziehen sich auf ein Kalenderjahr und sind ggf. auf Vollzeitäquivalente hochzurechnen.<sup>130</sup>

Handelt es sich um einen tarifgebundenen oder tarifyanwendenden Arbeitgeber, ist als Vergleichsentgelt das Entgelt der Beschäftigten des jeweils anderen Geschlechts anzugeben, die sich in der gleichen Entgelt- oder Besoldungsgruppe wie der auskunftersuchende Beschäftigte befinden.<sup>131</sup> Das Gleiche gilt, wenn der Beschäftigte nach einer gesetzlichen Entgeltregelung vergütet wird.<sup>132</sup>

Bei nicht tarifgebundenen oder nicht tarifyanwendenden Arbeitgebern bezieht sich das Vergleichsentgelt auf das Entgelt der Beschäftigten des jeweils anderen Geschlechts, die die Vergleichstätigkeit ausüben.<sup>133</sup>

#### **c) Beantwortung der Auskunft**

Bei der Beantwortung der Auskunft unterscheidet sich das Verfahren danach, ob in Betrieben ein Betriebsrat besteht und ob ein Tarifvertrag gilt.<sup>134</sup>

#### **aa) Tarifgebundene und tarifyanwendende Arbeitgeber**

##### **(1) Arbeitgeber mit Betriebsrat**

Das Verfahren für tarifgebundene oder tarifyanwendende Arbeitgeber mit Betriebsrat ist in § 14 Abs. 1 und Abs. 2 EntgTranspG geregelt. In diesen Fällen haben die Beschäftigten

<sup>123</sup> § 12 Abs. 2 Nr. 2 EntgTranspG

<sup>124</sup> § 12 Abs. 2 Nr. 3 EntgTranspG

<sup>125</sup> § 11 Abs. 2 S. 1 EntgTranspG

<sup>126</sup> § 11 Abs. 2 S. 2 EntgTranspG

<sup>127</sup> § 11 Abs. 2 S. 2 EntgTranspG

<sup>128</sup> § 11 Abs. 3 S. 1 EntgTranspG

<sup>129</sup> § 11 Abs. 3 S.2 EntgTranspG

<sup>130</sup> § 11 Abs. 3 EntgTranspG

<sup>131</sup> § 11 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 EntgTranspG

<sup>132</sup> § 11 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 EntgTranspG

<sup>133</sup> § 11 Abs. 3 S. 2 Nr. 2 EntgTranspG

<sup>134</sup> Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Förderung der Transparenz von Entgeltstrukturen, Drucksache: 18/11133 des deutschen Bundestages vom 13.02.2017, S. 22.

das Auskunftsverlangen an den Betriebsrat zu richten.<sup>135</sup> Dieser hat den Arbeitgeber in anonymisierter Form umfassend über das Auskunftersuchen zu informieren.<sup>136</sup>

Das Auskunftsverlangen wird grundsätzlich vom Betriebsrat beantwortet.<sup>137</sup> Mehrere Auskunftsverlangen können gesammelt und gemeinsam bearbeitet werden.<sup>138</sup>

Der Arbeitgeber hat den Betriebsrat bei der Beantwortung der Auskunft zu unterstützen. Zu diesem Zweck stellt der Arbeitgeber dem Betriebsrat Listen über die Bruttolöhne und -gehälter der Beschäftigten zur Verfügung.<sup>139</sup> Die Listen sind so aufzubereiten, dass eine ordnungsgemäße Beantwortung des Auskunftsverlangens durch den Betriebsrat möglich ist.<sup>140</sup> Die Entgeltlisten sind vom Arbeitgeber nach Geschlecht aufzuschlüsseln und müssen alle Entgeltbestandteile enthalten.<sup>141</sup> Dazu gehören auch übertarifliche Zulagen sowie individuell ausgehandelte und gezahlte Zahlungen.<sup>142</sup>

Der Arbeitgeber erklärt dem Betriebsrat zur Beantwortung des Auskunftsverlangens, ob eine Anwendung der tariflichen Entgeltregelungen nach § 5 Abs. 5 EntgTranspG erfolgt.<sup>143</sup> Die Abgabe der Erklärung ist den Beschäftigten schriftlich oder in Textform zu bestätigen.<sup>144</sup>

Der Betriebsrat kann verlangen, dass der Arbeitgeber die Auskunftspflicht übernimmt.<sup>145</sup> Ebenso kann der Arbeitgeber die Erfüllung selbst übernehmen.<sup>146</sup> Die Übernahme kann allgemein oder nur für bestimmte Fälle erfolgen.<sup>147</sup> Der Arbeitgeber muss dem Betriebsrat die Übernahme der Beantwortung vorher erläutern.<sup>148</sup> Die Übernahme durch den Arbeitgeber kann maximal für die Dauer des jeweils amtierenden Betriebsrates erfolgen.<sup>149</sup>

Hat der Arbeitgeber die Beantwortung des Auskunftsanspruchs übernommen, hat er den Betriebsrat umfassend und rechtzeitig über eingegangene Auskunftsverlangen und deren Beantwortung zu informieren.<sup>150</sup> Den Beschäftigten ist mitzuteilen, wer die Auskunft erteilt.<sup>151</sup>

Unabhängig davon, ob der Arbeitgeber oder der Betriebsrat das Auskunftersuchen beantwortet, wenden sich leitende Angestellte mit ihrem Auskunftsverlangen stets an den Arbeitgeber.<sup>152</sup>

## **(2) Arbeitgeber ohne Betriebsrat**

Das Verfahren für tarifgebundene oder tarifyanwendende Arbeitgeber ohne Betriebsrat ist in § 14 Abs. 3 und Abs. 4 EntgTranspG geregelt. In diesen Fällen richten die Beschäftigten

<sup>135</sup> § 14 Abs. 1 S. 1 EntgTranspG

<sup>136</sup> § 14 Abs. 1 S. 3 EntgTranspG

<sup>137</sup> § 13 Abs. 1 S. 2 EntgTranspG

<sup>138</sup> § 13 Abs. 2 S. 2 EntgTranspG

<sup>139</sup> § 13 Abs. 3 EntgTranspG

<sup>140</sup> § 13 Abs. 3 EntgTranspG

<sup>141</sup> § 13 Abs. 3 S. 2 EntgTranspG

<sup>142</sup> § 13 Abs. 3 S. 2 EntgTranspG

<sup>143</sup> § 13 Abs. 5 S. 1 EntgTranspG

<sup>144</sup> § 13 Abs. 5 EntgTranspG

<sup>145</sup> § 14 Abs. 1 S. 3 EntgTranspG

<sup>146</sup> § 14 Abs. 2 S. 1 EntgTranspG

<sup>147</sup> § 14 Abs. 2 S. 1 EntgTranspG

<sup>148</sup> § 14 Abs. 2 S. 1 EntgTranspG

<sup>149</sup> § 14 Abs. 2 S. 2 EntgTranspG

<sup>150</sup> § 14 Abs. 2 S. 3 EntgTranspG

<sup>151</sup> § 14 Abs. 2 S. 4 EntgTranspG

<sup>152</sup> § 13 Abs. 4 EntgTranspG

ihr Auskunftsverlangen direkt an den Arbeitgeber.<sup>153</sup> Der Arbeitgeber informiert die Vertreter der zuständigen Tarifvertragsparteien über seine Antwort.<sup>154</sup>

Der Arbeitgeber und die Vertreter der Tarifvertragsparteien können vereinbaren, dass letztere die Beantwortung der Auskunftsverlangen übernehmen.<sup>155</sup> In diesen Fällen hat der Arbeitgeber die Vertreter rechtzeitig und umfassend über eingehende Verfahren zu informieren.<sup>156</sup> Der auskunftersuchende Beschäftigte wird darüber informiert, wer die Anfrage beantwortet.<sup>157</sup>

Die Vertreter der Tarifvertragsparteien können vom Arbeitgeber die Informationen verlangen, die zur Erfüllung des Auskunftsanspruchs notwendig sind.<sup>158</sup> Sie sind dabei zur Verschwiegenheit verpflichtet.<sup>159</sup>

## **bb) Nicht tarifgebundene und tarifyanwendende Arbeitgeber**

Bei nicht tarifgebundenen und tarifyanwendenden Arbeitgebern richten die Beschäftigten ihr Auskunftsverlangen an den Arbeitgeber.<sup>160</sup> Besteht ein Betriebsrat, gilt das Verfahren nach § 14 Abs. 2 EntgTranspG entsprechend.<sup>161</sup>

Zusätzlich wird bei den nicht tarifgebundenen und tarifyanwendenden Arbeitgebern geprüft, ob es sich bei der im Auskunftsverlangen angegebenen Vergleichstätigkeit tatsächlich um eine gleiche oder gleichwertige Tätigkeit handelt. Bei tarifgebundenen und tarifyanwendenden Arbeitgebern entfällt diese Prüfung, da der auskunftersuchende Beschäftigte mit anderen Beschäftigten der gleichen Entgeltgruppe verglichen wird.<sup>162</sup>

Je nach Zuständigkeit geben der Arbeitgeber oder der Betriebsrat an, inwiefern die benannte Vergleichstätigkeit überwiegend von Beschäftigten des jeweils anderen Geschlechts ausgeübt wird.<sup>163</sup>

Sind der Arbeitgeber oder der Betriebsrat der Auffassung, dass es sich bei der angegebenen Vergleichstätigkeit nicht um eine gleiche oder gleichwertige Tätigkeit handelt, ist dies nachvollziehbar zu begründen.<sup>164</sup> Maßgeblich für die Feststellung, ob es sich um eine gleiche oder gleichwertige Tätigkeit handelt, sind die im Betrieb angewandten Maßstäbe unter Berücksichtigung der Kriterien des § 4 EntgTranspG.<sup>165</sup> In diesen Fällen hat der Arbeitgeber oder der Betriebsrat eine aus seiner Sicht gleiche oder gleichwertige Tätigkeit zu benennen und das Auskunftsverlangen mit der neuen Vergleichstätigkeit zu beantworten.<sup>166</sup> Beantwortet der Betriebsrat die Auskunft, kann er vom Arbeitgeber die Bereitstellung der erforderlichen Informationen verlangen.<sup>167</sup>

Die Auskunft ist innerhalb von drei Monaten nach Zugang des Auskunftsverlangens in Textform zu erteilen. Ist absehbar, dass die Frist nicht eingehalten werden kann, ist der

<sup>153</sup> § 14 Abs. 3 S. 1 EntgTranspG

<sup>154</sup> § 14 Abs. 3 S. 2 EntgTranspG

<sup>155</sup> § 14 Abs. 3 S. 2 EntgTranspG

<sup>156</sup> § 14 Abs. 3 S. 3 EntgTranspG

<sup>157</sup> § 14 Abs. 3 S. 4 EntgTranspG

<sup>158</sup> § 14 Abs. 4 S. 1 EntgTranspG

<sup>159</sup> § 14 Abs. 4 S. 2 EntgTranspG

<sup>160</sup> § 15 Abs. 1 EntgTranspG

<sup>161</sup> § 15 Abs. 2 EntgTranspG

<sup>162</sup> § 11 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 EntgTranspG

<sup>163</sup> § 15 Abs. 4 S. 1 EntgTranspG

<sup>164</sup> § 15 Abs. 4 S. 2 EntgTranspG

<sup>165</sup> § 15 Abs. 4 S. 2 & S. 3 EntgTranspG

<sup>166</sup> § 15 Abs. 4 S. 4 EntgTranspG

<sup>167</sup> § 15 Abs. 4 S. 5 EntgTranspG

Beschäftigte darüber zu informieren und die Auskunft ohne weiteres Verzögern zu erteilen.<sup>168</sup>

Erfüllt der Arbeitgeber seine Auskunftspflicht nicht, tritt im Streitfall eine Beweislastumkehr ein.<sup>169</sup> Der Arbeitgeber muss dann beweisen, dass kein Verstoß gegen den Grundsatz des gleichen Entgelts vorliegt.<sup>170</sup> Die Beweislastumkehr gilt auch dann, wenn der Betriebsrat aus Gründen, die der Arbeitgeber zu vertreten hat, die Auskunft nicht erteilen konnte.<sup>171</sup>

### **3. Vergleich der Auskunftsverfahren**

Beide Auskunftsverfahren räumen Arbeitnehmern das Recht ein, auf Anfrage eine Auskunft über das eigene Entgelt und das Vergleichsentgelt zu erhalten. Die erhaltenen Informationen sollen die Entgelttransparenz und somit den Grundsatz des gleichen Entgelts fördern.

Die Regelungen unterscheiden sich hinsichtlich der verpflichteten Arbeitgeber, der Vergleichsgruppe, dem Ablauf des Verfahrens und dem Vergleichsentgelt.

#### **a) Verpflichtete Arbeitgeber**

Das EntgTranspG sieht das Auskunftsrecht nur für Beschäftigte in Betrieben mit in der Regel mehr als 200 Beschäftigten bei demselben Arbeitgeber vor.<sup>172</sup> Die Regelung der EntgTranspRL gilt für alle Arbeitnehmer aller Arbeitgeber, unabhängig von der Anzahl der angestellten Arbeitnehmer.<sup>173</sup>

#### **b) Vergleichsgruppe**

Das EntgTranspG schränkt die Vergleichsgruppe für den Auskunftsanspruch gegenüber der EntgTranspRL stark ein. Verglichen werden nur Beschäftigte des jeweils anderen Geschlechts desselben Betriebs bei demselben Arbeitgeber verglichen.<sup>174</sup> Ein Vergleich der Beschäftigtengruppen untereinander ist nach § 12 Abs. 1 Nr. 3 EntgTranspG nicht möglich. Hinzu kommt die Einschränkung, dass das Vergleichsentgelt nicht angegeben wird, wenn die Vergleichstätigkeit von weniger als sechs Beschäftigten des anderen Geschlechts ausgeübt wird.<sup>175</sup>

Die EntgTranspRL sieht keine Beschränkungen der Vergleichsgruppe vor. Der auskunftsverlangende Arbeitnehmer wird mit allen Arbeitnehmern, unabhängig vom Geschlecht, verglichen.<sup>176</sup> Der Suchbereich für vergleichbare Arbeitnehmer ist nicht auf denselben Arbeitgeber beschränkt, sondern umfasst alle Arbeitnehmer, deren Entgelt auf einer einheitlichen Quelle beruht.<sup>177</sup> Auch ehemalige Arbeitnehmer sind einzubeziehen.<sup>178</sup>

---

<sup>168</sup> § 15 Abs. 3 EntgTranspG

<sup>169</sup> § 15 Abs. 5 S. 1 EntgTranspG

<sup>170</sup> § 15 Abs. 5 S. 1 EntgTranspG

<sup>171</sup> § 15 Abs. 5 S. 2 EntgTranspG

<sup>172</sup> Winter, NZA 2024, 8 (11).

<sup>173</sup> Winter, NZA 2024, 8 (11).

<sup>174</sup> § 12 Abs. 2 Nr. 1 EntgTranspG

<sup>175</sup> § 12 Abs. 3 EntgTranspG

<sup>176</sup> Winter, NZA 2024, 8 (11).

<sup>177</sup> Art. 19 Abs. 1 EntgTranspRL

<sup>178</sup> Art. 19 Abs. 2 EntgTranspRL



Eine weitere Erleichterung besteht nach der EntgTranspRL darin, dass der Arbeitnehmer die Vergleichsgruppe nicht selbst benennen muss.<sup>179</sup> Nach dem EntgTranspG hat der Arbeitnehmer die Vergleichstätigkeit im Antrag anzugeben.<sup>180</sup>

### c) Ablauf des Verfahrens

Anders als das EntgTranspG sieht die EntgTranspRL eine jährliche Informationspflicht des Arbeitgebers im Rahmen des Auskunftsverfahrens vor.<sup>181</sup>

Das EntgTranspG schreibt für das Auskunftsverlangen die Textform vor.<sup>182</sup> Eine entsprechende Formvorschrift fehlt in der EntgTranspRL. Der Arbeitnehmer ist daher nicht an eine Form gebunden.<sup>183</sup>

Die Auskunftsverfahren unterscheiden sich auch darin, an wen das Auskunftersuchen zu richten ist und wer es beantwortet. Besteht ein Betriebsrat, ist dieser nach dem Verfahren des EntgTranspG grundsätzlich die erste Anlaufstelle für auskunftsverlangende Beschäftigte.<sup>184</sup> In diesen Fällen beantwortet er auch die Auskunft.<sup>185</sup> Der Arbeitgeber ist nur für die Beantwortung zuständig, wenn er die Pflicht vom Betriebsrat übernimmt oder der Betriebsrat die Übernahme von dem Arbeitgeber verlangt.<sup>186</sup> Nach der EntgTranspRL hingegen ist das Auskunftersuchen immer an den Arbeitgeber zu richten und wird immer vom diesem beantwortet.<sup>187</sup> Die Arbeitnehmer können die Auskunft auch über die Arbeitnehmervertreter oder die Gleichbehandlungsstelle anfordern und erhalten.<sup>188</sup> Diese Möglichkeit besteht nach dem EntgTranspG nicht.

Das EntgTranspG unterscheidet bei der Beantwortung der Auskunft zwischen Arbeitgebern, je nachdem, ob der Arbeitgeber für die betreffende Stelle einen Tarifvertrag anwendet oder nicht. Für tarifgebundene und tarifynwendende Arbeitgeber besteht ein vereinfachtes Verfahren aufgrund der Angemessenheitsvermutung der tarifvertraglichen Entgeltregelungen. Eine solche Unterscheidung bzw. Begünstigung findet sich in der EntgTranspRL nicht.

Ein weiterer Unterschied besteht in der Frist zur Beantwortung des Auskunftsverlangens. Das EntgTranspG sieht für die Beantwortung eine Frist von drei Monaten vor.<sup>189</sup> Nach der EntgTranspRL hat die Antwort innerhalb einer angemessenen Frist, spätestens jedoch nach zwei Monaten zu erfolgen.<sup>190</sup>

Ein erneutes Auskunftersuchen war bisher erst nach Ablauf von zwei Jahren seit dem letzten Auskunftersuchen möglich.<sup>191</sup> Eine solche Einschränkung lässt sich in der Richtlinie nicht finden.<sup>192</sup>

---

<sup>179</sup> Art. 7 EntgTranspRL, § 10 EntgTranspG

<sup>180</sup> § 10 Abs. 1 S. 2 EntgTranspG

<sup>181</sup> Art. 7 Abs. 3 EntgTranspRL

<sup>182</sup> § 10 Abs. 2 S. 1 EntgTranspG

<sup>183</sup> *Günther/Schiffelholz*, NZA-RR 2023, 568 (570).

<sup>184</sup> *Winter*, NZA 2024, 8 (11).

<sup>185</sup> § 14 Abs. 1, § 15 Abs. 2 EntgTranspG

<sup>186</sup> § 14 Abs. 1, § 15 Abs. 2 EntgTranspG

<sup>187</sup> Art. 7 Abs. 4 EntgTranspRL

<sup>188</sup> Art. 7 Abs. 2 EntgTranspRL

<sup>189</sup> *Günther/Schiffelholz*, NZA-RR 2023, 568 (570).

<sup>190</sup> *Günther/Schiffelholz*, NZA-RR 2023, 568 (570).

<sup>191</sup> § 10 Abs. 2 S. 2 EntgTranspG

<sup>192</sup> *Winter*, NZA 2024, 8 (12).

#### **d) Vergleichsentgelt**

Auch hinsichtlich des Vergleichsentgelts unterscheidet sich das EntgTranspG von der EntgTranspRL. Unterschiede bestehen bei den vergleichsrelevanten Bestandteilen und bei der rechnerischen Ermittlung des Vergleichsentgelts.

Die Auskunft nach dem EntgTranspG erstreckt sich auf die Kriterien und Verfahren der Entgeltfindung für das eigene Entgelt und das Vergleichsentgelt.<sup>193</sup> Die Auskunft umfasst das durchschnittliche monatliche Bruttoentgelt und zwei einzelne Entgeltbestandteile.<sup>194</sup> Der Beschäftigte erhält somit keine Auskunft über alle vorliegenden Entgeltbestandteile. Im Vergleich dazu erhalten Arbeitnehmer nach der EntgTranspRL eine Auskunft über die eigene Entgelthöhe und über die durchschnittliche Entgelthöhe der Arbeitnehmer, die eine gleiche oder gleichwertige Arbeit verrichten.<sup>195</sup> Eine Beschränkung der Angaben gibt es nicht.

Die Richtlinie verpflichtet Arbeitgeber darüber hinaus, neben den Kriterien der Festlegung des Entgelts auch die Kriterien der Entgelthöhen und der Entgeltentwicklung proaktiv zur Verfügung zu stellen.<sup>196</sup>

Das Vergleichsentgelt wird nach dem EntgTranspG als statistischer Median angegeben.<sup>197</sup> Dazu werden die Bruttoentgelte aller Arbeitnehmer der Vergleichsgruppe der Größe nach geordnet.<sup>198</sup> Als Vergleichsentgelt gilt der Wert, der dann in der Mitte liegt.<sup>199</sup> Nach der EntgTranspRL ist das Vergleichsentgelt als durchschnittliche Entgelthöhe anzugeben.<sup>200</sup> Das Vergleichsentgelt ergibt sich somit aus der Summe aller Einzelwerte, geteilt durch die Anzahl der einbezogenen Arbeitnehmer.<sup>201</sup> Welches Verfahren genauer ist, hängt vom Einzelfall ab.<sup>202</sup>

#### **e) Offenlegung des Entgelts**

Die EntgTranspRL verbietet Regelungen, die Arbeitnehmer davon abhalten, ihr Entgelt offenzulegen.<sup>203</sup> Eine vergleichbare Vorschrift ist im EntgTranspG nicht zu finden.

#### **f) Zwischenfazit**

Die Auskunftsverfahren verfolgen das gleiche Ziel. In der Umsetzung des Verfahrens unterscheiden sich die Vorschriften jedoch.

Der Auskunftsanspruch steht künftig mehr Arbeitnehmern zur Verfügung. Die Vergleichsgruppe wird um Arbeitnehmer anderer Arbeitgeber und ehemalige Arbeitnehmer erweitert. Der Arbeitnehmer muss die Vergleichsgruppe nicht mehr in seinem Antrag benennen. Der Ablauf des Verfahrens weist deutliche Unterschiede auf, insbesondere spielen Tarifverträge keine zentrale Rolle in der EntgTranspRL. Das Vergleichsentgelt wird unterschiedlich berechnet und umfasst künftig mehr Informationen.

<sup>193</sup> *Günther/Schiffelholz*, NZA-RR 2023, 568 (570).

<sup>194</sup> *Günther/Schiffelholz*, NZA-RR 2023, 568 (570).

<sup>195</sup> Art. 7 Abs. 1 EntgTranspRL

<sup>196</sup> Art. 6 Abs. 1 EntgTranspRL

<sup>197</sup> *Winter*, NZA 2024, 8 (11).

<sup>198</sup> *Bauer/Romero*, NZA 2017, 409 (411).

<sup>199</sup> *Bauer/Romero*, NZA 2017, 409 (411).

<sup>200</sup> Art. 7 Abs. 1 EntgTranspRL

<sup>201</sup> *Winter*, NZA 2024, 8 (11).

<sup>202</sup> *Bauer/Romero*, NZA 2017, 409 (411).

<sup>203</sup> Art. 7 Abs. 5 S. 1 EntgTranspRL

Insgesamt wird das Auskunftsverfahren durch die EntgTranspRL einfacher für den Arbeitnehmer und die Aussicht auf eine erfolgreiche Auskunft erhöht.

## **V. Berichtspflichten**

Im nachfolgenden Abschnitt werden die Vorschriften der EntgTranspRL zu der Berichterstattung über das Entgeltgefälle und die Vorschriften des EntgTranspG zu dem Bericht zur Gleichstellung und Entgeltgleichheit dargestellt und verglichen.

### **1. Bericht über das Entgeltgefälle**

Die Berichterstattung über das Entgeltgefälle zwischen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern ist in Art. 9 EntgTranspRL geregelt. Ziel der Berichtspflicht ist eine Bewertung und Überwachung der Entgeltpolitik und Entgeltstrukturen.<sup>204</sup> Verzerrungen und Diskriminierungen in den Entgeltsystemen sollen aufgedeckt und beseitigt werden.<sup>205</sup>

#### **a) Berichtspflichtige Arbeitgeber**

Die Berichtspflicht besteht grundsätzlich für Arbeitgeber mit mindestens 100 Arbeitnehmern.<sup>206</sup> Arbeitgeber mit weniger Beschäftigten können die Informationen freiwillig vorlegen.<sup>207</sup> Die Mitgliedsstaaten können auch Arbeitgeber mit weniger als 100 Arbeitnehmern zur Berichterstattung verpflichten.<sup>208</sup>

#### **b) Inhalt des Berichts**

Die Berichterstattung über das Entgeltgefälle zwischen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern umfasst:

„das geschlechtsspezifische Entgeltgefälle;“ (Art. 9 Abs. 1 lit. a EntgTranspRL).

„das geschlechtsspezifische Entgeltgefälle bei ergänzenden oder variablen Bestandteilen;“ (Art. 9 Abs. 1 lit. b EntgTranspRL).

„das mittlere geschlechtsspezifische Entgeltgefälle;“ (Art. 9 Abs. 1 lit. c EntgTranspRL).

„das mittlere geschlechtsspezifische Entgeltgefälle bei ergänzenden oder variablen Bestandteilen;“ (Art. 9 Abs. 1 lit. d EntgTranspRL).

„der Anteil der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, die ergänzende oder variable Bestandteile erhalten;“ (Art. 9 Abs. 1 lit. e EntgTranspRL).

„der Anteil der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in jedem Entgeltquartil;“ (Art. 9 Abs. 1 lit. f EntgTranspRL).

„das geschlechtsspezifische Entgeltgefälle zwischen Arbeitnehmern bei Gruppen von Arbeitnehmern, nach dem normalen Grundlohn oder -gehalt sowie nach ergänzenden oder variablen Bestandteilen aufgeschlüsselt;“.<sup>209</sup>

Arbeitgeber können freiwillig zusätzliche Informationen wie eine Erläuterung etwaiger geschlechtsspezifischer Entgeltunterschiede oder Entgeltgefälle anfügen.<sup>210</sup>

<sup>204</sup> Erwägungsgrund 39 EntgTranspRL

<sup>205</sup> Erwägungsgrund 39 EntgTranspRL

<sup>206</sup> Art. 9 Abs. 4 EntgTranspRL

<sup>207</sup> Art. 9 Abs. 5 S. 1 EntgTranspRL

<sup>208</sup> Art. 9 Abs. 5 S. 2 EntgTranspRL

<sup>209</sup> Art. 9 Abs. 1 lit. g EntgTranspRL

<sup>210</sup> Erwägungsgrund 39 EntgTranspRL

### c) **Berichtszeiträume**

Die EntgTranspRL sieht je nach Anzahl der Arbeitnehmer unterschiedliche Berichtszeiträume für die Arbeitgeber vor.<sup>211</sup> Die Frist für den ersten Bericht ist ebenfalls abhängig von der Anzahl der Arbeitnehmer.<sup>212</sup>

Arbeitgeber mit mindestens 250 Arbeitnehmern erstellen den Bericht jedes Jahr in Bezug auf das vorangehende Kalenderjahr.<sup>213</sup> Der Bericht dieser Größenklasse ist erstmalig bis zum 7. Juni 2027 vorzulegen.<sup>214</sup>

Arbeitgeber, die 150 bis 249 Arbeitnehmer beschäftigen, erstellen den Bericht ebenfalls erstmalig bis zum 7. Juni 2027 und anschließend alle drei Jahre.<sup>215</sup> Der Bericht umfasst das vorangegangene Kalenderjahr.<sup>216</sup>

Arbeitgeber, die 100 bis 149 Arbeitnehmer beschäftigen, erstellen den Bericht erstmalig bis zum 7. Juni 2031 und anschließend alle drei Jahre in Bezug auf das vorangehende Kalenderjahr.<sup>217</sup>

### d) **Ergebnis des Berichts**

Die Arbeitnehmervertretung wird von der Leitungsebene des Arbeitgebers zur Richtigkeit der Angaben angehört und erhält für diesen Zweck Zugang zu den vom Arbeitgeber angewandten Methoden.<sup>218</sup> Nach der Anhörung bestätigt die Leitungsebene des Arbeitgebers die Richtigkeit der Angaben.<sup>219</sup>

Ungerechtfertigte geschlechtsspezifische Entgeltunterschiede müssen vom Arbeitgeber in Zusammenarbeit mit den Arbeitnehmervertretern, der Aufsichtsbehörde und/oder der Gleichbehandlungsstelle beseitigt werden.<sup>220</sup>

### e) **Bekanntmachung der Ergebnisse**

Die Informationen nach Art. 9 Abs. 1 lit. a - g EntgTranspRL sind der Überwachungsstelle in „einfach zugänglicher und benutzerfreundlicher Weise“<sup>221</sup> mitzuteilen und von dieser zu veröffentlichen.<sup>222</sup> Die Veröffentlichung hat in angemessener und transparenter Weise zu erfolgen.<sup>223</sup> Erwägungsgrund 41 sieht für die Veröffentlichung eine leicht zugängliche Website vor. So soll ein Vergleich zwischen Arbeitgebern, Sektoren und Regionen ermöglicht werden.<sup>224</sup>

Alle Arbeitnehmer sowie die Arbeitnehmervertretung erhalten die in Art. 9 Abs. 1 lit. G EntgTranspRL genannten Informationen vom Arbeitgeber.<sup>225</sup> Auf Ersuchen erhalten die Arbeitsaufsichtsbehörde und die Gleichbehandlungsstelle ebenfalls

---

<sup>211</sup> Art. 9 Abs. 2-4 EntgTranspRL

<sup>212</sup> Art. 9 Abs. 2-4 EntgTranspRL

<sup>213</sup> Art. 9 Abs. 2 EntgTranspRL

<sup>214</sup> Art. 9 Abs. 2 EntgTranspRL

<sup>215</sup> Art. 9 Abs. 3 EntgTranspRL

<sup>216</sup> Art. 9 Abs. 3 EntgTranspRL

<sup>217</sup> Art. 9 Abs. 4 EntgTranspRL

<sup>218</sup> Art. 9 Abs. 6 EntgTranspRL

<sup>219</sup> Art. 9 Abs. 6 EntgTranspRL

<sup>220</sup> Art. 9 Abs. 10 S. 3 EntgTranspRL

<sup>221</sup> Art. 29 Abs. 3 lit. c EntgTranspRL

<sup>222</sup> Art. 9 Abs. 7 S. 1 EntgTranspRL

<sup>223</sup> Erwägungsgrund 38 EntgTranspRL

<sup>224</sup> Erwägungsgrund 41 EntgTranspRL

<sup>225</sup> Art. 9 Abs. 9 S. 1 EntgTranspRL

die Informationen.<sup>226</sup> Auf Anfrage sind die Informationen der letzten vier Jahre, soweit verfügbar, herauszugeben.<sup>227</sup>

Der Arbeitgeber kann die Informationen auf seiner Website veröffentlichen oder anderweitig zugänglich machen.<sup>228</sup> Erwägungsgrund 39 der Richtlinie nennt den Lagebericht als weiteres Beispiel für eine Veröffentlichung.

Arbeitnehmer, Arbeitnehmervertreter, Arbeitsaufsichtsbehörden und Gleichbehandlungsstellen können vom Arbeitgeber zusätzliche Klarstellungen und Einzelheiten zu allen Daten verlangen.<sup>229</sup> Der Arbeitgeber hat innerhalb einer angemessenen Frist eine begründende Antwort abzugeben.<sup>230</sup>

#### **f) Zusammenstellung der Informationen durch die Mitgliedsstaaten**

Die Mitgliedsstaaten können die Informationen nach Art. 9 Abs. 1 lit. a - f EntgTranspRL auf der Grundlage von Verwaltungsdaten selbst zusammenstellen.<sup>231</sup> Als Beispiel für Verwaltungsdaten nennt die Richtlinie Daten, die Arbeitgeber an Steuer- oder Sozialversicherungsbehörden übermitteln.<sup>232</sup>

Die Intention des europäischen Gesetzgebers ist es, die Arbeitgeber auf diese Weise zu entlasten.<sup>233</sup> Entscheidet der Mitgliedsstaat die Übermittlung selbst zu übernehmen, sind die Arbeitgeber in diesem Rahmen von der Berichtspflicht zu befreien, sofern das mit der Berichtspflicht angestrebte Ergebnis erreicht wird.<sup>234</sup>

## **2. Bericht zur Gleichstellung und Entgeltgleichheit**

Der Bericht zur Gleichstellung und Entgeltgleichheit ist in den §§ 21 ff. EntgTranspG geregelt. Das Gesetz sieht Berichtspflichten für Arbeitgeber und die Bundesregierung vor. Die Berichtspflicht soll die Gleichstellung und Entgeltgleichheit in der Unternehmenspolitik fördern und dabei helfen, das Ziel der Transparenz herzustellen.<sup>235</sup>

### **a) Berichtspflichten für Arbeitgeber**

#### **aa) Verpflichtete Arbeitgeber**

Die Berichtspflicht gilt für Arbeitgeber, die in der Regel mehr als 500 Beschäftigte haben und zur Erstellung eines Lageberichts nach §§ 264 und 289 HGB verpflichtet sind.<sup>236</sup> Somit betrifft die Berichtspflicht primär Kapitalgesellschaften.<sup>237</sup> Kleine Kapitalgesellschaften sowie Kleinstkapitalgesellschaften sind von der Erstellung eines Lageberichts ausgenommen.<sup>238</sup>

<sup>226</sup> Art. 9 Abs. 9 S. 2 EntgTranspRL

<sup>227</sup> Art. 9 Abs. 9 S. 3 EntgTranspRL

<sup>228</sup> Art. 9 Abs. 7 S. 2 EntgTranspRL

<sup>229</sup> Art. 9 Abs. 10 S. 1 EntgTranspRL

<sup>230</sup> Art. 9 Abs. 10 S. 2 EntgTranspRL

<sup>231</sup> Art. 9 Abs. 8 S. 1 EntgTranspRL

<sup>232</sup> Art. 9 Abs. 8 S. 1 EntgTranspRL

<sup>233</sup> Erwägungsgrund 40 EntgTranspRL

<sup>234</sup> Erwägungsgrund 40 EntgTranspRL

<sup>235</sup> Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Förderung der Transparenz von Entgeltstrukturen, Drucksache: 18/11133 des deutschen Bundestages vom 13.02.2017, S. 224.

<sup>236</sup> § 21 Abs. 1 EntgTranspG

<sup>237</sup> § 264 Abs. 1 HGB

<sup>238</sup> § 264 Abs. 1 HGB

## **bb) Inhalt des Berichtes**

Verpflichtete Arbeitgeber müssen einen Bericht zur Gleichstellung und Entgeltgleichheit erstellen.<sup>239</sup> Inhalt des Berichts sind nach § 21 Abs. 1 EntgTranspG die Maßnahmen, die der Arbeitgeber zur Förderung der Gleichstellung<sup>240</sup> und zur Herstellung von Entgeltgleichheit<sup>241</sup> zwischen Frauen und Männern trifft. Die Wirkung der Maßnahmen zur Förderung der Gleichstellung ist zu ergänzen.<sup>242</sup> Wird mindestens eine der Maßnahmen nicht angewandt, hat der Arbeitgeber die Nichtanwendung in seinem Bericht zu begründen.<sup>243</sup>

Nach § 21 Abs. 2 EntgTranspG sind die durchschnittliche Gesamtzahl der Beschäftigten<sup>244</sup> sowie die durchschnittliche Zahl der Vollzeit- und Teilzeitbeschäftigten<sup>245</sup> aufgeschlüsselt nach Geschlecht anzugeben.<sup>246</sup> Ab dem zweiten Bericht sind auch die Veränderungen gegenüber den Angaben aus dem vorherigen Bericht darzustellen.<sup>247</sup>

## **cc) Berichtszeitraum und Veröffentlichung**

Bei den Berichtszeiträumen und Veröffentlichungen ist zwischen tarifgebundenen bzw. tarifyanwendenden Arbeitgebern und Arbeitgebern ohne tarifliche Regelungen zu unterscheiden.

Tarifgebundene und tarifyanwendende Arbeitgeber veröffentlichen den Bericht alle fünf Jahre.<sup>248</sup> Der Berichtszeitraum entspricht den vergangenen fünf Jahren.<sup>249</sup> Arbeitgeber ohne tarifvertragliche Regelungen veröffentlichen den Bericht alle drei Jahre für die vergangenen drei Jahre.<sup>250</sup> Die Angaben zu den durchschnittlichen Beschäftigungszahlen nach § 21 Abs. 2 EntgTranspG sind nur für das letzte vergangene Jahr zu machen.<sup>251</sup>

Die Berichte wurden erstmalig 2018 erstellt.<sup>252</sup> Dieser erste Bericht hatte einen verkürzten Berichtszeitraum von einem Jahr.<sup>253</sup> Danach wird der Bericht in dem ersten Lagebericht nach dem jeweiligen Berichtszeitraum veröffentlicht.<sup>254</sup>

## **b) Evaluations- und Berichtspflicht der Bundesregierung**

### **aa) Evaluationspflicht der Bundesregierung**

Die Wirksamkeit des EntgTranspG wird von der Bundesregierung fortlaufend evaluiert.<sup>255</sup> Gegenstand der Evaluation ist die Umsetzung des Gebots des gleichen Entgelts für Männer und Frauen bei gleicher oder gleichwertiger Arbeit in allen Betrieben mit in der Regel mehr als 200 Beschäftigten desselben Arbeitgebers.<sup>256</sup> Über die Ergebnisse der Evaluation wird

<sup>239</sup> § 21 Abs. 1 EntgTranspG

<sup>240</sup> § 21 Abs. 1 Nr. 1 EntgTranspG

<sup>241</sup> § 21 Abs. 1 Nr. 2 EntgTranspG

<sup>242</sup> § 21 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 EntgTranspG

<sup>243</sup> § 21 Abs. 1 S. 2 EntgTranspG

<sup>244</sup> § 21 Abs. 2 Nr. 1 EntgTranspG

<sup>245</sup> § 21 Abs. 2 Nr. 2 EntgTranspG

<sup>246</sup> § 21 Abs. 2 EntgTranspG

<sup>247</sup> § 22 Abs. 3 EntgTranspG

<sup>248</sup> § 22 Abs. 1 S. 1 EntgTranspG

<sup>249</sup> § 22 Abs. 1 S. 2 EntgTranspG

<sup>250</sup> § 22 Abs. 2 EntgTranspG

<sup>251</sup> § 22 Abs. 3 EntgTranspG

<sup>252</sup> § 25 Abs. 2 EntgTranspG

<sup>253</sup> § 25 Abs. 3 EntgTranspG

<sup>254</sup> § 22 Abs. 4 EntgTranspG

<sup>255</sup> § 23 Abs. 1 S. 1 EntgTranspG

<sup>256</sup> § 23 Abs. 1 S. 2 EntgTranspG

erstmal zwei Jahre nach Inkrafttreten des EntgTranspG und danach alle vier Jahre informiert.<sup>257</sup>

### **bb) Berichtspflicht der Bundesregierung**

Die Berichtspflicht unterscheidet sich von der Evaluationspflicht durch die Größe der einbezogenen Betriebe. Für Betriebe mit in der Regel weniger als 200 Beschäftigten wird statt einer Evaluierung nur über die Entwicklung des Gebots des gleichen Entgelts für Männer und Frauen bei gleicher oder gleichwertiger Arbeit berichtet.<sup>258</sup> Auch hier wird zum ersten Mal zwei Jahre nach Inkrafttreten des EntgTranspG und danach alle vier Jahre berichtet.<sup>259</sup>

## **3. Vergleich der Berichtspflichten**

Der Vergleich bezieht sich lediglich auf die Berichtspflichten des Arbeitgebers. Die Berichtspflichten der Bundesregierung werden nicht berücksichtigt. Eine entsprechende Vorschrift besteht in der EntgTranspRL nicht. Nach Art. 35 Abs. 1 EntgTranspRL haben die Mitgliedstaaten die EU-Kommission lediglich über die Durchführung der Richtlinie und ihre Auswirkungen in der Praxis zu informieren.

Bei den Berichtspflichten lassen sich insbesondere Unterschiede bei den verpflichteten Arbeitgebern, beim Inhalt des Berichts, bei den Berichtszeiträumen und bei der Bekanntgabe des Berichts feststellen.

### **a) Verpflichtete Arbeitgeber**

Die Berichtspflicht des EntgTranspG gilt für Arbeitgeber mit mehr als 500 Beschäftigten, die nach den Vorschriften des HGB zur Erstellung eines Lageberichts verpflichtet sind.<sup>260</sup> Nach der EntgTranspRL sind bereits Arbeitgeber mit mindestens 100 Arbeitnehmern zur Erstellung eines Berichts verpflichtet.<sup>261</sup> Somit werden deutlich mehr Arbeitgeber von der Berichtspflicht erfasst.<sup>262</sup>

Die EntgTranspRL ermöglicht es den Mitgliedsstaaten, Teile der Informationen selbst zusammenzustellen, um Arbeitgeber zu entlasten.<sup>263</sup> Die Arbeitgeber werden dann teilweise von der Berichtspflicht befreit.<sup>264</sup> Eine entsprechende Regelung findet sich im EntgTranspG nicht.

### **b) Inhalt des Berichts**

Der Bericht beinhaltet nach den Vorschriften des EntgTranspG Informationen über Maßnahmen zur Förderung der Gleichstellung und zur Herstellung von Entgeltgleichheit sowie die durchschnittliche Beschäftigtenzahl, aufgeschlüsselt nach Geschlecht.<sup>265</sup> Die EntgTranspRL legt den inhaltlichen Schwerpunkt des Berichts auf verschiedene Kennzahlen im Zusammenhang mit dem geschlechtsspezifischen Entgeltgefälle und der Vergütung.<sup>266</sup>

---

<sup>257</sup> § 23 Abs. 1 S. 1 EntgTranspG

<sup>258</sup> § 23 Abs. 2 EntgTranspG

<sup>259</sup> § 23 Abs. 2 EntgTranspG

<sup>260</sup> § 21 Abs. 1 EntgTranspG

<sup>261</sup> Art. 9 EntgTranspRL

<sup>262</sup> *Marek/Sawodny*, ArbRAktuell 2023, 397 (397).

<sup>263</sup> Art. 9 Abs. 8 EntgTranspRL

<sup>264</sup> Erwägungsgrund 38 EntgTranspRL

<sup>265</sup> *Marek/Sawodny*, ArbRAktuell 2023, 397 (397).

<sup>266</sup> Art. 9 Abs. 1 EntgTranspRL

Ab dem zweiten Bericht ist nach § 22 Abs. 3 EntgTranspG zusätzlich die Veränderung im Vergleich zum vorherigen Bericht anzugeben. Die EntgTranspRL sieht keinen vergleichbaren Inhalt vor.

Die Richtigkeit der Angaben ist nach Art. 9 Abs. 6 EntgTranspRL von der Leitungsebene des Arbeitgebers zu überprüfen. Eine entsprechende inhaltliche Kontrolle ist im EntgTranspG nicht vorgesehen.

Auf Nachfrage hat der Arbeitgeber nach Art. 9 Abs. 10 EntgTranspRL zusätzliche Klarstellungen und Einzelheiten zu den bereitgestellten Daten zu liefern. Eine solche Verpflichtung des Arbeitgebers besteht nach dem EntgTranspG nicht.

### **c) Berichtszeiträume**

Das EntgTranspG sieht unterschiedliche Berichtszeiträume für die Arbeitgeber vor. Tarifgebundene und tarifanwendende Arbeitgeber erstellen den Bericht alle fünf Jahre.<sup>267</sup> Alle übrigen Arbeitgeber alle drei Jahre.<sup>268</sup> Die Berichtszeiträume entsprechen den Jahren.<sup>269</sup> Anders als in der EntgTranspRL hat die Beschäftigtenzahl des Arbeitgebers keinen Einfluss auf die Berichtszeiträume. Dort ist eine Staffelung der Berichtszeiträume in Abhängigkeit von der Anzahl der Arbeitnehmer vorgesehen.<sup>270</sup> Arbeitgeber mit mindestens 250 Arbeitnehmern erstellen den Bericht jährlich, Arbeitgeber mit 100 bis 249 Arbeitnehmern alle drei Jahre.<sup>271</sup> Im Ergebnis verkürzen sich die Berichtszeiträume.

### **d) Bekanntgabe des Berichts**

Der Arbeitgeber hat den Bericht nach § 21 EntgTranspG dem auf den Berichtszeitraum folgenden Lagebericht als Anlage beizufügen und im Unternehmensregister offenzulegen.<sup>272</sup> Die EntgTranspRL sieht eine umfassendere Bekanntgabe vor. Der Bericht wird an die Überwachungsstelle übermittelt und von dieser auf einer leicht zugänglichen Website veröffentlicht.<sup>273</sup> Der Arbeitgeber kann die Informationen zusätzlich auf der Unternehmenswebsite oder auf andere Weise, wie z. B. im Anhang des Lageberichts, offenlegen.<sup>274</sup> Die Veröffentlichung im Lagebericht stellt somit auch nach der EntgTranspRL eine Option für den Arbeitgeber dar, reicht aber als alleinige Bekanntmachung nicht aus.

