

# Aachener Online-Schriften Wirtschaft und Recht

FH AACHEN | FACHBEREICH WIRTSCHAFTSWISSENSCHAFTEN

02/2021

---

Band 2

## Herausgeberinnen und Herausgeber

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

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

Prof. Dr. rer. pol. Mathias Eggert

Prof. Dr. rer. pol. Thomas Fritz

Prof. Dr. Ing. Tim Höhne MBA

Prof. Dr. rer. pol. Duc Hung Tran

Prof. Dr. iur. Jürgen Vogt



## Inhaltsverzeichnis

1. Die Haftung des GmbH-Geschäftsführers in der Insolvenz - Grundsätze und Modifikationen infolge der Covid-19 Pandemie  
– *Franziska Tings* 3-61
2. Disquotale Gewinnausschüttung in der Organschaft – Die Neuregelung des § 14 Abs. 2 KStG und die Auslegung durch die Finanzverwaltung  
– *Julian Lehner* 62-149
3. Auswirkungen des Mauracher Entwurfs auf die Gesellschaft bürgerlichen Rechts – Neuerfindung oder bloße Korrektur des Personengesellschaftsrechts?  
– *Elena Hoß* 150-209
4. Befristung von Arbeitsverhältnissen - Rechtliche Rahmenbedingungen und arbeitsmarktpolitische Chancen und Risiken  
– *Franziska Gotzens* 210-270
5. Die Rolle der psychischen Gesundheit am Arbeitsplatz Entwicklung exemplarischer Handlungsempfehlungen für den ganzheitlichen Umgang mit psychischen Belastungen im Homeoffice  
– *Marie-Sophie Creutz* 271-346
6. Tokenisierung von illiquiden Vermögenswerten – Wie Blockchain die Immobilienwirtschaft verändern kann  
– *Nils Christ* 347-404

# Die Haftung des GmbH-Geschäftsführers in der Insolvenz – Grundsätze und Modifikationen infolge der COVID-19-Pandemie

Bachelorarbeit

an der  
Fachhochschule Aachen  
Fachbereich Wirtschaftswissenschaften  
Studiengang: Wirtschaftsrecht mit Praxissemester (LL.B.)  
Erstprüferin: Frau Prof. Dr. jur. habil. Kathrin Kroll-Ludwigs  
Datum: 25. Januar 2021

Vorgelegt von  
Franziska Tings  
Matr.-Nr.: 3153175  
aus Aachen

## Abstract

Dem GmbH-Geschäftsführer obliegen in der Insolvenz der GmbH sowohl gegenüber der Gesellschaft als auch im Verhältnis zu den Gesellschaftsgläubigern eine Vielzahl von insolvenzspezifischen Organpflichten, deren Verletzung eine persönliche Haftung auf Seiten des GmbH-Geschäftsführers auslösen kann. Zudem führen die Auswirkungen der