Arbeitnehmer und Arbeitnehmervertreter erhalten die Informationen proaktiv vom Arbeitgeber.<sup>275</sup> Die Aufsichtsbehörde und die Gleichbehandlungsstelle erhalten die Informationen nur auf Nachfrage.<sup>276</sup> Bei der Bekanntgabe nach dem EntgTranspG müssen die Beschäftigten selbst aktiv werden, um Informationen über den Bericht zu erhalten.

Insgesamt führt die EntgTranspRL somit zu einer umfassenderen Veröffentlichung des Berichtes und einer besseren Vergleichbarkeit zwischen Arbeitgebern.

### **e) Zwischenfazit**

Die Gestaltung der Berichtspflichten unterscheidet sich. Nach der EntgTranspRL sind mehr Arbeitgeber zur Aufstellung eines Berichts verpflichtet. Der Inhalt des Berichts weicht stark

<sup>267</sup> § 22 Abs. 1 EntgTranspG

<sup>268</sup> § 22 Abs. 2 EntgTranspG

<sup>269</sup> § 22 Abs. 1, Abs. 2 EntgTranspG

<sup>270</sup> Winter, NZA 2024, 8 (13).

<sup>271</sup> Art. 9 Abs. 2, Abs. 3, Abs. 4 EntgTranspRL

<sup>272</sup> Günther/Schiffelholz, NZA-RR 2023, 568 (571).

<sup>273</sup> Günther/Schiffelholz, NZA-RR 2023, 568 (571).

<sup>274</sup> Erwägungsgrund 38 EntgTranspRL

<sup>275</sup> Winter, NZA 2024, 8 (14).

<sup>276</sup> Winter, NZA 2024, 8 (14).



voneinander ab. Die Berichtszeiträume verkürzen sich und sind künftig von der Anzahl der Arbeitnehmer abhängig. Die Ergebnisse des Berichtes sind leichter einzusehen und werden stärker verbreitet.

## **VI. Gemeinsame Entgeltbewertung und betriebliches Prüfverfahren**

Im nachfolgenden Abschnitt werden die Vorschriften der EntgTranspRL zu der gemeinsamen Entgeltbewertung und die Vorschriften des EntgTranspG zu dem betrieblichen Prüfverfahren dargestellt und verglichen.

### **1. Gemeinsame Entgeltbewertung**

Die gemeinsame Entgeltbewertung ist in Art. 10 EntgTranspRL geregelt. Die Mitgliedsstaaten stellen durch geeignete Maßnahmen sicher, dass der Arbeitgeber gemeinsam mit den Arbeitnehmervertretern eine Entgeltbewertung vornimmt.<sup>277</sup>

Ziel der Entgeltbewertung ist es, Entgeltunterschiede, die nicht durch objektive und geschlechtsneutrale Kriterien gerechtfertigt sind, festzustellen, zu beseitigen und künftig zu verhindern.<sup>278</sup>

#### **a) Voraussetzungen**

Die gemeinsame Entgeltbewertung betrifft Arbeitgeber, die zur Berichterstattung über das Entgeltgefälle zwischen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern nach Art. 9 EntgTranspRL verpflichtet sind.<sup>279</sup>

Arbeitgeber sind zur Durchführung der Entgeltbewertung verpflichtet, wenn alle drei Bedingungen des Art. 10 Abs. 1 EntgTranspRL erfüllt sind:

Die Berichterstattung über das Entgelt ergibt einen Unterschied bei der durchschnittlichen Entgelthöhe von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern in Höhe von mindestens 5 Prozent in einer Gruppe von Arbeitnehmern.<sup>280</sup>

Der Unterschied bei der durchschnittlichen Entgelthöhe ist nicht durch objektive, geschlechtsneutrale Kriterien gerechtfertigt.<sup>281</sup>

Der ungerechtfertigte Unterschied in der durchschnittlichen Entgelthöhe wurde nicht innerhalb von sechs Monaten nach dem Tag der Berichterstattung über das Entgelt korrigiert.<sup>282</sup>

#### **b) Inhalt der Entgeltbewertung**

Die Bewertung umfasst acht Angaben. Art. 10 Abs. 2 EntgTranspRL listet die Angaben der Bewertung auf. Sie umfasst folgende Inhalte:

„eine Analyse des Anteils der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in jeder Gruppe von Arbeitnehmern;“ (Art. 10 Abs. 2 lit. a EntgTranspRL).

<sup>277</sup> Art. 10 Abs. 1 EntgTranspRL

<sup>278</sup> Art. 10 Abs. 2 EntgTranspRL

<sup>279</sup> Art. 10 Abs. 1 EntgTranspRL

<sup>280</sup> Art. 10 Abs. 1 lit. a EntgTranspRL

<sup>281</sup> Art. 10 Abs. 1 lit. b EntgTranspRL

<sup>282</sup> Art. 10 Abs. 1 lit. c EntgTranspRL

„Informationen über die durchschnittlichen Entgelthöhen zwischen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern sowie über ergänzende oder variable Bestandteile für jede Gruppe von Arbeitnehmern;“. <sup>283</sup>

„etwaige Unterschiede bei den durchschnittlichen Entgelthöhen zwischen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern in jeder einzelnen Gruppe von Arbeitnehmern;“. <sup>284</sup>

„die Gründe für solche Unterschiede bei den durchschnittlichen Entgelthöhen, gegebenenfalls auf der Grundlage objektiver und geschlechtsneutraler Kriterien, wie von den Arbeitnehmervertretern und dem Arbeitgeber gemeinsam festgestellt;“. <sup>285</sup>

„den Anteil der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, denen eine Verbesserung beim Entgelt nach ihrem Wiedereinstieg nach Mutterschafts- oder Vaterschaftsurlaub, Elternurlaub oder Urlaub für pflegende Angehörige, gewährt wurde, wenn es eine solche Verbesserung in der einschlägigen Gruppe von Arbeitnehmern während des Zeitraums, in dem der Urlaub in Anspruch genommen wurde, gegeben hat;“. <sup>286</sup>

„Maßnahmen zur Beseitigung von Entgeltunterschieden, wenn diese nicht auf der Grundlage objektiver, geschlechtsneutraler Kriterien gerechtfertigt sind;“. <sup>287</sup>

„eine Bewertung der Wirksamkeit von Maßnahmen aus früheren gemeinsamen Entgeltbewertungen;“ (Art. 10 Abs. 2 lit. g EntgTranspRL).

### c) Umsetzung der Maßnahmen

Bei der Umsetzung der festgelegten Maßnahmen sind Arbeitgeber und Arbeitnehmervertretung verpflichtet, ungerechtfertigte Entgeltunterschiede zu beseitigen. <sup>288</sup> Gibt es keine Arbeitnehmervertreter, sollten diese zum Zweck des Verfahrens von den Arbeitnehmern benannt werden. <sup>289</sup> Bestehende Systeme zur geschlechtsneutralen Arbeitsbewertung und beruflichen Einstufung sind zu analysieren. <sup>290</sup> Sind keine Systeme vorhanden, müssen sie eingerichtet werden. <sup>291</sup>

Die Analyse oder Einrichtung der Systeme muss jede Form der Entgeltdiskriminierung aufgrund des Geschlechts ausschließen. <sup>292</sup>

### d) Informationspflicht des Arbeitgebers

Die Ergebnisse der gemeinsamen Entgeltbewertung sind den Arbeitnehmern und den Arbeitnehmervertretern vom Arbeitgeber zur Verfügung zu stellen. <sup>293</sup> Die Arbeitsaufsichtsbehörde und die Gleichbehandlungsstelle erhalten die Ergebnisse auf Nachfrage. <sup>294</sup> Die Überwachungsstelle erhält eine Mitteilung über die Entgeltbewertung. <sup>295</sup>

<sup>283</sup> Art. 10 Abs. 2 lit. b EntgTranspRL

<sup>284</sup> Art. 10 Abs. 2 lit. c EntgTranspRL

<sup>285</sup> Art. 10 Abs. 2 lit. d EntgTranspRL

<sup>286</sup> Art. 10 Abs. 2 lit. e EntgTranspRL

<sup>287</sup> Art. 10 Abs. 2 lit. f EntgTranspRL

<sup>288</sup> Art. 10 Abs. 4 S. 1 EntgTranspRL

<sup>289</sup> Erwägungsgrund 43 EntgTranspRL

<sup>290</sup> Art. 10 Abs. 4 S. 3 EntgTranspRL

<sup>291</sup> Art. 10 Abs. 4 S. 3 EntgTranspRL

<sup>292</sup> Art. 10 Abs. 4 S. 3 EntgTranspRL

<sup>293</sup> Art. 7 Abs. 3 S. 1 EntgTranspRL

<sup>294</sup> Art. 10 Abs. 3 S. 2 EntgTranspRL

<sup>295</sup> Art. 10 Abs. 3 S. 1 EntgTranspRL

## 2. Betriebliches Prüfverfahren

Das betriebliche Prüfverfahren ist in den §§ 17 ff. EntgTranspG geregelt. Die Bestandsaufnahme und Analyse betrieblicher Entgeltstrukturen sollen zur Beseitigung der Entgeltdiskriminierung beitragen.<sup>296</sup>

### a) Aufgeforderte Arbeitgeber

Private Arbeitgeber mit in der Regel mehr als 500 Beschäftigten sind zur Durchführung des betrieblichen Prüfverfahrens aufgefordert.<sup>297</sup> Öffentliche Arbeitgeber sind demnach nicht umfasst.

In Konzernstrukturen kann das herrschende Unternehmen das betriebliche Prüfverfahren für alle Konzernunternehmen durchführen, sofern es einen entscheidenden Einfluss auf die Entgeltbedingungen mindestens eines Konzernunternehmens hat.<sup>298</sup>

### b) Inhalt und Durchführung des Verfahrens

Vor der Durchführung eines betrieblichen Prüfverfahrens hat der Arbeitgeber den Betriebsrat über die Planung zu informieren und alle erforderlichen Unterlagen vorzulegen.<sup>299</sup> Welche Unterlagen als erforderlich gelten, ist nicht näher geregelt. Der Arbeitgeber führt das Verfahren in eigener Verantwortung unter Beteiligung der betrieblichen Interessenvertretungen durch.<sup>300</sup>

Das betriebliche Prüfverfahren umfasst die Bestandsaufnahme, die Analyse und den Ergebnisbericht.<sup>301</sup> Welche Analysemethoden und Arbeitsbewertungsverfahren verwendet werden, ist dem Arbeitgeber unter Berücksichtigung der betrieblichen Mitwirkungsrechte freigestellt.<sup>302</sup> Der Gesetzgeber schreibt lediglich die Verwendung valider statistischer Methoden und die Aufschlüsselung der Daten nach dem Geschlecht vor.<sup>303</sup>

Die Bestandsaufnahme und Analyse müssen die aktuellen Entgeltregelungen, Entgeltbestandteile und Arbeitsbewertungsverfahren darstellen.<sup>304</sup> Deren Inhalt und Anwendung sind auf die Einhaltung des Entgeltgleichheitsgebots nach § 7 EntgTranspG zu überprüfen.<sup>305</sup> Die Vorgaben über die benachteiligungsfreien Entgeltsysteme nach § 4 Abs. 3 EntgTranspG sind ebenfalls zu berücksichtigen. Wird eine Benachteiligung beim Entgelt aufgrund des Geschlechts festgestellt, hat der Arbeitgeber die Benachteiligung durch geeignete Maßnahmen zu beseitigen.<sup>306</sup>

In die Prüfung sind auch die Tätigkeiten einzubeziehen, die dem Entgeltsystem unterliegen.<sup>307</sup> Für Arbeitgeber, die gesetzliche oder tarifliche Entgeltregelungen anwenden, sieht das Gesetz eine Begünstigung vor. Für sie besteht keine Verpflichtung zur Prüfung der Gleichwertigkeit der Tätigkeiten.<sup>308</sup>

---

<sup>296</sup> Gesetzesentwurf der Bundesregierung zur Förderung der Transparenz von Entgeltstrukturen, Drucksache: 18/11133 des deutschen Bundestages vom 13.02.2017, S. 224.

<sup>297</sup> § 17 Abs. 1 S. 1 EntgTranspG

<sup>298</sup> § 17 Abs. 1 S. 2 EntgTranspG

<sup>299</sup> § 20 Abs. 1 EntgTranspG

<sup>300</sup> § 17 Abs. 2 EntgTranspG

<sup>301</sup> § 18 Abs. 2 S. 1 EntgTranspG

<sup>302</sup> § 18 Abs. 2 S. 2 EntgTranspG

<sup>303</sup> § 18 Abs. 2 S. 3 & 4 EntgTranspG

<sup>304</sup> § 18 Abs. 3 S. 1 EntgTranspG

<sup>305</sup> § 18 Abs. 3 S. 1 EntgTranspG

<sup>306</sup> § 19 EntgTranspG

<sup>307</sup> § 18 Abs. 1 EntgTranspG

<sup>308</sup> § 18 Abs. 3 S. 4 EntgTranspG

### c) Bekanntmachung der Ergebnisse

Der Arbeitgeber hat die Ergebnisse der Bestandsaufnahme und der Analyse in einem Ergebnisbericht zusammenzufassen.<sup>309</sup> Eine Verpflichtung zur Veröffentlichung besteht nicht.<sup>310</sup> Allerdings hat der Arbeitgeber die Beschäftigten über die Ergebnisse des Prüfverfahrens zu informieren.<sup>311</sup> Die Ergebnisse können auch betriebsintern veröffentlicht werden.<sup>312</sup>

### 3. Vergleich der gemeinsamen Entgeltbewertung und dem betrieblichen Prüfverfahren

Beide Verfahren zielen auf eine betriebliche Überprüfung bestehender Entgeltregelungen auf die Einhaltung des Grundsatzes des gleichen Entgelts ab. Unterschiede bestehen hinsichtlich der Verpflichtung der Arbeitgeber, dem Inhalt der Prüfung und der Bekanntmachung der Ergebnisse.

#### a) Verpflichtung der Arbeitgeber

Arbeitgeber werden durch das EntgTranspG aufgefordert, ein betriebliches Prüfverfahren durchzuführen.<sup>313</sup> Es besteht somit keine Verpflichtung, sondern die Arbeitgeber können sich freiwillig für die Durchführung des Verfahrens entscheiden.<sup>314</sup> Dagegen sieht die EntgTranspRL unter bestimmten Voraussetzungen eine Verpflichtung des Arbeitgebers zur Durchführung der gemeinsamen Entgeltbewertung vor.<sup>315</sup>

Das EntgTranspG fordert nur private Arbeitgeber zur Durchführung des betrieblichen Prüfverfahrens auf.<sup>316</sup> Eine entsprechende Beschränkung enthält die EntgTranspRL nicht. Die gemeinsame Entgeltbewertung ist von allen Arbeitgebern durchzuführen, die die Kriterien des Art. 10 Abs. 1 EntgTranspRL erfüllen.

#### b) Inhaltliche Vorgaben

Inhaltlich schreibt das EntgTranspG vor, dass das Prüfverfahren aus Bestandsaufnahme, Analyse und Ergebnisbericht besteht.<sup>317</sup> Aktuelle Entgeltregelungen, Entgeltbestandteile und Arbeitsbewertungsverfahren sind darzustellen und zu überprüfen.<sup>318</sup> Ansonsten ist der Arbeitgeber frei in der Wahl der Analysemethoden und Bewertungsverfahren.<sup>319</sup> Die inhaltlichen Bestimmungen lassen dem Arbeitgeber einen großen Spielraum.<sup>320</sup>

Der Inhalt der gemeinsamen Entgeltbewertung ist umfangreicher und bestimmter. Der Arbeitgeber muss u. a. Information zur durchschnittlichen Entgelthöhe und zu den Maßnahmen zur Beseitigung der Entgeltunterschiede angeben.<sup>321</sup>

#### c) Veröffentlichung der Ergebnisse

---

<sup>309</sup> § 18 Abs. 4 EntgTranspG

<sup>310</sup> § 18 Abs. 4 EntgTranspG

<sup>311</sup> § 20 Abs. 2 S. 1 EntgTranspG

<sup>312</sup> § 19 EntgTranspG

<sup>313</sup> § 17 Abs. 1 EntgTranspG

<sup>314</sup> Koller-van Delden, DStR 2018, 254 (260)

<sup>315</sup> Winter, NZA 2024, 8 (15).

<sup>316</sup> § 17 Abs. 1 EntgTranspG

<sup>317</sup> § 18 Abs. 2 S. 1 EntgTranspG

<sup>318</sup> § 18 Abs. 3 EntgTranspG

<sup>319</sup> § 18 Abs. 2 S. 2 EntgTranspG

<sup>320</sup> Günther/Schiffelholz, NZA-RR 2023, 568 (572).

<sup>321</sup> Art. 10 Abs. 2 EntgTranspRL

Hinsichtlich der Veröffentlichung schreibt das EntgTranspG vor, dass die Ergebnisse der Bestandsaufnahme und der Analyse zusammenzufassen sind.<sup>322</sup> Der Arbeitgeber kann die Ergebnisse freiwillig betriebsintern veröffentlichen.<sup>323</sup> Beschäftigte werden informiert.<sup>324</sup>

Nach der EntgTranspRL ist der Arbeitgeber hingegen verpflichtet, die Arbeitnehmer, die Arbeitnehmervertreter und die Überwachungsstelle über die Ergebnisse der Entgeltbewertung zu informieren.<sup>325</sup> Auf Ersuchen sind die Informationen auch der Aufsichtsbehörde und der Gleichbehandlungsstelle zur Verfügung zu stellen.<sup>326</sup>

#### **d) Zwischenfazit**

Die EntgTranspRL verpflichtet Arbeitgeber. Das EntgTranspG fordert die Arbeitgeber lediglich auf. Die inhaltlichen Vorgaben der Richtlinie sind umfassender. Auch die Veröffentlichung der Ergebnisse wird nicht länger freiwillig sein und einen größeren Empfängerkreis haben.

### **VII. Rechtsmittel und Rechtsdurchsetzung**

Im nachfolgenden Abschnitt werden die Vorschriften der EntgTranspRL und des EntgTranspG i.V.m. dem AGG zu den Rechtsmitteln und zur Rechtsdurchsetzung dargestellt und verglichen.

#### **1. Rechtsmittel und Rechtsdurchsetzung (EntgTranspRL)**

Das dritte Kapitel der EntgTranspRL regelt die Rechtsmittel und die Rechtsdurchsetzung. Das Kapitel umfasst die Art. 14 - 26 EntgTranspRL und enthält u. a. Regelungen zu Schadensersatz, Verlagerung der Beweislast und Sanktionen.

Arbeitnehmer, die durch die Nichtanwendung des Grundsatzes des gleichen Entgelts in ihren Rechten verletzt wurden, sollen ihre Ansprüche vor Gericht leichter durchsetzen können.<sup>327</sup> Dies gilt auch für bereits beendete Beschäftigungsverhältnisse.<sup>328</sup>

#### **a) Verfahrenskosten**

Art. 22 EntgTranspRL regelt die Verfahrenskosten. Verfahrenskosten sollen kein Hindernis für betroffene Arbeitnehmer sein. Daher können die Gerichte anordnen, dass die klagende Partei trotz Unterliegens die Kosten nicht zu tragen hat.<sup>329</sup> Dies gilt für die Fälle, in denen die klagende Partei berechnete Gründe hatte, den Anspruch geltend zu machen.<sup>330</sup> Dies gilt insbesondere dann, wenn die beklagte Partei eine Pflicht der EntgTranspRL nicht erfüllt hat.<sup>331</sup>

#### **b) Verfahren im Namen oder zur Unterstützung von Arbeitnehmern**

Arbeitnehmer, deren Rechte nach dem Grundsatz des gleichen Entgelts verletzt wurden, können sich in Verwaltungs- oder Gerichtsverfahren von Verbänden, Organisationen, Gleichbehandlungsstellen und Arbeitnehmervertretern sowie anderen juristischen Personen, die ein Interesse an der Durchsetzung der Gleichstellung der Geschlechter

---

<sup>322</sup> § 18 Abs. 4 EntgTranspG

<sup>323</sup> § 18 Abs. 4 EntgTranspG

<sup>324</sup> § 20 Abs. 2 EntgTranspG

<sup>325</sup> *Günther/Schiffelholz*, NZA-RR 2023, 568 (572).

<sup>326</sup> *Günther/Schiffelholz*, NZA-RR 2023, 568 (572).

<sup>327</sup> Art. 14 EntgTranspRL

<sup>328</sup> Art. 14 EntgTranspRL

<sup>329</sup> Erwägungsgrund 54 EntgTranspRL

<sup>330</sup> Art. 22 EntgTranspRL

<sup>331</sup> Erwägungsgrund 54 EntgTranspRL

haben, unterstützen lassen.<sup>332</sup> Mit Zustimmung der Arbeitnehmer können die Rechte auch in deren Namen geltend gemacht machen.<sup>333</sup>

Damit soll den Arbeitnehmern die Durchsetzung ihrer Rechte erleichtert werden.<sup>334</sup> Die Regelung ermöglicht auch Sammelklagen.<sup>335</sup> Systematische Diskriminierungen können so besser aufgedeckt werden.<sup>336</sup>

### **c) Anspruch auf Schadensersatz**

Art. 16 EntgTranspRL regelt die Voraussetzungen und den Umfang des Schadensersatzanspruchs.

#### **aa) Voraussetzungen**

Anspruchsberechtigt sind Arbeitnehmer, die durch die Verletzung ihrer Rechte und Pflichten im Zusammenhang mit dem Grundsatz des gleichen Entgelts einen Schaden erlitten haben.<sup>337</sup>

#### **bb) Umfang**

Die Mitgliedsstaaten entscheiden im Rahmen des Art. 16 Abs. 1 EntgTranspRL, ob ein vollständiger Schadensersatz oder eine vollständige Entschädigung verlangt werden kann.

Das gewählte Mittel muss den Schaden auf eine abschreckende und angemessene Art und Weise kompensieren.<sup>338</sup>

Durch den Schadensersatz oder die Entschädigung soll der Arbeitnehmer so gestellt werden, als hätte keine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts stattgefunden.<sup>339</sup> Gleiches gilt für eine Verletzung der Rechte und Pflichten im Zusammenhang mit dem Grundsatz des gleichen Entgelts.<sup>340</sup> Dies beinhaltet eine Nachzahlung entgangener Entgelte und damit verbundener Boni oder Sachleistungen.<sup>341</sup> Schadensersatz für entgangene Chancen, immaterielle Schäden sowie Verzugszinsen sind ebenfalls umfasst.<sup>342</sup> Die Richtlinie sieht eine Kompensation für jegliche weitere Schäden vor, die durch andere relevante Faktoren verursacht wurden, z. B. intersektionelle Diskriminierung.<sup>343</sup>

Eine Begrenzung des Schadensersatzes oder der Entschädigung durch eine im Voraus festgelegte Obergrenze ist unwirksam.<sup>344</sup>

### **d) Verlagerung der Beweislast**

Art. 18 EntgTranspRL regelt die Verlagerung der Beweislast. Die Regelung sieht eine Beweiserleichterung für Arbeitnehmer vor, die sich durch die Nichtanwendung des Grundsatzes des gleichen Entgelts in ihren Rechten verletzt fühlen.<sup>345</sup> Macht ein Arbeitnehmer vor Gericht Tatsachen glaubhaft, die das Vorliegen einer unmittelbaren oder

---

<sup>332</sup> Art. 15 EntgTranspRL

<sup>333</sup> Art. 15 EntgTranspRL

<sup>334</sup> Erwägungsgrund 48 EntgTranspRL

<sup>335</sup> Erwägungsgrund 48 EntgTranspRL

<sup>336</sup> Erwägungsgrund 48 EntgTranspRL

<sup>337</sup> Art. 16 Abs. 1 EntgTranspRL

<sup>338</sup> Art. 16 Abs. 2 EntgTranspRL

<sup>339</sup> Art. 16 Abs. 3 S. 1 EntgTranspRL

<sup>340</sup> Art. 16 Abs. 3 S. 1 EntgTranspRL

<sup>341</sup> Art. 16 Abs. 3 S. 2 EntgTranspRL

<sup>342</sup> Art. 16 Abs. 3 S. 2 EntgTranspRL

<sup>343</sup> Art. 16 Abs. 3 S. 2 EntgTranspRL

<sup>344</sup> Art. 16 Abs. 4 EntgTranspRL

<sup>345</sup> Art. 18 Abs. 1 EntgTranspRL

mittelbaren Diskriminierung vermuten lassen, verlagert sich die Beweislast auf die beklagte Partei.<sup>346</sup> Diese muss dann beweisen, dass keine unmittelbare oder mittelbare Diskriminierung vorliegt.<sup>347</sup>

Kommt der Arbeitgeber seinen Pflichten nach Art. 5, 6, 7, 9 oder 10 EntgTranspRL nicht nach, trägt er in Verwaltungs- und Gerichtsverfahren die Beweislast dafür, dass keine unmittelbare oder mittelbare Diskriminierung im Zusammenhang mit der jeweiligen Vorschrift vorliegt.<sup>348</sup> Dies gilt nicht, wenn es sich um einen offensichtlich unbeabsichtigten und unbedeutenden Verstoß handelt.<sup>349</sup>

Die Mitgliedsstaaten können eine für den Arbeitnehmer günstigere Beweislastregelung vorsehen.<sup>350</sup>

### **e) Verjährung**

Art. 21 EntgTranspRL enthält Anforderungen zu den Verjährungsfristen für die Geltendmachung von Ansprüchen.<sup>351</sup> Die Mitgliedsstaaten haben sicherzustellen, dass die nationalen Vorschriften den Fristbeginn, die Fristdauer sowie die Hemmung oder die Unterbrechung der Frist regeln.<sup>352</sup> Die Verjährungsfrist beträgt mindestens drei Jahre.<sup>353</sup>

Die Verjährungsfrist beginnt grundsätzlich erst, wenn der Betroffene Kenntnis von dem Verstoß hat oder die Kenntnis vernünftigerweise erwartet werden kann.<sup>354</sup> Die Mitgliedsstaaten können beschließen, dass die Verjährungsfrist erst dann zu laufen beginnt, wenn der Verstoß oder das Arbeitsverhältnis nicht länger bestehen.<sup>355</sup>

Die Verjährungsfrist wird gehemmt oder unterbrochen, sobald die klagende Partei den Arbeitgeber über eine Beschwerde informiert oder ein Gerichtsverfahren anstrebt.<sup>356</sup> Das Gleiche gilt, wenn die Arbeitnehmervertreter, die Aufsichtsbehörde oder die Gleichbehandlungsstelle das Verfahren für die klagende Partei einleiten.<sup>357</sup>

### **f) Sanktionen**

Die Vorgaben zu Sanktionen sind in Art. 23 EntgTranspRL geregelt. Sanktionen sind bei Verstößen gegen die Rechte und Pflichten im Zusammenhang mit dem Grundsatz des gleichen Entgelts zu verhängen.<sup>358</sup>

Die Sanktionen sind so auszugestalten, dass sie wirksam, verhältnismäßig und tatsächlich abschreckend sind.<sup>359</sup> Dazu gehören auch Geldbußen.<sup>360</sup> Die Geldbußen können auf dem Bruttojahresumsatz oder der Gesamtentgeltsumme des Arbeitgebers beruhen.<sup>361</sup> Die Härte der Sanktionen sind auch an den Umständen des Einzelfalls zu bemessen.<sup>362</sup> Es sind alle

---

<sup>346</sup> Art. 18 Abs. 1 EntgTranspRL

<sup>347</sup> Art. 18 Abs. 1 EntgTranspRL

<sup>348</sup> Art. 18 Abs. 2 Unterabs. 1 EntgTranspRL

<sup>349</sup> Art. 18 Abs. 2 Unterabs. 2 EntgTranspRL

<sup>350</sup> Art. 18 Abs. 2 EntgTranspRL

<sup>351</sup> Art. 21 Abs. 1 S. 1 EntgTranspRL

<sup>352</sup> Art. 21 Abs. 1 S. 1 EntgTranspRL

<sup>353</sup> Art. 21 Abs. 1 S. 4 EntgTranspRL

<sup>354</sup> Art. 21 Abs. 1 S. 2 EntgTranspRL

<sup>355</sup> Art. 21 Abs. 1 S. 3 EntgTranspRL

<sup>356</sup> Art. 21 Abs. 2 EntgTranspRL

<sup>357</sup> Art. 21 Abs. 2 EntgTranspRL

<sup>358</sup> Art. 23 Abs. 1 S. 1 EntgTranspRL

<sup>359</sup> Art. 23 Abs. 1 S. 1 EntgTranspRL

<sup>360</sup> Art. 23 Abs. 2 S. 2 EntgTranspRL

<sup>361</sup> Erwägungsgrund 55 EntgTranspRL

<sup>362</sup> Art. 23 Abs. 3 EntgTranspRL

relevanten erschwerenden oder mildernden Umstände einzubeziehen.<sup>363</sup> Bei wiederholten Verstößen werden spezifische Sanktionen festgelegt.<sup>364</sup> Spezifische Sanktionen sind finanzielle Negativanreize, wie z. B. der Entzug öffentlicher Zuwendungen.<sup>365</sup> Die Mitgliedsstaaten stellen sicher, dass die Sanktionen in der Praxis wirksam angewendet werden und treffen dafür alle erforderlichen Maßnahmen.<sup>366</sup>

Die von den Mitgliedsstaaten getroffenen Regelungen und Maßnahmen zu den Sanktionen sind der Kommission unverzüglich mitzuteilen, ebenso wie spätere Änderungen.<sup>367</sup>

### **g) Viktimisierung und Schutz vor ungünstigerer Behandlung**

Arbeitnehmer und Arbeitnehmervertreter, die ihre Rechte in Bezug auf den Grundsatz des gleichen Entgelts geltend machen, dürfen deshalb nicht ungünstiger behandelt werden.<sup>368</sup> Dies gilt auch, wenn sie eine andere Person beim Schutz ihrer Rechte unterstützt haben.<sup>369</sup>

Arbeitnehmer und Arbeitnehmervertreter dürfen nicht entlassen oder auf andere Art benachteiligt werden, weil sie ihre Rechte oder Pflichten im Zusammenhang mit dem Grundsatz des gleichen Entgelts durchsetzen wollen.<sup>370</sup> Dies beinhaltet Beschwerden innerhalb der Organisation des Arbeitgebers und die Einleitung eines Verwaltungs- oder Gerichtsverfahrens.<sup>371</sup> Die Mitgliedsstaaten treffen Maßnahmen im Rahmen der nationalen Rechtsvorschriften, um die Arbeitnehmer vor Konsequenzen zu schützen.<sup>372</sup>

### **h) Sonstige Abhilfemaßnahmen**

Art. 17 EntgTranspRL regelt sonstige Abhilfemaßnahmen und räumt den zuständigen Behörden sowie nationalen Gerichten einen größeren Handlungsspielraum ein.<sup>373</sup> Bei Feststellung einer Verletzung der Rechte und Pflichten im Zusammenhang mit dem Grundsatz des gleichen Entgelts, kann auf Antrag der klagenden Partei die Unterlassung der Verletzung gerichtlich angeordnet werden.<sup>374</sup> Verstößt die beklagte Partei gegen diese Anordnungen, können die Behörden oder Gerichte Zwangsgelder verhängen.<sup>375</sup>

## **2. Rechtsmittel und Rechtsdurchsetzung (EntgTranspG)**

Das EntgTranspG hat keine eigenen Vorschriften bezüglich etwaiger Rechtsmittel oder zur Rechtsdurchsetzung. Die Vorschriften des AGG finden über § 2 Abs. 2 EntgTranspG Anwendung.

### **a) Entschädigung und Schadensersatz**

Das AGG regelt Schadens- und Entschädigungspflichten in § 15 AGG.

#### **aa) Schadensersatz**

Der Arbeitgeber ist zum Schadensersatz verpflichtet, wenn er gegen das Benachteiligungsverbot nach § 7 AGG verstößt und der betroffenen Person dadurch ein

<sup>363</sup> Art. 23 Abs. 3 EntgTranspRL

<sup>364</sup> Art. 23 Abs. 4 EntgTranspRL

<sup>365</sup> Erwägungsgrund 56

<sup>366</sup> Art. 23 Abs. 4 EntgTranspRL

<sup>367</sup> Art. 23 Abs. 1 S. 2 EntgTranspRL

<sup>368</sup> Art. 25 Abs. 1 EntgTranspRL

<sup>369</sup> Art. 25 Abs. 1 EntgTranspRL

<sup>370</sup> Art. 25 Abs. 2 EntgTranspRL

<sup>371</sup> Art. 25 Abs. 2 EntgTranspRL

<sup>372</sup> Art. 25 Abs. 2 EntgTranspRL

<sup>373</sup> Art. 17 EntgTranspRL

<sup>374</sup> Art. 17 Abs. 1 lit. a EntgTranspRL

<sup>375</sup> Art. 17 Abs. 2 EntgTranspRL



Schaden entstanden ist.<sup>376</sup> Im Kontext des EntgTranspG handelt es sich bei der Pflichtverletzung um einen Verstoß gegen das Gebot des gleichen Entgelts. Der Arbeitgeber muss die Pflichtverletzung zu vertreten haben.<sup>377</sup>

#### **bb) Entschädigung**

Ist dem Beschäftigten ein Schaden entstanden, der kein Vermögensschaden ist, kann er eine angemessene Entschädigung verlangen.<sup>378</sup>

Wendet der Arbeitgeber kollektivrechtliche Vereinbarungen an, haftet er nur bei Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit.<sup>379</sup>

#### **cc) Geltend machen der Ansprüche**

Der Anspruch auf Schadensersatz oder Entschädigung muss vom Beschäftigten innerhalb von zwei Monaten nach Kenntnis der Benachteiligung schriftlich geltend gemacht werden.<sup>380</sup> Die Tarifvertragsparteien können eine andere Frist für die Geltendmachung festlegen.<sup>381</sup>

#### **b) Beweiserleichterung**

Die Beweiserleichterung ist in § 22 AGG geregelt. Kann eine Partei Indizien beweisen, die eine Benachteiligung vermuten lassen, verlagert sich die Beweislast auf die andere Partei.<sup>382</sup> Diese muss dann beweisen, dass keine Benachteiligung stattgefunden hat.<sup>383</sup>

Nach dem Urteil des Bundesarbeitsgerichts vom 21.01.2021 (Az. 8 AZR 488/19) liegt eine solche Vermutung vor, wenn das Entgelt des klagenden Arbeitnehmers geringer ist als das vom Arbeitgeber im Auskunftsverfahren mitgeteilte Median-Entgelt der Vergleichsgruppe.<sup>384</sup> In diesen Fällen kann regelmäßig vermutet werden, dass die Benachteiligung beim Entgelt wegen des Geschlechts erfolgt ist.<sup>385</sup>

#### **c) Maßregelungsverbot**

Um die Beschäftigten vor negativen Konsequenzen zu schützen, hat der Gesetzgeber in § 9 EntgTranspG ein Maßregelungsverbot vorgesehen. Nimmt ein Beschäftigter seine Rechte nach dem EntgTranspG wahr, darf der Arbeitgeber ihn nicht deswegen benachteiligen.<sup>386</sup>

Personen, die Beschäftigte bei der Ausübung ihrer Rechte unterstützen oder als Zeugen aussagen, sind ebenfalls durch § 9 EntgTranspG geschützt.

### **3. Vergleich der Rechtsmittel und Rechtsdurchsetzung**

Im Gegensatz zur EntgTranspRL enthält das EntgTranspG kaum eigene Regelungen zu Rechtsmitteln und zur Rechtsdurchsetzung. Stattdessen werden die Regelungen des AGG

---

<sup>376</sup> § 15 Abs. 1 S. 1 AGG

<sup>377</sup> § 15 Abs. 1 S. 2 AGG

<sup>378</sup> § 15 Abs. 2 S. 1 AGG

<sup>379</sup> § 15 Abs. 3 AGG

<sup>380</sup> § 15 Abs. 4 AGG

<sup>381</sup> § 15 Abs. 4 S. 1 AGG

<sup>382</sup> § 22 AGG

<sup>383</sup> § 22 AGG

<sup>384</sup> BAG, Urteil vom 21.01.2021, 8 AZR 488/19, NZA 2021, 1011 (Rn. 33).

<sup>385</sup> BAG, Urteil vom 21.01.2021, 8 AZR 488/19, NZA 2021, 1011 (Rn. 33).

<sup>386</sup> § 9 EntgTranspG

angewandt. Insgesamt sind die Regelungen der EntgTranspRL umfangreicher, sodass ein Vergleich nicht für alle Inhalte möglich ist.

#### **a) Schutz vor Viktimisierung und Maßregelungsverbot**

Der Schutz vor Viktimisierung und das Maßregelungsverbot sind sich in den meisten Punkten ähnlich. Beide Regelungen gelten sowohl für Arbeitnehmer, die ihre Rechte geltend machen, als auch für Arbeitnehmer, die andere dabei unterstützen.<sup>387</sup> Die Richtlinie benennt ausdrücklich auch Arbeitnehmervertreter als schutzbedürftig.<sup>388</sup>

Insgesamt gehen die Regelungen des EntgTranspRL über die des EntgTranspG hinaus, z. B. durch ein zusätzliches Kündigungsverbot.<sup>389</sup>

#### **b) Prozesstandschaft**

Die EntgTranspRL ermöglicht es Arbeitnehmern, sich von Verbänden, Organisationen, Gleichbehandlungsstellen oder anderen juristischen Personen unterstützen zu lassen.<sup>390</sup> Mit Zustimmung des Arbeitnehmers können diese auch in seinem Namen handeln.<sup>391</sup>

Das EntgTranspG enthält keine vergleichbare Regelung. Die Ampelregierung hat im Koalitionsvertrag 2021 - 2025 angekündigt, das EntgTranspG weiterentwickeln und seine Durchsetzung stärken zu wollen.<sup>392</sup> Dazu soll den Beschäftigten ermöglicht werden, ihre Rechte durch Verbände im Wege der Prozesstandschaft durchzusetzen.<sup>393</sup> Eine Umsetzung ist nicht erfolgt.

#### **c) Schadensersatz**

Die Vorschriften zum Schadensersatz ähneln sich in großen Teilen.<sup>394</sup> Die Regelung der EntgTranspRL ist jedoch teilweise umfassender.<sup>395</sup> Die Richtlinie verbietet eine im Voraus festgelegte Obergrenze des Schadensersatzes und inkludiert entgangene Chancen für den Schadensersatz.<sup>396</sup> Ein Verschulden des Arbeitgebers ist im Gegensatz zum AGG nicht erforderlich, um einen Schadensersatzanspruch nach der Richtlinie zu begründen.<sup>397</sup>

Der Schadensersatz nach dem AGG bezieht sich auf einen Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot.<sup>398</sup> Nach der EntgTranspRL ist bereits eine Verletzung der Rechte und Pflichten im Zusammenhang mit dem Grundsatz des gleichen Entgelts ausreichend.<sup>399</sup> Erleidet der Arbeitnehmer wegen der Missachtung der jährlichen Informationspflicht ein Schaden, würde dies bereits ausreichen, um einen Schadensersatzanspruch zu begründen.<sup>400</sup>

<sup>387</sup> § 9 EntgTranspG, Art. 25 EntgTranspRL

<sup>388</sup> Art. 25 EntgTranspRL

<sup>389</sup> Art. 25 EntgTranspRL

<sup>390</sup> Günther/Schiffelholz, NZA-RR 2023, 568 (572).

<sup>391</sup> Günther/Schiffelholz, NZA-RR 2023, 568 (572).

<sup>392</sup> SPD/Bündnis 90/Die Grünen/FDP, Mehr Fortschritt wagen - Bündnis für Freiheit, Gerechtigkeit und Nachhaltigkeit, Koalitionsvertrag 2021 - 2025 zwischen der SPD, Bündnis 90/Die Grünen und der FDP, S. 91.

<sup>393</sup> SPD/Bündnis 90/Die Grünen/FDP, Mehr Fortschritt wagen - Bündnis für Freiheit, Gerechtigkeit und Nachhaltigkeit, Koalitionsvertrag 2021 - 2025 zwischen der SPD, Bündnis 90/Die Grünen und der FDP, S. 91.

<sup>394</sup> Günther/Schiffelholz, NZA-RR 2023, 568 (573).

<sup>395</sup> Günther/Schiffelholz, NZA-RR 2023, 568 (573).

<sup>396</sup> Günther/Schiffelholz, NZA-RR 2023, 568 (573).

<sup>397</sup> Roetteken, NZA-RR 2024, 169 (175).

<sup>398</sup> § 15 Abs. 1 AGG

<sup>399</sup> Roetteken, NZA-RR 2024, 169 (175).

<sup>400</sup> Roetteken, NZA-RR 2024, 169 (175).

#### d) Beweislastverlagerung

Art. 18 Abs. 1 EntgTranspRL soll den Arbeitnehmern den Beweis einer Benachteiligung beim Entgelt aufgrund des Geschlechts erleichtern. Es reicht aus, Tatsachen glaubhaft zu machen, die eine Diskriminierung vermuten lassen.<sup>401</sup> Der Arbeitgeber muss dann beweisen, dass keine Diskriminierung vorliegt.<sup>402</sup> Die Regelung des AGG entspricht der Regelung des Art. 18 Abs. 1 EntgTranspRL.<sup>403</sup>

Verstößt ein Arbeitgeber gegen die Entgelttransparenzvorgaben des Art. 5, 6, 7, 9 oder 10 EntgTranspRL trifft ihn die volle Beweislast, es sei denn, der Verstoß war offensichtlich unbeabsichtigt und geringfügig.<sup>404</sup> Eine solche Regelung findet sich auch in § 15 Abs. 5. S. 1 EntgTranspG, allerdings nur für den Fall, dass der Arbeitgeber seiner Auskunftspflicht nicht nachkommt.<sup>405</sup> Die Regelung der EntgTranspRL geht also darüber hinaus.<sup>406</sup>

#### e) Sanktionen

Vergleichbare Sanktionen wie in Art. 23 EntgTranspRL finden sich nicht im EntgTranspG oder in anderen nationalen Vorschriften.<sup>407</sup>

#### f) Verjährung

Die EntgTranspRL sieht vor, dass das nationale Recht den Beginn der Verjährungsfrist, die Dauer und die Hemmung oder Unterbrechung der Frist regelt.<sup>408</sup> Die Verjährungsfrist darf nicht kürzer als drei Jahre sein.<sup>409</sup> Da das EntgTranspG keine Verjährungsfristen regelt, sind die Vorschriften des BGB anzuwenden.<sup>410</sup> Diese entsprechen den Anforderungen des Art. 21 EntgTranspRL.<sup>411</sup>

#### g) Verfahrenskosten

Art. 22 EntgTranspRL sieht vor, dass die Gerichte unter bestimmten Voraussetzungen anordnen können, dass die klagende Partei trotz Unterliegens die Verfahrenskosten nicht zu tragen hat.<sup>412</sup> Die nationalen Regelungen zu den Verfahrenskosten sehen keine vergleichbare Begünstigung vor.<sup>413</sup>

#### h) Zwischenfazit

Die Vorschriften des AGG und BGB erfüllen teilweise die Voraussetzungen der EntgTranspRL. Anpassungsbedarf besteht hinsichtlich des Schadensersatzes und der Verlagerung der Beweislast. Das Verfahren im Nahmen oder zur Unterstützung des Arbeitnehmers, die Sanktionen und die Verfahrenskosten sind neu zu regeln. Kaum bis kein Anpassungsbedarf besteht für das Maßregelungsverbot und die Verjährung.

<sup>401</sup> Art. 18 Abs. 1 EntgTranspRL

<sup>402</sup> Art. 18 Abs. 1 EntgTranspRL

<sup>403</sup> *Günther/Schiffelholz*, NZA-RR 2023, 568 (573).

<sup>404</sup> Jung: Die EU-Entgelttransparenzrichtlinie (RdA 2024,89) S. 93

<sup>405</sup> *Günther/Schiffelholz*, NZA-RR 2023, 568 (573).

<sup>406</sup> *Günther/Schiffelholz*, NZA-RR 2023, 568 (573).

<sup>407</sup> *Günther/Schiffelholz*, NZA-RR 2023, 568 (574).

<sup>408</sup> Art. 21 Abs. 1 EntgTranspRL

<sup>409</sup> Art. 21 Abs. 1 EntgTranspRL

<sup>410</sup> § 186 BGB

<sup>411</sup> §§ 187 ff. BGB

<sup>412</sup> *Jung*, RdA 2024, 89 (93).

<sup>413</sup> *Jung*, RdA 2024, 89 (93).

## VIII. Datenschutzbestimmungen

Im nachfolgenden Abschnitt werden die Datenschutzbestimmungen der EntgTranspRL und des EntgTranspG dargestellt und verglichen.

### 1. Datenschutzbestimmungen (EntgTranspRL)

Art. 12 EntgTranspRL regelt die datenschutzrechtlichen Bestimmungen. Die Regelungen beziehen sich im Wesentlichen auf das Auskunftsrecht, die Berichterstattung über das Entgeltgefälle und die gemeinsame Entgeltbewertung.<sup>414</sup>

Sind die Informationen aus diesen Verfahren mit der Verarbeitung personenbezogener Daten verbunden, muss die Bereitstellung der Informationen nach den Vorgaben der DSGVO<sup>415</sup> erfolgen.<sup>416</sup> Die personenbezogenen Daten dürfen ausschließlich zur Anwendung des Grundsatzes des gleichen Entgelts verwendet werden.<sup>417</sup>

Würde das Entgelt eines bestimmbaren Arbeitnehmers durch ein Verfahren nach Art. 7, 9 oder 10 EntgTranspRL unmittelbar oder mittelbar offengelegt werden, können die Mitgliedsstaaten beschließen, die Verbreitung der Informationen zu beschränken.<sup>418</sup> In diesen Fällen würden nur die Arbeitnehmervertreter, die Aufsichtsbehörde oder die Gleichbehandlungsstelle die Informationen erhalten.<sup>419</sup> Die Arbeitnehmer werden von den Arbeitnehmervertretern oder der Gleichbehandlungsstelle über ihre möglichen Ansprüche beraten, ohne die tatsächlichen Entgelthöhen einzelner Arbeitnehmer offenzulegen.<sup>420</sup>

Zur Überwachung und Unterstützung der Anwendung des Grundsatzes des gleichen Entgelts durch die Überwachungsstelle werden die Informationen uneingeschränkt zugänglich gemacht.<sup>421</sup>

### 2. Datenschutzbestimmungen (EntgTranspG)

Vorschriften zum Datenschutz finden sich im EntgTranspG nur vereinzelt. § 18 Abs. 2 EntgTranspG schreibt vor, dass bei der Durchführung des betrieblichen Prüfverfahrens der Schutz personenbezogener Daten zu wahren ist.

Eine größere Rolle spielt der Datenschutz bei der Beantwortung des Auskunftsanspruchs. § 12 Abs. 3 EntgTranspG schreibt vor, dass personenbezogene Daten der auskunftsverlangenden Beschäftigten und der vom Auskunftsverlangen betroffenen Beschäftigten zu schützen sind. Damit keine Rückschlüsse auf einzelne Personen gezogen werden können, ist das Vergleichsentgelt nur anzugeben, wenn die Vergleichstätigkeit von mindestens sechs Beschäftigten des anderen Geschlechts ausgeübt wird.<sup>422</sup> Nur die Personen, die das Auskunftsverlangen beantworten, dürfen Kenntnis über die notwendigen Daten haben.<sup>423</sup>

---

<sup>414</sup> Art. 12 EntgTranspRL

<sup>415</sup> Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung) (Abl. 2016, L 119, S. 1).

<sup>416</sup> Art. 12 Abs. 1 EntgTranspRL

<sup>417</sup> Art. 12 Abs. 2 EntgTranspRL

<sup>418</sup> Art. 12 Abs. 3 S. 1 EntgTranspRL

<sup>419</sup> Art. 12 Abs. 3 S. 1 EntgTranspRL

<sup>420</sup> Art. 12 Abs. 3 S. 2 EntgTranspRL

<sup>421</sup> Art. 12 Abs. 3 S. 3 EntgTranspRL

<sup>422</sup> § 12 Abs. 3 S. 2 EntgTranspG

<sup>423</sup> § 12 Abs. 3 S. 3 EntgTranspG

### 3. Vergleich der Datenschutzbestimmungen

Beide Datenschutzbestimmungen knüpfen an das Auskunftsverfahren und die Berichterstattung an. Art. 12 EntgTranspRL umfasst darüber hinaus noch die gemeinsame Entgeltbewertung.

Ein Rückschluss auf einen bestimmten Beschäftigten führt nach § 12 Abs. 3 EntgTranspG dazu, dass keine Angabe des Vergleichsentgelts erfolgt. In der EntgTranspRL wird die Auskunft in diesen Fällen nur an die Arbeitnehmervertreter oder Gleichbehandlungsstelle übermittelt, der auskunftersuchende Arbeitnehmer erhält aber trotzdem eine Beratung.<sup>424</sup>

## D. Anpassungsbedarf der nationalen Regelungen

Im folgenden Kapitel wird der Anpassungsbedarf der nationalen Regelungen an die wichtigsten Vorgaben der EntgTranspRL auf Basis des Vergleichs dargestellt.

Konkret geht es um den Anpassungsbedarf hinsichtlich der Entgeltsysteme, der Entgelttransparenz vor der Beschäftigung, dem Auskunftsverfahren, den Berichtspflichten, des betrieblichen Prüfverfahrens sowie der Rechtsmittel und der Rechtsdurchsetzung.

### I. Entgeltsysteme

Anpassungsbedarf besteht bei den Regelungen des EntgTranspG zu Entgeltsystemen im Hinblick auf die Verwendung von Vergütungsstrukturen, die Kriterien und die Angemessenheitsvermutung tarifvertraglicher Regelungen.

#### 1. Verpflichtung

Eine Verpflichtung zur Verwendung eines Entgeltsystems besteht im EntgTranspG aktuell nicht. Art. 4 EntgTranspRL ist in seiner Gesamtheit so zu verstehen, dass Arbeitgeber zukünftig über Vergütungsstrukturen verfügen müssen.<sup>425</sup> Andernfalls können die Anforderungen des Art. 4 Abs. 4 S. 1 EntgTranspRL nicht erfüllt werden.<sup>426</sup> Der deutsche Gesetzgeber hat § 4 EntgTranspG entsprechend anzupassen.

#### 2. Kriterien

Die Anforderung, dass die Kriterien objektiv und geschlechtsneutral sein müssen, erfüllt § 4 Abs. 4 EntgTranspG hinreichend.<sup>427</sup> Die Richtlinie legt in Art. 4 Abs. 4 S. 3 EntgTranspRL fest, welche Mindestanforderungen die Kriterien der Entgeltfindung erfüllen müssen.<sup>428</sup> Das EntgTranspG sieht keine entsprechenden Mindeststandards vor, steht den Anforderungen der EntgTranspRL aber auch nicht entgegen.<sup>429</sup> § 4 EntgTranspG sollte daher um die Kriterien des Art. 4 Abs. 4 S. 3 EntgTranspRL ergänzt werden. Auch relevante soziale Kompetenzen sind zu berücksichtigen.<sup>430</sup>

Die Anforderungen an Entgeltsysteme sind so auszugestalten, dass sich leicht feststellen lässt, ob sich Arbeitnehmer in einer vergleichbaren Position befinden.<sup>431</sup> Die Kriterien sollen vor allem auf die konkrete Stelle zugeschnitten sein und unterschiedlich gewichtet werden

<sup>424</sup> Art. 12 Abs. 3 EntgTranspRL

<sup>425</sup> Roetteken, NZA-RR 2023, 169 (172).

<sup>426</sup> Roetteken, NZA-RR 2023, 169 (172).

<sup>427</sup> Roetteken, NZA-RR 2023, 169 (172).

<sup>428</sup> Roetteken, NZA-RR 2023, 169 (172).

<sup>429</sup> Roetteken, NZA-RR 2023, 169 (172).

<sup>430</sup> Art. 4 Abs. 4 S. 4 EntgTranspRL

<sup>431</sup> Art. 4 Abs. 4 S. 1 EntgTranspRL

können.<sup>432</sup> Die Vorschrift muss somit in der Lage sein, Einzelfälle angemessen zu berücksichtigen.

### 3. Neuregelungen

Das EntgTranspG muss künftig eine Informationspflicht für Arbeitgeber vorsehen. Arbeitnehmer sollen proaktiv über sämtliche Kriterien der Entgeltsysteme informiert werden.<sup>433</sup>

Die bisher bestehenden Begünstigungen für tarifvertragliche Regelungen sind nicht richtlinienkonform und daher zu streichen.

## II. Entgelttransparenz vor der Beschäftigung

Das EntgTranspG enthält bisher keine Regelungen zur Entgelttransparenz vor der Beschäftigung.<sup>434</sup> Daher ist eine vollständige Neuregelung auf der Grundlage der EntgTranspRL erforderlich.

Arbeitgeber haben künftig eine Informationspflicht gegenüber den Bewerbern. Sie teilen ihnen proaktiv das Einstiegsentgelt oder dessen Spanne für die betreffende Stelle so mit, dass fundierte und transparente Verhandlungen über das Entgelt gewährleistet werden.<sup>435</sup>

Problematisch ist allerdings, dass dadurch auch Wettbewerber Einblick in die Vergütungsstruktur erhalten.<sup>436</sup> Der Gesetzgeber muss daher bei der Umsetzung einen Interessenausgleich zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern berücksichtigen.<sup>437</sup> Auf der einen Seite steht das Informationsinteresse des Arbeitnehmers, auf der anderen Seite das Geheimhaltungsinteresse des Arbeitgebers.<sup>438</sup>

Zusätzlich bedarf es eines Frageverbots des Arbeitgebers hinsichtlich der Entgeltentwicklung in laufenden oder früheren Beschäftigungsverhältnissen.<sup>439</sup>

## III. Auskunftsverfahren

Anpassungsbedarf besteht beim Auskunftsverfahren für die §§ 10 - 15 EntgTranspG.

### 1. Voraussetzungen

§ 10 EntgTranspG ist hinsichtlich der Voraussetzungen anzupassen. Der Beschäftigte muss künftig keine Vergleichstätigkeit mehr benennen.<sup>440</sup> Derzeit umfasst die Auskunft bis zu zwei Entgeltbestandteile.<sup>441</sup> Nach der Richtlinie erhält der Beschäftigte Auskunft über alle Entgeltbestandteile.<sup>442</sup> Die Beschränkung, dass das Auskunftsverfahren nur alle zwei Jahre möglich ist, ist künftig nicht mehr zulässig und daher zu streichen.<sup>443</sup>

<sup>432</sup> Art. 4 Abs. 4 EntgTranspRL

<sup>433</sup> Art. 6 Abs. 1 EntgTranspRL

<sup>434</sup> Winter, NZA 2024, 8 (10).

<sup>435</sup> Günther/Schiffelholz, NZA-RR 2023, 568 (569).

<sup>436</sup> Günther/Schiffelholz, NZA-RR 2023, 568 (569).

<sup>437</sup> Günther/Schiffelholz, NZA-RR 2023, 568 (569).

<sup>438</sup> Günther/Schiffelholz, NZA-RR 2023, 568 (569).

<sup>439</sup> Winter, NZA 2024, 8 (10).

<sup>440</sup> Günther/Schiffelholz, NZA-RR 2023, 568 (570).

<sup>441</sup> § 10 Abs. 1 EntgTranspG

<sup>442</sup> Art. 7 Abs. 1 EntgTranspRL

<sup>443</sup> Günther/Schiffelholz, NZA-RR 2023, 568 (570).

## 2. Vergleichsentgelt

§ 11 EntgTranspG ist hinsichtlich des Vergleichsentgelts anzupassen. Es ist nicht mehr als statistischer Median, sondern als Durchschnitt anzugeben.<sup>444</sup> Der Gesetzgeber könnte jedoch unter Berücksichtigung von Art. 27 Abs. 2 EntgTranspRL bestimmen, dass beide Verfahren zulässig sind, sofern die für den Arbeitnehmer im Einzelfall günstigere Variante ausschlaggebend ist.<sup>445</sup> Die Vergleichsgruppe muss künftig alle Arbeitnehmer unabhängig vom Geschlecht umfassen, die eine gleiche oder gleichwertige Tätigkeit ausüben.<sup>446</sup>

## 3. Reichweite

§ 12 EntgTranspG ist hinsichtlich der Reichweite anzupassen. Die bisherige Einschränkung, dass das Verfahren nur für Beschäftigte in Betrieben mit in der Regel mehr als 200 Beschäftigten gilt, entfällt.<sup>447</sup> Stattdessen können künftig alle Arbeitnehmer aller Arbeitgeber Auskunft über das eigene Entgelt und das Vergleichsentgelt erhalten. Es sind nicht mehr nur die Arbeitnehmer desselben Arbeitgebers einzubeziehen, sondern alle Arbeitnehmer, deren Vergütung auf einer einheitlichen Quelle beruht.<sup>448</sup> Auch ehemalige Arbeitnehmer sind einzubeziehen.<sup>449</sup> Die Auskunft ist künftig auch dann zu erteilen, wenn das Vergleichsentgelt einem bestimmten Arbeitnehmer zugeordnet werden kann.<sup>450</sup>

## 4. Verfahren

§§ 13-15 EntgTranspG sind hinsichtlich des Verfahrens anzupassen. Ein vereinfachtes Verfahren für tarifgebundene oder tarifynwendende Arbeitgeber ist nicht länger zulässig. Die Frist zur Beantwortung des Auskunftsverfahrens wird von drei auf zwei Monate verkürzt.<sup>451</sup> Das Auskunftersuchen ist künftig immer an den Arbeitgeber zu richten und von diesem zu beantworten.<sup>452</sup> Darüber hinaus ist eine neue Regelung erforderlich, die es Arbeitnehmern ermöglicht, die Auskunft über die Arbeitnehmervertreter oder die Gleichbehandlungsstelle anzufordern und zu erhalten.<sup>453</sup>

## 5. Neuregelungen

Das EntgTranspG muss künftig eine jährliche Informationspflicht für Arbeitgeber hinsichtlich des Auskunftsanspruchs enthalten. Beschäftigte werden über das Bestehen des Anspruchs und die zur Ausübung erforderlichen Schritte informiert.<sup>454</sup>

Vertragsbedingungen, die Arbeitnehmer daran hindern, ihr Entgelt offenzulegen, sind zu verbieten.<sup>455</sup> Diese wären als nichtig oder sittenwidrig zu erklären.

## IV. Berichterstattung

Das EntgTranspG sieht aktuell eine Berichts- und Evaluationspflicht für die Bundesregierung vor.<sup>456</sup> Eine entsprechende Regelung findet sich im Rahmen der

<sup>444</sup> Günther/Schiffelholz, NZA-RR 2023, 568 (570).

<sup>445</sup> Winter, NZA 2024, 8 (12).

<sup>446</sup> Günther/Schiffelholz, NZA-RR 2023, 568 (570).

<sup>447</sup> Günther/Schiffelholz, NZA-RR 2023, 568 (570).

<sup>448</sup> Art. 19 Abs. 1 EntgTranspRL

<sup>449</sup> Art. 19 Abs. 2 EntgTranspRL

<sup>450</sup> Günther/Schiffelholz, NZA-RR 2023, 568 (570).

<sup>451</sup> Günther/Schiffelholz, NZA-RR 2023, 568 (571).

<sup>452</sup> Art. 7 Abs. 4 EntgTranspRL

<sup>453</sup> Art. 7 Abs. 2 EntgTranspRL

<sup>454</sup> Art. 7 Abs. 3 EntgTranspRL

<sup>455</sup> Art. 7 Abs. 5 EntgTranspRL

<sup>456</sup> § 23 EntgTranspG

EntgTranspRL nicht. Die Regelung steht nicht im Widerspruch zur Richtlinie und kann daher beibehalten werden, um die Entwicklung nach der Umsetzung zu beobachten.

Hinsichtlich der Berichtspflicht für Arbeitgeber besteht Anpassungsbedarf der §§ 21 und 22 EntgTranspG. Aufgrund des großen Umfangs der Anpassung empfiehlt sich eine umfassende Neuregelung.<sup>457</sup>

### **1. Verpflichtete Arbeitgeber**

§ 21 Abs. 1 EntgTranspG regelt, welche Arbeitgeber zur Erstellung eines Berichts verpflichtet sind. Bisher waren lageberichtspflichtige Arbeitgeber mit mindestens 500 Beschäftigten zur Erstellung des Berichts verpflichtet.<sup>458</sup> Diese Hürde wird auf Arbeitgeber mit mindestens 100 Arbeitnehmern gesenkt.<sup>459</sup> Eine Pflicht zur Erstellung eines Lageberichts nach den Vorschriften des HGB wird keine Voraussetzung mehr für die Berichtspflicht sein.

Der deutsche Gesetzgeber hat bei der Umsetzung der Richtlinie die Möglichkeit, die Arbeitgeber teilweise von der Berichtspflicht zu befreien und die Informationen durch Verwaltungsdaten selbst bereitzustellen.<sup>460</sup>

### **2. Berichtsinhalt**

§ 21 Abs. 1 und Abs. 2 EntgTranspG ist im Hinblick auf die Berichtsinhalte anzupassen. Die vorgeschriebenen Inhalte der Berichtspflicht nach Art. 9 Abs. 1 EntgTranspRL lassen wenig Interpretationsspielraum und sind daher zu übernehmen. Die bisherigen Berichtsinhalte des EntgTranspG sind nicht länger verpflichtend. Eine zusätzliche Angabe dieser Inhalte wäre aber nach dem Sinn von Art. 27 Abs. 1 EntgTranspRL eine günstigere Regelung für Arbeitnehmer und somit zulässig. Auch Erwägungsgrund 39 der EntgTranspRL räumt Arbeitgebern die Möglichkeit ein, zusätzliche Inhalte zu berichten. Die Richtigkeit der Angaben ist von der Leitungsebene des Arbeitgebers zu bestätigen.<sup>461</sup> Den Arbeitnehmern muss ein Recht auf zusätzliche Klarstellung zu den Inhalten des Berichts eingeräumt werden.<sup>462</sup>

### **3. Berichtszeitraum**

§ 22 Abs. 1 und Abs. 2 EntgTranspG benötigen eine Anpassung in Bezug auf die Berichtszeiträume. Die Berichtszeiträume dürfen künftig nicht mehr davon abhängen, ob ein Arbeitgeber tarifgebunden bzw. tarifynwendend ist oder nicht. Stattdessen sind die Berichtszeiträume künftig von der Anzahl der Arbeitnehmer abhängig.<sup>463</sup> Die bisherigen Berichtszeiträume von drei oder fünf Jahren werden für Arbeitgeber mit mindestens 250 Arbeitnehmern auf ein Jahr und für Arbeitgeber mit 100 bis 249 Arbeitnehmern auf drei Jahre verkürzt.<sup>464</sup>

### **4. Veröffentlichung**

§ 22 Abs. 4 EntgTranspG ist hinsichtlich der Veröffentlichung anzupassen. Eine Veröffentlichung im Lagebericht, wie sie das EntgTranspG aktuell vorsieht, wird auch weiterhin möglich sein. Erwägungsgrund 39 nennt die Veröffentlichung im Lagebericht als

<sup>457</sup> Winter, NZA 2024, 8 (16).

<sup>458</sup> Günther/Schiffelholz, NZA-RR 2023, 568 (571).

<sup>459</sup> Günther/Schiffelholz, NZA-RR 2023, 568 (571).

<sup>460</sup> Art. 9 Abs. 8 EntgTranspRL

<sup>461</sup> Art. 9 Abs. 6 EntgTranspRL

<sup>462</sup> Art. 9 Abs. 10 EntgTranspRL

<sup>463</sup> Art. 9 Abs. 2 - Abs.4 EntgTranspRL

<sup>464</sup> Günther/Schiffelholz, NZA-RR 2023, 568 (571).



Beispiel für eine richtlinienkonforme Berichterstattung. Künftig sind die Ergebnisse zusätzlich der Überwachungsstelle mitzuteilen und von dieser zu veröffentlichen.<sup>465</sup> Die Regelung ist um eine Informationspflicht für Arbeitgeber zu ergänzen. Arbeitnehmer und Arbeitnehmervertreter erhalten künftig eine Information über das Ergebnis der Berichterstattung.<sup>466</sup>

## **V. Betriebliches Prüfverfahren**

Die gemeinsame Entgeltbewertung ersetzt künftig das betriebliche Prüfverfahren. Die §§ 17–20 EntgTranspG sind anzupassen. Wie bei der Berichtspflicht empfiehlt sich eine Neugestaltung im Rahmen des EntgTranspG, anstatt eine kleinteilige Anpassung vorzunehmen.<sup>467</sup>

### **1. Verpflichtete Arbeitgeber**

§ 17 Abs. 1 S. 1 EntgTranspG fordert private Arbeitgeber mit in der Regel mehr als 500 Beschäftigten zur Durchführung des betrieblichen Prüfverfahrens auf. Der Absatz ist dahingehend anzupassen, dass die Arbeitgeber unter bestimmten Voraussetzungen verpflichtet werden, die gemeinsame Entgeltbewertung durchzuführen.<sup>468</sup> Die Voraussetzungen haben Art. 10 Abs. 1 EntgTranspRL zu entsprechen.

§ 17 Abs. 1 S. 2 EntgTranspG ermöglicht einem herrschenden Unternehmen das betriebliche Prüfverfahren für alle Konzernunternehmen durchzuführen. Sofern das Ziel und das Ergebnis der gemeinsamen Entgeltbewertung erreicht wird, sollte dies auch nach der Umsetzung der EntgTranspRL noch möglich sein.

### **2. Inhalt**

§ 18 Abs. 1 bis Abs. 3 EntgTranspG regeln den Inhalt und sind vollständig zu überarbeiten. Dazu sind die Vorgaben von Art. 10 Abs. 2 EntgTranspRL zu übernehmen.

### **3. Umsetzung der Maßnahmen**

§ 19 EntgTranspG ist um die Vorgaben aus Art. 10 Abs. 4 EntgTranspRL zu erweitern. Die Umsetzung der Maßnahmen hat künftig in enger Zusammenarbeit mit der Arbeitnehmervertretung stattzufinden.<sup>469</sup> Der Mindeststandard der Maßnahmen umfasst eine Analyse der bestehenden Systeme zur Arbeitsbewertung und beruflichen Einstufung oder deren Einrichtung.<sup>470</sup>

### **4. Bekanntgabe der Ergebnisse**

§ 20 Abs. 2 EntgTranspG ist dahingehend anzupassen, dass neben den Beschäftigten, auch den Arbeitnehmervertretern die gemeinsame Entgeltbewertung zur Verfügung gestellt wird.<sup>471</sup> Die Überwachungsstelle muss eine Mitteilung erhalten.<sup>472</sup> Die Aufsichtsbehörde und die Gleichbehandlungsstelle erhalten die Mitteilung auf Anfrage.<sup>473</sup>

<sup>465</sup> Art. 9 Abs. 7 EntgTranspRL

<sup>466</sup> Art. 9 Abs. 9 EntgTranspRL

<sup>467</sup> Winter, NZA 2024, 8 (16).

<sup>468</sup> Art. 10 Abs. 1 EntgTranspRL

<sup>469</sup> Art. 10 Abs. 4 S. 1 EntgTranspRL

<sup>470</sup> Art. 10 Abs. 4 S. 2 EntgTranspRL

<sup>471</sup> Art. 10 Abs. 3 EntgTranspRL

<sup>472</sup> Art. 10 Abs. 3 EntgTranspRL

<sup>473</sup> Art. 10 Abs. 3 EntgTranspRL

## VI. Rechtsmittel und Rechtsdurchsetzung

Anpassungsbedarf besteht für die Vorschriften zum Schadensersatz und zur Beweislastverlagerung. Darüber hinaus braucht es neue Regelungen für ein Verfahren im Namen des Arbeitnehmers, für Sanktionen und für die Verfahrenskosten. Die Bestimmungen zum Maßregelungsverbot und zur Verjährung weisen kaum bis keinen Anpassungsbedarf auf.

### 1. Maßregelungsverbot

§ 9 EntgTranspG entspricht den Anforderungen des Art. 25 EntgTranspRL in großen Teilen. Das Maßregelungsverbot ist lediglich auf die Arbeitnehmervertreter zu erweitern. Die Vorschrift hat einen Kündigungsschutz mit aufzunehmen.

### 2. Verjährung

Die Verjährungsregelungen des BGB erfüllen die Anforderungen des Art. 21 EntgTranspRL. Eine Anpassung ist nicht erforderlich.

### 3. Schadensersatz

Eine Anpassung des § 15 AGG müsste aus vielen kleinteiligen Änderungen und Ausnahmen bestehen, da der Schadensersatzanspruch des AGG nicht nur für das EntgTranspG gilt. Es bietet sich daher an, den Schadensersatz künftig nicht mehr über das AGG zu regeln, sondern im Rahmen des EntgTranspG einen neuen Schadensersatzanspruch nach den Vorgaben der Richtlinie zu formulieren. § 15 AGG könnte jedoch als Vorlage dienen.

Die Voraussetzungen zur Begründung des Schadensersatzes sind anzupassen. Künftig ist nicht mehr ein Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot erforderlich.<sup>474</sup> Eine bloße Verletzung der Rechte und Pflichten im Zusammenhang mit dem Grundsatz des gleichen Entgelts ist ausreichend.<sup>475</sup> Ob ein Verschulden des Arbeitgebers vorliegt, wird nach der Umsetzung ebenfalls unerheblich.<sup>476</sup>

Der Anspruch auf Schadensersatz darf zukünftig nicht mehr durch eine vorab festgelegte Obergrenze beschränkt werden.<sup>477</sup> Solche Vereinbarungen sind als unwirksam zu erklären. Der Schadensersatz muss auch entgangene Chancen berücksichtigen.<sup>478</sup>

### 4. Beweislastverlagerung

§ 22 AGG entspricht den Vorgaben des Art. 18 Abs. 1 EntgTranspRL.<sup>479</sup> Für die Vorgaben des Art. 18 Abs. 2 EntgTranspRL besteht Anpassungsbedarf.<sup>480</sup> Die Beweislastumkehr ist dahingehend zu erweitern, dass sie bereits ausgelöst wird, wenn der Arbeitgeber eine Pflicht aus Art. 5, 6, 7, 9 oder 10 EntgTranspRL nicht erfüllt.<sup>481</sup> Auch hier würde sich anbieten, die Beweislastumkehr innerhalb des EntgTranspG zu regeln.

### 5. Verfahren im Namen oder zur Unterstützung des Arbeitnehmers

Das EntgTranspG sieht bislang keine Regelung bezüglich einer Prozessstandschaft vor. Juristischen Personen, die ein berechtigtes Interesse an der Gleichstellung von Männern

<sup>474</sup> Roetteken, NZA-RR 2024, 169 (175).

<sup>475</sup> Roetteken, NZA-RR 2024, 169 (175).

<sup>476</sup> Roetteken, NZA-RR 2024, 169 (175).

<sup>477</sup> Günther/Schiffelholz, NZA-RR 2023, 568 (573).

<sup>478</sup> Günther/Schiffelholz, NZA-RR 2023, 568 (573).

<sup>479</sup> Günther/Schiffelholz, NZA-RR 2023, 568 (573).

<sup>480</sup> Günther/Schiffelholz, NZA-RR 2023, 568 (573).

<sup>481</sup> Köllmann, SPA 2024, 33 (35).

und Frauen haben, wird es ermöglicht, sich an Verwaltungs- und Gerichtsverfahren zu beteiligen.<sup>482</sup> Mit Zustimmung des Arbeitnehmers sollen sie auch in dessen Namen handeln können.<sup>483</sup>

## 6. Sanktionen

Da das EntgTranspG keine Regelung zu Sanktionen enthält, ist eine Übernahme der Vorgaben entsprechend der Richtlinie erforderlich. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Sanktionen eine abschreckende Wirkung haben müssen.<sup>484</sup> Die Sanktionen sollten Geldbußen umfassen und am Bruttojahresumsatz oder an der Gesamtentgeltsumme des Arbeitgebers gemessen werden.<sup>485</sup> Die Sanktionen der DSGVO könnten dafür als Orientierung dienen.

## 7. Verfahrenskosten

Der Gesetzgeber hat eine Regelung zu schaffen, die Arbeitnehmer trotz Niederlage vor Gericht von der Tragung der Verfahrenskosten befreit.<sup>486</sup> Das soll dann gelten, wenn der Arbeitnehmer berechtigte Gründe hatte, den Anspruch geltend zu machen und es deshalb angemessen wäre, wenn er die Kosten nicht tragen muss.<sup>487</sup> Die Richtlinie lässt offen, wer die Kosten in diesen Fällen zu tragen hat. Eine Möglichkeit wäre, dass der Arbeitgeber die Verfahrenskosten zu tragen hat, wenn er gegen Rechte und Pflichten im Zusammenhang mit dem Grundsatz des gleichen Entgelts verstoßen hat. Die Alternative wäre, dass der Staat die Kosten selbst trägt.

## E. Potenzielle Auswirkungen

Die Richtlinie ist von den Mitgliedsstaaten bis zum 7. Juni 2026 in nationales Recht umzusetzen. Erst in den Jahren danach wird sich zeigen, ob die Regelungen der EntgTranspRL wirksam sind. Dieses Kapitel soll einen Ausblick über mögliche Auswirkungen auf Bewerber, Arbeitnehmer und Arbeitgeber geben sowie eine potenzielle Entwicklung der geschlechtsspezifischen Entgeltlücke darstellen.

### I. Auswirkungen auf Bewerber

Bewerber erhalten im Bewerbungsverfahren künftig Informationen über die Vergütung der Stelle.<sup>488</sup> Ein Vergleich der Arbeitgeber hinsichtlich der Vergütung wird den Bewerbern durch die Transparenzpflichten erleichtert. Die Verhandlungsposition der Bewerber wird gestärkt und die Wahrscheinlichkeit, mit einem niedrigeren Einstiegsentgelt zu starten, verringert.<sup>489</sup> Eine weitere Verbesserung der Verhandlungsposition wird durch ein Frageverbot nach dem Entgelt vergangener und laufender Beschäftigungen erreicht.<sup>490</sup>

### II. Auswirkungen auf Arbeitnehmer

Die Arbeitnehmer erhalten durch die EntgTranspRL mehr Informationen über das Entgelt und die Entgeltentwicklung.<sup>491</sup> Dies erleichtert ihnen, die Vergütungsstruktur und die

---

<sup>482</sup> Art. 15 EntgTranspRL

<sup>483</sup> Art. 15 EntgTranspRL

<sup>484</sup> Köllmann, SPA 2024, 33 (35).

<sup>485</sup> Erwägungsgrund 55

<sup>486</sup> Art. 22 EntgTranspRL

<sup>487</sup> Art. 22 EntgTranspRL

<sup>488</sup> Roetteken, NZA-RR 2024, 169 (173).

<sup>489</sup> Roetteken, NZA-RR 2024, 169 (173).

<sup>490</sup> Roetteken, NZA-RR 2024, 169 (173).

<sup>491</sup> Vgl. Art. 6 EntgTranspRL

Kriterien der Entgeltfindung zu verstehen. Diese Informationen können z. B. bei Gehaltsverhandlungen genutzt werden.

Das Auskunftsverfahren wird für die Arbeitnehmer erleichtert und kann häufiger in Anspruch genommen werden.<sup>492</sup> Durch den Wegfall vieler bisheriger Beschränkungen steigen die Chance auf eine erfolgreiche Auskunft. Ergibt das Auskunftsverfahren ein unterdurchschnittliches Entgelt, sieht die EntgTranspRL Rechtsmittel zur Anpassung des Entgelts und zur Nachzahlung des entgangenen Entgelts vor. Eine neue Informationspflicht über das Bestehen des Auskunftsrechts wird zu einer verstärkten Nachfrage der Arbeitnehmer führen.

Eine neue Berichtspflicht und die gemeinsame Entgeltbewertung werden den Arbeitnehmern mehr Informationen über die Entgeltpolitik des Arbeitgebers zur Verfügung stellen.<sup>493</sup> Die Veröffentlichung durch die Überwachungsstelle auf einer leicht zugänglichen Website ermöglicht es den Arbeitnehmern, die Kennzahlen des eigenen Arbeitgebers mit denen anderer Arbeitgeber zu vergleichen.<sup>494</sup>

Neue Regelungen zu den Verfahrenskosten, eine allgemeine Verbesserung der Rechtsdurchsetzung sowie ein neuer Schadensersatzanspruch stärken insgesamt die Rechte und Ansprüche der Arbeitnehmer und erhöhen die Erfolgsaussichten im Falle einer Klage.

### **III. Auswirkungen auf Arbeitgeber**

Die Arbeitgeber müssen künftig über Entgeltsysteme verfügen.<sup>495</sup> Die Arbeitgeber, die bereits ein Entgeltsystem nutzen, werden dieses überprüfen und gegebenenfalls anpassen müssen. Die Erstellung oder Überarbeitung wird die Arbeitgeber zeitlich und finanziell belasten.

Das Einstiegsentgelt muss den Bewerbern künftig mitgeteilt werden.<sup>496</sup> Aus Arbeitgebersicht wird die Verhandlungsposition bei der Entgeltfindung geschwächt. Wird das Entgelt in einer Stellenausschreibung veröffentlicht, haben auch Konkurrenten die Möglichkeit, solche Informationen zu erhalten.<sup>497</sup>

Das Auskunftsverfahren wird nach der EntgTranspRL immer vom Arbeitgeber beantwortet. Bisher bestand die Möglichkeit, dass der Betriebsrat die Auskunft erteilt. In Verbindung mit einem gesteigerten Interesse der Arbeitnehmer am Auskunftsverfahren kommt ein erhöhter Aufwand auf die Arbeitgeber zu.

Die umfassendere Berichtspflicht bedeutet mehr Aufwand für die Arbeitgeber. Systematische Ungleichheiten können durch die zahlreichen Informationen einfacher aufgedeckt werden. Die Veröffentlichung der Daten kann bei negativen Ergebnissen zu einem Reputationsschaden für den Arbeitgeber führen.<sup>498</sup>

Das betriebliche Prüfverfahren war bisher freiwillig und hatte daher für die Arbeitgeber kaum Bedeutung. Abhängig vom Ergebnis der Berichterstattung wird die gemeinsame Entgeltbewertung für Arbeitgeber künftig verpflichtend.<sup>499</sup> Auch inhaltlich ist das neue

---

<sup>492</sup> Vgl. Art. 7 EntgTranspRL

<sup>493</sup> Vgl. Art. 9 und Art. 10 EntgTranspRL

<sup>494</sup> Vgl. Erwägungsgrund 38 EntgTranspRL

<sup>495</sup> Art. 4 Abs. 1 EntgTranspRL

<sup>496</sup> Art. 5 Abs. 1 EntgTranspRL

<sup>497</sup> Günther/Schiffelholz, NZA-RR 2023, 568 (569).

<sup>498</sup> Günther/Schiffelholz, NZA-RR 2023, 568 (574).

<sup>499</sup> Art. 10 Abs. 1 EntgTranspRL

Verfahren deutlich umfangreicher. Somit kommt auf die Arbeitgeber, deren Entgeltregelungen nicht mit dem Grundsatz des gleichen Entgelts vereinbar sind, ein erheblicher Aufwand zu. Arbeitgeber, bei denen der Unterschied zwischen den durchschnittlichen Entgelthöhen von Männern und Frauen unter 5 % liegt, sind nicht verpflichtet, eine gemeinsame Entgeltbewertung durchzuführen.<sup>500</sup> Es empfiehlt sich daher, proaktiv zu handeln und die Entgelte vorab anzugleichen, um den Aufwand der gemeinsamen Entgeltbewertung zu umgehen.

Pflichtverletzungen hinsichtlich des Grundsatzes des gleichen Entgelts oder gegen die Verfahren der EntgTranspRL werden in Zukunft härter bestraft. Insbesondere Sanktionen und Schadensersatzansprüche zwingen die Arbeitgeber, proaktiv zu handeln und ungerechtfertigte geschlechtsspezifische Entgeltunterschiede zu beseitigen und zu verhindern. Die neue Beweislastregelung nach Art. 18 Abs. 2 EntgTranspRL führt bei einer Nichterfüllung der Pflichten im Streitfall zu einer Beweislastumkehr.<sup>501</sup> Bereits ein Verstoß gegen die jährliche Informationspflicht nach Art. 7 Abs. 3 EntgTranspRL führt dazu, dass der Arbeitgeber dann aktiv beweisen muss, dass keine geschlechtsspezifische Diskriminierung vorliegt.<sup>502</sup> Die Gründe für Entgeltunterschiede müssen daher von den Arbeitgebern gut dokumentiert werden, um Ungleichbehandlungen vor Gericht rechtfertigen zu können.<sup>503</sup>

Insgesamt kommt auf die Arbeitgeber durch neue und umfangreichere Verfahren sowie viele Informationspflichten ein erheblicher Mehraufwand zu. Kleinere Arbeitgeber waren bisher von vielen Pflichten des EntgTranspG ausgenommen. Dies wird sich mit der EntgTranspRL ändern. Arbeitgeber sind daher gut beraten, sich bereits jetzt mit der Umsetzung der Richtlinie zu beschäftigen, um die Anforderungen schnellstmöglich erfüllen zu können.<sup>504</sup>

Die neuen Regelungen können auch eine Chance sein, sich als attraktiver Arbeitgeber mit einem guten Vergütungssystem und fairer Bezahlung darzustellen.<sup>505</sup>

#### **IV. Auswirkungen auf die geschlechtsspezifische Entgeltlücke**

Das Ziel der EntgTranspRL ist es, den Gender Pay Gap zu verringern bzw. zu schließen.<sup>506</sup> Dazu soll insbesondere eine verbesserte Entgelttransparenz vor und während der Beschäftigung beitragen.<sup>507</sup> Der Grundsatz des gleichen Entgelts wird ebenfalls gestärkt. Insgesamt werden mögliche Benachteiligungen und Diskriminierungen innerhalb einer Gruppe von Arbeitnehmern, die eine gleiche oder gleichwertige Tätigkeit ausüben, aufgedeckt und bekämpft.<sup>508</sup> Der Ansatz der Richtlinie zielt daher eher auf die Schließung der bereinigten Entgeltlücke ab, da sie sich auf vergleichbare Qualifikationen und Erwerbsbiografien bezieht.<sup>509</sup> Eine Verbesserung der bereinigten Entgeltlücke ist somit durchaus erreichbar.

Eine Reduzierung der unbereinigten Entgeltlücke ist hingegen unwahrscheinlich.<sup>510</sup> Die Ursachen für den unbereinigten Gender Pay Gap liegen darin, dass Frauen häufiger in

<sup>500</sup> Vgl. Art. 10 Abs. 1 lit. a EntgTranspRL

<sup>501</sup> Köllmann, SPA 2024, 33 (35).

<sup>502</sup> Günther/Schiffelholz, NZA-RR 2023, 568 (573).

<sup>503</sup> Günther/Schiffelholz, NZA-RR 2023, 568 (574).

<sup>504</sup> Köllmann, SPA 2024, 33 (35).

<sup>505</sup> Winter, NZA 2024, 8 (16).

<sup>506</sup> Köllmann, SPA 2024, 33 (33).

<sup>507</sup> Jung, RdA 2024, 89 (94).

<sup>508</sup> Jung, RdA 2024, 89 (94).

<sup>509</sup> Röhner, ZRP 2023, 145 (145).

<sup>510</sup> Jung, RdA 2024, 89 (94).

schlechter bezahlten Berufen und Branchen arbeiten und öfter in Teilzeit beschäftigt sind.<sup>511</sup> Die EntgTranspRL sieht keine Regelungen vor, die diesen strukturellen Unterschieden entgegenwirken. Daher wird sich die unbereinigte Entgeltlücke durch die Richtlinie allein nicht schließen lassen.<sup>512</sup> Zur Bekämpfung des Gender Pay Gaps dürften daher vermutlich weitere Regelungen erforderlich sein, die z. B. die Vereinbarkeit von Familie und Beruf stärken.

## F. Fazit

Das Recht auf das gleiche Entgelt bei gleicher oder gleichwertiger Arbeit, auch als Gebot des gleichen Entgelts bekannt, besteht seit den römischen Verträgen aus dem Jahr 1957.<sup>513</sup> Obwohl dieses Recht bereits lange besteht, gibt es immer noch eine Ungleichheit beim Entgelt zwischen Männern und Frauen. Das zeigt der Gender Pay Gap.

Bei bestehenden Ungleichheiten sind die EU und die Mitgliedsstaaten verpflichtet, auf eine Beseitigung dieser Ungleichheit hinzuwirken.<sup>514</sup> Die Verpflichtungen ergeben sich sowohl aus europäischen als auch aus nationalen Vorschriften.

Auf Grundlage der Empfehlung der EU-Kommission vom 7. März 2014<sup>515</sup> wurde das EntgTranspG beschlossen. Es soll unmittelbare und mittelbare Entgeltdiskriminierung beseitigen und verhindern. Die wichtigsten Inhalte des Gesetzes sind ein individuelles Auskunftsrecht für Beschäftigte in Betrieben mit mehr als 200 Beschäftigten, eine Aufforderung der Arbeitgeber mit mehr als 500 Beschäftigten die betrieblichen Verfahren auf Entgeltgleichheit zu überprüfen und eine Berichtspflicht für Unternehmen mit in der Regel mindestens 500 Beschäftigten.<sup>516</sup> In der Praxis konnte sich das EntgTranspG nie wirklich durchsetzen.<sup>517</sup>

Auch die EU-Kommission sah den Gender Pay Gap als Problem.<sup>518</sup> Als Maßnahme zur Beseitigung der bestehen Ungleichheit auf EU-Ebene ist am 10. Mai 2023 die EntgTranspRL in Kraft getreten.

Ein wesentlicher Unterschied zwischen den Rechtsquellen ist die Entgelttransparenz vor der Beschäftigung. Nach der EntgTranspRL haben schon Bewerber einen Anspruch auf Informationen über das Einstiegsentgelt.<sup>519</sup> Das EntgTranspG regelt diesbezüglich nichts.

Das Auskunftsrecht der EntgTranspRL ist leichter zugänglich, da es keine Einschränkung hinsichtlich der Anzahl der Arbeitnehmer vorsieht.<sup>520</sup> Auskunftersuchende Beschäftigte erhalten im Vergleich mehr Informationen als nach den Vorschriften des EntgTranspG. Eine Erleichterung für tarifgebundene Arbeitgeber besteht nicht mehr, was zu Änderungen im Verfahrensablauf führen wird. Neu ist ein Informationsrecht für Arbeitnehmer.<sup>521</sup>

<sup>511</sup> Statistisches Bundesamt, 2025, Pressemitteilung Nr. 056 vom 13. Februar 2025: Gender Pay Gap sinkt 2024 im Vergleich zum Vorjahr von 18 % auf 16 %, [https://www.destatis.de/DE/Presse/Pressemitteilungen/2025/02/PD25\\_056\\_621.html](https://www.destatis.de/DE/Presse/Pressemitteilungen/2025/02/PD25_056_621.html), 26.02.2025.

<sup>512</sup> Jung, RdA 2024, 89 (94).

<sup>513</sup> Röhner, ZRP 2023, 145 (145).

<sup>514</sup> Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG; Art. 8, Art. 10, Art. 157 Abs. 3 AEUV

<sup>515</sup> Empfehlung der EU-Kommission vom 7. März 2014 zur Stärkung des Grundsatzes des gleichen Entgelts für Frauen und Männer durch mehr Transparenz (ABl. L 69 vom 8.3.2014, S. 112).

<sup>516</sup> Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Förderung der Transparenz von Entgeltstrukturen, Drucksache: 18/11133 des deutschen Bundestages vom 13.02.2017, S. 26.

<sup>517</sup> Annuß, NZA 2021, 1538 (1538).

<sup>518</sup> Erwägungsgrund 15 EntgTranspRL

<sup>519</sup> Art. 5 EntgTranspRL

<sup>520</sup> Art. 7 Abs. 1 EntgTranspRL

<sup>521</sup> Art. 7 Abs. 3 EntgTranspRL

Künftig sind mehr Arbeitgeber zur Berichterstattung über das Entgeltgefälle verpflichtet. Der Schwellenwert sinkt von 500 auf 100 Beschäftigte.<sup>522</sup> Die Vorgaben des EntgTranspG zu dem Inhalt des Berichts sind nach den Regelungen der EntgTranspRL neu zu gestalten. Die Berichtszeiträume hängen künftig von der Anzahl der Arbeitnehmer ab und werden insgesamt kürzer.<sup>523</sup>

Das betriebliche Prüfverfahren wird durch die gemeinsame Entgeltbewertung ersetzt. Die Arbeitgeber werden abhängig von den Ergebnissen der Berichterstattung zur Durchführung des Verfahrens verpflichtet. Auch hier steht inhaltlich eine vollständige Überarbeitung der bestehenden Vorschriften des EntgTranspG bevor.

Die Rechtsmittel und die Rechtsdurchsetzung spielen in der EntgTranspRL eine wichtige Rolle zur Durchsetzung des Grundsatzes des gleichen Entgelts. Das EntgTranspG zieht zu diesen Zwecken das AGG heran. Die Regelungen des AGG erfüllen die Anforderungen der EntgTranspRL jedoch nicht vollständig. Anpassungsbedarf besteht beim Schadensersatzanspruch und der Beweislastumkehr. Im Rahmen der Umsetzung wäre empfehlenswert, die Vorgaben im EntgTranspG zu erfüllen und die Vorschriften des AGG als Grundlage zu verwenden. Neue Regelungen bedarf es hinsichtlich der Verfahrenskosten, den Sanktionen und der Prozessstandschaft.

Insgesamt besteht für das EntgTranspG ein großer Anpassungsbedarf. Die Arbeitgeber sind am härtesten von den Änderungen betroffen. Ein konkreter Handlungsbedarf besteht für sie derzeit noch nicht. Eine Überprüfung der bestehenden Entgeltregelungen und eine Vorbereitung auf die kommenden Verfahren sind jedoch bereits jetzt empfehlenswert.

Inwiefern die Umsetzung der EntgTranspRL zu einer Verbesserung des Gender Pay Gap führt, bleibt abzuwarten. Eine positive Auswirkung auf den bereinigten Gender Pay Gap ist durchaus vorstellbar. Der unbereinigte Gender Pay Gap wird nicht vollständig durch die Richtlinie geschlossen werden können.<sup>524</sup> Die dahinterstehenden strukturellen Unterschiede wie eine geschlechtsspezifische Berufswahl oder Teil- und Elternzeit, werden von der EntgTranspRL nicht angegangen.

Kommt es in Folge der Umsetzung nicht zu einer Verbesserung der bestehenden Problematik, werden weitere Maßnahmen zur Beseitigung der Ungleichheiten erforderlich sein.

---

<sup>522</sup> *Günther/Schiffelholz*, NZA-RR 2023, 568 (571).

<sup>523</sup> *Günther/Schiffelholz*, NZA-RR 2023, 568 (571).

<sup>524</sup> *Jung*, RdA 2024, 89 (94).

## Anhang

### Anhang 1:

Zitierte Statistik von Statistisches Bundesamt (Destatis), Verdiensterhebung 2024

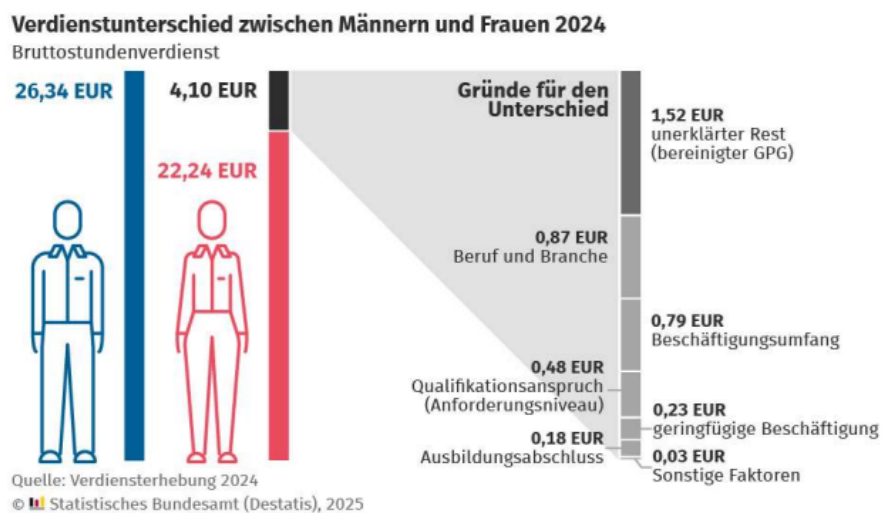


[Startseite](#)   [Presse](#)   Gender Pay Gap sinkt 2024 im Vergleich zum Vorjahr von 18 % auf 16 %

#### Presse

Gender Pay Gap sinkt 2024 im Vergleich zum Vorjahr von 18 % auf 16 %

Pressemitteilung Nr. 056 vom 13. Februar 2025



- **Unbereinigter Gender Pay Gap geht so stark zurück wie noch nie seit Beginn der Berechnungen im Jahr 2006**
- **Bereinigter Gender Pay Gap dagegen unverändert bei 6 %**

WIESBADEN – Frauen haben im Jahr 2024 in Deutschland pro Stunde durchschnittlich 16 % weniger verdient als Männer. Wie das Statistische Bundesamt (Destatis) mitteilt, erhielten Frauen mit 22,24 Euro einen um 4,10 Euro geringeren durchschnittlichen Bruttostundenverdienst als Männer (26,34 Euro). Im Vergleich zum Vorjahr sank der unbereinigte Gender Pay Gap um 2 Prozentpunkte. Das war der stärkste Rückgang seit Beginn der Berechnungen im Jahr 2006. Dabei ging der unbereinigte Gender Pay Gap in den **westlichen und östlichen Bundesländern** gleichermaßen um 2 Prozentpunkte zurück. Damit blieb der unbereinigte Verdienstabstand zwischen Frauen und Männern im Osten weiterhin deutlich kleiner als im Westen: Im Osten lag er im Jahr 2024 bei 5 % und im Westen bei 17 %.



### Bruttomonatsverdienste stiegen bei Frauen stärker als bei Männern

Der Rückgang des unbereinigten Gender Pay Gaps ist vor allem auf die stärkere Entwicklung der Bruttomonatsverdienste (ohne Sonderzahlungen) von Frauen zurückzuführen. Im Jahr 2024 stiegen die Bruttomonatsverdienste der Frauen gegenüber 2023 um rund 8 % von durchschnittlich 2 633 Euro auf 2 851 Euro. Der durchschnittliche Bruttomonatsverdienst von Männern stieg schwächer um rund 5 % von 3 873 Euro auf 4 078 Euro. Die durchschnittlichen monatlichen Arbeitszeiten von Frauen und Männern erhöhten sich nur geringfügig. Sowohl Frauen als auch Männer arbeiteten im Jahr 2024 mit 122 beziehungsweise 149 Stunden im Durchschnitt etwa eine Stunde mehr pro Monat als im Jahr 2023.

### Bereinigter Gender Pay Gap: Frauen mit vergleichbaren Qualifikationen, Tätigkeiten und Erwerbsbiografien wie Männer verdienten im Schnitt weiterhin 6 % weniger pro Stunde

Ausgehend vom unbereinigten Gender Pay Gap lassen sich rund 63 % der Verdienstlücke durch die für die Analyse zur Verfügung stehenden Merkmale erklären. In Eurobeträgen sind das 2,58 Euro des Verdienstunterschieds von 4,10 Euro. Im Jahr 2023 waren noch 24 % der Verdienstlücke (1,06 Euro) darauf zurückzuführen, dass Frauen häufiger in schlechter bezahlten Berufen und Branchen tätig sind. 2024 sank dieser Anteil auf 21 % (0,87 Euro). Das könnte darauf hindeuten, dass Frauen inzwischen verstärkt in besser bezahlten Berufen und Branchen arbeiten. Ein weiterer Faktor, um den Verdienstunterschied zu erklären, ist der Beschäftigungsumfang: Frauen sind häufiger in Teilzeit beschäftigt, was in der Regel mit geringeren durchschnittlichen Bruttostundenverdiensten einhergeht. Dies macht rund 19 % des Verdienstunterschieds (0,79 Euro) aus. Etwa 12 % der Verdienstlücke (0,48 Euro) lassen sich durch das Anforderungsniveau des Berufs erklären.

Die verbleibenden 37 % des Verdienstunterschieds (1,52 Euro von 4,10 Euro) können nicht durch die im Schätzmodell verfügbaren Merkmale erklärt werden. Dieser unerklärte Teil entspricht dem bereinigten Gender Pay Gap von 6 %. Demnach verdienen Arbeitnehmerinnen im Durchschnitt auch bei vergleichbarer Tätigkeit, Qualifikation und Erwerbsbiografie im Jahr 2024 pro Stunde 6 % weniger als ihre männlichen Kollegen (westliche Bundesländer: 6 %, östliche Bundesländer: 8 %). Es ist jedoch davon auszugehen, dass die Unterschiede geringer ausfallen würden, wenn weitere Informationen über lohnrelevante Einflussfaktoren für die Analyse zur Verfügung stünden, etwa Angaben zu Erwerbsunterbrechungen aufgrund von Schwangerschaft, der Geburt von Kindern oder der Pflege von Angehörigen. Der bereinigte Gender Pay Gap ist daher als "Obergrenze" für eine mögliche Verdienstdiskriminierung von Frauen zu verstehen.

### Methodische Hinweise:

Der unbereinigte und der bereinigte Gender Pay Gap haben eine unterschiedliche Aussagekraft. Der unbereinigte Wert stellt die durchschnittlichen Bruttostundenverdienste von Frauen und Männern ohne Anpassungen gegenüber. Damit spiegelt er auch strukturelle Unterschiede und Zugangshürden von Frauen auf dem Arbeitsmarkt wieder. Beim bereinigten Gender Pay Gap können die verschiedenen Ursachen für die unterschiedlichen Verdienste herausgestellt werden. Ein [Erklärvideo](#) im Internetangebot des Statistischen Bundesamtes verdeutlicht die Sinnhaftigkeit beider Indikatoren.

Untersuchungen der ursächlichen Faktoren des Gender Pay Gap sind seit 2022 jährlich auf Basis der Verdiensterhebung möglich. Bis zum Berichtsjahr 2021 wurden Ergebnisse zum Gender Pay Gap basierend auf der vierjährigen Verdienststrukturerhebung berechnet, die letztmalig für das Berichtsjahr 2018 durchgeführt und anschließend fortgeschrieben wurde. Ab dem Berichtsjahr 2022 wurde die vierjährige Verdienststrukturerhebung durch die monatliche Verdiensterhebung abgelöst. Zwischen den Berichtsjahren 2021 und 2022 ist daher ein Zeitreihenbruch entstanden.

### Berechnungsweise:

Die Ergebnisse zum Gender Pay Gap basieren auf den Erhebungen eines repräsentativen Monats. Im Berichtsjahr 2024 handelt es sich dabei um den April. Die Berechnung orientiert sich an der einheitlichen Definition nach Eurostat. Demnach werden alle [Wirtschaftszweigabschnitte von B bis S](#) in die Berechnung einbezogen, ausgenommen der Wirtschaftszweig O ("Öffentliche Verwaltung, Verteidigung; Sozialversicherung"). Zudem werden Unternehmen erst ab einer Größe von zehn Beschäftigten bei der Berechnung berücksichtigt. Weitere Hinweise zur Berechnungsweise des Gender Pay Gap sind in der Rubrik "[Häufig gestellte Fragen](#)" auf der Themenseite "[Gender Pay Gap](#)" im Internetangebot des Statistischen Bundesamtes zu finden, ausführlich

informieren auch die Artikel "[Verdienstunterschiede zwischen Männern und Frauen nach Bundesländern](#)" und "[Verdienstunterschiede zwischen Männern und Frauen – eine Ursachenanalyse auf Grundlage der Verdienststrukturerhebung 2018](#)" in der Zeitschrift "WISTA – Wirtschaft und Statistik" (Ausgaben 4/2018 und 4/2021).

#### Weitere Informationen:

Weitere Ergebnisse zum unbereinigten Gender Pay Gap in Deutschland einschließlich der Ergebnisse für die einzelnen Bundesländer bieten die Tabellen auf der Themenseite "[Verdienste und Verdienstunterschiede](#)". Ergebnisse nach Mitgliedstaaten der Europäischen Union bieten die Grafik auf der Themenseite "[Europa in Zahlen](#)" sowie die [Eurostat-Datenbank](#). Weitere Kennzahlen zum Stand und zur Entwicklung der Gleichstellung von Frauen und Männern sind auf der Themenseite "[Gleichstellungsindikatoren](#)" verfügbar. Dort sind auch Ergebnisse zum "Gender Pension Gap" (geschlechterspezifischer Abstand bei Alterseinkünften) zu finden.

## Kontakt

für weitere Auskünfte

### Verdienste und Arbeitskosten

Telefon: +49 611 75 3541

---

## Zum Thema

---

### Gender Pay Gap

---

#### Kontakt

Statistisches Bundesamt  
Gustav-Stresemann-Ring 11  
65189 Wiesbaden

## Literaturverzeichnis

- Annuß, Georg*, Entgelttransparenzgesetz – doch kein zahnlöser Tiger?, NZA 2021, S. 1538.
- Bauer, Jobst Hubertus/Romero, Sibylle*, Der individuelle Auskunftsanspruch nach dem Entgelttransparenzgesetz, NZA 2017, S. 409.
- Franzen, Martin*, Anwendungsfragen des Auskunftsanspruchs nach dem Entgelttransparenzgesetz (EntgTranspG), NZA 2017, S. 814.
- Günther, Jens/Schiffelholz, Mona*, Die Entgelttransparenzrichtlinie: Inhalte und Unterschiede zum Entgelttransparenzgesetz, NZA-RR 2023, S. 568.
- Jung, Stefanie*, Die EU-Entgelttransparenz-Richtlinie, RdA 2024, S. 89.
- Koller-van Delden, Martin*, Entgelttransparenzgesetz: Informationsanspruch der Arbeitnehmer ab 1.2.2018, DStR 2018, S. 254.
- Köllmann, Thomas*, Entgelttransparenz-Richtlinie – Handlungsdruck aus Europa, SPA 2024, S. 33.
- Marek, Lukas/Sawodny, Svenja*, Neue Richtlinie der Europäischen Union zur Entgelttransparenz, ArbRAktuell 2023, S. 397.
- Roetteken, Torsten, von*, Aktuelle Auswirkungen der Entgelttransparenzrichtlinie, NZA-RR, S.169.
- Röhner, Cara*, Equal Pay: EU-Richtlinie zur Lohntransparenz stärkt Entgeltgleichheit, ZRP 2023, S. 145.
- SPD/BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN/FDP*: Mehr Fortschritt wagen - Bündnis für Freiheit, Gerechtigkeit und Nachhaltigkeit, Koalitionsvertrag 2021 - 2025 zwischen der SPD, Bündnis 90/Die Grünen und der FDP, hrsg. von SPD/BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN/FDP, Berlin, 2021.
- Wank, Rolf*, Das Entgelttransparenzgesetz – Prämissen und Umsetzung, RdA 2018, S. 34.
- Winter, Regine*, Den Anforderungen der EU-Entgelttransparenzrichtlinie bald nachkommen – Die Zeit läuft, NZA 2024, S. 8.



# Empirical Analysis of Mesokurtic and Leptokurtic Distributions for Long-Term Stock Market Modelling

Bachelorarbeit

an der

FH Aachen

Fachbereich Wirtschaftswissenschaften

Global Business and Economics (B.Sc)

Erstprüfer: Prof. Dr. rer. pol. Philipp Schmitz

Eingereicht am: 29.09.2024

vorgelegt von

Alexander Zerbin

aus Aachen

## Abstract

This thesis investigates the assumption that stock markets follow the Normal distribution over the long term. To do this, seven distributions are fitted to 26 years and six months' worth of data for ten different stock markets. The distributions investigated are Normal distribution, Log-normal distribution, Normal Inverse Gaussian distribution, Generalized Hyperbolic distribution, Student t-distribution, Jones' and Faddy's Skewed t-distribution and the Johnson SU distribution. The stock markets included are Standard & Poor's 500 Index (United States), Shanghai Stock Exchange Composite Index (China), Deutscher Aktienindex (Germany), Nikkei 225 Stock Average (Japan), Bombay Stock Exchange Sensitive Index (India), Financial Times Stock Exchange 100 Index (United Kingdom), Cotation Assistée en Continu 40 (France), Financial Times Stock Exchange Milano Indice di Borsa (Italy), Índice Bovespa (Brazil) and Standard & Poor's / Toronto Stock Exchange Composite Index (Canada).

SciPy's maximum spacing estimation is used where possible for the parameter estimation, with maximum likelihood estimation as a fallback where it is not supported. The evaluation is based on a modified version of the normality test Shapiro-Wilk test. For this, we use the fitted distribution's cumulative distribution function to turn the data into a uniform distribution. Then, we use the quantile function, the inverse of the cumulative distribution function, of the Normal distribution to transform the data again. If the distribution had a good initial fit, the data is then transformed into normal distributed data, otherwise it will not be normally distributed. This data is then tested with the Shapiro-Wilk test at a 5% significance level.

Based on the test results, the Normal and Log-normal distributions perform significantly worse compared to the others. The Student t-distribution achieves a big improvement in fit compared to the Normal and Log-normal distributions. It managed to model five out of the ten markets. The closely related Jones' and Faddy's Skewed t-distribution, which, contrary to current scientific literature, performed worse than the Student t distribution and only achieved a good fit for four markets. The Normal Inverse Gaussian distribution achieved the next best fit while only failing to model two markets appropriately. The Generalized Hyperbolic distribution and Johnson SU distribution managed to model all markets.

## Table of Contents

|       |                                            |    |
|-------|--------------------------------------------|----|
| 1     | Introduction.....                          | 1  |
| 2     | Theoretical Background.....                | 2  |
| 2.1   | Early Assumptions.....                     | 2  |
| 2.1.1 | Normal Distribution .....                  | 2  |
| 2.1.2 | Log-Normal Distribution .....              | 7  |
| 2.2   | Divergence from Normality .....            | 8  |
| 2.2.1 | Fat Tails .....                            | 9  |
| 2.2.2 | Volatility Clustering .....                | 10 |
| 2.3   | Lévy Process.....                          | 13 |
| 2.3.1 | Normal Inverse Gaussian Distribution ..... | 17 |
| 2.3.2 | Generalized Hyperbolic Distribution .....  | 19 |
| 2.4   | Distributions .....                        | 21 |
| 2.4.1 | Student t-Distribution .....               | 21 |
| 2.4.2 | Skewed t-Distribution .....                | 23 |
| 2.4.3 | Johnson SU .....                           | 24 |
| 3     | Empirical Process .....                    | 25 |
| 3.1   | Parameter Estimation.....                  | 25 |
| 3.1.1 | Maximum Likelihood Estimation .....        | 26 |
| 3.1.2 | Maximum Spacing Estimation .....           | 27 |
| 3.2   | Markets.....                               | 28 |
| 3.2.1 | Selection and Calculation Process .....    | 28 |
| 3.2.2 | Market Moments .....                       | 30 |
| 3.3   | Fitting Error Metric .....                 | 31 |
| 3.3.1 | Mean Squared Error .....                   | 31 |
| 3.3.2 | Shapiro-Wilk Test .....                    | 32 |
| 3.4   | Results.....                               | 37 |
| 4     | Discussion .....                           | 42 |
| 5     | Conclusion and Final Remarks .....         | 45 |
| 6     | Appendix.....                              | 46 |
| 6.1   | Characteristic Functions .....             | 46 |

|       |                                            |    |
|-------|--------------------------------------------|----|
| 6.2   | Stock Markets Graphs .....                 | 47 |
| 6.3   | Trading Days.....                          | 48 |
| 6.4   | Distribution Parameters.....               | 48 |
| 6.4.1 | Normal Distribution .....                  | 48 |
| 6.4.2 | Log-normal Distribution .....              | 49 |
| 6.4.3 | Normal Inverse Gaussian Distribution ..... | 49 |
| 6.4.4 | Generalized Hyperbolic Distribution .....  | 50 |
| 6.4.5 | Student t-Distribution .....               | 50 |
| 6.4.6 | Skewed t-Distribution .....                | 51 |
| 6.4.7 | Johnson SU Distribution .....              | 51 |
| 7     | Publication Bibliography .....             | 52 |

## List of Figures

|                                                                                                                                                                                                                                                                         |    |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| Figure 1 - An example of how a probability distribution can help estimate value at risk. Source: Finger et al. 1996, p. 88 .....                                                                                                                                        | 1  |
| Figure 2 - Distributions and their best fit depending on l-days. l goes from 1 day (left) to 6 days (right). Source: edited from Nunzio Mantegna 1991, p. 238 .....                                                                                                     | 1  |
| Figure 3 - Visualizations of the Binomial distribution with a constant probability and varying trial sizes. Source: Own work. ....                                                                                                                                      | 2  |
| Figure 4 - The characteristic bell curve from $f(x) = e^{-x^2}$ and the effects of different parameters in the Normal distribution. Source: Own work. ....                                                                                                              | 3  |
| Figure 5 - Distributions with different moments. Source: Recreation with own addition of Rigby et al. 2020, p. 23.....                                                                                                                                                  | 5  |
| Figure 6 - Movement of the stock market or a grain of sand falling through a fluid? Source: Lavenda 1985, p. 80 .....                                                                                                                                                   | 6  |
| Figure 7 - The Log-normal distribution on a linear scale with the mode, mean, and arithmetic mean compared to the same distribution on a logarithmic scale. Source: Own work. ....                                                                                      | 7  |
| Figure 8 - Brownian Motion compared to the actual returns of the S&P 500 between 1980 and 2023. Source: Own work; the graphs on the right were inspired by Mandelbrot and Hudson 2006, p. 19 .....                                                                      | 8  |
| Figure 9 - A histogram of the log-returns of the S&P 500 from 1980 to 2023 with the corresponding Normal distribution. Source: Own work. ....                                                                                                                           | 9  |
| Figure 10 - Logarithmic positive and negative changes of cotton prices on various exchanges and use different logarithmic scales. (a) 1900-1905, (b) 1944-1958 (c) 1880-1940. Source: A recreation of Mandelbrot 1997a, p. 391 found in B. Mandelbrot 2001, p. 120..... | 10 |
| Figure 11 - The ACF for (a) log returns (b) squared log returns (c) absolute log returns and the PACF for (d) squared log returns for Intel from 1973 to 2008. Source: Tsay 2010, p. 112.....                                                                           | 12 |
| Figure 12 - The probability mass function of the Poisson distribution for different parameters. Source: Own work. ....                                                                                                                                                  | 14 |
| Figure 13 - The Fourier Transformation for daily Microsoft stock data. Source: Mariani et al. 2022, p. 255 .....                                                                                                                                                        | 15 |



|                                                                                                                                                                                                                                                                                                           |    |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| Figure 14 - The characteristic function of a Poisson distribution with parameter $\lambda = 5$ twisting along the imaginary axis. Source: Meikle 2004, p. 178.....                                                                                                                                        | 16 |
| Figure 15 - The Poisson process with sample paths for the same parameters as in Figure 12. Source: Own work. ....                                                                                                                                                                                         | 17 |
| Figure 16 - The Inverse Gaussian distributions for different parameters. Source: Own work. ....                                                                                                                                                                                                           | 18 |
| Figure 17 - Bessel functions of the first and second order demonstrating the oscillating behavior. Source: Abramowitz and Stegun 1967, p. 359.....                                                                                                                                                        | 18 |
| Figure 18 - The Normal Inverse Gaussian distribution with different parameters and a solid line as a reference shape. Source: Own work. ....                                                                                                                                                              | 19 |
| Figure 19 - The Generalized Hyperbolic distribution with different values for Lambda $\lambda$ on the semi-log scale. Source: Own work.....                                                                                                                                                               | 21 |
| Figure 20 - The Student t-distribution compared to the Normal distribution and Cauchy distribution. Source: Own work inspired by DeGroot and Schervish 2012, p. 483.....                                                                                                                                  | 22 |
| Figure 21 - Jones' and Faddy's Skewed Student t-distribution for different parameters. Source: Own work. ....                                                                                                                                                                                             | 23 |
| Figure 22 - The Johnson SU distribution with different parameters. Source: Own work. .                                                                                                                                                                                                                    | 25 |
| Figure 23 - The likelihood function for the parameters from our example. Source: Own work. ....                                                                                                                                                                                                           | 26 |
| Figure 24 - The likelihood function for our example with parameters $\mu$ and $\sigma$ . Source: Own work. ....                                                                                                                                                                                           | 26 |
| Figure 25 - The cumulative data for the S&P 500 from 1980-2023 from Figure 9 compared to the cumulative distribution function of a Student t-distribution that has been fitted using maximum spacing estimation (MSE). In red is another Student t-distribution with a poorer fit. Source: Own work. .... | 27 |
| Figure 26 - The spacings from for the maximum spacing estimated Student t-distribution and the poorer fitting one from Figure 25. Source: Own work. ....                                                                                                                                                  | 28 |
| Figure 27 - The mean-variance-skewness trade-off with RF as risk-free rate and three lines showing the required combinations to be equivalent with the risk-free rate. Source: Harvey and Siddique 2000, p. 1271.....                                                                                     | 30 |
| Figure 28 - Germany's DAX compared to Brazil's Bovespa. The $x$ -axis is limited due to visibility, cutting off some spread from Bovespa. The data displayed is grouped for better visibility. Source: Own work. ....                                                                                     | 31 |

|                                                                                                                                                                                                                                                                                    |    |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| Figure 29 - The top graph shows the fitted Student t-distribution to Canada's S&P/TSX Composite Index. The bottom graph shows the bias for each point. Source: Own work.                                                                                                           | 32 |
| Figure 30 - The cumulative distribution function and the quantile function of the Student t-distribution with Italy's index. The bottom graph contains the distribution generated from sampling the cumulative distribution function with the index data. Source: Own work...      | 33 |
| Figure 31 - The probability density function of the uniform distribution. Source: Ramachandran and Tsokos 2009, p. 122 .....                                                                                                                                                       | 34 |
| Figure 32 - The cumulative distribution function and the quantile function of the Student t-distribution with France's CAC 40. The bottom graph contains the distribution generated from sampling the cumulative distribution function with the index data. Source: Own work. .... | 35 |
| Figure 33 - Italy's and France's stock market data were transformed using the quantile function of the Normal distribution. Source: Own work. ....                                                                                                                                 | 36 |
| Figure 34 - The S&P 500 histograms for no binning, 5000 bins and 2000 bins. Source: Own work. ....                                                                                                                                                                                 | 37 |
| Figure 35 - A boxplot for all available $WN = 2000 *$ results for all markets for the normal and log Normal distribution with the required threshold. Source: Own work. ....                                                                                                       | 42 |
| Figure 36 - A boxplot for all available $WN = 2000 *$ results for all markets for the non-normal distributions with the required threshold. Source: Own work. ....                                                                                                                 | 43 |
| Figure 37 - The achieved W for all markets, excluding the Normal and Log-normal distribution. Source: Own work. ....                                                                                                                                                               | 43 |
| Figure 38 - The Normal distribution and its characteristic function. Source Meikle 2004, p. 152.....                                                                                                                                                                               | 46 |
| Figure 39 - The four derivatives of the characteristic function, generating the mean, variance, skew and kurtosis. Source: Meikle 2004, p. 153 .....                                                                                                                               | 46 |
| Figure 40 - The market graphs. Source: Own work. ....                                                                                                                                                                                                                              | 47 |

**List of Abbreviations**

|         |                                                                         |
|---------|-------------------------------------------------------------------------|
| ACF     | autocorrelation function                                                |
| APGARCH | asymmetric power generalized autoregressive conditional heteroscedastic |
| ARCH    | autoregressive conditional heteroscedastic                              |
| GARCH   | generalized autoregressive conditional heteroscedastic                  |
| PACF    | partial autocorrelation function                                        |

## List of Tables

|                                                                                                                                        |    |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| Table 1 - The different stochastic volatility models nested inside an APGARCH. Source: Brooks et al. 2000, p. 380 .....                | 13 |
| Table 2 -The countries sorted by gross domestic product with their major indices. Source: World Bank Open Data 2024 .....              | 29 |
| Table 3 - The market moments based on the daily data from 1.1.1998 to 1.7.2024. Source: Own work. ....                                 | 30 |
| Table 4 - The fitting results for USA's Standard & Poor's 500 Index. Source: Own work. 37                                              |    |
| Table 5 - The fitting results for China's Shanghai Stock Exchange Composite Index. Source: Own work. ....                              | 38 |
| Table 6 - The fitting results for Germany's Deutscher Aktienindex. Source: Own work. ..                                                | 38 |
| Table 7 - The fitting results for Japan's Nikkei 225 Stock Average. Source: Own work. ..                                               | 39 |
| Table 8 - The fitting results for India's Bombay Stock Exchange Sensitive Index. Source: Own work. ....                                | 39 |
| Table 9 - The fitting results for United Kingdom's Financial Times Stock Exchange 100 Index. Source: Own work. ....                    | 40 |
| Table 10 - The fitting results for France's Cotation Assistée en Continu 40. Source: Own work .....                                    | 40 |
| Table 11 - The fitting results for Italy's Financial Times Stock Exchange Milano Indice di Borsa. Source: Own work. ....               | 41 |
| Table 12 - The fitting results for Brazil's Índice Bovespa. Source: Own work.....                                                      | 41 |
| Table 13 - The fitting results for Canada's Standard & Poor's / Toronto Stock Exchange Composite Index. Source: Own work. ....         | 42 |
| Table 14 - Displaying whether the lower bound for $WN = 5000'$ led to a different decision from $WN = 2000 *$ . Source: Own work. .... | 44 |
| Table 15 - Included trading days for the distribution fitting. Source: Own work.....                                                   | 48 |
| Table 16 - The fitted parameters for the Normal distribution. Source: Own work.....                                                    | 48 |
| Table 17 - The fitted parameters for the Log-normal distribution. Source: Own work.....                                                | 49 |
| Table 18 - The fitted parameters for the Normal Inverse Gaussian distribution. Source: Own work. ....                                  | 49 |

|                                                                                                      |    |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| Table 19 - The fitted parameters for the Generalized Hyperbolic distribution. Source: Own work. .... | 50 |
| Table 20 - The fitted parameters for the Student t-distribution. Source: Own work. ....              | 50 |
| Table 21 - The fitted parameters for the Skewed t-distribution. Source: Own work.....                | 51 |
| Table 22 - The fitted parameters for the Johnson SU distribution. Source: Own work. ...              | 51 |

## 1 Introduction

In 1926, Schrödinger published his wave equation, in which he described how subatomic particles move on a quantum level.<sup>1</sup> On such a fundamental level, particles, and therefore everything in the universe, are essentially not deterministic but probabilistic, which means we do not know where the particle is until we measure it.

This is just one example of how probability distributions help us to describe our reality in a way that otherwise would not be possible with our current computational power.

For a long time, distributions have helped us quantify, simplify, and helped us to investigate our observations. They have allowed us to understand the microwave background radiation better and learn more about the early universe.<sup>2</sup> We use them to design IQ tests and to build models that improve our ability to predict severe weather.<sup>3</sup>

From a financial perspective, they help insurance companies estimate claim sizes and trading companies are able to estimate the value that is at risk in a portfolio.<sup>4</sup> However, this only works when the correct distribution is selected since a company otherwise might be too conservative and not as profitable as it could be or has unknowingly overexposed itself to a lot more risk than it thought.<sup>5</sup>

The wrong choice of model was very evident in the 2008 financial crisis, where the chief financial officer of Goldman Sachs saw the market move for several days at 25 standard deviations outside of their assumed probability distribution. The chance for this to happen in just one day is  $6 \cdot 10^{124}$  times the age of our universe and suggests a vast unknown overexposure to risk.<sup>6</sup>

Furthermore, it is also essential to consider the time frame in which the risk was modelled. If, for example, the Goldman Sachs chief financial officer modelled his market distribution based on only one day's worth of data, then he

**S&P 500 returns and VaR estimates ( $1.65\sigma$ )**

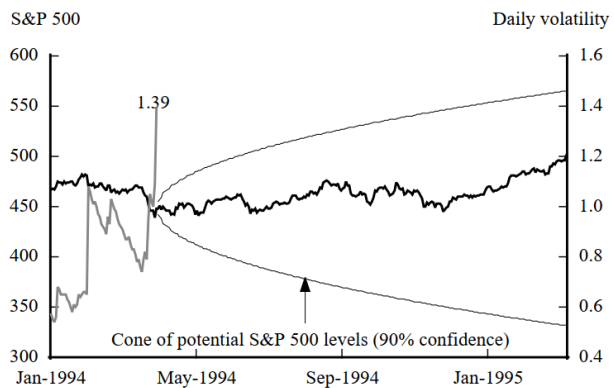


**Figure 1** - An example of how a probability distribution can help estimate value at risk. Source: Finger et al. 1996, p. 88

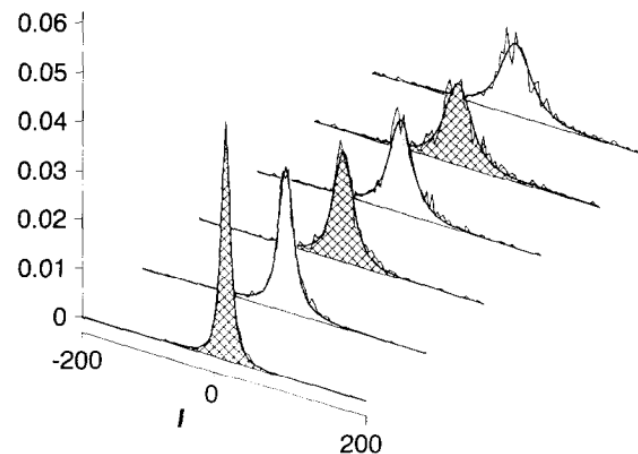


**Figure 2** - Distributions and their best fit depending on  $l$ -days.  $l$  goes from 1 day (left) to 6 days (right). Source: edited from Nunzio Mantegna 1991, p. 238

<sup>1</sup> Schrödinger 1926, p. 1051.

<sup>2</sup> Ade et al. 2014, p. 9–10.

<sup>3</sup> Herrnstein and Murray 1994, p. 44; Kim et al. 2024, p. 116.

<sup>4</sup> Abad et al. 2016, p. 1.; Ramachandran and Tsokos 2009, p. 129.

<sup>5</sup> Abad et al. 2016, p. 10.

<sup>6</sup> cf. Haldane 2009, p. 2

would be unable to capture movements that happen on average only once a month or yearly. Figure 2 visualizes the effect time has on the fit of a probability distribution. The more observations you have, the more accurate you can approximate the correct distribution.

Since reality is often more complex, with endless factors that interact in unknown ways with each other, distributions help us reduce this complexity and enable us to make well-informed decisions.

In this thesis, we will first examine how stock markets were thought to move to better understand the basics. Then, we will discuss the discovered behaviour and characteristics, as well as the techniques developed to describe this behaviour statistically. Lastly, we will examine long-term stock data and which distributions approximate the best fit for each one.

## 2 Theoretical Background

In this chapter, we will build the background knowledge on how the modelling of the stock market began, which fallacies have occurred, and which observations have helped us to improve our ability to model long-term stock market movements. Furthermore, we are going to investigate the origins, relationships and properties of the seven distributions that are relevant to the present empirical analysis. Some of which are more well known, while others have been only recently used in this context.

### 2.1 Early Assumptions

Investors have always tried to gain an edge and manage the risks they are exposed to. Before information became easily accessible, assumptions had to be made. The normal distribution is one of the earliest continuous distributions that has been derived and occurs frequently in natural and social sciences, which makes it a valid first consideration.<sup>7</sup> We will now take a deeper look into the Normal distribution and its role when it comes to stock market modelling as well as the first adjustments that were made.

#### 2.1.1 Normal Distribution

Abraham De Moivre first derived the Normal distribution in 1733, based on Jacob Bernoulli's work on the Binomial distribution.<sup>8</sup> The significant difference to the Binomial distribution is that instead of having the probabilities based on finite trials, he assumed infinitely many.<sup>9</sup> The outline of the bell curve shape can be seen in Figure 3 as the trials increase.

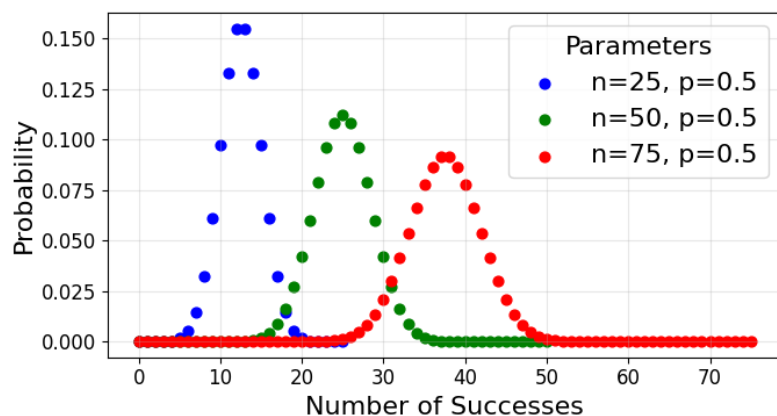


**Figure 3** - Visualizations of the Binomial distribution with a constant probability and varying trial sizes. Source: Own work.

<sup>7</sup> Meyers 2009, p. 7011.

<sup>8</sup> Stigler 1998, p. 71.

<sup>9</sup> Sowe and Petocz 2016, p. 108.

The Binomial distribution, a discrete probability distribution, meaning it only works for real numbers and each probability has a step-like transition to the adjacent number, is denoted as

$$b_m(n, p) := \binom{n}{m} p^m (1 - p)^{n-m}, \quad (1)$$

where  $n$  are the number of trials,  $p$  is the probability of the outcome and  $m$  are the number of successes we are interested in.<sup>10</sup>

The Normal distribution gained wide recognition as the Gaussian-Laplace Distribution, named after the German mathematician and astronomer Carl F. Gauß and French mathematician Pierre-Simon Laplace. Gauß separately published it in 1809 in his book "The Theory of the Motion of Heavenly Bodies Moving about the Sun in Conic Sections". He derived it by trying to find a probability distribution which maximises the likelihood that the arithmetic mean would be the most observed variable.<sup>11</sup> While Laplace was not a discoverer of the Normal distribution, as he was aware of the work done by De Moivre and later re-inspired by Gauß's usage of the probability distribution in his book, he used it in his proof of the Central Limit Theorem in 1810.<sup>12</sup>

The characteristic bell curve shape of the Normal distribution comes from

$$f(x) = e^{-x^2}, \quad (2)$$

however, an essential function of the Normal distribution is that the area below the graph shows the probability.<sup>13</sup> For this, the integral of the bell curve must be equal to 1. Functions with an integral of 1 are referred to as probability density functions.

To achieve this, the bell curve is integrated with the help of polar coordinates, which leads to  $\pi$  appearing as one of the numerals, and we arrive at the probability density function of

$$PDF(x) = \frac{1}{\sqrt{2\pi}} e^{-\frac{1}{2}x^2}. \quad (3)$$

Due to the "missing" parameters, which are not missing but chosen in a way to understand the derivation of the Normal distribution better, this function is called normal curve or standard Normal distribution.<sup>14</sup>

The first parameter is the arithmetic mean, denoted as mu  $\mu$ , and displays the centre of the distribution. To determine it based on discrete values, it is calculated as

$$\mu = \frac{\sum_{i=1}^n x_i}{N} \quad (4)$$

where  $N$  are the number of data points used.<sup>15</sup>

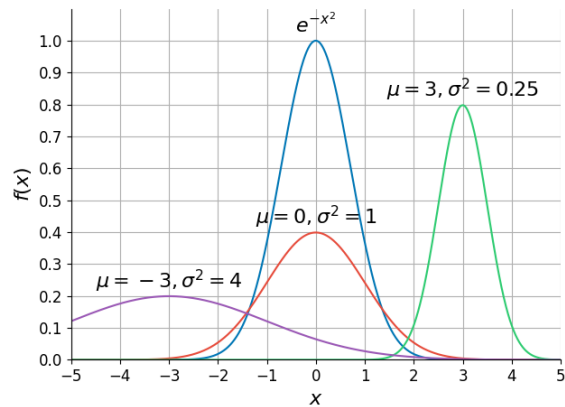


**Figure 4** - The characteristic bell curve from  $f(x) = e^{-x^2}$  and the effects of different parameters in the Normal distribution. Source: Own work.

<sup>10</sup> Dodge 2008, p. 165; Collani and Dräger 2001, p. 22.

<sup>11</sup> Stigler 1998, pp. 140–141.

<sup>12</sup> Sowe and Petocz 2016, pp. 108–109; Stigler 1998, pp. 143–145.

<sup>13</sup> DeGroot and Schervish 2012, p. 304.

<sup>14</sup> Sowe and Petocz 2016, pp. 109–110; Dodge 2008, p. 379.

<sup>15</sup> Dodge 2008, p. 15.



Since the mean shifts the centre of the probability density function, it is chosen as 0 for the standard Normal distribution. It is usually directly subtracted from  $x$  and changes the probability density function to

$$PDF(x|\mu) = \frac{1}{\sqrt{2\pi}} e^{-\frac{1}{2}(x-\mu)^2}. \quad (5)$$

The second parameter can be resembled in two different but closely related ways. The first, and the basis for the second parameter, is the variance. The basis is the Greek letter sigma  $\sigma$ , which is then squared to  $\sigma^2$ .

The square in the denotation comes from the way it is calculated when it is based on data. Mathematically, it is written as

$$\sigma^2 = \frac{\sum_{i=1}^N (x_i - \mu)^2}{N} \quad (6)$$

and it gives us the average squared distance from the mean.<sup>16</sup> The squaring of the data point distance is required to avoid neutralising equally spaced data points in the sum.

Plugging the variance into the probability density function, it becomes clear that it is denoted as 1 in the standard Normal distribution since the complete probability density function is

$$PDF(x|\mu, \sigma) = \frac{1}{\sqrt{2\sigma^2\pi}} e^{-\frac{(x-\mu)^2}{2\sigma^2}}. \quad (7)$$

This annotation also makes the integrational aspect more accessible due to  $2\sigma^2$  being in the exponent and being under the root, which later cancels out in the integration process.

We get the second parameter variation by taking the square root of the variance. This is called the standard deviation and is written as sigma  $\sigma$ . It is defined as

$$\sigma = \sqrt{\frac{\sum_{i=1}^N (x_i - \mu)^2}{N}} \quad (8)$$

and instead of showing the average squared distance to the arithmetic mean, it now shows the average absolute distance to the arithmetic mean.<sup>18</sup>

Through algebraic transformations of the probability density function, we can use the standard deviation instead of the variance

$$PDF(x|\mu, \sigma) = \frac{1}{\sigma\sqrt{2\pi}} e^{-\frac{1}{2}\left(\frac{x-\mu}{\sigma}\right)^2}. \quad (9)$$

Additionally, in statistics, the z-score is denoted as  $z = \frac{x-\mu}{\sigma}$  and allows us to compare data points relative to each other.<sup>20</sup> This z-score can now be found in the exponent of the probability density function. A z-score of 0 indicates an average data point, and a larger positive or negative value indicates an above or below-average one.<sup>21</sup>

---

<sup>16</sup> Dodge 2008, pp. 555–556.

<sup>17</sup> Dodge 2008, p. 378.

<sup>18</sup> Dodge 2008, p. 506.

<sup>19</sup> Sowey and Petocz 2016, p. 107.

<sup>20</sup> Ramachandran and Tsokos 2009, p. 126.

<sup>21</sup> Andrade 2021, p. 556.

Looking back at the characteristic bell curve shape from Eq.2, we replace the  $x$  with the  $z$ -score to get  $f(x) = e^{-\left(\frac{x-\mu}{\sigma}\right)^2}$  and adjust the function to arrive at a probability density function with the area of 1 below the bell curve to get our final Normal distribution from Eq.9.

Furthermore, to describe a distribution, we use moments, often denoted by an indexed  $\mu_n$ . We have already dealt with the first and second moments, the mean and the variance. The third one is the skewness, and the fourth is the kurtosis.<sup>22</sup> Since we are now getting into the higher moments, we need to distinguish between a moment and a standardized moment.

We can calculate the third moment, the skewness coefficient for discrete values with the help of the expected value raised to the third power

$$\mu_3 = E(X - \mu)^3, \quad (10)$$

whereas the standardized version, which is commonly used, is divided by the standard deviation raised to the third power

$$skewness = \frac{\mu_3}{\sigma^3} = \frac{E(X-\mu)^3}{\sigma^3} \quad (11)$$

and is said to be symmetric if the value is 0.<sup>23</sup> A positive value indicates a bigger spread to the right, and a negative value indicates a longer tail to the left.<sup>24</sup>

Raising the standardized skewness to one power higher, we get the fourth moment, the kurtosis.<sup>25</sup> Mathematically, the kurtosis is defined as

$$kurtosis = \frac{\mu_4}{\sigma^4} = \frac{E(X-\mu)^4}{\sigma^4}. \quad (12)$$

The kurtosis gives us information about the shape of the distribution's tails since the centre has little influence on the result of the calculation.<sup>27</sup> A Normal distribution is mesokurtic because it has a kurtosis of 3.<sup>26</sup> Subtracting 3 from the kurtosis gives us the excess kurtosis.<sup>28</sup> If the excess kurtosis is positive, we have a leptokurtic distribution.<sup>27</sup> It has heavier tails and is less prone to outliers because it includes more extreme events than mesokurtic distributions.<sup>27</sup> On the other hand, the distribution is platykurtic when the excess kurtosis is negative.<sup>27</sup> It has thinner tails and captures fewer outliers, which makes it less robust to extreme events compared to mesokurtic or leptokurtic distributions.<sup>27</sup>

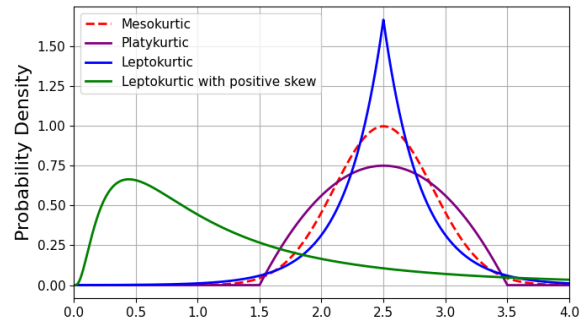


**Figure 5** - Distributions with different moments. Source: Recreation with own addition of Rigby et al. 2020, p. 23

<sup>22</sup> Ramachandran and Tsokos 2009, p. 91.

<sup>23</sup> Dodge 2008, 92–93; Ramachandran and Tsokos 2009, p. 99; Meyers 2009, pp. 3317–3318.

<sup>24</sup> Dodge 2008, pp. 92–93.

<sup>25</sup> Rice 2006, p. 359.

<sup>26</sup> Ramachandran and Tsokos 2009, p. 99.

<sup>27</sup> Westfall and Henning 2013, pp. 252–253.

<sup>28</sup> Forbes 2011, p. 13.

The universal applicability of the Normal distribution was utilized by the French mathematician Louis Bachelier as well, who published his thesis "Théorie de la Spéculation" in 1900.<sup>29</sup> He invented Brownian motion to assess the possible stock market movements and use it to value forwards and options.<sup>30</sup>

Although Bachelier was the one who first mathematically defined Brownian motion, Robert Brown first described it in 1828 when he looked at pollen suspended in a fluid and noticed their random movements.<sup>31</sup>

In 1905, Albert Einstein published his formula to describe this movement of particles.<sup>32</sup> He independently arrived at the same equation 5 years after Bachelier.<sup>33</sup> Due to this formula, it was possible to confirm the atomic theory of matter as well as their masses.<sup>34</sup>

The two main assumptions Bachelier used in his model were that the price changes in the stock market are independent of one another and that they follow the Normal distribution.<sup>35</sup>

We can see the similarities to the Normal distribution by taking a look at the original function Bachelier derived for Brownian motion for a price process

$$f(x|k, t) = \frac{1}{2\pi k\sqrt{t}} e^{-\frac{x^2}{4\pi k^2 t}} \quad (13)$$

where  $t$  is the time and  $k$  is a constant denoting the expectations.<sup>36</sup>

To add an upward or downward trend to the Brownian motion, it is possible to introduce a drift to the formula. Assuming  $B(t)$  is the Brownian motion process and  $\mu$  the drift coefficient, this would mean Brownian motion with drift is

$$X(t) = B(t) + \mu t. \quad (14)$$

However, Bachelier's model assumes a mean of zero.<sup>38</sup> This makes it possible for the stock prices to turn negative.<sup>39</sup> While Bachelier was aware of this, he assumed that the probabilities were negligible for it to happen.<sup>40</sup>

Due to this flaw, a new probability distribution has become widely used in modern finance.

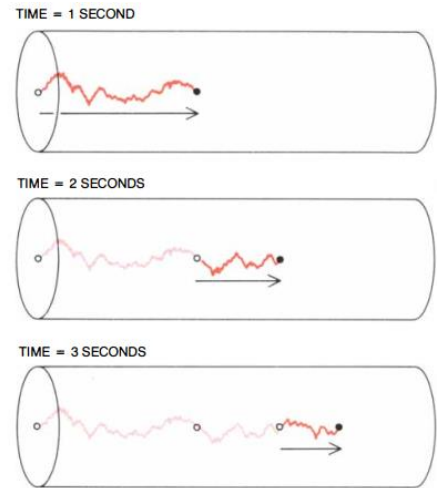


**Figure 6** - Movement of the stock market or a grain of sand falling through a fluid?  
Source: Lavenda 1985, p. 80

<sup>29</sup> Bachelier et al. 2006, p. 7.

<sup>30</sup> Bachelier et al. 2006, p. 96.

<sup>31</sup> Chowdhury 2005, p. 2; Bachelier et al. 2006, p. 81.

<sup>32</sup> Chowdhury 2005, p. 2.

<sup>33</sup> Bachelier et al. 2006, p. 31.

<sup>34</sup> Lavenda 1985, p. 70.

<sup>35</sup> Nunzio Mantegna 1991, p. 232; Bachelier et al. 2006, p. 81.

<sup>36</sup> Bachelier et al. 2006, pp. 32–33.

<sup>37</sup> Ross 2014, p. 612.

<sup>38</sup> Mandelbrot 1997a, p. 373.

<sup>39</sup> Bachelier et al. 2006, p. 8; Merton 1978, p. 30.

<sup>40</sup> Bachelier et al. 2006, p. 97.

### 2.1.2 Log-Normal Distribution

This probability distribution is closely related to the Normal distribution and gained wide usage in the financial world as part of pricing options or for modeling insurance claims.<sup>41</sup> The probability density function for the Log-normal distribution is given by

$$PDF_{LN}(x|\mu, \sigma) = \begin{cases} \frac{1}{x\sigma\sqrt{2\pi}} e^{-\frac{(\ln x - \mu)^2}{2\sigma^2}}, & x > 0,^{42} \\ 0, & x \leq 0 \end{cases} \quad (15)$$

Like the Normal distribution, it is based on two shape parameters: the mean and the standard deviation. But, contrary to the Normal distribution, the Log-normal distribution is only applicable for positive values. This makes it possible to keep stock prices positive.<sup>43</sup>

While  $\mu$  denotes the arithmetic mean and  $\sigma$  the variance, they do not show the actual mean and variance of the distribution. Due to this, there are different ways to calculate them.

The mean of the Log-normal distribution is calculated as

$$\mu_{LN} = e^{\mu + \frac{1}{2}\sigma^2} \quad (16)$$

and the actual variance is

$$\sigma_{LN}^2 = e^{2\mu + \sigma^2} * (e^{\sigma^2} - 1).^{42} \quad (17)$$

Furthermore, when plotted, this distribution is skewed to the right, but the shape can be restored to the Normal distribution once the x-axis is log-scaled, which can be observed in Figure 7.<sup>44</sup>

With the log transformation, the standardized skewness changes to

$$skewness = (e^{\sigma^2} - 1)(e^{\sigma^2} + 2)^2.^{45} \quad (18)$$

The standardized kurtosis becomes a direct function of the variance

$$kurtosis = e^{4\sigma^2} + 2e^{3\sigma^2} + 3e^{2\sigma^2} - 3.^{45} \quad (19)$$

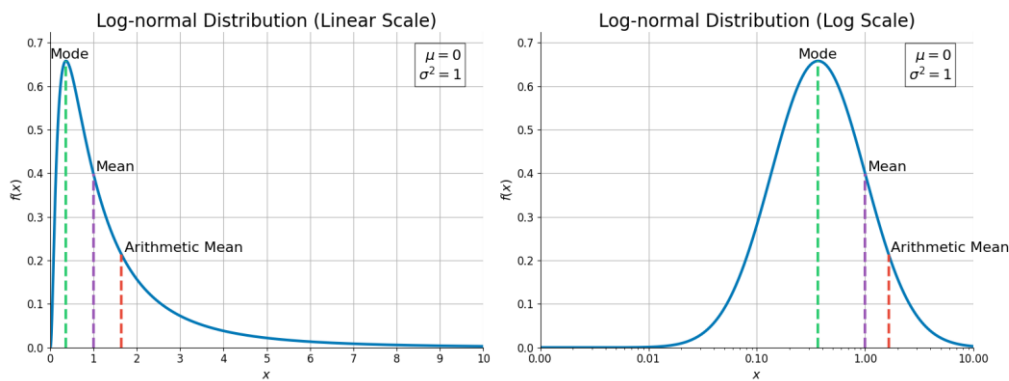


**Figure 7** - The Log-normal distribution on a linear scale with the mode, mean, and arithmetic mean compared to the same distribution on a logarithmic scale. Source: Own work.

<sup>41</sup> Black and Scholes 1973, p. 640; Ramachandran and Tsokos 2009, p. 129.

<sup>42</sup> Crow and Shimizu 1988, p. 9.

<sup>43</sup> Merton 1978, p. 30.

<sup>44</sup> Limpert et al. 2001, p. 343; Crow and Shimizu 1988, p. 212.

<sup>45</sup> Crow and Shimizu 1988, p. 10.

It is interesting to note that it is mathematically possible for the Log-normal distribution to become mesokurtic if  $\sigma = 0$  since

$$kurtosis = 1e^0 + 2e^0 + 3e^0 - 3 = 3. \quad (20)$$

For this case, all data points would need to be the same, and the Log-normal distribution would not be an adequate choice. Therefore, the Log-normal distribution is leptokurtic.

## 2.2 Divergence from Normality

There have been several occasions where the normality assumption of price changes has been questioned. One of the first times was in 1915 by Wesley C. Mitchell.<sup>46</sup> In-depth research into price movements was conducted in 1962 by Benoît B. Mandelbrot, also known for later publishing the Mandelbrot set, a set of functions that express self-affinity, also called fractals.<sup>47</sup>

Although it is not part of the Mandelbrot set, we have already encountered one fractal: Brownian motion.<sup>48</sup> When comparing the Brownian motion from Figure 6 and Figure 8, we can see that they have similar characteristics, despite the first only showing 3 seconds and the other one over 11,000 simulated trading days.

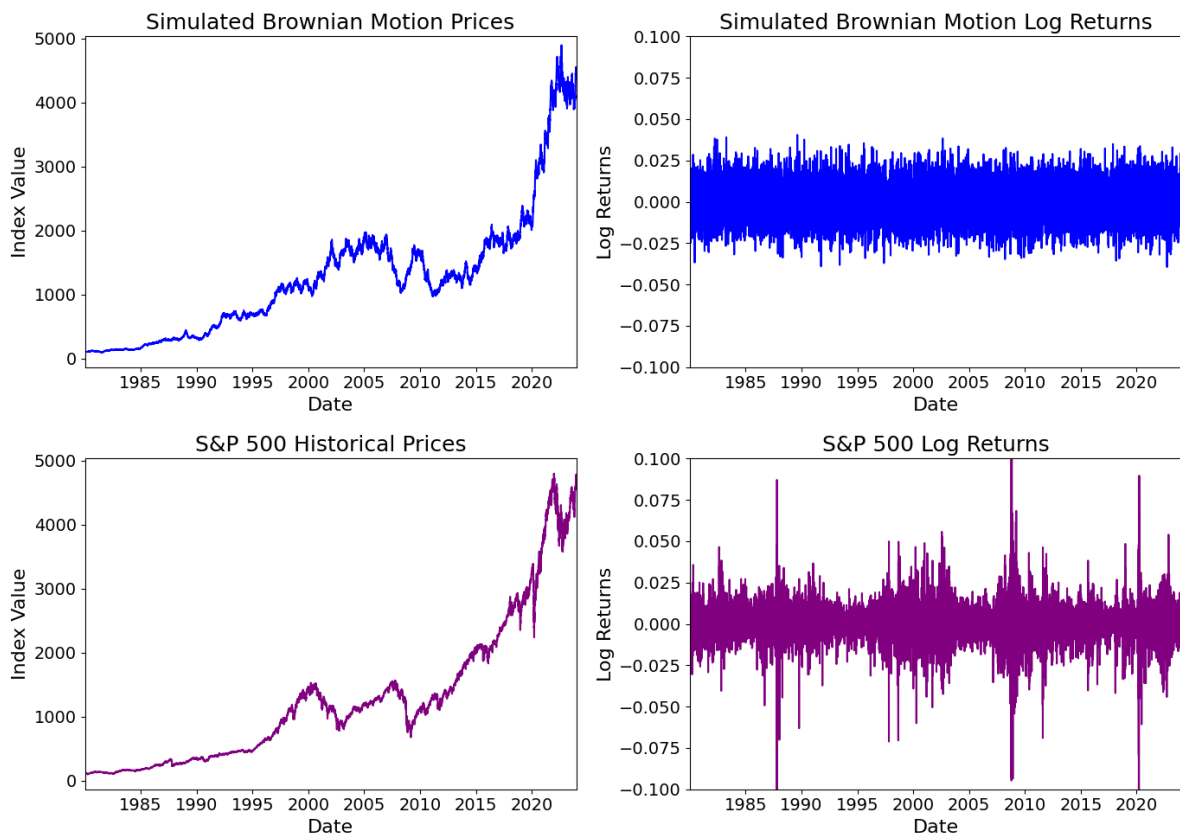


**Figure 8** - Brownian Motion compared to the actual returns of the S&P 500 between 1980 and 2023. Source: Own work; the graphs on the right were inspired by Mandelbrot and Hudson 2006, p. 19

This self-affinity can also be observed in the actual stock market to some degree when small time scales are compared to larger ones.<sup>49</sup> Overall, Mandelbrot extensively

<sup>46</sup> Mandelbrot 1997a, p. 373.

<sup>47</sup> Campbell and Abhyankar 1978, pp. 35–36.

<sup>48</sup> Campbell and Abhyankar 1978, p. 36.

<sup>49</sup> Mandelbrot 2001, p. 117.

investigated several different commodities, selected stocks, and financial rates and found that they all follow the same broad price patterns.<sup>50</sup>

Figure 8 displays a visual difference between Brownian motion and reality. The top graphs show simulated Brownian motion with the respective logarithmic return, and the bottom graphs show the actual S&P 500's behaviour from 1980 to 2023.

While Brownian motion is a random process, and every chart of it looks inherently different, we can still see more consistency in the log return compared to the actual log-returns of the S&P 500.

### 2.2.1 Fat Tails

The first and most important part of long-term stock market modelling is the frequency of big movements. It is evident that the actual market experiences big movements more frequently than Brownian motion. Figure 9 shows the histogram of the log returns of the S&P 500 from 1980 to 2023.

When we compare it to the corresponding Normal distribution, we see that the actual data has a long tail and more observations in the centre than the Normal distribution. This means that the market's return shows signs of leptokurtic behaviour.<sup>51</sup>

Benoît B. Mandelbrot investigated these tails further by plotting the changes in cotton prices over various periods on a log-log graph, which can be seen in Figure 10.<sup>52</sup> Data that turns into a straight line when plotted like this is said to follow a power law distribution like the Pareto distribution, which is also commonly known as "Pareto 80-20".<sup>53</sup> Two examples of frequencies that follow the power law are income and the words used in a language.<sup>54</sup>

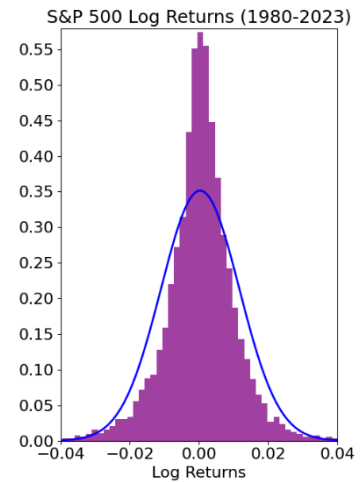


**Figure 9** - A histogram of the log-returns of the S&P 500 from 1980 to 2023 with the corresponding Normal distribution. Source: Own work.

In its simplest form, the power law decay can be written as

$$f(x|\alpha) = \frac{1}{x^\alpha}, \quad (21)$$

where  $\alpha$  is the decaying factor.<sup>55</sup>

<sup>50</sup> Mandelbrot 1997b, p. 420; Mandelbrot and Hudson 2006, p. 21.

<sup>51</sup> Ramachandran and Tsokos 2009, p. 99.

<sup>52</sup> Mandelbrot 1997a, p. 391.

<sup>53</sup> Mandelbrot 1963, p. 421; Taleb 2020, p. 28.

<sup>54</sup> Zipf 1949, pp. 126, 489.

<sup>55</sup> Meyers 2009, p. 6808.

Since the probability density function has an integral of 1, some adjustments have to be made to arrive at the probability density function of the Pareto distribution, which is given by

$$PDF_{Pareto}(x|\alpha, \beta) = \frac{\alpha\beta^\alpha}{x^{\alpha+1}}, \beta \leq x \leq \infty, \beta > 0, \alpha > 0, \quad (22)$$

where  $\alpha$  is the shape parameter, or decay factor, and  $\beta$  is the scale parameter.<sup>56</sup>

To better understand the tails, we are primarily interested in the decay parameter  $\alpha$ . By drawing a straight line through the data points, Mandelbrot was able to find the slope  $-\alpha$ , where  $\alpha$  is the exponent of the power law.<sup>57</sup>

Even though the data originates from different time frames, he found that they had the same exponent of  $\alpha = 1.7$ , when a symmetric distribution was used.<sup>58</sup> Although the power law of the tails was initially unconfirmed in 1963; it gained early support from Eugene F. Fama.<sup>59</sup>

Furthermore, when the tails are separately investigated, they reveal asymmetrical behaviour, meaning that they have different exponents.<sup>60</sup> Nowadays, the power law in the tails has been observed in many stocks and stock exchanges like for example, the 1000 biggest US stocks, the London Stock Exchange, and the Paris Bourse.<sup>61</sup>

While the exponent varies with the chosen time frame and amount of sampling, they are around  $\alpha = 3.09 \pm 0.09$ .<sup>62</sup> Additionally, the Indian stock market was found to decay more closely in the form of an exponential function than a power law function.<sup>63</sup>

### 2.2.2 Volatility Clustering

Another feature that can be identified by looking at Figure 8 is that the high-volatility trading days tend to follow up on each other, also called volatility clustering.<sup>64</sup> Even though we are concerned with the performance of distributions on their ability to model the stock market in the long term, it is essential to note that these distributions do not have the exact same probabilities at every point in time and are affected by volatility clustering.

Volatility clustering means that while we do not know the sign of the price change itself, we can get an idea of how volatile the price movement will be today by looking at yesterday's movements.<sup>65</sup>

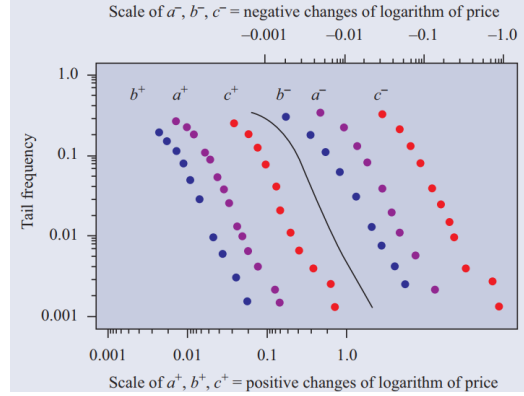


**Figure 10** - Logarithmic positive and negative changes of cotton prices on various exchanges and use different logarithmic scales. (a) 1900-1905, (b) 1944-1958 (c) 1880-1940. Source: A recreation of Mandelbrot 1997a, p. 391 found in B. Mandelbrot 2001, p. 120

<sup>56</sup> Bhatti et al. 2018, p. 1.

<sup>57</sup> Mandelbrot 1963, p. 428.

<sup>58</sup> Mandelbrot 2001, p. 120.

<sup>59</sup> Fama 1963, pp. 428-429.

<sup>60</sup> Mandelbrot 2001, p. 120; Liu et al. 1999, p. 1396.

<sup>61</sup> Plerou and Stanley 2008, pp. 1-2; Matia et al. 2004, p. 911.

<sup>62</sup> Liu et al. 1999, pp. 1396-1398; Matia et al. 2004, p. 911.

<sup>63</sup> Matia et al. 2004, p. 909.

<sup>64</sup> Mandelbrot 1997a, pp. 409-410.

<sup>65</sup> Meyers 2009, p. 6808.

Interestingly, the way volatility behaves changed with the market crash in October 1987. Prior to the crash, it was possible to model the market movements with the Samuelson–Black–Scholes Log-normal diffusion model.<sup>66</sup>

This contradicts the assumption by Louis Bachelier of independent price movements in his Brownian motion model since he did not assume any dependence.<sup>67</sup> The Samuelson–Black–Scholes Log-normal diffusion model, as well as Bachelier’s Brownian motion, assumes that the volatility stays constant over any period.<sup>68</sup> Nowadays, distributions that model the markets are used in combination with stochastic volatility models, with the choice of the distribution having a more significant impact on the performance.<sup>69</sup>

The stochastic volatility model can be imagined to have the effect of making the distribution vibrate, increasing and decreasing its variance depending on one, or multiple, previous trading days.<sup>70</sup> One of the most prominent models was introduced by Robert F. Engle in 1982, the ARCH model.<sup>71</sup> ARCH, which stands for autoregressive conditional heteroscedastic, was later in 1986 extended to the generalized ARCH model, or GARCH, by Tim Bollerslev and was further modified to new groups of stochastic volatility models.<sup>72</sup>

These models are based on the fact that while market movements are uncorrelated, meaning they do not move in the same or opposite direction with one another reliably, the size of the movement is still dependent on the previous time series.<sup>73</sup> The effect of past movements, like large shocks, on recent movements is called memory or autocorrelation.<sup>74</sup> While this effect is more prominent in the short term, there is also a long-term memory that can be observed for at least ten years into the past.<sup>75</sup>

These types of stochastic models can be summarized and explained by the Asymmetric Power GARCH model, in short APGARCH, due to its nested property.<sup>76</sup> The formula for the APGARCH is denoted as

$$\sigma_t^d = \lambda + \sum_{i=1}^p \alpha_i (|\epsilon_{t-i}| - \gamma_i \epsilon_{t-i})^d + \sum_{j=1}^q \beta_j \sigma_{t-j}^d. \quad (23)$$

To make the formula more accessible, we will break down the meaning of the parameters. The first constant, lambda  $\lambda$ , models the past average variance.<sup>78</sup>

The number of past data points used is indicated by the lag parameters  $p$  and  $q$ .<sup>79</sup> They are determined with an autocorrelation function (ACF) and a partial autocorrelation function (PACF) by testing lagged data for serial dependence.<sup>80</sup>

---

<sup>66</sup> cf. Bachelier et al. 2006, p. 115.

<sup>67</sup> Bachelier et al. 2006, p. 30; Ding et al. 1993, pp. 87–88.

<sup>68</sup> Derman and Miller 2016, p. 175; Mandelbrot 2001, p. 116.

<sup>69</sup> Novales Cinca and Garcia-Jorcano 2017, p. 3.

<sup>70</sup> Mandelbrot and Hudson 2006, p. 222; Tsay 2010, p. 111.

<sup>71</sup> Engle 1982, p. 987.

<sup>72</sup> Engle 1982, p. 987; Bollerslev 1986, pp. 308–309.

<sup>73</sup> Ding et al. 1993, p. 86; Park 2018, p. 121.

<sup>74</sup> Tsay 2010, p. 73; Ding et al. 1993, p. 83.

<sup>75</sup> Ding et al. 1993, pp. 88–89.

<sup>76</sup> Brooks et al. 2000, p. 380.

<sup>77</sup> Brooks 2007, p. 126.

<sup>78</sup> Gouriéroux and Jasiak 2001, p. 137.

<sup>79</sup> Tsay 2010, p. 123.

<sup>80</sup> Tsay 2010, p. 46.



Figure 11 shows an example of three different ACFs and a PACF analysis with the statistically significant level of dependence at the 5% level indicated as the dotted line. The correlation is rejected if the significance is below 5%.<sup>81</sup> We can see no significant serial dependence for log returns but multiple significant dependent lags for the remaining three transformations.<sup>82</sup>

The impact of past shocks are modeled by the reaction parameter  $\alpha_i$ , also called the ARCH parameter.<sup>83</sup>  $\beta_j$ , the GARCH parameter, is also referred to as the persistence parameter, and it scales the influence of the past variance.<sup>84</sup>  $\alpha_i$  and  $\beta_j$  are estimated using algorithms like the Berndt-Hall-Hausman algorithm.<sup>85</sup> Furthermore, they are often re-estimated after a relatively short period of time.<sup>86</sup>

The parameter  $\gamma_i$  captures asymmetric responses of the market, also called the leverage effect.<sup>87</sup> This effect means that the markets rise at a slower rate than they fall.<sup>88</sup> Depending on the model, it is 0 for no leverage effect or up to 1.<sup>89</sup>

$\epsilon$  is a conditional error from the prior lag that can also be seen as white noise, which is independent, equally distributed, and is assumed to follow a distribution like the Normal distribution or the Student t-distribution, a distribution we will investigate further later on.<sup>90</sup> The mean of these distributions of the conditional error variable is zero, and their variance is 1.<sup>91</sup>

The parameter  $d$  is the power term and can magnify the effects of the leverage effect or the influence of the lagged variance.<sup>92</sup> For an APARCH model, the power term historically ranged from around 1.2 to 2 for emerging markets from 1995 to 2005, with values of  $\sim 0.7$  and  $\sim 3$  being possible, as well.<sup>93</sup>

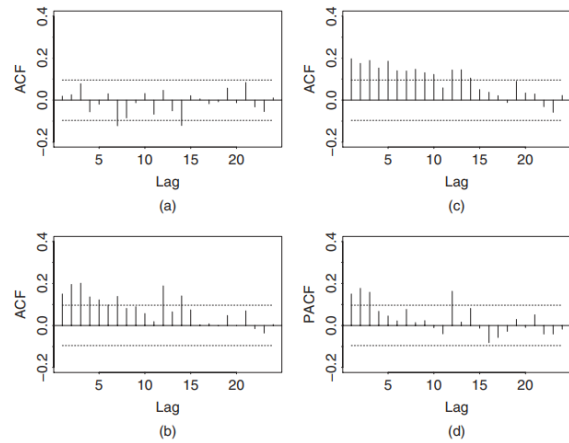


**Figure 11** - The ACF for (a) log returns (b) squared log returns (c) absolute log returns and the PACF for (d) squared log returns for Intel from 1973 to 2008. Source: Tsay 2010, p. 112

<sup>81</sup> Tsay 2010, p. 33.

<sup>82</sup> Tsay 2010, p. 114.

<sup>83</sup> Tsay 2010, p. 116; Alexander 2008, p. 283.

<sup>84</sup> Alexander 2008, p. 283.

<sup>85</sup> Brooks et al. 2000, p. 382; Brooks 2007, p. 127.

<sup>86</sup> Giot and Laurent 2003, p. 655.

<sup>87</sup> Mills 2005, p. 137; Brooks 2007, p. 127.

<sup>88</sup> Mills 2005, p. 137.

<sup>89</sup> Brooks et al. 2000, p. 380.

<sup>90</sup> Tsay 2010, p. 116; Brooks 2007, p. 126; Lütkepohl 2005, p. 563.

<sup>91</sup> Tsay 2010, p. 126.

<sup>92</sup> Brooks 2007, p. 127.

<sup>93</sup> Brooks 2007, p. 129.

| Model             | $d$  | $\alpha_i$                 | $\beta_i$ | $\gamma_i$           |
|-------------------|------|----------------------------|-----------|----------------------|
| ARCH              | 2    | free                       | 0         | 0                    |
| GARCH             | 2    | free                       | free      | 0                    |
| Leverage ARCH     | 2    | free                       | 0         | $ \gamma_i  \leq 1$  |
| Leverage GARCH    | 2    | free                       | free      | $ \gamma_i  \leq 1$  |
| GJR-ARCH          | 2    | $\alpha_i(1 + \gamma_i)^2$ | 0         | $-4\alpha_i\gamma_i$ |
| GJR-GARCH         | 2    | $\alpha_i(1 + \gamma_i)^2$ | free      | $-4\alpha_i\gamma_i$ |
| Taylor ARCH       | 1    | free                       | 0         | 0                    |
| Taylor GARCH      | 1    | free                       | free      | 0                    |
| TARCH             | 1    | free                       | 0         | $ \gamma_i  \leq 1$  |
| Generalized TARCH | 1    | free                       | free      | $ \gamma_i  \leq 1$  |
| NARCH             | free | free                       | 0         | 0                    |
| Power GARCH       | free | free                       | free      | 0                    |
| Asymmetric PARCH  | free | free                       | 0         | $ \gamma_i  \leq 1$  |
| Asymmetric PGARCH | free | free                       | free      | $ \gamma_i  \leq 1$  |

**Table 1** - The different stochastic volatility models nested inside an APGARCH. Source: Brooks et al. 2000, p. 380

An ARCH model is adequate for very short-term volatility modelling, but its performance decays quickly the longer the time frame gets.<sup>94</sup> Models with added leverage effect perform better than those without.<sup>95</sup>

Furthermore, an APARCH model performs well for long and short-term modelling when it comes to value-at-risk.<sup>96</sup>

### 2.3 Lévy Process

While the memory property of stock price movements is a relatively recent discovery made by Engle, first in 1986 for the short-term memory property and in 1993 for the long-term, it was already hypothesized and proposed in 1963 by Mandelbrot and shortly after in 1965 by Fama.<sup>97</sup>

However, the first proposed non-gaussian alternative to using Brownian motion to model the behaviour of the stock market was to use a Lévy process.<sup>98</sup> This process was first referred to as “processes with stationary independent increments” but was later slowly renamed in honour of the French mathematician Paul Lévy for his pioneering work in this process.<sup>99</sup>

<sup>94</sup> Giot and Laurent 2003, p. 643.

<sup>95</sup> Novales Cinca and Garcia-Jorcano 2017, p. 22.

<sup>96</sup> Giot and Laurent 2003, p. 641; Novales Cinca and Garcia-Jorcano 2017, p. 19.

<sup>97</sup> Ding et al. 1993, pp. 87–88; Engle 1982, p. 987; Fama 1965, p. 87; Mandelbrot 1997a, p. 372.

<sup>98</sup> Mandelbrot 1963, p. 427.

<sup>99</sup> Schoutens 2005, p. 43; Sato 2001, p. 3.

The groundwork for the Lévy process is Brownian Motion, but several ramifications and modifications were added.<sup>100</sup> These changes have led to this stochastic process to become a family of processes, of which Brownian Motion is part of.<sup>101</sup> While this means that the random variables are still independently distributed, or in other words, this process exhibits random walk behaviour, the big difference is that the distributions for this process are infinitely divisible and additive.<sup>102</sup>

However, to understand this property, we need to understand a fundamental part of the Lévy distribution. To do so, we will take the Poisson distribution as a simple example since it also belongs to the Lévy process and has only one variable.<sup>103</sup>

Similar to the Binomial distribution, to which it is related, it is a discrete distribution, meaning it has a probability mass function and moves steps at whole numbers.<sup>104</sup>

The Poisson distribution shows how often independent event  $x$  can take place at the constant rate of lambda  $\lambda$ .<sup>105</sup> This means it is also restricted to the non-negative integers where the parameter lambda is  $\lambda \geq 0$ .<sup>106</sup> The probability mass function is defined as

$$PMF(x = k) = \frac{\lambda^k e^{-\lambda}}{k!} \quad (24)$$

where the mean and variance are the same and just our only parameter  $\lambda$ .<sup>107</sup>

So far, we have seen how the moments of the Normal distribution, the Log-normal distribution, and two moments of the Poisson distribution are calculated, and they are all different. However, there is a technique for calculating the moments of a distribution that works for most distributions. For this, we can use a moment-generating function, a function that contains all the moments of a distribution.<sup>108</sup>

The moment-generating function is defined as

$$M(t) = \int p(x) e^{tx} dx \quad (25)$$

and the integral takes place for all possible values of  $x$ .<sup>108</sup> We can find out the  $r$ th moment

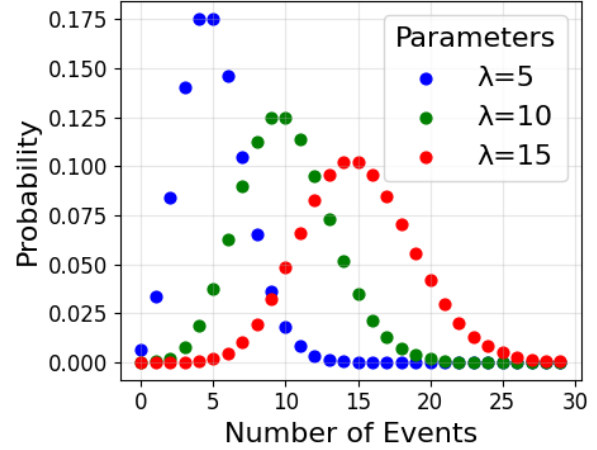


**Figure 12** - The probability mass function of the Poisson distribution for different parameters. Source: Own work.

<sup>100</sup> Barndorff-Nielsen et al. 2001, p. 7.

<sup>101</sup> Sato 2001, p. 3.

<sup>102</sup> Sato 2001, p. 3; Schoutens 2005, p. 43.

<sup>103</sup> Schoutens 2005, p. 50.

<sup>104</sup> Dodge 2008, p. 425; Gibson 2023, p. 135.

<sup>105</sup> Meikle 2004, p. 177.

<sup>106</sup> Schoutens 2005, p. 50; Itô et al. 2004, p. 18.

<sup>107</sup> Dodge 2008, p. 425; Schoutens 2005, p. 51.

<sup>108</sup> Meikle 2004, p. 150.

by taking the  $r$ th derivative of  $M(t)$  at  $t = 0$ , and helps us to describe distributions with moments.<sup>109</sup>

But we can further improve the way we describe a distribution, even those without defined moments.<sup>110</sup> For this, we can turn the function that describes the distribution, like the probability mass function of the Poisson distribution, and turn it into a characteristic function with the help of a Fourier transformation.<sup>111</sup> While a more in-depth view of the Fourier Transformation goes beyond the scope of this thesis, it is beneficial to know what it does to understand better why it is needed.

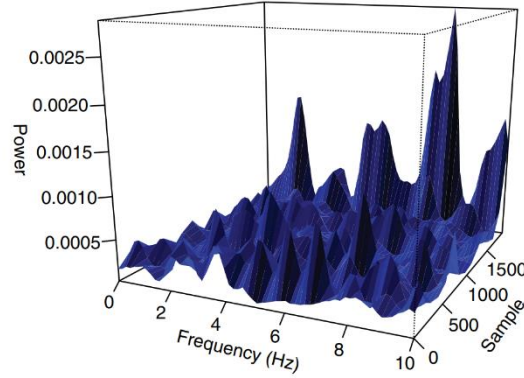


**Figure 13** - The Fourier Transformation for daily Microsoft stock data. Source: Mariani et al. 2022, p. 255

By applying a Fourier Transformation to a function, probability distribution, or a wave, we can investigate its properties in another domain and carry out mathematical operations in a more convenient way.<sup>112</sup>

For example, we can apply a Fourier Transformation to stock returns to decompose them into separate frequencies and investigate volatility more closely.<sup>113</sup>

A Fourier transformation is defined with the equation

$$\phi(u) = \int_{-\infty}^{+\infty} p(x) e^{iux} dx. \quad (26)$$

The equation can have different annotations depending on the field and its respective conventions.<sup>115</sup>

It transforms the probability distribution function  $p(x)$  and turns it into the characteristic function  $\phi(u)$  with the extra variable  $u$ .<sup>116</sup> A characteristic function defines a probability distribution, including the higher moments like the skewness or the kurtosis, which can be attributed to the substantially similar structure to the moment-generating function.<sup>117</sup> The visualisations of the characteristic function of the Normal distribution, as well as its moment-generating characteristic functions, can be found in the appendix.

Graphically, a function that has been transformed with a Fourier Transformation starts at the integral of the original function since

$$\phi(0) = \int_{-\infty}^{+\infty} p(x) dx. \quad (27)$$

<sup>109</sup> Stirzaker 2005, p. 33.

<sup>110</sup> Stirzaker 2005, p. 36.

<sup>111</sup> Satō 2013, p. 41.

<sup>112</sup> Boehme and Bracewell 2000, p. 150.

<sup>113</sup> Mariani et al. 2022, pp. 253–258.

<sup>114</sup> Schoutens 2005, p. 15.

<sup>115</sup> Meikle 2004, pp. 1–3.

<sup>116</sup> Meikle 2004, p. 2.

<sup>117</sup> Meikle 2004, pp. 151, 153.

<sup>118</sup> Boehme and Bracewell 2000, p. 152.

To turn a characteristic function back to its probability distribution, we apply the inverse Fourier Transformation that is defined as

$$p(x) = \frac{1}{2\pi} \int_{-\infty}^{+\infty} \phi(u) e^{-iux} du. \quad (28)$$

When we apply the Fourier Transformation to the Poisson distribution, we get the characteristic function

$$\phi(u) = e^{\lambda e^{iu} - 1}, \quad (29)$$

which allows us to combine it with another probability function with the help of convolution.<sup>120</sup> A convolution is carried out by multiplying the two characteristic functions and has a similar effect to addition once the resulting characteristic function is turned into a probability density function.<sup>121</sup> Not only can we use the characteristic function to determine the higher moments, which can get very complex without it when multiple distributions are combined, but we can also shift the mean and carry out further operations.<sup>122</sup>

Understanding what a characteristic function is will enable us to read and understand the equation for the Lévy process, which is also sometimes referred to as the Lévy–Khintchine formula:

$$\psi(u) = i\gamma u - \frac{\sigma^2 u^2}{2} + \int_{-\infty}^{+\infty} (e^{iux} - 1 - iu1_{\{|x|<1\}})v(dx). \quad (30)$$

This formula has three parts, each with its own variable.<sup>124</sup> The first one is the linear part with the drift parameter  $\gamma$ , which indicates the mean.<sup>125</sup> Then, the Brownian part with the variable  $\sigma^2$ , followed by the Lévy Measure  $v(dx)$ , where we can recognise the similarities to the characteristic function.<sup>126</sup> We can represent the three parameters in the Lévy–Khintchine representation, also called Lévy triplets,  $[\gamma, \sigma^2, v(dx)]$ .<sup>127</sup>

The Lévy Measure is especially interesting because it divides the Lévy process into two different distributions: the Lévy stable distributions and the semi-stable distributions.<sup>128</sup> The stability of the distribution is affected by its parameters, one of them being the power term  $\alpha$ , which increases the jump size of the Brownian motion component the closer it gets to zero.<sup>129</sup> One difference between a semi-stable and stable distribution is that stable distributions are always unimodal, meaning

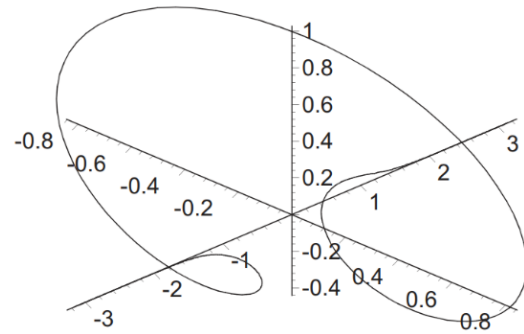


**Figure 14** - The characteristic function of a Poisson distribution with parameter  $\lambda = 5$  twisting along the imaginary axis. Source: Meikle 2004, p. 178

<sup>119</sup> Meikle 2004, p. 151.

<sup>120</sup> Meikle 2004, p. 177.

<sup>121</sup> Schoutens 2005, p. 16.

<sup>122</sup> Meikle 2004, pp. 154–155.

<sup>123</sup> Schoutens 2005, p. 44.

<sup>124</sup> cf. Schoutens 2005, p. 45.

<sup>125</sup> Satō 2013, p. 39; Schoutens 2005, p. 44.

<sup>126</sup> Schoutens 2005, p. 45.

<sup>127</sup> Satō 2013, p. 39; Schoutens 2005, p. 45.

<sup>128</sup> Applebaum 2004, pp. 32, 73; Maejima 2001, p. 169.

<sup>129</sup> Satō 2013, p. 79; Maejima 2001, p. 171.

that they have only one peak, while semi-stable distributions can, under certain conditions, have multiple peaks.<sup>130</sup>

When the Poisson distribution is used in the context of the Lévy process, it is called the Poisson process and is considered the simplest form of a Lévy process.<sup>131</sup> The characteristic function of a Poisson distribution is

$$\phi(u) = e^{\lambda(e^{iu} - 1)}.^{132} \quad (31)$$

When we now consider the Lévy triplet for the Poisson process, we can understand the meaning behind the triplet and the way the Lévy-Khintchine formula is structured.

The triplet is given by  $[0, 0, \lambda\delta_1]$  and once we insert it the resulting Poisson process is

$$\psi(u) = \int_{-\infty}^{+\infty} (e^{iux} - 1 - iu1_{\{|x|<1\}})\lambda\delta_1(dx).^{133} \quad (32)$$

Here delta  $\delta_1$  is the Dirac measure, which enables the Poisson distribution to behave similarly during the Poisson process by setting the jump interval to a fixed size in case to 1.<sup>134</sup>

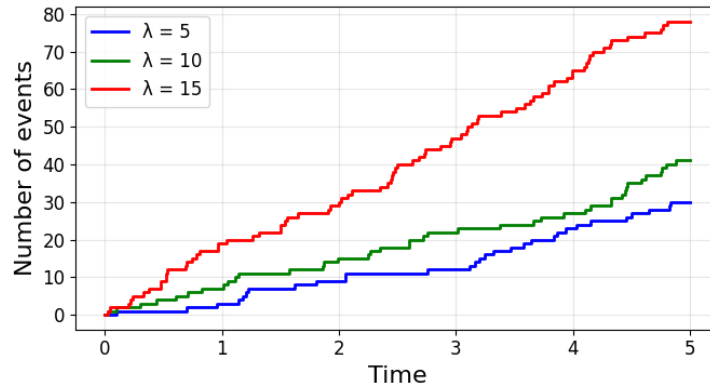


**Figure 15** - The Poisson process with sample paths for the same parameters as in Figure 12. Source: Own work.

Figure 15 shows the cumulative number of events to see the effects of lambda  $\lambda$  as well as the effect of the Dirac measure easier.

### 2.3.1 Normal Inverse Gaussian Distribution

The Normal Inverse Gaussian distribution is the first distribution of higher interest, as it has been investigated for stock market modelling in the past.<sup>135</sup> With its four parameters, it is considered a flexible distribution and the most complex distribution we have investigated in this thesis so far.<sup>136</sup>

It is a variance-mean mixture of the Normal distribution and the Inverse Gaussian distribution.<sup>137</sup> For the Normal Inverse distribution, the variance of the Inverse Gaussian distribution was combined with the mean of the Normal distribution.<sup>138</sup> Combining the

<sup>130</sup> Watanabe and Yamamuro 2012, p. 108.

<sup>131</sup> Mariani et al. 2022, p. 305.

<sup>132</sup> Meikle 2004, p. 177.

<sup>133</sup> Schoutens 2005, p. 50.

<sup>134</sup> Applebaum 2004, p. 47; Schoutens 2005, p. 50.

<sup>135</sup> Corlu et al. 2016, p. 171.

<sup>136</sup> Corlu et al. 2016, p. 173.

<sup>137</sup> Barndorff-Nielsen 1997b, p. 2.

<sup>138</sup> Seshadri 1999, p. 141.

Normal distribution with another distribution improves our ability to model the skewness and the kurtosis of the resulting distribution.<sup>139</sup>

To get a better understanding of the components, we will look at the probability density function of the Inverse Gaussian distribution, also called Wald distribution, and investigate how it behaves.<sup>140</sup> The probability density function is given by

$$PDF_{IG}(x|\alpha, \beta) = \sqrt{\frac{\beta}{2\pi x^3}} e^{-\frac{\beta(x-\alpha)^2}{2\alpha^2 x}}. \quad (33)$$

This distribution is restricted to  $x > 0$  and its two parameters are restricted to  $\alpha, \beta > 0$ .<sup>142</sup> For this distribution  $\alpha$  is the mean and the secondary parameter  $\beta$  determines the skewness, with a lower parameter introducing more skewness and a higher one turning the distribution more normal.<sup>143</sup>

The combination of the Normal distribution with Inverse Gaussian distributions leads to the probability density function of the Normal Inverse Gaussian distribution as

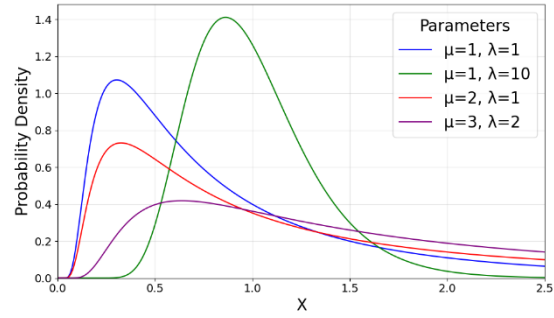


**Figure 16** - The Inverse Gaussian distributions for different parameters. Source: Own work.

$$PDF_{NIG}(x|\alpha, \beta, \mu, \delta) = \frac{\alpha\delta}{\pi} e^{\delta\sqrt{\alpha^2-\beta^2}+\beta(x-\mu)} \frac{K_1(\alpha\sqrt{\delta^2+(x-\mu)^2})}{\sqrt{\delta^2+(x-\mu)^2}}. \quad (34)$$

While we have a probability density function with four parameters, we also have  $K_1$ , which is a modified Bessel function of third order with Index 1, also called Hankel function.<sup>145</sup> A Hankel function has the property of asymptomatic behaviour, even for large values.<sup>146</sup>

This behaviour helps us to set the decay factor of the tails, and it enables us to use our first parameter  $\alpha$ , the parameter for the tail heaviness, which increases the tail weight, the smaller it gets.<sup>147</sup> The shape of the distribution converges towards the Normal distribution when either  $\alpha \rightarrow \infty$  or  $\delta \rightarrow \infty$ , the scale parameter, and with  $\beta$  for either case  $\beta = 0$ .<sup>148</sup> Since we cannot have either  $\alpha = \infty$  or  $\delta = \infty$ , the kurtosis will always be above 3 and therefore, this distribution is leptokurtic.<sup>149</sup>

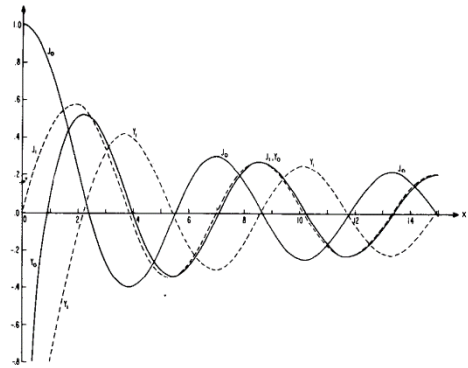


**Figure 17** - Bessel functions of the first and second order demonstrating the oscillating behavior. Source: Abramowitz and Stegun 1967, p. 359

<sup>139</sup> Barndorff-Nielsen et al. 1982, p. 145.

<sup>140</sup> Johnson et al. 1994, p. 259.

<sup>141</sup> Mariani et al. 2022, p. 306.

<sup>142</sup> Mariani et al. 2022, p. 306.

<sup>143</sup> Seshadri 1999, p. 7.

<sup>144</sup> Benth and Šaltytė-Benth 2004, p. 180.

<sup>145</sup> Barndorff-Nielsen 1997a, p. 44; Lebedev and Silverman 1972, p. 107.

<sup>146</sup> Lebedev and Silverman 1972, p. 108.

<sup>147</sup> Hanssen and Oigard 2001, p. 3985.

<sup>148</sup> Hanssen and Oigard 2001, p. 3986.

<sup>149</sup> Schoutens 2005, p. 60.

distribution has no such restrictions.<sup>150</sup> But the parameter  $\beta$  has the same function for both cases, to skew the distributions.<sup>151</sup> If  $\beta$  is negative, the distribution skews to the left, meaning it is positively skewed, if  $\beta > 0$ , it skews to the right and at  $\beta = 0$  it is symmetric around the location parameter  $\mu$ , which denotes the mean only in that case.<sup>152</sup>

The last parameter that is missing is the scale parameter delta  $\delta$ .<sup>153</sup> While we have not named it a scale parameter, we have already encountered one before. Many distributions, like the Normal distribution, use the standard deviation  $\sigma$  for this purpose.<sup>154</sup>

An example of a distribution that does not use a scale parameter is the Cauchy distribution, a distribution with an undefined standard deviation that is also nested inside the Normal Inverse distribution for the parameters  $NIG(0,0,1,0)$ .<sup>155</sup> The scale parameter controls how far out the distribution spreads.<sup>154</sup> In Figure 18 we can see that while a decrease in  $\alpha$  and an increase in  $\delta$  both have the effect of increasing the spread of the distribution, the shape of the tail is different.

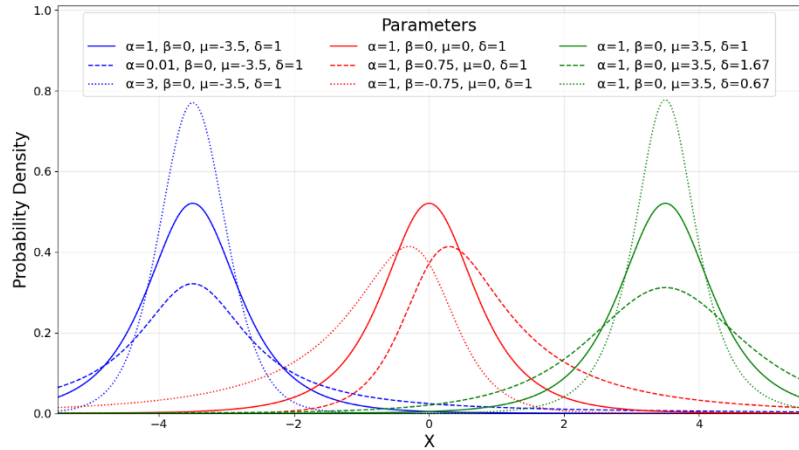


**Figure 18** - The Normal Inverse Gaussian distribution with different parameters and a solid line as a reference shape. Source: Own work.

Similarly to the Poisson process, the Lévy process for the Normal Inverse distribution has no Brownian part.<sup>156</sup> The Lévy triplet is given by  $[\gamma, 0, v_{NIG}(dx)]$ , where  $\gamma$  and  $v_{NIG}$  are:

$$\gamma = \mu + \frac{2\delta\alpha}{\pi} \int_0^1 \sinh(\beta x) K_1(\alpha x) dx \quad (35)$$

$$v_{NIG} = \frac{\delta\alpha}{\pi|x|} K_1(\alpha|x|) e^{\beta x}. \quad (36)$$

From the parameters, we can see that the Normal Inverse distribution is much more flexible than the Normal distribution and offers more possibilities for modeling the stock market. However, besides being a variance-mean mixture, this distribution can also be derived as a subclass of the Generalized Hyperbolic distribution.<sup>158</sup>

### 2.3.2 Generalized Hyperbolic Distribution

Barndorff-Nielsen introduced this type of distribution in 1977 as a variance-mean mixture between the Normal distribution and the Generalized Inverse Gaussian distribution.<sup>159</sup> This means that similar to the Normal Inverse distribution, the Generalized Hyperbolic

<sup>150</sup> Mariani et al. 2022, p. 306.

<sup>151</sup> Hanssen and Oigard 2001, p. 3985.

<sup>152</sup> Hanssen and Oigard 2001, pp. 3985–3986; Corlu et al. 2016, p. 174; Schoutens 2005, p. 60.

<sup>153</sup> Hanssen and Oigard 2001, p. 3986.

<sup>154</sup> DeGroot and Schervish 2012, p. 670.

<sup>155</sup> DeGroot and Schervish 2012, p. 670; Barndorff-Nielsen 1997b, p. 3.

<sup>156</sup> Schoutens 2005, p. 59.

<sup>157</sup> Barndorff-Nielsen 1997a, p. 47.

<sup>158</sup> Eberlein and Prause, p. 246.

<sup>159</sup> Eberlein and Prause, p. 245.



distribution originates indirectly from the Inverse Gaussian distribution.<sup>160</sup> The Generalized Inverse Gaussian distribution can be considered as a parent distribution with the Inverse Gaussian distribution, as well as other distributions, nested in it for special parameter cases.<sup>161</sup>

The probability density function of the Generalized Inverse Gaussian distribution is given by

$$PDF_{GIG}(x|\lambda, \alpha, \beta) = \frac{(\frac{\beta}{\alpha})^\lambda}{2K_\lambda(\alpha\beta)} x^{\lambda-1} e^{-\frac{1}{2}(\alpha^2 x^{-1} + \beta^2 x)} \quad (37)$$

and it is restricted to the positive  $x$ ,  $x > 0$ , as well as the parameters  $\alpha, \beta$  are restricted to  $\alpha, \beta > 0$ .<sup>162</sup>  $K_\lambda$  denotes the modified Bessel function of the third kind, similar to the Normal Inverse Gaussian distribution, just with the index  $\lambda$ .<sup>163</sup>

Due to the fact that the Inverse Gaussian distribution is a special case of the Generalized Inverse Gaussian distribution, we can get back to its probability density function (Eq. 33) by inserting lambda with  $\lambda = -\frac{1}{2}$ , but the parameterisation changes this way to  $IG\left(\sqrt{\frac{\beta}{\alpha}}, \alpha\right)$ .<sup>164</sup>

Given that the Normal Inverse Gaussian distribution, which has four parameters, is derived from a two-parameter distribution, the Inverse Gaussian distribution, it is no surprise that the Generalized Hyperbolic distribution will gain an additional parameter since the Generalized Inverse Gaussian distribution has three parameters. The Generalized Hyperbolic distribution is defined as

$$PDF_{GH}(x|\lambda, \alpha, \beta, \mu, \delta) = \frac{(\gamma/\delta)^\lambda}{\sqrt{2\pi\delta}K_\lambda(\delta\gamma)} e^{\beta(x-\mu)} \frac{K_{\lambda-\frac{1}{2}}(\alpha\sqrt{\delta^2+(x-\mu)^2})}{(\sqrt{\delta^2+(x-\mu)^2}/\alpha)^{\frac{1}{2}-\lambda}} \quad (38)$$

with  $\gamma := \sqrt{\alpha^2 - \beta^2}$  and the following restrictions:  $\delta \geq 0$  and  $|\beta| < \alpha$  if  $\lambda > 0$ ,  $\delta > 0$  and  $|\beta| < \alpha$  if  $\lambda = 0$ ,  $\delta > 0$  and  $|\beta| \leq \alpha$  if  $\lambda < 0$ .<sup>165</sup> The modified Bessel function of the third kind is denoted as  $K_\lambda$  with an index of  $\lambda$ .<sup>166</sup>

To get to the Normal Inverse Gaussian distribution from Eq. 34, we set our new parameter lambda to  $\lambda = -\frac{1}{2}$ .<sup>167</sup> This means that the previously known parameters  $\alpha, \beta, \mu$  and  $\delta$  still have the same properties as for the Normal Inverse Gaussian distribution.<sup>168</sup> Lambda, also called the class-defining parameter, gives us a lot of flexibility and enables us to get different types of distributions for various values of lambda  $\lambda$ .<sup>169</sup> Besides the Normal Inverse Gaussian distribution, we also have the hyperbolic distribution for  $\lambda = 1$  and  $\delta > 0$ , or the scaled Laplace distribution for  $\lambda = 1, \delta = 0$  and  $\beta = \mu = 0$ .<sup>170</sup>

<sup>160</sup> Cont and Tankov 2004, pp. 123–125; Barndorff-Nielsen 1997b, p. 2.

<sup>161</sup> Jørgensen 1982, p. 1.

<sup>162</sup> Schoutens 2005, p. 54.

<sup>163</sup> Schoutens 2005, p. 54; Barndorff-Nielsen 1997a, p. 44.

<sup>164</sup> Johnson et al. 1994, p. 284.

<sup>165</sup> Barndorff-Nielsen 1978, pp. 151–152; Corlu et al. 2016, p. 174.

<sup>166</sup> Barndorff-Nielsen 1978, p. 151.

<sup>167</sup> Eberlein and Prause, p. 246.

<sup>168</sup> Corlu et al. 2016, p. 174.

<sup>169</sup> Corlu et al. 2016, p. 174; Barndorff-Nielsen 1978, p. 152.

<sup>170</sup> Barndorff-Nielsen 1978, p. 152.

The effects for different Lambdas can be seen in Figure 19. The use of a semi-log scale, meaning the  $f(x)$ -axis uses the logarithmic scale, highlights the hyperbolic characteristic of the distribution.

A downside of the Generalized Hyperbolic distribution is that if you have two random variables based on this distribution, it is possible that their sum does not result in a Generalized Hyperbolic distribution, which can cause issues when working with data on different time scales.<sup>171</sup>

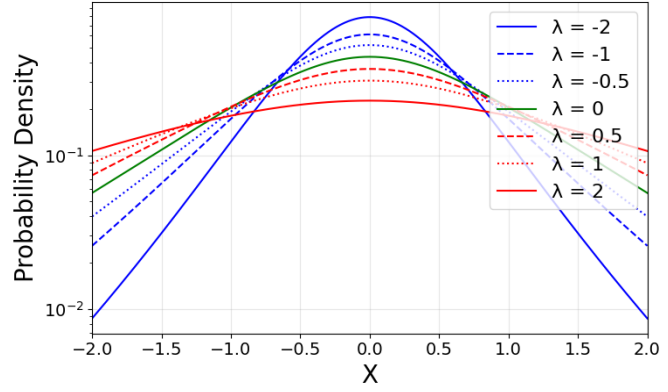


**Figure 19** - The Generalized Hyperbolic distribution with different values for Lambda  $\lambda$  on the semi-log scale. Source: Own work.

Since this distribution can also be used for the Lévy process, it is called Generalized Hyperbolic Process with the Lévy measure  $\nu(dx)$  depending on the class-defining parameter:

$$\nu(dx) = \begin{cases} \frac{e^{\beta x}}{|x|} \left( \int_0^\infty \frac{e^{-|x|\sqrt{2y+\alpha^2}}}{\pi^2 y (J_\lambda^2(\delta\sqrt{2y}) + N_\lambda^2(\delta\sqrt{2y}))} dy + \lambda e^{-\alpha|x|} \right), & \lambda \geq 0 \\ \frac{e^{\beta x}}{|x|} \int_0^\infty \frac{e^{-|x|\sqrt{2y+\alpha^2}}}{\pi^2 y (J_{-\lambda}^2(\delta\sqrt{2y}) + N_{-\lambda}^2(\delta\sqrt{2y}))} dy, & \lambda < 0 \end{cases} \quad (39)$$

Here  $J$  denotes the Bessel function of the first kind and  $N$  of the second kind with their respective indexes.<sup>173</sup>

## 2.4 Distributions

This brings us to distributions that do not have the properties for the Lévy process but have received considerable attention in the financial and academic worlds. While they are not part of the Lévy process, they can still be used as a random walk model or in conjunction with an -ARCH model.<sup>174</sup>

### 2.4.1 Student t-Distribution

The Student t-distribution was one of the earliest proposed alternatives to the Paretian distribution from Mandelbrot and Fama.<sup>175</sup> This distribution is also nested inside the Generalized Hyperbolic distribution and appears for  $\lambda < 0$  and  $\alpha = \beta = \mu = 0$ .<sup>176</sup>

Since the Generalized Hyperbolic distribution can be used for the Lévy process, which means it is infinitely divisible, it is no surprise that the Student t-distribution shares this property.<sup>177</sup> However, when we sum Student t-distributions with the help of convolution, the resulting distribution does not always follow a Student t-distribution, which means it is

<sup>171</sup> Cont and Tankov 2004, p. 125.

<sup>172</sup> Schoutens 2005, p. 65.

<sup>173</sup> Schoutens 2005, p. 147.

<sup>174</sup> Cont and Tankov 2004, p. 233; Finger et al. 1996, p. 66.

<sup>175</sup> Andersen 2001, p. 51; Corlu et al. 2016, p. 170.

<sup>176</sup> Barndorff-Nielsen 1978, p. 152.

<sup>177</sup> Grothe and Schmidt 2010, p. 1456.

not closed under convolution.<sup>178</sup> This results in there being no Lévy-Process for every point in time, but only an approximation of the Lévy-Student process.<sup>179</sup>

Not only is the Student t-distribution nested inside the Generalized Hyperbolic distribution, but it is also closely related to the standard Normal distribution as well as the Cauchy distribution.<sup>180</sup> The probability density function is given by

$$PDF_T(x|\nu) = \frac{\Gamma(\frac{\nu+1}{2})}{\sqrt{\nu\pi} \Gamma(\frac{\nu}{2})} \left(1 + \frac{x^2}{\nu}\right)^{-\frac{\nu+1}{2}} \quad (40)$$

where  $\nu > 0$  are the degrees of freedom and gamma  $\Gamma$  is the Gamma function.<sup>181</sup> The Gamma function is related to factorials and is defined as

$$\Gamma(z) = \int_0^\infty t^{z-1} e^{-t} dt. \quad (41)$$

The general shape of the Student t-distribution is similar to the bell curve shape of the Normal distribution with symmetry around its mean  $x = 0$ , however, the degrees of freedom  $\nu$  change the shape of the tail.<sup>183</sup> When  $\nu$  approaches infinity, the shape of the distribution tends to the normal standard distribution from Eq. 3, which can already be approximated for the degrees of freedom  $\nu \geq 30$ .<sup>184</sup> Due to its property of only being able to approach the Normal distribution, there will always be an excess kurtosis, which means it is a leptokurtic distribution. To get the Cauchy distribution, we set the degrees of freedom to  $\nu = 1$ .<sup>185</sup>

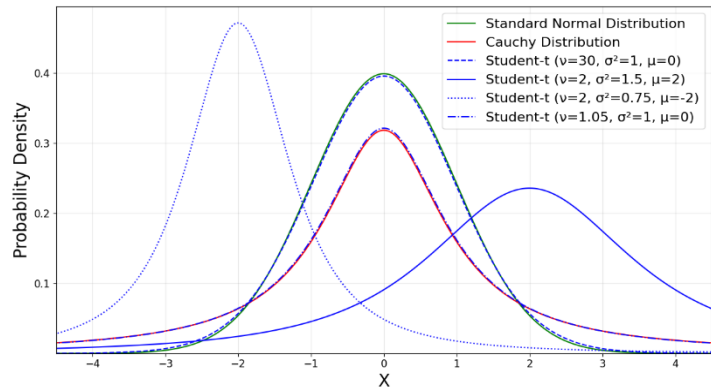


**Figure 20** - The Student t-distribution compared to the Normal distribution and Cauchy distribution. Source: Own work inspired by DeGroot and Schervish 2012, p. 483

Since we can see an upward trend in the stock market movement from Figure 8, as well as no perfect symmetry around  $x = 0$  in Figure 9, we will look at the multivariate version of the Student t-distribution. The extended version adds the location parameter  $\mu$  and the scale parameter  $\sigma$  to get the probability density function

$$PDF_T(x|\mu, \sigma, \nu) = \frac{\Gamma(\frac{\nu+1}{2})}{\Gamma(\frac{\nu}{2})\sigma\sqrt{\nu\pi}} \left(1 + \frac{1}{\nu} \left(\frac{x-\mu}{\sigma}\right)^2\right)^{-\frac{\nu+1}{2}}. \quad (42)$$

The extended version also lets us recognise more components from the Normal distribution (Eq. 9) as well.

<sup>178</sup> Cont and Tankov 2004, p. 69; Grothe and Schmidt 2010, p. 1457.

<sup>179</sup> Grothe and Schmidt 2010, p. 1455.

<sup>180</sup> DeGroot and Schervish 2012, p. 480.

<sup>181</sup> DeGroot and Schervish 2012, pp. 317, 480; Forbes 2011, p. 185.

<sup>182</sup> DeGroot and Schervish 2012, p. 317.

<sup>183</sup> DeGroot and Schervish 2012, p. 482; Jackman 2009, p. 507.

<sup>184</sup> Forbes 2011, p. 185; Li and Nadarajah 2018, p. 1463.

<sup>185</sup> Forbes 2011, p. 186.

<sup>186</sup> Jackman 2009, p. 508.

### 2.4.2 Skewed t-Distribution

One ability we are missing with the Student t-distribution is the ability to model the skewness. Over the years, there have been several extensions of the Student t-distribution, like the Folded t-distribution or the Discrete Student t-distribution, as well as different versions of the same extension.<sup>187</sup> An example of this is the Skewed t-distribution, since there is a version proposed by Fernandez and Steel and another one by Jones and Faddy.<sup>188</sup> Due to the technical limitations of the empirical part, we will deal with the Skewed t-distribution by Jones and Faddy.

The probability density function is given by

$$PDF_{ST}(x|a, b) = \frac{2^{1-a-b}}{\sqrt{a+b} \sqrt{B(a,b)}} \left(1 + \frac{x}{2\sqrt{a+b+x^2}}\right)^{a+\frac{1}{2}} \left(1 - \frac{x}{2\sqrt{a+b+x^2}}\right)^{b+\frac{1}{2}}. \quad (43)$$

A fundamental difference between the Student t-distribution and the Skewed t-distribution is that we now use the Beta function  $B$ , instead of the Gamma function  $\Gamma$ , but they are both closely related.<sup>190</sup> The Beta function is defined as

$$B(a, b) = \int_0^1 x^{a-1} (1-x)^{b-1} dx \quad (44)$$

with the restriction of  $a, b > 0$ .<sup>191</sup> This also restricts the parameters of the whole distribution to  $a, b > 0$ .<sup>189</sup> Furthermore, we can see that we are no longer directly working with the degrees of freedom but rather indirectly. The degrees of freedom are now given by  $2a$  when  $a = b$ .<sup>189</sup>

By looking at the probability density function of the Skewed t-distribution (Eq.43) and the Beta function (Eq.44), we can see a certain symmetry and trade-off between  $a$  and  $b$  that can assist us in understanding how the skewness works.<sup>192</sup> The skewness is controlled separately for each tail and therefore affected by the ratio of  $a$  and  $b$ .<sup>193</sup> That leaves us with a negative skew for  $a < b$  and a positive skew for  $a > b$ .<sup>194</sup>

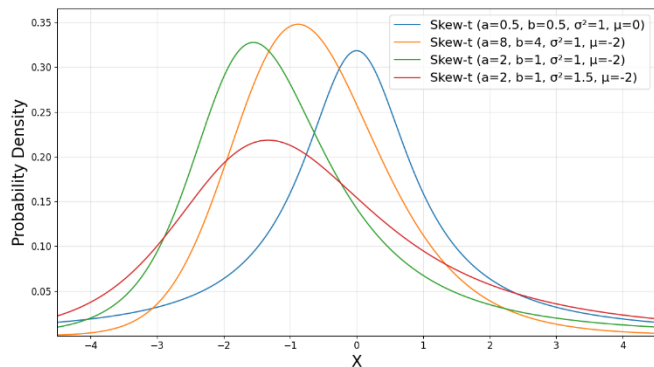


**Figure 21** – Jones' and Faddy's Skewed Student t-distribution for different parameters. Source: Own work.

Similarly to the Student t-distribution, we can extend this distribution with the help of a location and scaling parameter to gain more flexibility. This changes the probability density function to

<sup>187</sup> Li and Nadarajah 2018, p. 1468.

<sup>188</sup> Li and Nadarajah 2018, pp. 1472–1473.

<sup>189</sup> Jones and Faddy 2003, p. 159.

<sup>190</sup> Jones and Faddy 2003, p. 159; Lebedev and Silverman 1972, pp. 13–14.

<sup>191</sup> Lebedev and Silverman 1972, p. 13.

<sup>192</sup> Jones and Faddy 2003, p. 160.

<sup>193</sup> Jones 2008, p. 296.

<sup>194</sup> Jones and Faddy 2003, p. 159.

$$PDF_{ST}(x | \mu, \sigma, a, b) = \frac{2^{1-a-b}}{\sigma\sqrt{a+b}\sqrt{B(a,b)}} \left(1 + \frac{z}{2\sqrt{a+b+z^2}}\right)^{a+\frac{1}{2}} \left(1 - \frac{z}{2\sqrt{a+b+z^2}}\right)^{b+\frac{1}{2}} \quad (45)$$

where  $z$  is  $z = \frac{x-\mu}{\sigma}$  and might be recognised as the z-score.<sup>195</sup>

### 2.4.3 Johnson SU

The final distribution of interest for this thesis is the Johnson SU distribution. In the scientific literature, this distribution has performed well in combination with an APARCH model when it comes to modelling Value at Risk.<sup>196</sup> It is based on the Johnson translation system.<sup>197</sup> Unlike the distributions we have examined so far, this system has the probability density function incorporated inside it, and we have the flexibility to design the distribution based on the data we want to model.

Its standard form of transformation is given by

$$z = \gamma + \delta f(x) \quad (46)$$

where  $z$  denotes the Normal distribution with mean 0 and a variance of 1, which is the standard Normal distribution from Eq. 3.<sup>198</sup> The shape of the distribution is determined by the parameters  $\gamma$  and  $\delta$ .<sup>199</sup> However, their functionality depends on the choice for  $f(x)$  but a large  $\delta$  leads to the approximation of the underlying distribution of  $z$ , hence the Normal distribution.<sup>200</sup> The different possibilities for  $f(x)$  are given by

$$f(x) = \begin{cases} \ln(x) & \text{for } S_L \text{ (lognormal)} \\ \ln[x + \sqrt{x^2 + 1}] & \text{for } S_U \text{ (unbound)} \\ \ln\left[\frac{x}{1-x}\right] & \text{for } S_B \text{ (bounded)} \\ x & \text{for } S_N \text{ (normal)} \end{cases} \quad (47)$$

In our case, we are going with  $f(x) = \ln\left[\frac{x}{1-x}\right]$ .

To get the probability density function of  $x$  we insert the probability density function  $z$ , the standard Normal distribution, and solve for  $x$ , which leads to

$$PDF(x | \delta, z) = \delta f'(x) PDF_N(z) \quad (48)$$

$$PDF(x | \gamma, \delta) = \frac{\delta}{\sqrt{2\pi}} f'(x) e^{-\frac{1}{2}[\gamma + \delta f(x)]^2} \quad (49)$$

The probability density function for the standardized form of the Johnson SU distribution is therefore

$$PDF_{SU}(x | \gamma, \delta) = \frac{\delta}{\sqrt{2\pi}} \frac{1}{\sqrt{x^2 + 1}} e^{-\frac{1}{2}[\gamma + \delta \log(x + \sqrt{x^2 + 1})]^2} \quad (50)$$

<sup>195</sup> Rigby et al. 2020, p. 418.

<sup>196</sup> Novales Cinca and Garcia-Jorcano 2017, p. 23.

<sup>197</sup> Corlu et al. 2016, p. 174.

<sup>198</sup> Johnson 1949, p. 152; Novales Cinca and Garcia-Jorcano 2017, p. 8.

<sup>199</sup> Johnson 1949, p. 152.

<sup>200</sup> King 2018, pp. 409–413; Johnson 1949, p. 154.

<sup>201</sup> Corlu et al. 2016, p. 174.

<sup>202</sup> Johnson 1949, p. 162.

The skewness of the distribution is controlled by gamma  $\gamma$ , which indicates a positive skew for  $\gamma > 0$  and a negative skew for  $\gamma < 0$ .<sup>203</sup> Delta  $\delta$  changes the kurtosis of the distribution with the restriction of  $\delta > 0$ .<sup>204</sup> The distribution always remains leptokurtic.<sup>205</sup>

Similar to the previous distributions, we can add a location parameter  $\mu$  as well as a scale parameter  $\sigma$ . To do this, we adjust Eq. 46 to

$$z = \gamma + \delta f\left(\frac{x-\mu}{\sigma}\right).^{206} \quad (51)$$

Hence, we get a new probability density function of

$$PDF_{SU}(x|\mu, \sigma, \gamma, \delta) = \frac{\delta}{\sqrt{2\pi[(x-\mu)^2 + \sigma^2]}} e^{-\frac{1}{2}[\gamma + \delta \log(\frac{x-\mu + \sqrt{(x-\mu)^2 + \sigma^2}}{\sigma})]^2}, \quad (52)$$

where the location and scaling parameters behave similarly to the previous distributions with the limitation of  $\sigma > 0$ .<sup>207</sup>

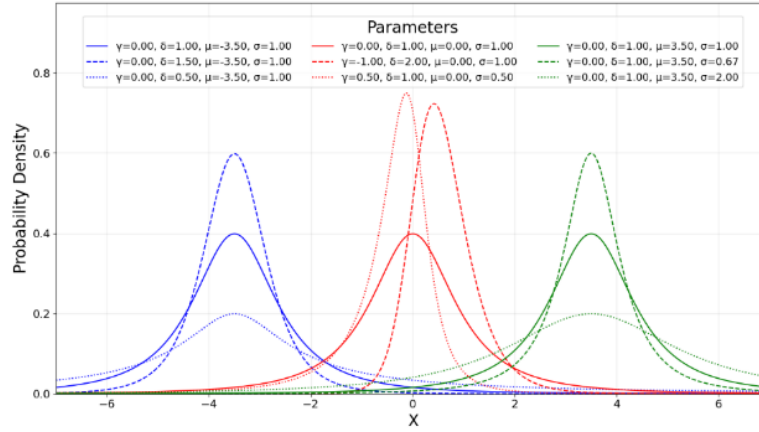


**Figure 22** - The Johnson SU distribution with different parameters. Source: Own work.

From Figure 22 we can see that the Johnson SU distribution shares similar properties to the Normal Inverse Gaussian distribution from Figure 18.

### 3 Empirical Process

In this chapter, we will first discuss how to estimate the parameters for the distributions. Then, we will look at the markets, how the data differ from one another, and what they can already reveal to help us interpret the final results. After that, we will discuss which error metric we will use to evaluate the fit of the distributions. Finally, the results are presented with their first deduced conclusions for each market.

#### 3.1 Parameter Estimation

To model the stock market, we need to fit the distribution parameters to the underlying data. Due to the complexity of the distributions and their parameters, we will use the Python library SciPy. SciPy is an open-source library that provides algorithms for scientific computing.<sup>208</sup> It contains a statistical submodule whose fitting method we can use to get

<sup>203</sup> Novales Cinca and Garcia-Jorcano 2017, p. 9.

<sup>204</sup> Novales Cinca and Garcia-Jorcano 2017, p. 8.

<sup>205</sup> King 2018, p. 410.

<sup>206</sup> Johnson 1949, p. 152.

<sup>207</sup> King 2018, p. 410.

<sup>208</sup> SciPy 2024.

an estimation for the parameters.<sup>209</sup> This method uses as a default the maximum likelihood estimation, but also has an option for the related maximum spacing estimation.<sup>210</sup>

It is important to note that well-fitted parameters do not automatically mean the distribution fits the data well. A good representation of this can be observed in Figure 9. We will evaluate the goodness of fit at a later point.

### 3.1.1 Maximum Likelihood Estimation

The likelihood function is defined as

$$L(\theta|x) = L(\theta_1, \dots, \theta_k|x_1, \dots, x_n) = \prod_{i=1}^n f(x_i|\theta_1, \dots, \theta_k) \quad (53)$$

where the parameters are given by  $\theta_k$ , and the data points are  $x_n$ .<sup>211</sup> This means that we now have a function with  $x$  as a given parameter instead of  $x$  as a variable.<sup>212</sup> To find the maximum likelihood of the function, we have to take the first derivative of the likelihood function and set it equal to 0, but it is possible that we find a local maximum instead of the global maximum, which means that we have to check whether the second derivative is below 0 and also investigate the function's boundaries.<sup>213</sup>

To better illustrate this, we will work with the Normal distribution from Eq.9 and these three data points  $x_1 = 1, x_2 = 3$  and  $x_3 = 8$ . The likelihood function for the first parameter  $\mu = \theta$  with a standard deviation of 1 is

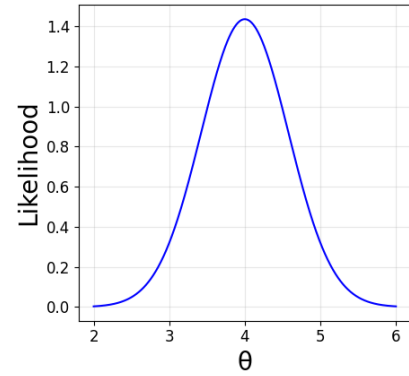


**Figure 23** - The likelihood function for the parameters from our example. Source: Own work.

$$L(\theta|x) = \prod_{i=1}^n \frac{1}{\sqrt{2\pi}} e^{-\frac{1}{2}(x_i - \theta)^2} = \frac{1}{\sqrt{2\pi}} e^{-\frac{1}{2}\sum_{i=1}^n (x_i - \theta)^2} \quad (54)$$

with the first derivative equaling 0 being

$$\sum_{i=1}^n (x_i - \theta) = 0. \quad (55)$$

In Figure 23 we can visually see that the likelihood function is maximised for  $\mu = \theta = 4$ .

By adding the standard deviation as another parameter, we also increase the complexity of the likelihood function, which we can observe in Figure 24. It also highlights the usefulness of using SciPy to fit distributions. In practice, the likelihood function is often simplified by using the natural logarithm to turn it into the log-likelihood function, but for the purpose of understanding, the normal likelihood function is sufficient.<sup>214</sup>

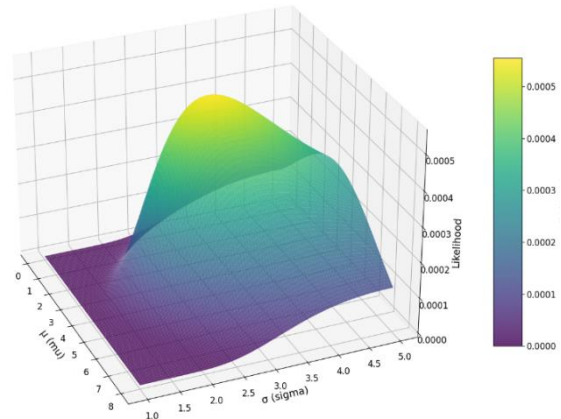


**Figure 24** - The likelihood function for our example with parameters  $\mu$  and  $\sigma$ . Source: Own work.

<sup>209</sup> fit — SciPy v1.14.1 Manual 2024.

<sup>210</sup> fit — SciPy v1.14.1 Manual 2024; Ranney 1984, p. 93.

<sup>211</sup> Casella and Berger 2024, p. 255.

<sup>212</sup> Ramachandran and Tsokos 2009, p. 236.

<sup>213</sup> Casella and Berger 2024, p. 256.

<sup>214</sup> Ramachandran and Tsokos 2009, p. 237.

However, maximising the likelihood function does not automatically lead to the best fit because the sampled data points might not reflect the underlying distribution, and even for infinitely large data sets, it is possible to find a parameter that does not reflect the actual underlying distribution's parameter.<sup>215</sup> Furthermore, it can also have trouble fitting a heavy-tailed distribution.<sup>216</sup>

### 3.1.2 Maximum Spacing Estimation

The alternative to the maximum likelihood estimation is the maximum spacing estimation. In order to understand how it works, we first have to look at a distribution in a different way. So far, we have mostly worked with the probability density function, which characterises a distribution, but a cumulative distribution function characterizes a probability density function.<sup>217</sup> The cumulative distribution function of a random variable  $X$ , for a continuous distribution, is defined for all values of  $x$  as

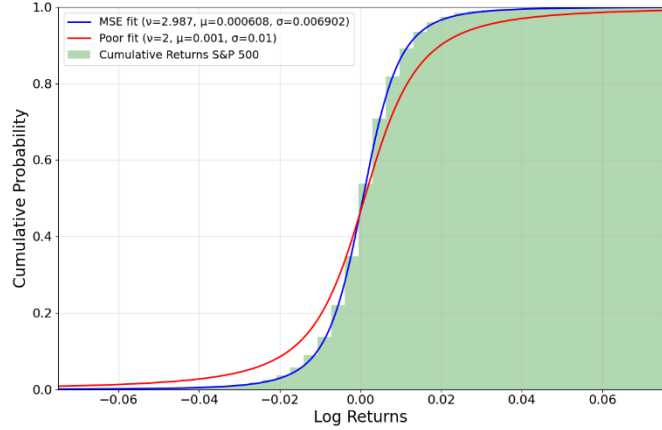


**Figure 25** - The cumulative data for the S&P 500 from 1980-2023 from Figure 9 compared to the cumulative distribution function of a Student  $t$ -distribution that has been fitted using maximum spacing estimation (MSE). In red is another Student  $t$ -distribution with a poorer fit. Source: Own work.

$$F(x) = CDF(x) = P(X \leq x) = \int_{-\infty}^x PDF(y). \quad (56)$$

It tells us the probability that the random variable  $X$  will be less or equal to  $x$ , and  $F(x)$  has the interval  $[0, 1]$ .<sup>219</sup>

As an example, we get a cumulative distribution function for the Normal distribution from Eq. 9 of

$$CDF_{Norm}(x | \mu, \sigma) = \frac{1}{\sigma\sqrt{2\pi}} \int_{-\infty}^x e^{-\frac{1}{2}\left(\frac{y-\mu}{\sigma}\right)^2} dy. \quad (57)$$

The maximum spacing estimation is inspired by the Kullback-Leibler information, which determines the information or the distance between two models.<sup>221</sup> Since we do not have a distribution to compare with, we have to approximate the distance between the model and the true distribution.<sup>222</sup>

To do this, we have to first sort the  $x$ 's according to their size.<sup>223</sup> Then, we have to estimate the space for the parameter  $\theta$  with the respective underlying distribution

$$S_n(\theta) = \frac{1}{n+1} \sum_{i=1}^{n+1} \ln(F(x_i | \theta) - F(x_{i-1} | \theta)), \quad (58)$$

<sup>215</sup> Shao and Hahn 1994, p. 419.

<sup>216</sup> Ranneby 1984, p. 93.

<sup>217</sup> DeGroot and Schervish 2012, p. 107.

<sup>218</sup> Ramachandran and Tsokos 2009, p. 84.

<sup>219</sup> Walpole et al. 2016, p. 105; DeGroot and Schervish 2012, p. 108.

<sup>220</sup> Parzen 1960, p. 189.

<sup>221</sup> Ranneby 1984, p. 93; Burnham and Anderson 2004, p. 51.

<sup>222</sup> Ranneby 1984, p. 93.

<sup>223</sup> Cheng and Amin 1983, p. 396.



where, if we want to find the best fit, we have to find the maximum  $S_n(\theta)$ .<sup>224</sup> We can see that the formula consists of two parts: a way to calculate the spacing information between a cumulative distribution function for  $x_i$  and the previous data point  $x_{i-1}$ , and the calculation of the geometric mean, which turns it into the average spacing of information between them.<sup>225</sup> The idea is that the underlying variable of the true  $F_0(X)$  is uniformly distributed.<sup>226</sup> By maximising  $S_n(\theta)$  we are reducing the variation in the spacings between two adjacent transformed data points  $(F(x_i|\theta) - F(x_{i-1}|\theta))$ , so that the underlying variable will be as identically spaced as possible.<sup>223</sup>

In Figure 26 we can see the spacings  $F(x_i|\theta) - F(x_{i-1}|\theta)$  for the S&P 500 from 1980-2023 for two Student t-distributions. In Figure 25 we can already see that the blue distribution had a better fit, which we can now verify by the more evenly spaced distances. The red distribution shows clear signs of higher variability in the spacings, especially when you compare the spacings from the outside with the ones from the middle.

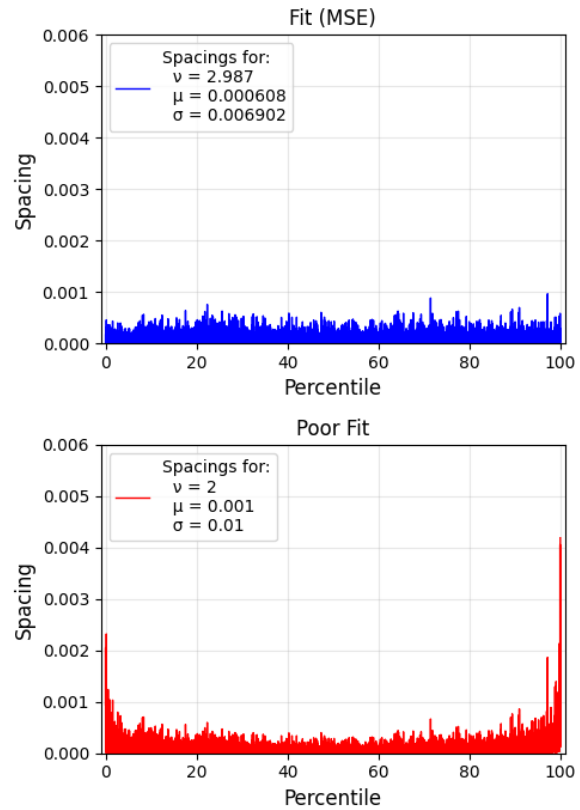


**Figure 26** - The spacings from for the maximum spacing estimated Student t-distribution and the poorer fitting one from Figure 25. Source: Own work.

The maximum spacing estimation can also be considered more efficient for data that is heavy-tailed and or skewed compared to the maximum likelihood estimation, which is why we will use it to estimate the parameters for our distributions.<sup>227</sup> In the case when a distribution cannot be fitted with the maximum spacing estimation, we will use the maximum likelihood estimation as a fallback.

### 3.2 Markets

In this section, we will examine the long-term movements of stock markets over the past years. To better understand the differences, we will investigate their moments. The market moments are important for choosing a distribution with the right flexibility, and they will help us understand how to evaluate the resulting fittings appropriately.

#### 3.2.1 Selection and Calculation Process

The selections of the stock markets are based on the ten biggest economies based on their gross domestic product in the year 2023 and their respective major stock market indices.

<sup>224</sup> Ranneby 1984, p. 95.

<sup>225</sup> Shao and Hahn 1994, p. 421; Cheng and Amin 1983, p. 396.

<sup>226</sup> Shao and Hahn 1994, pp. 421–422.

<sup>227</sup> Anatolyev and Kosenok 2005, p. 475.

| Country        | Index                                                      | Index Symbol     |
|----------------|------------------------------------------------------------|------------------|
| United States  | Standard & Poor's 500 Index                                | S&P 500          |
| China          | Shanghai Stock Exchange Composite Index                    | SSE C. Index     |
| Germany        | Deutscher Aktienindex                                      | DAX              |
| Japan          | Nikkei 225 Stock Average                                   | Nikkei 225       |
| India          | Bombay Stock Exchange Sensitive Index                      | BSE SENSEX       |
| United Kingdom | Financial Times Stock Exchange 100 Index                   | FTSE 100         |
| France         | Cotation Assistée en Continu 40                            | CAC 40           |
| Italy          | Financial Times Stock Exchange Milano Indice di Borsa      | FTSE MIB         |
| Brazil         | Índice Bovespa                                             | Bovespa          |
| Canada         | Standard & Poor's / Toronto Stock Exchange Composite Index | S&P/TSX C. Index |

**Table 2** -The countries sorted by gross domestic product with their major indices. Source: World Bank Open Data 2024

The data is collected with the help of the Python module `yfinance`, which allows us to download and work with stock market data available on Yahoo Finance.<sup>228</sup>

The time frame is the maximum common time frame based on the dates. This leads to the starting date being the 1<sup>st</sup> of January 1998 with an end date of the 1<sup>st</sup> of July 2024, 26 years and six months. The trading days range from 6410 for the Shanghai Stock Exchange Composite Index to 6771 for the Financial Times Stock Exchange Milano Indice di Borsa.<sup>229</sup>

The data's resolution is limited to daily. To calculate the daily return, we take the log of the day's closing points divided by the previous day's close. This allows us to remove the compound effect during the timeframe, which leads to the formula

$$r_t = \ln \left( \frac{P_t}{P_{t-1}} \right), \quad (59)$$

where  $P_t$  is the closing value.<sup>230</sup> The resulting returns are then rounded from 19 decimal places to six.<sup>231</sup>

<sup>228</sup> PyPI 2024.

<sup>229</sup> The complete range of trading days can be found in the appendix.

<sup>230</sup> Tsay 2010, p. 5.

<sup>231</sup> A visualization of all markets can be found in the appendix.

### 3.2.2 Market Moments

To get an overview of the different long-term market movements, we will investigate the moments. The moments are calculated according to Eq. 4 for the arithmetic mean, Eq. 6 for the variance, Eq. 11 for the skewness and Eq. 12 for the kurtosis.

| Index Symbol     | Mean     | Variance | Skewness  | Kurtosis  |
|------------------|----------|----------|-----------|-----------|
| S&P 500          | 0.000258 | 0.000151 | -0.378464 | 9.853052  |
| SSE C. Index     | 0.000139 | 0.000220 | -0.339475 | 5.393620  |
| DAX              | 0.000211 | 0.000212 | -0.179199 | 5.577070  |
| Nikkei 225       | 0.000150 | 0.000211 | -0.312655 | 5.814307  |
| BSE SENSEX       | 0.000468 | 0.000210 | -0.285421 | 8.537003  |
| FTSE 100         | 0.000066 | 0.000135 | -0.316993 | 7.369076  |
| CAC 40           | 0.000132 | 0.000196 | -0.207618 | 6.096724  |
| FTSE MIB         | 0.000037 | 0.000228 | -0.540815 | 8.227224  |
| Bovespa          | 0.000375 | 0.000362 | 0.250316  | 15.269357 |
| S&P/TSX C. Index | 0.000177 | 0.000120 | -0.895630 | 15.852166 |

**Table 3** - The market moments based on the daily data from 1.1.1998 to 1.7.2024. Source: Own work.

In the table, we can see that all indices have a positive mean, indicating that, on average, all of them experienced a net positive growth for the time frame. The average growth of all the markets is 0.02013% and India's BSE SENSEX has more than double with 0.0468%. Italy has the worst average return with only 0.0037%.

For the second moment, the variance, we can see that the markets are relatively close together. The average variance is 0.0002045, where only Brazil's Bovespa indicates higher volatility with 0.000362 and Canada experiences the lowest with 0.00012.

We are now looking at the part of the data that cannot be modelled with the properties of the Normal distribution. There are three points to highlight. All markets experience a skewness, with Germany's DAX being the closest to symmetrical with  $-0.179199$ . Brazil is the only one of the ten countries with a positive skew. This skew is preferred by investors because it means the range of positive returns is greater than that of negative ones.<sup>232</sup> All other countries investigated have a negative skew, with Canada having the biggest one at

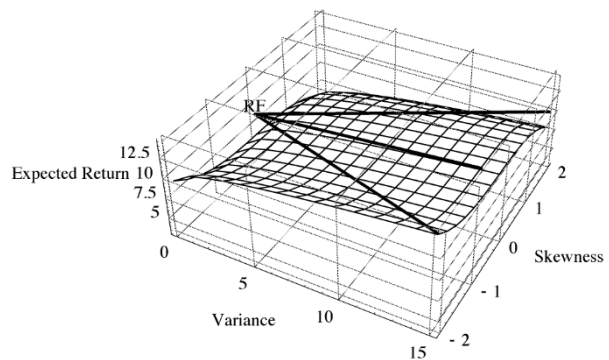


**Figure 27** - The mean-variance-skewness trade-off with RF as risk-free rate and three lines showing the required combinations to be equivalent with the risk-free rate. Source: Harvey and Siddique 2000, p. 1271

<sup>232</sup> Harvey and Siddique 2000, p. 1264.

−0.89563. To compensate for a negative skew, an investor would require a larger expected return, which can be seen in Figure 27.<sup>233</sup>

The last moment of interest is the kurtosis, which tells us how heavy the tail of the data is. China, Germany, and Japan have the lowest kurtosis, with an average of 5.595 between these three. This is still significantly above the kurtosis of the Normal distribution of 3. This means the data is leptokurtic, and using the Normal distribution to forecast returns would lead to an underestimation of the chances for extreme returns.<sup>234</sup> Canada and Brazil are, again, extreme cases, with kurtoses above 15, having the most heavy-tailed data.

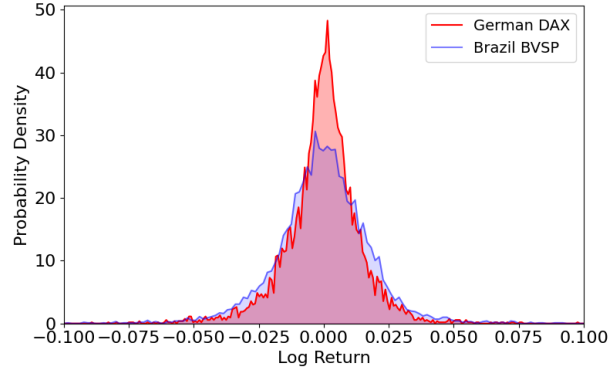


**Figure 28** - Germany's DAX compared to Brazil's Bovespa. The x-axis is limited due to visibility, cutting off some spread from Bovespa. The data displayed is grouped for better visibility. Source: Own work.

### 3.3 Fitting Error Metric

While the maximum spacing estimation enables us to find the most optimal parameters, it does not mean the distribution fits well. To better judge the individual fit, we can use an error metric. We will first investigate one of the most common metrics, the mean squared error. After discovering its strengths and weaknesses, we will look for an alternative.

#### 3.3.1 Mean Squared Error

Before we deal with the mean squared error, we have to lay the foundation and take a look at the bias of an estimator. The bias tells us the difference between our estimator and the value we want to predict.<sup>235</sup> It can be thought of as the random error value of the estimation or as an indicator of accuracy.<sup>236</sup> The bias is defined as

$$B(\hat{\theta}) = E(\hat{\theta}) - \theta, \quad (60)$$

where  $E(\hat{\theta})$  is the estimation and  $\theta$  is the target.<sup>237</sup> If the estimated value is equal to the targeted value,  $E(\hat{\theta}) = \theta$ , then it is considered an unbiased estimator, and it is considered good compared to a biased estimator, which is given when  $E(\hat{\theta}) \neq \theta$ .<sup>237</sup>

Since we are working with discrete data and continuous distributions that will result in different precise fits, some error is to be expected. We, therefore, not only would want this error to be small, but we also want this error to have as little of a variance as possible.<sup>237</sup> We can find this variance by looking at the mean squared error, which is given by

$$MSE(\hat{\theta}) = E[(\hat{\theta} - \theta)^2], \quad (61)$$

but it can also be transformed to

$$MSE(\hat{\theta}) = V(\hat{\theta}) + [B(\hat{\theta})]^2, \quad (62)$$

<sup>233</sup> Harvey and Siddique 2000, p. 1270.

<sup>234</sup> Guermat and Harris 2002, p. 412.

<sup>235</sup> DeGroot and Schervish 2012, p. 507.

<sup>236</sup> Ramachandran and Tsokos 2009, p. 247; Casella and Berger 2024, p. 267.

<sup>237</sup> Wackerly et al. 2008, p. 393.

turning it from a function that is based on the expected value and the actual value to a function that is based on the estimator's variance  $V(\hat{\theta})$  and the square of its bias.<sup>238</sup> This leads to the bias-variance trade-off, where we might exchange the distribution's accuracy for its variance, the precision, to get a lower mean squared error.<sup>239</sup>

However, we know from examining the stock market data that every market is leptokurtic, which leads to extreme events being more common. The consequence of this is that these data points exhibit a stronger impact on the mean squared error, making it more sensitive to them.<sup>240</sup> In Figure 29 we can see a Student t-distribution fitted to Canada's S&P/TSX Composite Index for the past 26 years and six months. The positive bias extends far into the left tail and into the tip of the right tail. This can lead to distributions, which can be considered to have a good fit, to be seen as having an inadequate fit.

Additionally, it is difficult to interpret the resulting mean squared error. If one stock market has data points clustered far outside and another market does not, we would get a smaller error value for one market. While it would tell us which distribution has the better fit, we do not have a scientific comparable measure to assess how good it fits.

### 3.3.2 Shapiro-Wilk Test

An alternative to the mean squared error is the Shapiro-Wilk Test. This test is designed to test how close data exhibits normality.<sup>241</sup> From our data analysis, we know that the markets are skewed and leptokurtic, but we can modify the test to assess how closely the data follows an underlying distribution. But before we look at the modification, we will first have a look at how this test works.

Other than the mean squared error, we do not get a variable as a result that tells us the size of the error, but instead we get an assessment of the hypothesis of whether the data follows a Normal distribution.<sup>242</sup> The Shapiro-Wilk test is considered one of the most powerful tests for normality, which even starts to work well for sample sizes of  $N > 30$ .<sup>243</sup>

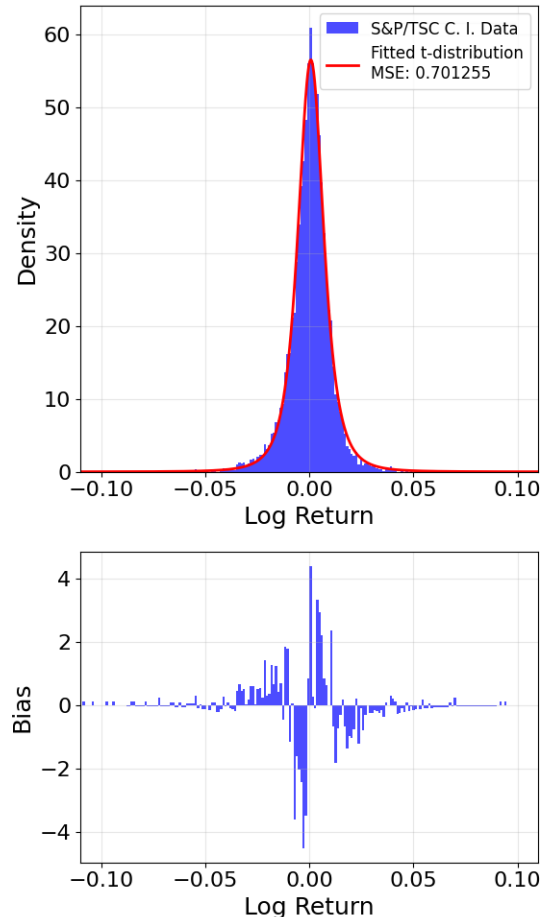


**Figure 29** - The top graph shows the fitted Student *t*-distribution to Canada's S&P/TSX Composite Index. The bottom graph shows the bias for each point. Source: Own work.

<sup>238</sup> Wackerly et al. 2008, p. 393; Dodge 2008, p. 337.

<sup>239</sup> Casella and Berger 2024, p. 267; Dawani 2020, p. 104.

<sup>240</sup> Lehman and Casella 1998, p. 51.

<sup>241</sup> Shapiro and Wilk 1965, p. 591.

<sup>242</sup> Shapiro and Wilk 1965, p. 602.

<sup>243</sup> Mohd Razali and Yap 2011, p. 32.

The null hypothesis  $H_0$  is the hypothesis that we verify to be true, and in the case of a rejection of the null hypothesis, we accept the alternative hypothesis  $H_1$ .<sup>244</sup> We decide whether we reject it or not based on the significance level.<sup>245</sup> The significance level tells us the probability that we falsely assume the null hypothesis to be false.<sup>246</sup> So this does not mean there is no chance for it to be true, but rather that this chance is slim.<sup>247</sup> The significance level is often set to 5%.

The Shapiro-Wilk test is defined as

$$W = \frac{(\sum_{i=1}^n a_i x_{(i)})^2}{\sum_{i=1}^n (x_i - \bar{x})^2}.^{248} \quad (63)$$

Here  $a_i$  contains the covariance matrix and vectors of the expected values for standard normal ordered statistics, which means the expected values for a standard Normal distribution are sorted by magnitude.<sup>249</sup> We use this  $a_i$  to estimate the slope of a linear regression of the ordered observations of  $x_{(i)}$ .<sup>250</sup> The random sample is denoted as  $x_i$  and  $\bar{x}$  is the corresponding mean.<sup>251</sup> We can think of the approximated slope as the expected variance of the Normal distribution and the division as an estimated variance.<sup>252</sup>

This leads to us comparing an expected variance with an estimated variance, and the closer this value is to the maximum value of 1, the lower the chance that we reject the null hypothesis that the data follows the Normal distribution.<sup>252</sup> The significance level for each  $W$  statistic can be found in a table.<sup>253</sup> The test was initially designed for  $7 \leq N \leq 2000$  and was later extended with a recommended range of  $5 \leq N \leq 5000$  in the Shapiro-Francia test.<sup>254</sup> We can still use this test even though our data has a minimum of 6410 data points because the  $W$  statistic still works, and only the significance level might be inaccurate.<sup>255</sup>

This brings us to the adaptation of the Shapiro-Francia test for leptokurtic data. For this, we will use the approach used by Monter-Pozos and

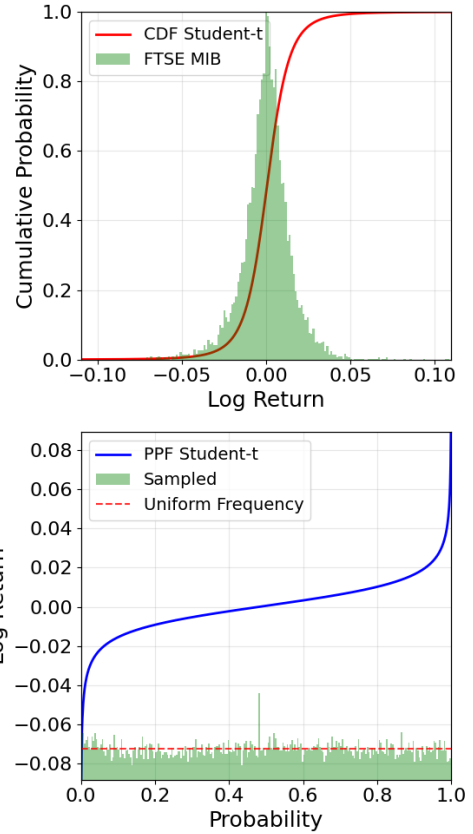


**Figure 30** - The cumulative distribution function and the quantile function of the Student  $t$ -distribution with Italy's index. The bottom graph contains the distribution generated from sampling the cumulative distribution function with the index data. Source: Own work.

<sup>244</sup> Walpole et al. 2016, p. 340.

<sup>245</sup> Dodge 2008, p. 250.

<sup>246</sup> Dodge 2008, p. 488.

<sup>247</sup> Walpole et al. 2016, p. 340.

<sup>248</sup> Park 2015, p. 9.

<sup>249</sup> Park 2015, p. 9; Harter 1961, p. 151.

<sup>250</sup> Shaprio and Wilk 1965, p. 593.

<sup>251</sup> Park 2015, p. 9; Shaprio and Wilk 1965, pp. 602–603.

<sup>252</sup> Shaprio and Wilk 1965, p. 593.

<sup>253</sup> Shaprio and Wilk 1965, pp. 603–605.

<sup>254</sup> Park 2015, p. 9.

<sup>255</sup> shapiro — SciPy v1.14.1 Manual 2024.

González-Estrada<sup>256</sup> to use the Shapiro-Wilk test to check whether the data follows a skewed Normal distribution. While we are not only working with the skew, but also the kurtosis, this approach has also been tested on the Student-t and a different parameterised form of the Skewed t-distribution, showing that it can work with both leptokurtic and skewed data.<sup>257</sup> Therefore, we can assume that it will also work for our untested distributions.

One difference is however, Monter-Pozos and González-Estrada use the Shapiro-Wilk test instead of the Shapiro-Francia test, which limits their approach with provided significance levels to  $N \leq 2000$ .<sup>258</sup>

Since we know the Shapiro-Wilk test is based on a normality assumption, we have to put approximately normal distributed data into it.<sup>259</sup> Monter-Pozos and González-Estrada solve this problem by transforming the non-normal data with the help of the non-mesokurtic distribution into approximately normal distributed data, if the initial data fitted well. For this, we first have to take the probability density function of our fitted distribution and turn it into a cumulative distribution function, which, when we sample our data from it, we get a uniform distribution if the assumed distribution is correct.<sup>260</sup>

To understand this better, we will take the probability distribution function of a Student t-distribution that has been fitted to Italy's stock exchange and turn it into its cumulative distribution function, which can be seen in the top graph of Figure 30. In the background, we can see the histogram of the market, running on a scale that is not shown for the  $y$ -axis. If we recall Eq.56, the cumulative distribution function shows us the cumulative probability so that  $X$  takes a value smaller or equal to  $x$ .<sup>261</sup> When we now put the stock data's  $x$ -values in into the cumulative distribution function, we get a uniform distributed  $CDF(x)$  as an output, which can be seen in the bottom graph of Figure 30.<sup>262</sup> The output has not been transformed otherwise. If we take a look at the probability density function of the uniform distribution with the lower bound  $a$  and the upper bound  $b$  is defined as

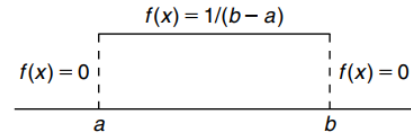


**Figure 31** - The probability density function of the uniform distribution. Source: Ramachandran and Tsokos 2009, p. 122

$$PDF_U(x|a, b) = \begin{cases} \frac{1}{b-a}, & a \leq x \leq b \\ 0 & \text{otherwise} \end{cases}, \quad (64)$$

we can see that the transformed data from the bottom graph of Figure 30 follows approximately the uniform distribution.<sup>263</sup>

In the case of a bad fit, we get a bell curve shape after we sample the original data from the fitted distribution. This can be observed in Figure 32 in the right graph. The shape most likely originates from the fact that the Normal distribution cannot capture the data in the

<sup>256</sup> Monter-Pozos and González-Estrada 2024.

<sup>257</sup> Monter-Pozos and González-Estrada 2024, p. 10.

<sup>258</sup> Monter-Pozos and González-Estrada 2024, p. 6.

<sup>259</sup> Monter-Pozos and González-Estrada 2024, p. 2.

<sup>260</sup> Monter-Pozos and González-Estrada 2024, p. 3.

<sup>261</sup> Deisenroth et al. 2021, p. 181.

<sup>262</sup> Monter-Pozos and González-Estrada 2024, p. 3.

<sup>263</sup> Ramachandran and Tsokos 2009, p. 122.



tails very well. For the modified Shapiro-Wilk test it is important to highlight that a good fit leads to a uniform distribution, and a bad fit does not.

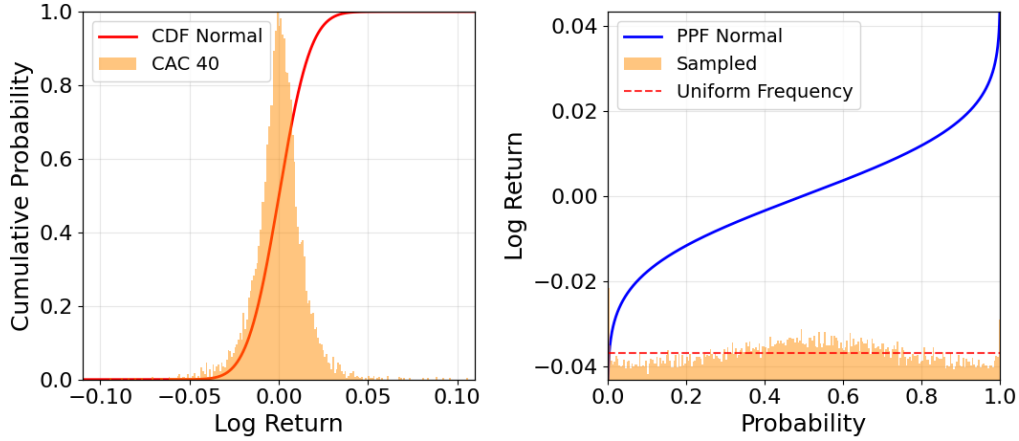


**Figure 32** - The cumulative distribution function and the quantile function of the Student  $t$ -distribution with France's CAC 40. The bottom graph contains the distribution generated from sampling the cumulative distribution function with the index data. Source: Own work.

The next step is to use the inverse of the cumulative distribution function.<sup>264</sup> It is called the percentile point function in SciPy, but it is also referred to as a quantile function.<sup>265</sup> This function can be observed in Figure 30 and Figure 32 as the function in blue. The quantile function can be thought of as showcasing the percentile on the  $x$ -axis and returning the corresponding random variable on the  $y$ -axis.<sup>266</sup>

It is defined as

$$F^{-1}(u) = \inf \{x: F(x) = u, 0 < u < 1\} \quad (65)$$

and if  $U$ , meaning the data we use it on is uniformly distributed, then we get the distribution function  $F$  out of it.<sup>267</sup> Monter-Pozos and González-Estrada use this property to transform our uniformly distributed data into normally distributed data by using the inverse cumulative distribution of the Normal distribution.<sup>264</sup> The Normal distribution does not have an explicit quantile function, and software is required to use it, but the general form is given by

$$F^{-1}(u|\mu, \sigma) = \mu + \sigma N(u), \quad (66)$$

Where  $N(u)$  is the standard normal quantile function.<sup>268</sup>

We can verify this by using it on our data from Figure 30 and Figure 32.

<sup>264</sup> Monter-Pozos and González-Estrada 2024, p. 3.

<sup>265</sup> ppf — SciPy v1.14.1 Manual 2024; DeGroot and Schervish 2012, p. 112.

<sup>266</sup> Rozovskii et al. 2003, pp. 55–56.

<sup>267</sup> Devroye 2013, p. 28.

<sup>268</sup> Gilchrist 2000, pp. 14, 126.



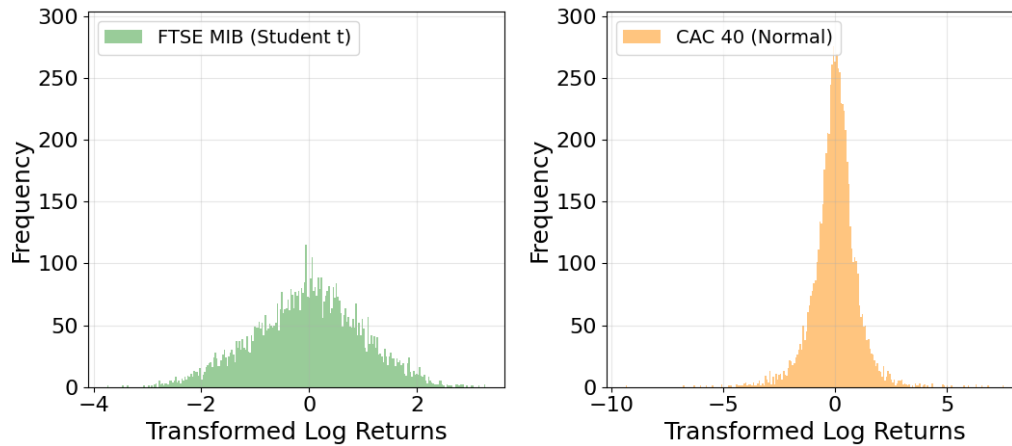


**Figure 33** - Italy's and France's stock market data were transformed using the quantile function of the Normal distribution. Source: Own work.

In Figure 33, we can see how the previous uniform distribution for Italy's stock market was transformed into a Normal distribution. Using this transformation on the data that the Normal distribution has generated, leads to the original data since we are taking the inverse of the cumulative distribution function of the Normal distribution. This shape indicates that it will perform badly while using a leptokurtic distribution should perform better in this modified Shapiro-Wilk test.

One problem with the modified Shapiro-Wilk test and the Shapiro-Francia test is the maximum of data points that can be used. While we can use it with more data points and still get an accurate result for the test statistic, we cannot evaluate the resulting significance levels properly because those are only available for  $30 \leq N \leq 2000$  and the results for  $5 \leq N \leq 5000$  have been calculated for data that has not been transformed.<sup>269</sup> We will group our data to make it possible to still use the significance levels for the modified Shapiro-Wilk test.

We do this with binning, which is a technique to reduce data by grouping neighbouring data points together and calculating their mean.<sup>270</sup> There are different methods to group this data, but we will group it by quantiles. This means for  $N = 2000$  we will have bins that represent  $100\%/2000bins = 0.05\%$  of the original data each. We will also investigate what 5000 bins ( $= 0.02\%$ ) outputs for the significance levels. While this will result in inaccurate significant levels, we will get a chance to assess whether they are far off or if we would arrive at relatively close values. We will also see the output of the test statistic for the ungrouped data.

Figure 34 visualises the effects of binning by quantiles. We can see that the tails are not as clustered the fewer bins are used, but the weight is still given to them by moving the grouped data outwards.

<sup>269</sup> Monter-Pozos and González-Estrada 2024, p. 6.

<sup>270</sup> Han et al. 2012, p. 115.

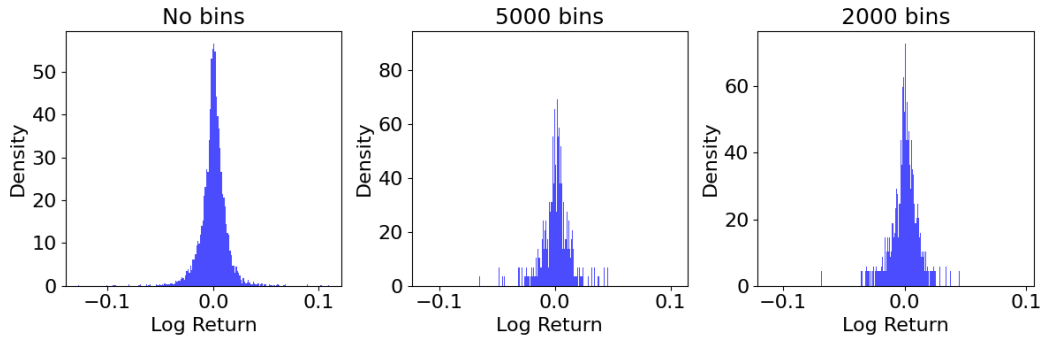


**Figure 34** - The S&P 500 histograms for no binning, 5000 bins and 2000 bins. Source: Own work.

The threshold for a 5% significance level is for  $N = 2000$   $W \geq 0.9987$  and using the unmodified table for  $N = 5000$  we need  $W \geq 0.998$ .<sup>271</sup> The results for the  $W$  statistic are rounded down, to not accidentally accept a close result.

### 3.4 Results

Here we are investigating the results of the fitting and how well they fit to build a better understanding of them, which we will discuss further in the following chapter. The parameters for each distribution for each stock market can be found in the appendix.

Standard & Poor's 500 Index

| Distribution        | $W_{N=6664}$ | $W'_{N=5000}$ | $H'_0$ | $W^*_{N=2000}$ | $H^*_0$ |
|---------------------|--------------|---------------|--------|----------------|---------|
| Normal              | -            | -             | Reject | 0.9047         | Reject  |
| Log-normal          | 0.8858       | 0.8883        | Reject | 0.8821         | Reject  |
| N. Inverse Gaussian | 0.9994       | 0.9994        | Accept | 0.9993         | Accept  |
| Gen Hyperbolic      | 0.9993       | 0.9993        | Accept | 0.9992         | Accept  |
| Student t           | 0.9983       | 0.9983        | Accept | 0.9983         | Reject  |
| JF Skewed t         | 0.9987       | 0.9987        | Accept | 0.9987         | Accept  |
| Johnson SU          | 0.9994       | 0.9994        | Accept | 0.9994         | Accept  |

**Table 4** - The fitting results for USA's Standard & Poor's 500 Index. Source: Own work.

These are the first fitting results we get to look at. We can see that we do not have a result for the Normal distribution for  $W'_{N=5000}$  and  $W_{N=6664}$ . This is most likely due to a divergence too far off from the underlying distribution which the code cannot handle. Therefore, we automatically reject the null hypothesis for these distributions. The Normal and Log-normal distribution perform by far the worst compared to all other tested distributions. This is also the market where the Normal distribution has the worst fit. For the test statistic where we get the most accurate result,  $W^*_{N=2000}$ , we have four out of seven distributions where we accept the null hypothesis that the market follows that underlying distribution. Out of all of them, the Student t-distribution is very close to being accepted. It passes the test for  $W'_{N=5000}$ , where we use the original significance level the test was designed for. From  $W^*_{N=2000}$  to  $W'_{N=5000}$  we have a minimal increase in the  $W$  statistic for the Log-normal, Normal Inverse

<sup>271</sup> Monter-Pozos and González-Estrada 2024, p. 8; Rahman and Govindarajulu 1997, p. 229.

and Generalized Hyperbolic distribution. The Log-normal distribution achieves a worse fit for  $W_{N=6664}$  compared to  $W'_{N=5000}$ .

#### Shanghai Stock Exchange Composite Index

| Distribution        | $W_{N=6410}$ | $W'_{N=5000}$ | $H'_0$ | $W^*_{N=2000}$ | $H^*_0$ |
|---------------------|--------------|---------------|--------|----------------|---------|
| Normal              | 0.9297       | 0.9298        | Reject | 0.9292         | Reject  |
| Log-normal          | 0.9290       | 0.9291        | Reject | 0.9285         | Reject  |
| N. Inverse Gaussian | 0.9995       | 0.9994        | Accept | 0.9994         | Accept  |
| Gen Hyperbolic      | 0.9994       | 0.9994        | Accept | 0.9994         | Accept  |
| Student t           | 0.9985       | 0.9985        | Accept | 0.9985         | Reject  |
| JF Skewed t         | 0.9985       | 0.9985        | Accept | 0.9985         | Reject  |
| Johnson SU          | 0.9992       | 0.9992        | Accept | 0.9992         | Accept  |

**Table 5** - The fitting results for China's Shanghai Stock Exchange Composite Index. Source: Own work.

Compared to the S&P 500 we do not achieve an adequate fit for the Skewed t-distribution and it performs exactly the same as the Student t-distribution. In Table 3 we saw that this index had the lowest kurtosis which made this the least leptokurtic market. The acceptance of only three out of the four distributions highlights the importance of flexibility beyond only a flexible kurtosis.

#### Deutscher Aktienindex

| Distribution        | $W_{N=6723}$ | $W'_{N=5000}$ | $H'_0$ | $W^*_{N=2000}$ | $H^*_0$ |
|---------------------|--------------|---------------|--------|----------------|---------|
| Normal              | 0.9401       | 0.9407        | Reject | 0.9391         | Reject  |
| Log-normal          | 0.9399       | 0.9405        | Reject | 0.9387         | Reject  |
| N. Inverse Gaussian | 0.9994       | 0.9994        | Accept | 0.9993         | Accept  |
| Gen Hyperbolic      | -            | -             | Reject | -              | Reject  |
| Student t           | 0.9980       | 0.9980        | Accept | 0.9980         | Reject  |
| JF Skewed t         | 0.9979       | 0.9979        | Reject | 0.9979         | Reject  |
| Johnson SU          | 0.9992       | 0.9992        | Accept | 0.9992         | Accept  |

**Table 6** - The fitting results for Germany's Deutscher Aktienindex. Source: Own work.

The German stock market is the only market where the test failed for the Generalized Hyperbolic distribution. The code has been run multiple times with the same result every time. The failure is most likely due to a bug in the code because the scale parameter  $\delta$  is set as 0, which is against our restriction of  $\delta > 0$ . Due to the Normal Inverse Gaussian distribution being accepted as an underlying distribution, we can also conclude that a fit with the Generalized Hyperbolic distribution would be possible.

The German stock market also has the lowest skewness, which makes it surprising that both t-distributions have been rejected for  $W^*_{N=2000}$  and the Skewed t-distribution even being closely rejected for  $W'_{N=5000}$ .

## Nikkei 225 Stock Average

| Distribution        | $W_{N=6492}$ | $W'_{N=5000}$ | $H'_0$ | $W^*_{N=2000}$ | $H^*_0$ |
|---------------------|--------------|---------------|--------|----------------|---------|
| Normal              | -            | 0.9511        | Reject | 0.9486         | Reject  |
| Log-normal          | -            | 0.9506        | Reject | 0.9481         | Reject  |
| N. Inverse Gaussian | 0.9991       | 0.9991        | Accept | 0.9989         | Accept  |
| Gen Hyperbolic      | 0.9994       | 0.9994        | Accept | 0.9993         | Accept  |
| Student t           | 0.9989       | 0.9989        | Accept | 0.9989         | Accept  |
| JF Skewed t         | 0.9965       | 0.9965        | Reject | 0.9965         | Reject  |
| Johnson SU          | 0.9994       | 0.9994        | Accept | 0.9993         | Accept  |

**Table 7** - The fitting results for Japan's Nikkei 225 Stock Average. Source: Own work.

We achieved the best fit for the Normal distribution for Japan's index, which is surprising because in Table 3 we can see similar moments for China's index, and the Nikkei 225 has a slightly bigger kurtosis. For  $W^*_{N=2000}$  we also accept the Student t over the Skewed t-distribution. For any  $W$ , the Skewed t-distribution is relatively far behind, too. The Johnson SU and Generalized Hyperbolic distribution perform slightly better than the Normal Inverse Gaussian distribution.

## Bombay Stock Exchange Sensitive Index

| Distribution        | $W_{N=6523}$ | $W'_{N=5000}$ | $H'_0$ | $W^*_{N=2000}$ | $H^*_0$ |
|---------------------|--------------|---------------|--------|----------------|---------|
| Normal              | -            | -             | Reject | 0.9220         | Reject  |
| Log-normal          | -            | -             | Reject | 0.9216         | Reject  |
| N. Inverse Gaussian | 0.9997       | 0.9997        | Accept | 0.9995         | Accept  |
| Gen Hyperbolic      | 0.9998       | 0.9998        | Accept | 0.9997         | Accept  |
| Student t           | 0.9992       | 0.9992        | Accept | 0.9992         | Accept  |
| JF Skewed t         | 0.9989       | 0.9989        | Accept | 0.9989         | Accept  |
| Johnson SU          | 0.9998       | 0.9998        | Accept | 0.9998         | Accept  |

**Table 8** - The fitting results for India's Bombay Stock Exchange Sensitive Index. Source: Own work.

This is one out of two stock markets that have an accepted null hypothesis for all distributions except the Normal and Log-normal distribution. With  $W^*_{N=2000} = 0.9998$  for the Johnson SU and  $W^*_{N=2000} = 0.9997$  for the Generalized, Hyperbolic distribution, we achieve very good fits. After the S&P 500, the Normal distribution has the worst fit for this stock market.

## Financial Times Stock Exchange 100 Index

| Distribution        | $W_{N=6688}$ | $W'_{N=5000}$ | $H'_0$ | $W^*_{N=2000}$ | $H^*_0$ |
|---------------------|--------------|---------------|--------|----------------|---------|
| Normal              | 0.9296       | 0.9290        | Reject | 0.9273         | Reject  |
| Log-normal          | 0.9290       | 0.9284        | Reject | 0.9266         | Reject  |
| N. Inverse Gaussian | 0.9997       | 0.9997        | Accept | 0.9996         | Accept  |
| Gen Hyperbolic      | 0.9997       | 0.9997        | Accept | 0.9997         | Accept  |
| Student t           | 0.9990       | 0.9990        | Accept | 0.9990         | Accept  |
| JF Skewed t         | 0.9986       | 0.9986        | Accept | 0.9987         | Accept  |
| Johnson SU          | 0.9997       | 0.9997        | Accept | 0.9997         | Accept  |

**Table 9** - The fitting results for United Kingdom's Financial Times Stock Exchange 100 Index. Source: Own work.

United Kingdom's stock market is the second stock market where we achieved an adequate fit for five out of the seven distributions at  $W^*_{N=2000}$ . The Normal distribution has the third worst fit here.

## Cotation Assistée en Continu 40

| Distribution        | $W_{N=6761}$ | $W'_{N=5000}$ | $H'_0$ | $W^*_{N=2000}$ | $H^*_0$ |
|---------------------|--------------|---------------|--------|----------------|---------|
| Normal              | 0.9373       | 0.9376        | Reject | 0.9354         | Reject  |
| Log-normal          | 0.9370       | 0.9373        | Reject | 0.9350         | Reject  |
| N. Inverse Gaussian | 0.9997       | 0.9996        | Accept | 0.9996         | Accept  |
| Gen Hyperbolic      | 0.9997       | 0.9997        | Accept | 0.9996         | Accept  |
| Student t           | 0.9989       | 0.9989        | Accept | 0.9989         | Accept  |
| JF Skewed t         | 0.9984       | 0.9984        | Accept | 0.9984         | Reject  |
| Johnson SU          | 0.9997       | 0.9997        | Accept | 0.9997         | Accept  |

**Table 10** - The fitting results for France's Cotation Assistée en Continu 40. Source: Own work

For France's Cotation Assistée en Continu 40 we can see that the Johnson SU distribution achieves a better fit with four parameters than the five parameter Generalized Hyperbolic distribution at  $W^*_{N=2000}$ . However, they perform comparably at  $W'_{N=5000}$  and beyond. The Normal Inverse Gaussian distribution also achieves a similar fit with more data points at  $W_{N=6761}$ .

## Financial Times Stock Exchange Milano Indice di Borsa

| Distribution        | $W_{N=6771}$ | $W'_{N=5000}$ | $H'_0$ | $W^*_{N=2000}$ | $H^*_0$ |
|---------------------|--------------|---------------|--------|----------------|---------|
| Normal              | 0.9360       | 0.9374        | Reject | 0.9373         | Reject  |
| Log-normal          | 0.9351       | 0.9366        | Reject | 0.9365         | Reject  |
| N. Inverse Gaussian | 0.9996       | 0.9996        | Accept | 0.9995         | Accept  |
| Gen Hyperbolic      | 0.9995       | 0.9995        | Accept | 0.9995         | Accept  |
| Student t           | 0.9984       | 0.9984        | Accept | 0.9984         | Reject  |
| JF Skewed t         | 0.9981       | 0.9981        | Accept | 0.9981         | Reject  |
| Johnson SU          | 0.9996       | 0.9996        | Accept | 0.9995         | Accept  |

**Table 11** - The fitting results for Italy's Financial Times Stock Exchange Milano Indice di Borsa. Source: Own work.

Italy has the second highest skewness after Canada's stock market index, which is reflected in only three cases where we accept the null hypothesis. Surprisingly, the Student t-distribution achieves a better fit than the Skewed t-distribution, indicating that the Jones and Faddy modification is not as flexible for fitting as expected or that the fitting algorithm cannot handle it well.

## Índice Bovespa

| Distribution        | $W_{N=6556}$ | $W'_{N=5000}$ | $H'_0$ | $W^*_{N=2000}$ | $H^*_0$ |
|---------------------|--------------|---------------|--------|----------------|---------|
| Normal              | -            | -             | Reject | -              | Reject  |
| Log-normal          | -            | -             | Reject | -              | Reject  |
| N. Inverse Gaussian | 0.9978       | 0.9978        | Reject | 0.9973         | Reject  |
| Gen Hyperbolic      | 0.9996       | 0.9995        | Accept | 0.9994         | Accept  |
| Student t           | 0.9994       | 0.9993        | Accept | 0.9992         | Accept  |
| JF Skewed t         | 0.9971       | 0.9971        | Reject | 0.9971         | Reject  |
| Johnson SU          | 0.9992       | 0.9991        | Accept | 0.9989         | Accept  |

**Table 12** - The fitting results for Brazil's Índice Bovespa. Source: Own work.

Brazil's stock market has two comparatively strong features: the highest variance and the second biggest kurtosis. This leads to a curious case where the simpler Student t-distribution is accepted while the Normal Inverse Gaussian distribution is rejected with its worst fit amongst all markets. This just highlights the difficulty of finding fitting parameters. The Johnson SU, while its null hypothesis is accepted, performs worse than the Student t-distribution for any  $W$ . This is also the first and only market where no Normal or Log-normal distribution was possible to be fitted for  $W^*_{N=2000}$ .

## Standard &amp; Poor's / Toronto Stock Exchange Composite Index

| Distribution       | $W_{N=6656}$ | $W'_{N=5000}$ | $H'_0$ | $W^*_{N=2000}$ | $H^*_0$ |
|--------------------|--------------|---------------|--------|----------------|---------|
| Normal             | -            | -             | Reject | -              | Reject  |
| Log-normal         | -            | -             | Reject | 0.8756         | Reject  |
| N.Inverse Gaussian | 0.9987       | 0.9987        | Accept | 0.9986         | Reject  |
| Gen Hyperbolic     | 0.9995       | 0.9995        | Accept | 0.9995         | Accept  |
| Student t          | 0.9983       | 0.9983        | Accept | 0.9982         | Reject  |
| JF Skewed t        | 0.9992       | 0.9992        | Accept | 0.9992         | Accept  |
| Johnson SU         | 0.9997       | 0.9997        | Accept | 0.9996         | Accept  |

**Table 13** - The fitting results for Canada's Standard & Poor's / Toronto Stock Exchange Composite Index. Source: Own work.

Canada's stock market can be considered the most extreme based on the moments from Table 3. It has the lowest variance, highest skew and the biggest kurtosis amongst the ten markets. Despite all this, the Johnson SU and the Generalized Hyperbolic distribution achieve a great fit while the Normal Inverse Gaussian distribution is rejected. The high skewness of Canada's stock market also leads to Jones' and Faddy's Skewed t-distribution being accepted. None of the distributions achieve a better fit with an increase in  $N$ .

#### 4 Discussion

From the results we can see that the normality assumption from the early days does not hold for any of the investigated stock markets. The Normal distribution achieved the best fit to Japan's stock market with  $W^*_{N=2000} = 0.9486$ , which has a low kurtosis but is also skewed. Germany's stock market has a slightly lower kurtosis, and more symmetry, features which would indicate a better fit for the Normal distribution, but it only achieved a fit of  $W^*_{N=2000} = 0.9391$ . This shows us how unreliable the Normal distribution is for fitting.

The Log-normal distribution, while being considered a leptokurtic distribution, did not achieve an improvement in fit. Considering that the Normal distribution failed to be evaluated twice and the Log-normal distribution only once, the Log-normal distribution can be considered to perform marginally more consistently, but this would require more research. Overall fitting has been improved substantially when any of the other distributions have been used.

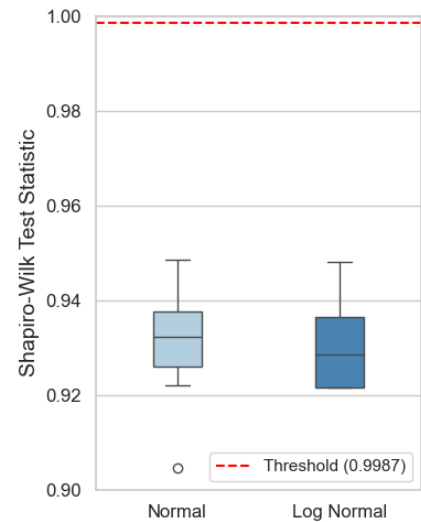


**Figure 35** - A boxplot for all available  $W^*_{N=2000}$  results for all markets for the normal and log Normal distribution with the required threshold. Source: Own work.

For the other distributions, we can see that the Generalized Hyperbolic distribution achieves the most consistent fit, which has been statistically significant for every successful fit.

When we look at the Normal Inverse Gaussian distribution, a limited version of the Generalized Hyperbolic distribution, we can see that it has more variance for the goodness of fit. This led to the null hypothesis being rejected twice.

The alternative to the four-parameter Normal Inverse Gaussian distribution is the four-parameter Johnson SU distribution. The null hypothesis has been accepted for all tested markets and even achieved the best fit for six of them, and three have been tied with the Generalized Hyperbolic distribution.

The Student t-distribution achieved a statistically significant fit for five out of the ten markets. Still, even where it was not a good fit, it performed much better than any of the Normal distributions, which makes it, with three parameters, a comparatively simple alternative to the Normal distribution to improve the accuracy.

The closely related Skewed t-distribution has only achieved an acceptable fit for four markets. It only achieved a better fit compared to the Student t-distribution two times despite having four parameters. This makes Jones' and Faddy's version of the Skewed t-distribution not a good choice for long-term stock market modelling.

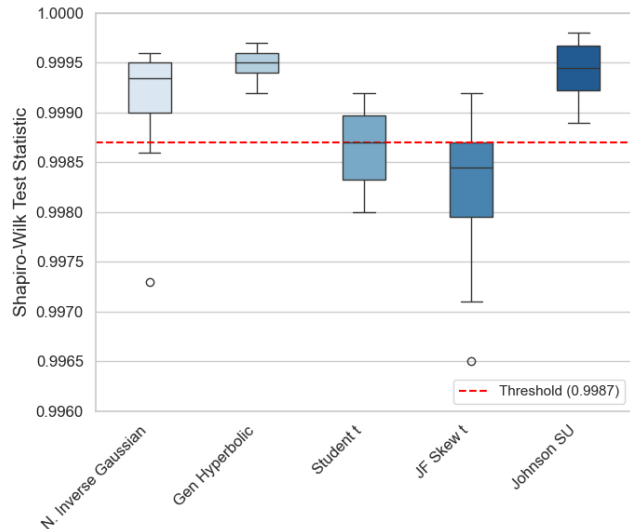


**Figure 36** - A boxplot for all available  $W_{N=2000}^*$  results for all markets for the non-normal distributions with the required threshold. Source: Own work.

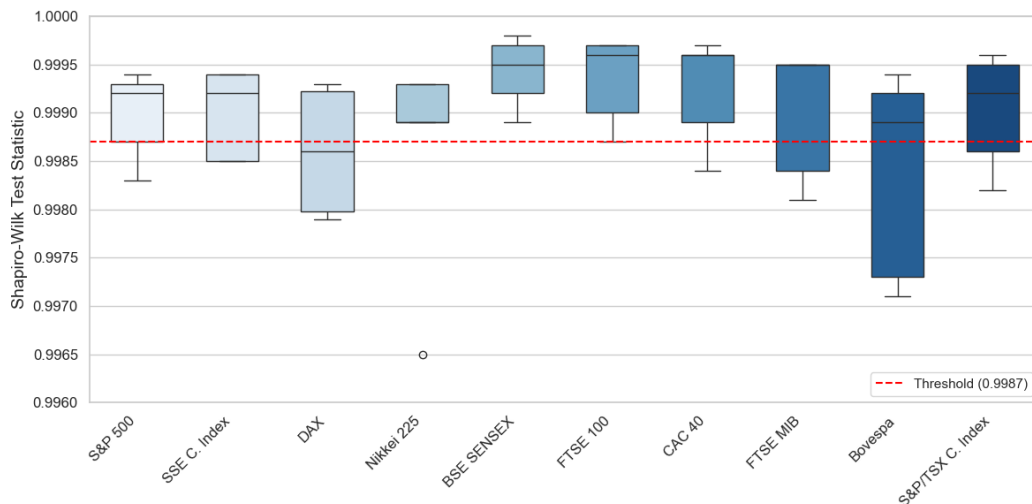


**Figure 37** - The achieved  $W$  for all markets, excluding the Normal and Log-normal distribution. Source: Own work.

When we take a look at the  $W_{N=2000}^*$  for each market, excluding the Normal and Log-normal distribution due to their bad fit, we can get an idea of how easy it is to model their long-term behaviour. Here, we can see that Japan's Nikkei 225 is very consistent in the modelling, with only the Skewed t-distribution as an exception. While sharing similar market moments, China's stock market shows more variance for the goodness of fit. India's



and the United Kingdom's stock markets are relatively easy to model, and the choice of distribution does not have as big of an impact. Brazil's and Canada's markets show by far the most leptokurtic behaviour. But this is where the similarities end. Brazil has the highest variance, and Canada has the lowest. Canada also has the highest skewness. These differences seem to positively affect the fitting process for Canada, while Brazil's stock market is the hardest to model.

When we take a look at the different decisions made for  $W_{N=2000}^*$  and  $W_{N=5000}'$ , we can see in Table 14 that the Student t-distribution would have been the most affected because the unmodified significance level would lead to a null hypothesis acceptance for all markets. One additional acceptance can also be seen for the Normal Inverse Gaussian distribution and two additional for the Skewed t-distribution.

| <b>Distribution</b><br><b>Index</b> | <b>Normal</b> | <b>Log-normal</b> | <b>Normal<br/>Inv. Gaus.</b> | <b>Gen.<br/>Hyper.</b> | <b>Student t</b> | <b>Skew t</b> | <b>Johnson SU</b> |
|-------------------------------------|---------------|-------------------|------------------------------|------------------------|------------------|---------------|-------------------|
| S&P 500                             | No            | No                | No                           | No                     | <u>Yes</u>       | No            | No                |
| SSE C. Index                        | No            | No                | No                           | No                     | <u>Yes</u>       | <u>Yes</u>    | No                |
| DAX                                 | No            | No                | No                           | No                     | <u>Yes</u>       | No            | No                |
| Nikkei 225                          | No            | No                | No                           | No                     | No               | No            | No                |
| FTSE 100                            | No            | No                | No                           | No                     | No               | No            | No                |
| CAC 40                              | No            | No                | No                           | No                     | No               | No            | No                |
| FTSE MIB                            | No            | No                | No                           | No                     | <u>Yes</u>       | <u>Yes</u>    | No                |
| Bovespa                             | No            | No                | No                           | No                     | No               | No            | No                |
| S&P/TSX C. I.                       | No            | No                | <u>Yes</u>                   | No                     | <u>Yes</u>       | No            | No                |

**Table 14** - Displaying whether the lower bound for  $W_{N=5000}'$  led to a different decision from  $W_{N=2000}^*$ . Source: Own work.

Using the unmodified thresholds leads to an overall good approximation, but the modification by Monter-Pozos and González-Estrada will hopefully be extended in the future for higher  $N$ .

## 5 Conclusion and Final Remarks

Based on the results, we can say that none of the markets show significant levels in following the Normal distribution over 26 years and six months. Leptokurtic distributions achieve a better fit, and even using the Student t-distribution over the Normal or Log-normal distribution increases the fit significantly. Introducing a skew to the Student t-distribution, according to Jones and Faddy, has not resulted in a better fit but a worse one, which is most likely due to the parametrization. A worse performance of the Skewed t-distribution compared to the Student t-distribution is also not in line with prior research.<sup>272</sup> A comparison of different types of Skewed t-distributions would be insightful.

The Normal Inverse Gaussian distribution had only a bad fit for two markets. The Johnson SU distribution achieved a very good fit for all markets, confirming previous research results where it was used to model Value at Risk.<sup>273</sup> The Generalized Hyperbolic distribution achieved a more consistently better fit than the Johnson SU, however, it might be easier to find fitting parameters for the Johnson SU distribution because it has only four parameters to estimate, compared to the Generalized Hyperbolic's five parameters.

It is important to take into account that the results will differ for different time periods, different parameter estimation algorithms and different error metrics. The modified approach to the Shapiro-Wilk test is also new, and with time, it could be that we discover aspects that affect the interpretation of the current results. Furthermore, we are also dealing with historical data, which does not mean these distributions will be able to model the future adequately.

---

<sup>272</sup> Giot and Laurent 2003, pp. 653–654; Abad et al. 2016, p. 10; Novales Cinca and Garcia-Jorcano 2017, p. 22.

<sup>273</sup> Novales Cinca and Garcia-Jorcano 2017, p. 23.

## 6 Appendix

### 6.1 Characteristic Functions

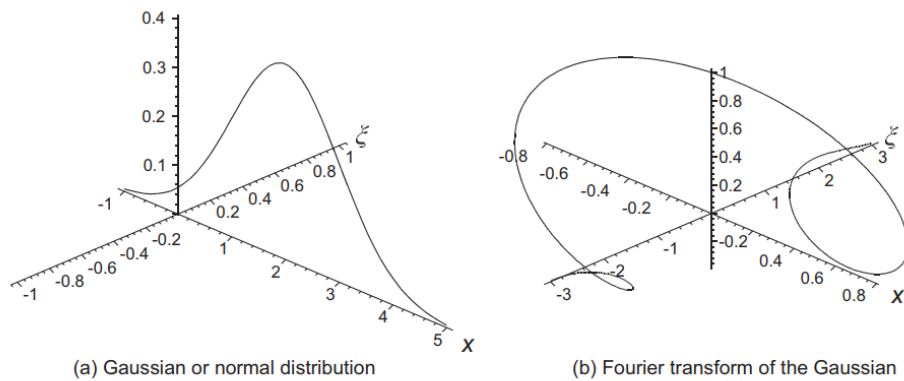


**Figure 38** - The Normal distribution and its characteristic function. Source Meikle 2004, p. 152

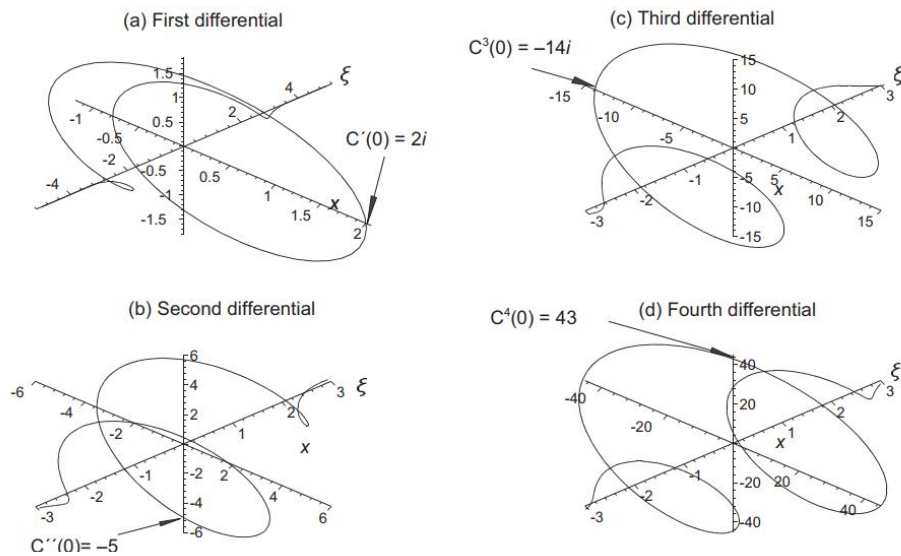


**Figure 39** - The four derivatives of the characteristic function, generating the mean, variance, skew and kurtosis. Source: Meikle 2004, p. 153

For further calculations, see Meikle 2004, p. 152.

## 6.2 Stock Markets Graphs

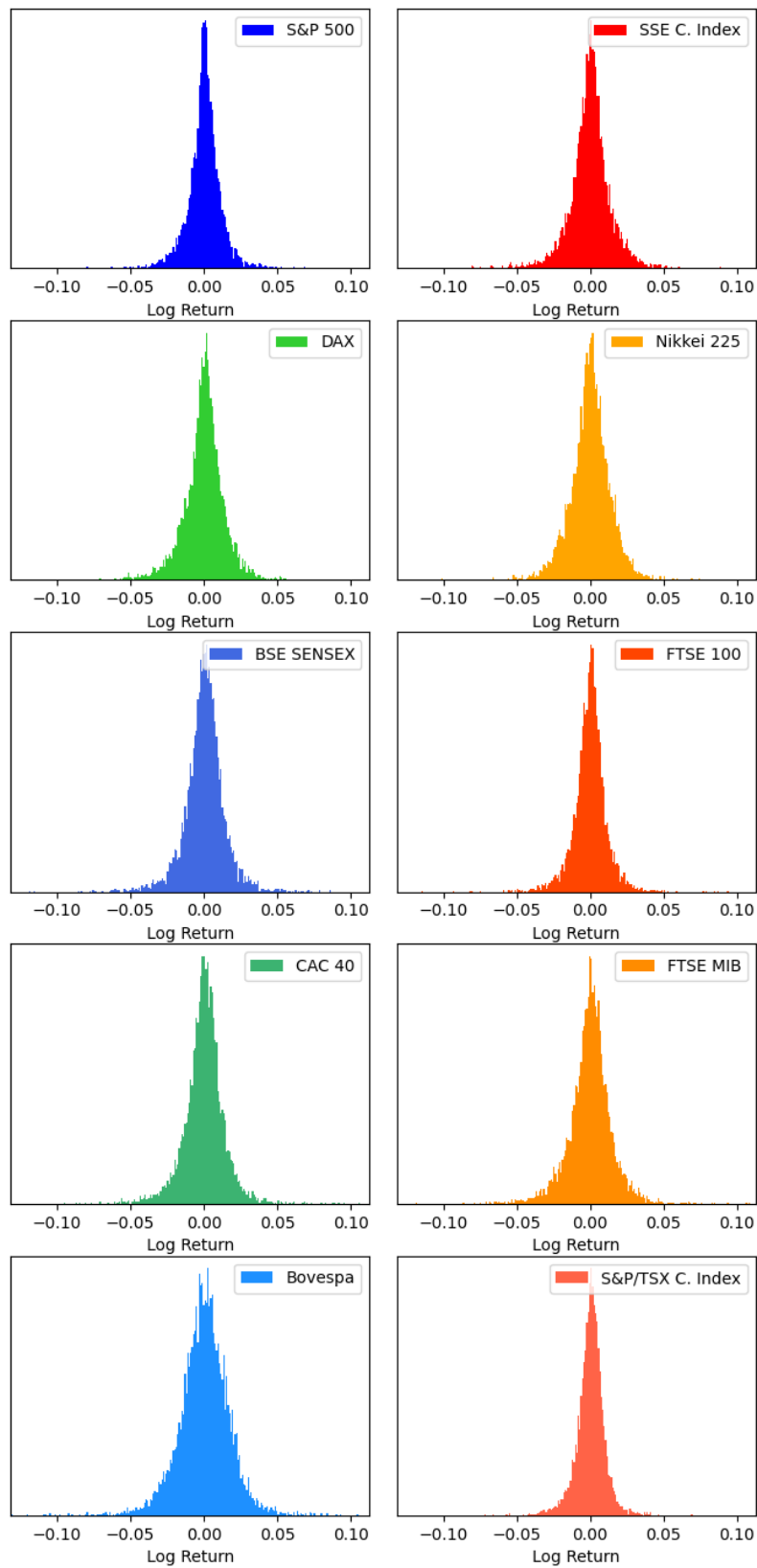


**Figure 40** - The market graphs. Source: Own work.

### 6.3 Trading Days

| Index Symbol            | Trading days |
|-------------------------|--------------|
| S&P 500                 | 6664         |
| SSE Composite Index     | 6410         |
| DAX                     | 6723         |
| Nikkei 225              | 6492         |
| BSE SENSEX              | 6523         |
| FTSE 100                | 6688         |
| CAC 40                  | 6761         |
| FTSE MIB                | 6771         |
| Bovespa                 | 6556         |
| S&P/TSX Composite Index | 6656         |

**Table 15** - Included trading days for the distribution fitting. Source: Own work.

### 6.4 Distribution Parameters

#### 6.4.1 Normal Distribution

| Index            | $\mu$    | $\sigma$ |
|------------------|----------|----------|
| S&P 500          | 0.000258 | 0.012278 |
| SSE C. Index     | 0.000139 | 0.014837 |
| DAX              | 0.000211 | 0.014556 |
| Nikkei 225       | 0.00015  | 0.01451  |
| BSE SENSEX       | 0.000468 | 0.014498 |
| FTSE 100         | 6.6e-05  | 0.011611 |
| CAC 40           | 0.000132 | 0.014003 |
| FTSE MIB         | 3.7e-05  | 0.015099 |
| Bovespa          | 0.000375 | 0.019024 |
| S&P/TSX C. Index | 0.000177 | 0.010952 |

**Table 16** - The fitted parameters for the Normal distribution. Source: Own work.

### 6.4.2 Log-normal Distribution

| Index            | $\mu$    | $\sigma$  | loc      |
|------------------|----------|-----------|----------|
| S&P 500          | 0.004554 | -0.275119 | 0.275096 |
| SSE C. Index     | 0.004336 | -3.42823  | 3.428334 |
| DAX              | 0.00353  | -4.118776 | 4.118986 |
| Nikkei 225       | 0.00347  | -4.168432 | 4.168504 |
| BSE SENSEX       | 0.003007 | -4.828883 | 4.829332 |
| FTSE 100         | 0.003687 | -3.147573 | 3.147673 |
| CAC 40           | 0.003717 | -3.763151 | 3.763277 |
| FTSE MIB         | 0.002916 | -5.175031 | 5.175036 |
| Bovespa          | 0.008595 | -2.211925 | 2.212219 |
| S&P/TSX C. Index | 0.00153  | -7.144245 | 7.144419 |

**Table 17** - The fitted parameters for the Log-normal distribution. Source: Own work.

### 6.4.3 Normal Inverse Gaussian Distribution

| Index            | $\alpha$ | $\beta$   | $\mu$    | $\delta$ |
|------------------|----------|-----------|----------|----------|
| S&P 500          | 0.43287  | -0.046038 | 0.001108 | 0.007946 |
| SSE C. Index     | 0.460441 | -0.027924 | 0.000751 | 0.010079 |
| DAX              | 0.563983 | -0.064127 | 0.001454 | 0.010861 |
| Nikkei 225       | 0.914573 | -0.077306 | 0.001309 | 0.01366  |
| BSE SENSEX       | 0.557822 | -0.049874 | 0.001423 | 0.010643 |
| FTSE 100         | 0.563648 | -0.051456 | 0.000854 | 0.008604 |
| CAC 40           | 0.612531 | -0.061278 | 0.00122  | 0.010825 |
| FTSE MIB         | 0.637409 | -0.076454 | 0.001471 | 0.011863 |
| Bovespa          | 0.847974 | -0.051805 | 0.001408 | 0.016875 |
| S&P/TSX C. Index | 0.494509 | -0.087264 | 0.001479 | 0.007266 |

**Table 18** - The fitted parameters for the Normal Inverse Gaussian distribution. Source: Own work.

#### 6.4.4 Generalized Hyperbolic Distribution

| Index         | $\lambda$ | $\alpha$ | $\beta$  | $\mu$   | $\delta$ |
|---------------|-----------|----------|----------|---------|----------|
| S&P 500       | -0.36689  | 0.43792  | -0.04240 | 0.00110 | 0.00731  |
| SSE C. Index  | -0.16276  | 0.46072  | -0.02286 | 0.00075 | 0.00812  |
| DAX           | 1.20108   | 3e-06    | -0.0     | 0.00258 | 0.0      |
| Nikkei 225    | -1.82834  | 0.48049  | -0.11212 | 0.00130 | 0.02023  |
| BSE SENSEX    | -0.97356  | 0.46775  | -0.05838 | 0.00139 | 0.01312  |
| FTSE 100      | -0.70113  | 0.53984  | -0.05550 | 0.00084 | 0.00946  |
| CAC 40        | -0.70438  | 0.59002  | -0.06614 | 0.00121 | 0.01187  |
| FTSE MIB      | -0.27490  | 0.63829  | -0.06890 | 0.00148 | 0.01058  |
| Bovespa       | -1.99042  | 0.06943  | -0.06943 | 0.00130 | 0.02626  |
| S&P/TSX C. I. | -1.30313  | 0.26602  | -0.10939 | 0.00137 | 0.01042  |

**Table 19** - The fitted parameters for the Generalized Hyperbolic distribution. Source: Own work.

#### 6.4.5 Student t-Distribution

| Index            | $\nu$    | $\mu$    | $\sigma$ |
|------------------|----------|----------|----------|
| S&P 500          | 2.768792 | 0.000652 | 0.007307 |
| SSE C. Index     | 2.825452 | 0.000426 | 0.009113 |
| DAX              | 3.149309 | 0.000672 | 0.009492 |
| Nikkei 225       | 4.151727 | 0.000455 | 0.01053  |
| BSE SENSEX       | 3.096277 | 0.000828 | 0.009211 |
| FTSE 100         | 3.115525 | 0.000362 | 0.007447 |
| CAC 40           | 3.254725 | 0.000513 | 0.009209 |
| FTSE MIB         | 3.338298 | 0.000531 | 0.01005  |
| Bovespa          | 3.962246 | 0.000661 | 0.01316  |
| S&P/TSX C. Index | 2.92413  | 0.000706 | 0.006486 |

**Table 20** - The fitted parameters for the Student t-distribution. Source: Own work.

#### 6.4.6 Skewed t-Distribution

| Index            | a        | b        | $\mu$    | $\sigma$ |
|------------------|----------|----------|----------|----------|
| S&P 500          | 1.232556 | 1.344504 | 0.001286 | 0.007133 |
| SSE C. Index     | 1.281585 | 1.330476 | 0.000754 | 0.008908 |
| DAX              | 1.230933 | 1.337424 | 0.001438 | 0.00895  |
| Nikkei 225       | 1.292356 | 1.329469 | 0.000688 | 0.009492 |
| BSE SENSEX       | 1.253785 | 1.326592 | 0.001324 | 0.008767 |
| FTSE 100         | 1.233899 | 1.341273 | 0.001037 | 0.007062 |
| CAC 40           | 1.257643 | 1.338046 | 0.001049 | 0.00867  |
| FTSE MIB         | 1.238294 | 1.393862 | 0.001838 | 0.009405 |
| Bovespa          | 1.312262 | 1.318552 | 0.000596 | 0.012038 |
| S&P/TSX C. Index | 1.189716 | 1.361879 | 0.001588 | 0.0062   |

**Table 21** - The fitted parameters for the Skewed t-distribution. Source: Own work.

#### 6.4.7 Johnson SU Distribution

| Index            | $\gamma$ | $\delta$ | $\mu$    | $\sigma$ |
|------------------|----------|----------|----------|----------|
| S&P 500          | 0.103268 | 1.084828 | 0.001458 | 0.00834  |
| SSE C. Index     | 0.048406 | 1.10066  | 0.000893 | 0.010581 |
| DAX              | 0.128142 | 1.176828 | 0.001994 | 0.011656 |
| Nikkei 225       | 0.116146 | 1.408881 | 0.001795 | 0.015418 |
| BSE SENSEX       | 0.096518 | 1.176923 | 0.001806 | 0.011425 |
| FTSE 100         | 0.098133 | 1.179112 | 0.001163 | 0.009236 |
| CAC 40           | 0.117751 | 1.212153 | 0.001703 | 0.011703 |
| FTSE MIB         | 0.137254 | 1.22862  | 0.002037 | 0.012892 |
| Bovespa          | 0.091386 | 1.376802 | 0.001993 | 0.01896  |
| S&P/TSX C. Index | 0.185253 | 1.136191 | 0.002028 | 0.007737 |

**Table 22** - The fitted parameters for the Johnson SU distribution. Source: Own work.



## 7 Publication Bibliography

- Abad, Pilar; Benito, Sonia; López Martín, Carmen; Ángel Sánchez-Granero, Miguel (2016): Evaluating the performance of the skewed distributions to forecast value-at-risk in the global financial crisis. In *JOR* 18 (5). DOI: 10.21314/JOR.2016.332.
- Ade, P. A. R.; Aghanim, N.; Armitage-Caplan, C.; Arnaud, M.; Ashdown, M.; Atrio-Barandela, F. et al. (2014): Planck 2013 results. XVI. Cosmological parameters. In *A&A* 571, A16. DOI: 10.1051/0004-6361/201321591.
- Alexander, Carol (2008): *Market Risk Analysis: Pricing, Hedging and Trading Financial Instruments*, Volume III: John Wiley & Sons.
- Anatolyev, Stanislav; Kosenok, Grigory (2005): An Alternative to Maximum Likelihood Based on Spacings. In *Econ. Theory* 21 (02), pp. 472–476. DOI: 10.1017/S0266466605050255.
- Andersen, T. (2001): The distribution of realized stock return volatility. In *Journal of Financial Economics* 61 (1), pp. 43–76. DOI: 10.1016/S0304-405X(01)00055-1.
- Andrade, Chittaranjan (2021): Z Scores, Standard Scores, and Composite Test Scores Explained. In *Indian journal of psychological medicine* 43 (6), pp. 555–557. DOI: 10.1177/02537176211046525.
- Applebaum, David (2004): *Lévy processes and stochastic calculus*. Reprint. Cambridge: Cambridge Univ. Press (Cambridge studies in advanced mathematics, 93).
- Bachelier, Louis; Davis, Mark; Etheridge, Alison (2006): *Speculation. Louis Bachelier and the origins of mathematical finance*. Princeton, NJ: Princeton University Press.
- Barndorff-Nielsen, O. (1978): Hyperbolic Distributions and Distributions on Hyperbolae. In *Scandinavian Journal of Statistics* 5 (3), pp. 151–157. Available online at <http://www.jstor.org/stable/4615705>.
- Barndorff-Nielsen, O.; Kent, J.; Sørensen, M.; Sorensen, M. (1982): Normal Variance-Mean Mixtures and z Distributions. In *International Statistical Review / Revue Internationale de Statistique* 50 (2), p. 145. DOI: 10.2307/1402598.
- Barndorff-Nielsen, Ole E. (1997a): Processes of normal inverse Gaussian type. In *Finance and Stochastics* 2 (1), pp. 41–68. DOI: 10.1007/s007800050032.
- Barndorff-Nielsen, Ole E.; Resnick, Sidney I.; Mikosch, Thomas (2001): *Lévy Processes. Theory and Applications*. Boston, MA: Birkhäuser Boston; Imprint; Birkhäuser.
- Barndorff-Nielsen, Ole E. (1997b): Normal Inverse Gaussian Distributions and Stochastic Volatility Modelling. In *Scandinavian J Statistics* 24 (1), pp. 1–13. DOI: 10.1111/1467-9469.00045.
- Benth, F.; Šaltytė-Benth, J. (2004): The Normal Inverse Gaussian Distribution and Spot Price Modelling in Energy Markets. In *Int. J. Theor. Appl. Finan.* 07 (02), pp. 177–192. DOI: 10.1142/S0219024904002360.
- Bhatti, Sajjad Haider; Hussain, Shahzad; Ahmad, Tanvir; Aslam, Muhammad; Aftab, Muhammad; Raza, Muhammad Ali (2018): Efficient estimation of Pareto model: Some modified percentile estimators. In *PloS one* 13 (5), e0196456. DOI: 10.1371/journal.pone.0196456.

Black, Fischer; Scholes, Myron (1973): The Pricing of Options and Corporate Liabilities. In *Journal of Political Economy* 81 (3), pp. 637–654. DOI: 10.1086/260062.

Boehme, T. K.; Bracewell, Ron (2000): The Fourier Transform and its Applications: McGraw-Hill Science/Engineering/Math.

Bollerslev, Tim (1986): Generalized autoregressive conditional heteroskedasticity. In *Journal of Econometrics* 31 (3), pp. 307–327. DOI: 10.1016/0304-4076(86)90063-1.

Brooks, Robert (2007): Power arch modelling of the volatility of emerging equity markets. In *Emerging Markets Review* 8 (2), pp. 124–133. DOI: 10.1016/j.ememar.2007.01.002.

Brooks, Robert D.; Faff, Robert W.; McKenzie, Michael D.; Mitchell, Heather (2000): A multi-country study of power ARCH models and national stock market returns. In *Journal of International Money and Finance* 19 (3), pp. 377–397. DOI: 10.1016/S0261-5606(00)00011-5.

Burnham, Kenneth P.; Anderson, David R. (2004): Model Selection and Multimodel Inference. New York, NY: Springer New York.

Campbell, P.; Abhyankar, S. (1978): Fractals, form, chance and dimension. In *The Mathematical Intelligencer* 1 (1), pp. 35–37. DOI: 10.1007/BF03023043.

Casella, George; Berger, Roger W. (2024): Statistical inference. Second edition. Boca Raton, FL: CRC Press (Texts in statistical science series).

Cheng, R. C. H.; Amin, N. A. K. (1983): Estimating Parameters in Continuous Univariate Distributions with a Shifted Origin. In *Journal of the Royal Statistical Society Series B: Statistical Methodology* 45 (3), pp. 394–403. DOI: 10.1111/j.2517-6161.1983.tb01268.x.

Chowdhury, Debashish (2005): 100 years of Einstein's theory of Brownian motion: from pollen grains to protein trains. Available online at <http://arxiv.org/pdf/cond-mat/0504610>.

Collani, Elart von.; Dräger, Klaus. (2001): Binomial Distribution Handbook for Scientists and Engineers. Boston, MA: Birkhäuser Boston; Imprint; Birkhäuser.

Cont, Rama.; Tankov, Peter (2004): Financial modelling with jump processes. Boca Raton, Fla.: Chapman & Hall/CRC (Chapman & Hall/CRC financial mathematics series).

Corlu, Canan G.; Meterelliyoz, Melike; Tiniç, Murat (2016): Empirical distributions of daily equity index returns: A comparison. In *Expert Systems with Applications* 54, pp. 170–192. DOI: 10.1016/j.eswa.2015.12.048.

Crow, Edwin L.; Shimizu, Kunio (1988): Lognormal distributions. Theory and applications. New York, NY: Dekker (Statistics, 88).

Dawani, Jay (2020): Hands-On Mathematics for Deep Learning. Build a solid mathematical foundation for training efficient deep neural networks. 1<sup>st</sup> ed. Birmingham: Packt Publishing Limited. Available online at <https://portal.igpublish.com/iglibrary/search/PACKT0005657.html>.

DeGroot, Morris H.; Schervish, Mark J. (2012): Probability and statistics. 4. ed. Boston: Addison-Wesley.

Deisenroth, Marc Peter; FAISAL, A. Aldo; Ong, Cheng Soon (2021): Mathematics for machine learning. Cambridge: Cambridge University Press.

Derman, Emanuel; Miller, Michael B. (2016): The Volatility Smile: Wiley.

- Devroye, Luc (2013): Non-uniform random variate generation. New York: Springer-Verlag.
- Ding, Zhuanxin; Granger, Clive W.J.; Engle, Robert F. (1993): A long memory property of stock market returns and a new model. In *Journal of Empirical Finance* 1 (1), pp. 83–106. DOI: 10.1016/0927-5398(93)90006-D.
- Dodge, Yadolah (2008): The concise encyclopedia of statistics. Berlin, Heidelberg: Springer.
- Eberlein, Ernst; Prause, Karsten: The Generalized Hyperbolic Model: Financial Derivatives and Risk Measures. In : 2002 – Mathematical finance, pp. 245–267.
- Engle, Robert F. (1982): Autoregressive Conditional Heteroscedasticity with Estimates of the Variance of United Kingdom Inflation. In *Econometrica* 50 (4), p. 987. DOI: 10.2307/1912773.
- Fama, Eugene F. (1963): Mandelbrot and the Stable Paretian Hypothesis. In *The Journal of Business* 36 (4), pp. 420–429. Available online at <http://www.jstor.org/stable/2350971>.
- Fama, Eugene F. (1965): The Behavior of Stock-Market Prices. In *The Journal of Business* 38 (1), pp. 34–105. Available online at <http://www.jstor.org/stable/2350752>.
- Finger, Chris; Athaide, Chris; Frederick, Elizabeth; Matero, John (1996): RiskMetrics. Technical Document. 4th. J.P.Morgan/Reuters. New York. Available online at <https://www.msci.com/documents/10199/5915b101-4206-4ba0-ae2-3449d5c7e95a>, checked on 6/2/2024.
- fit — SciPy v1.14.1 Manual (2024). Available online at <https://docs.scipy.org/doc/scipy/reference/generated/scipy.stats.fit.html>, updated on 8/22/2024, checked on 9/19/2024.
- Forbes, Catherine (2011): Statistical distributions. 4th ed. Hoboken, N.J.: Wiley.
- Gibson, Jerry D. (2023): Fourier Transforms, Filtering, Probability and Random Processes. Introduction to Communication Systems. 1st ed. 2023. Cham: Springer International Publishing; Springer (Synthesis Lectures on Communications).
- Gilchrist, Warren (2000): Statistical Modelling with Quantile Functions: Chapman and Hall/CRC.
- Giot, Pierre; Laurent, Sébastien (2003): Value-at-risk for long and short trading positions. In *J of Applied Econometrics* 18 (6), pp. 641–663. DOI: 10.1002/jae.710.
- Gourieroux, Christian; Jasiak, Joann (2001): Financial Econometrics. Problems, Models, and Methods. Princeton, NJ: Princeton University Press (Princeton series in finance, 1).
- Grothe, Oliver; Schmidt, Rafael (2010): Scaling of Lévy–Student processes. In *Physica A: Statistical Mechanics and its Applications* 389 (7), pp. 1455–1463. DOI: 10.1016/j.physa.2009.11.039.
- Guermat, Cherif; Harris, Richard D.F. (2002): Forecasting value at risk allowing for time variation in the variance and kurtosis of portfolio returns. In *International Journal of Forecasting* 18 (3), pp. 409–419. DOI: 10.1016/S0169-2070(01)00122-4.
- Haldane, A. (2009): Why banks failed the stress test: Bis Review (18). Available online at <http://econ.queensu.ca/faculty/milne/870/speech374.pdf>.

Han, Jiawei; Pei, Jian; Kamber, Micheline (2012): Data mining. Concepts and techniques. 3rd ed. Amsterdam, Boston, Heidelberg, Amsterdam, Boston, Heidelberg: Morgan Kaufmann; Elsevier (The Morgan Kaufmann series in data management systems).

Hanssen, A.; Oigard, T. A. (2001): The normal inverse Gaussian distribution: a versatile model for heavy-tailed stochastic processes. In : Proceedings. 7-11 May, 2001, Salt Palace Convention Center, Salt Lake City, Utah, USA. 2001 IEEE International Conference on Acoustics, Speech, and Signal Processing. Proceedings. Salt Lake City, UT, USA, 7-11 May 2001. ICASSP. Piscataway, N.J.: IEEE Service Center, pp. 3985–3988.

Harter, H. Leon (1961): Expected values of normal order statistics. In *Biometrika* 48 (1-2), pp. 151–165. DOI: 10.1093/biomet/48.1-2.151.

Harvey, Campbell R.; Siddique, Akhtar (2000): Conditional Skewness in Asset Pricing Tests. In *The Journal of Finance* 55 (3), pp. 1263–1295. DOI: 10.1111/0022-1082.00247.

Herrnstein, Richard J.; Murray, Charles A. (1994): The bell curve. Intelligence and class structure in American life. [4. Dr.]. New York [u.a]: Free Press.

Itô, Kiyosi; Barndorff-Nielsen, Ole E.; Sato, Ken-iti (2004): Stochastic Processes. Berlin, Heidelberg: Springer Berlin Heidelberg.

Jackman, Simon (2009): Bayesian Analysis for the Social Sciences: Wiley (Wiley series in probability and statistics).

Johnson, Norman Lloyd (1949): Systems of frequency curves generated by methods of translation. In *Biometrika* 36 (1-2), pp. 149–176. DOI: 10.1093/biomet/36.1-2.149.

Johnson, Norman Lloyd; Kotz, S.; Balakrishnan, N. (1994): Continuous univariate distributions. 2nd ed. New York [N.Y., etc.]: Wiley (Wiley series in probability and mathematical statistics. Applied probability and statistics section).

Jones, M. C. (2008): The family and their close and distant relations. In *Journal of the Korean Statistical Society* 37 (4), pp. 293–302. DOI: 10.1016/j.jkss.2008.06.002.

Jones, M. C.; Faddy, M. J. (2003): A Skew Extension of the T -Distribution, with Applications. In *Journal of the Royal Statistical Society Series B: Statistical Methodology* 65 (1), pp. 159–174. DOI: 10.1111/1467-9868.00378.

Jørgensen, Bent (1982): Statistical properties of the generalized inverse Gaussian distribution. New York, Heidelberg, Berlin: Springer (Lecture notes in statistics (Springer-Verlag), 9).

Kim, Dae-Jun; Kim, Jin-Hee; Yun, Eun-Jeong; Kang, Dae Gyoong; Ban, Eunhye (2024): Farmstead-Specific Weather Risk Prediction Technique Based on High-Resolution Weather Grid Distribution. In *Atmosphere* 15 (1), p. 116. DOI: 10.3390/atmos15010116.

King, Myke (2018): Johnson Distribution. In Myke King (Ed.): Statistics for process control engineers. A practical approach. First edition. Hoboken, NJ: Wiley, pp. 409–414.

Lavenda, Bernard H. (1985): Brownian Motion. In *Sci Am* 252 (2), pp. 70–85. DOI: 10.1038/scientificamerican0285-70.

Lebedev, Nikolaj Nikitič forme avant 2007; Silverman, Richard A. (1972): Special functions and their applications. Revised English ed., unbridged and corrected replication published by Prentice-Hall 1965. New York: Dover.

Lehman, E. L.; Casella, George (1998): Theory of Point Estimation. New York: Springer-Verlag.

Li, Rui; Nadarajah, Saralees (2018): A review of Student's t distribution and its generalizations. In *Empir Econ* 58 (3), pp. 1461–1490. DOI: 10.1007/s00181-018-1570-0.

Limpert, Eckhard; Stahel, Werner a.; Abbt, Markus (2001): Log-normal Distributions across the Sciences: Keys and Clues. In *BioScience* 51 (5), p. 341. DOI: 10.1641/0006-3568(2001)051[0341:LNDATS]2.0.CO;2.

Liu, Y.; Gopikrishnan, P.; Cizeau, P.; Meyer, M.; Peng, C. K.; Stanley, H. E. (1999): Statistical properties of the volatility of price fluctuations. In *Physical review. E, Statistical physics, plasmas, fluids, and related interdisciplinary topics* 60 (2 Pt A), pp. 1390–1400. DOI: 10.1103/physreve.60.1390.

Lütkepohl, Helmut (2005): New introduction to multiple time series analysis. Berlin: Springer.

Maejima, Makoto (2001): Semistable Distributions. In Ole E. Barndorff-Nielsen, Sidney I. Resnick, Thomas Mikosch (Eds.): *Lévy Processes*. Boston, MA: Birkhäuser Boston, pp. 169–183.

Mandelbrot, Benoit (1963): New Methods in Statistical Economics. In *Journal of Political Economy* 71 (5), pp. 421–440. Available online at <http://www.jstor.org/stable/1829014>.

Mandelbrot, Benoit B. (1997a): The variation of certain speculative prices. In Benoit B. Mandelbrot (Ed.): *Fractals and Scaling in Finance*. New York, NY: Springer New York, pp. 371–418.

Mandelbrot, Benoit B. (1997b): The variation of the prices of cotton, wheat, and railroad stocks, and of some financial rates. In Benoit B. Mandelbrot (Ed.): *Fractals and Scaling in Finance*. New York, NY: Springer New York, pp. 419–443.

Mandelbrot, Benoit B. (2001): Scaling in financial prices: I. Tails and dependence. In *Quantitative Finance*. Available online at <https://www.semanticscholar.org/paper/Scaling-in-financial-prices%3A-I.-Tails-and-Mandelbrot/f4492278f6e009350a66721075b4b4a754d617a3>.

Mandelbrot, Benoit B.; Hudson, Richard L. (2006): The (mis)behavior of markets. A fractal view of financial turbulence. New York: Basic Books.

Mariani, Maria C.; Beccar-Varela, Maria Pia; Tweneboah, Osei Kofi (Eds.) (2022): Data science in theory and practice. Techniques for big data analytics and complex data sets. Hoboken, NJ: Wiley.

Matia, K.; Pal, M.; Salunkay, H.; Stanley, H. E. (2004): Scale-dependent price fluctuations for the Indian stock market. In *Europhys. Lett.* 66 (6), pp. 909–914. DOI: 10.1209/epl/i2003-10267-y.

Meikle, Hamish (2004): Fourier transforms. A new twist. Weinheim, Chichester: Wiley-VCH; John Wiley.

Merton, Robert C. (1978): On the mathematics and economic assumptions of continuous-time models. 981-78: Cambridge, Mass. : Alfred P. Sloan School of Management, M.I.T. Available online at

<https://dspace.mit.edu/bitstream/handle/1721.1/48668/onmathematicseco00mert.pdf%3Bjsessionid%3DD7A7B6CB6FD66BAEF5962E034522D79B?sequence%3D1>, checked on 12/06/24.

Meyers, Robert A. (Ed.) (2009): *Encyclopedia of complexity and systems science*. New York: Springer.

Mills, Terence C. (2005): *The econometric modelling of financial time series*. 2. ed., transferred to digital print. Cambridge: Cambridge Univ. Press.

Mohd Razali, Nornadiah; Yap, Bee Wah (2011): Power Comparisons of Shapiro-Wilk, Kolmogorov-Smirnov, Lilliefors and Anderson-Darling Tests (2). Available online at [https://www.researchgate.net/publication/267205556\\_Power\\_Comparisons\\_of\\_Shapiro-Wilk\\_Kolmogorov-Smirnov\\_Lilliefors\\_and\\_Anderson-Darling\\_Tests](https://www.researchgate.net/publication/267205556_Power_Comparisons_of_Shapiro-Wilk_Kolmogorov-Smirnov_Lilliefors_and_Anderson-Darling_Tests).

Monter-Pozos, Aurora; González-Estrada, Elizabeth (2024): On testing the skew normal distribution by using Shapiro-Wilk test. In *Journal of Computational and Applied Mathematics* 440, p. 115649. DOI: 10.1016/j.cam.2023.115649.

Novales Cinca, Alfonso; Garcia-Jorcano, Laura (2017): Volatility Specifications Versus Probability Distributions in VAR Forecasting. In *SSRN Journal*. DOI: 10.2139/ssrn.3023885.

Nunzio Mantegna, Rosario (1991): Lévy walks and enhanced diffusion in Milan stock exchange. In *Physica A: Statistical Mechanics and its Applications* 179 (2), pp. 232–242. DOI: 10.1016/0378-4371(91)90061-G.

Park, Hun Myoung (2015): *Univariate Analysis and Normality Test Using SAS, Stata, and SPSS*. Available online at <https://scholarworks.iu.edu/dspace/items/30369350-7c11-4fd3-859a-db9ad479cc0c>.

Park, Kun Il (2018): *Fundamentals of Probability and Stochastic Processes with Applications to Communications*. Cham: Springer International Publishing; Imprint; Springer.

Parzen, Emanuel (1960): *Modern probability theory and its applications*. New York, Chichester: Wiley (Wiley classics library).

Plerou, Vasiliki; Stanley, H. Eugene (2008): Stock return distributions: tests of scaling and universality from three distinct stock markets. In *Physical review. E, Statistical, nonlinear, and soft matter physics* 77 (3 Pt 2), p. 37101. DOI: 10.1103/PhysRevE.77.037101.

ppf — SciPy v1.14.1 Manual (2024). Available online at [https://docs.scipy.org/doc/scipy/reference/generated/scipy.stats.rv\\_continuous.ppf.html](https://docs.scipy.org/doc/scipy/reference/generated/scipy.stats.rv_continuous.ppf.html), updated on 8/22/2024, checked on 9/27/2024.

PyPI (2024): yfinance. Available online at <https://pypi.org/project/yfinance/>, updated on 9/22/2024, checked on 9/22/2024.

Rahman, M. Mahibbur; Govindarajulu, Z. (1997): A modification of the test of Shapiro and Wilk for normality. In *Journal of Applied Statistics* 24 (2), pp. 219–236. DOI: 10.1080/02664769723828.

Ramachandran, K. M.; Tsokos, Chris P. (2009): *Mathematical statistics with applications*. Amsterdam [u.a.]: Elsevier [u.a.].

Ranneby, Bo (1984): The Maximum Spacing Method. An Estimation Method Related to the Maximum Likelihood Method. In *Scandinavian Journal of Statistics* 11 (2), pp. 93–112. Available online at <http://www.jstor.org/stable/4615946>.

Rice, John (2006): *Mathematical Statistics and Data Analysis*: Cengage.

Rigby, Robert A.; Stasinopoulos, Mikis D.; Heller, Gillian Z.; Bastiani, Fernanda de (2020): *Distributions for modeling location, scale, and shape. Using GAMLSS in R*. Boca Raton, FL: CRC Press, Taylor & Francis Group (Chapman & Hall/CRC : the R series).

Ross, Sheldon (2014): *Brownian Motion and Stationary Processes*. In : *Introduction to Probability Models*: Elsevier, pp. 607–644.

Rozovskii, B.; Yor, M.; Glasserman, Paul (2003): *Monte Carlo Methods in Financial Engineering*. New York, NY: Springer New York (53).

Sato, Ken-iti (2001): *Basic Results on Lévy Processes*. In Ole E. Barndorff-Nielsen, Sidney I. Resnick, Thomas Mikosch (Eds.): *Lévy Processes*. Boston, MA: Birkhäuser Boston, pp. 3–37.

Satō, Ken'ichi (2013): *Lévy processes and infinitely divisible distributions*. Revised edition. Cambridge: Cambridge University Press (Cambridge studies in advanced mathematics, 68).

Schoutens, Wim (2005): *Lévy processes in finance. Pricing financial derivatives*. Reprinted. Chichester: Wiley (Wiley series in probability and statistics).

Schrödinger, E. (1926): An Undulatory Theory of the Mechanics of Atoms and Molecules. In *Phys. Rev.* 28 (6), pp. 1049–1070. DOI: 10.1103/PhysRev.28.1049.

SciPy (2024). Available online at <https://scipy.org/>, updated on 9/19/2024, checked on 9/19/2024.

Seshadri, V. (1999): *The inverse Gaussian distribution. Statistical theory and applications*. New York: Springer (Lecture notes in statistics, 137).

Shao, Yongzhao; Hahn, Marjorie G. (1994): *Maximum Spacing Estimates: A Generalization and Improvement on Maximum Likelihood Estimates I*. In Jørgen Hoffmann-Jørgensen, James Kuelbs, Michael B. Marcus (Eds.): *Probability in Banach Spaces*, 9. Boston, MA: Birkhäuser Boston, pp. 417–431.

shapiro — SciPy v1.14.1 Manual (2024). Available online at <https://docs.scipy.org/doc/scipy/reference/generated/scipy.stats.shapiro.html>, updated on 8/22/2024, checked on 9/25/2024.

Shapiro, S. S.; Wilk, M. B. (1965): An analysis of variance test for normality (complete samples). In *Biometrika* 52 (3-4), pp. 591–611. DOI: 10.1093/biomet/52.3-4.591.

Sowey, Eric; Petocz, Peter (2016): *The normal distribution: history, computation and curiosities*. In Eric Sowey, Peter Petocz (Eds.): *A Panorama of Statistics*: Wiley, pp. 107–113.

Stigler, Stephen M. (1998): *The history of statistics. The measurement of uncertainty before 1900*. [7th printing]. Cambridge, Mass., London: Belknap Press of Harvard University Press.

Stirzaker, David (2005): Stochastic processes and models. Reprinted. Oxford, New York: Oxford University Press.

Taleb, Nassim Nicholas (2020): Statistical Consequences of Fat Tails: Real World Preasymptotics, Epistemology, and Applications.

Tsay, Ruey S. (2010): Analysis of financial time series. 3rd ed. Hoboken, N.J.: Wiley (Wiley series in probability and statistics).

Wackerly, Dennis O.; Mendenhall, William; Scheaffer, Richard L. (2008): Mathematical statistics with applications. 7th ed. Belmont, Calif.: Thomson, Brooks/Cole.

Walpole, Ronald E.; Myers, Raymond H.; Myers, Sharon L.; Ye, Keying (2016): Probability & statistics for engineers & scientists. MyStatLab update. Ninth edition. Boston: Pearson.

Watanabe, Toshiro; Yamamuro, Kouji (2012): Tail behaviors of semi-stable distributions. In *Journal of Mathematical Analysis and Applications* 393 (1), pp. 108–121. DOI: 10.1016/j.jmaa.2012.03.053.

Westfall, Peter; Henning, Kevin S. S. (2013): Understanding Advanced Statistical Methods: Chapman and Hall/CRC.

World Bank Open Data (2024): World Bank Open Data. Available online at [https://data.worldbank.org/indicator/NY.GDP.MKTP.CD?most\\_recent\\_value\\_desc=true](https://data.worldbank.org/indicator/NY.GDP.MKTP.CD?most_recent_value_desc=true), updated on 9/22/2024, checked on 9/22/2024.

Zipf, George K. (1949): Human Behavior and the Principle of Least Effort. An Introduction to Human Ecology. Massachusetts: Addison-Wesley Press, Inc.



FH Aachen  
Fachbereich Wirtschaftswissenschaften  
Eupenerstraße 70  
52066 Aachen

[www.wirtschaft.fh-aachen.de](http://www.wirtschaft.fh-aachen.de)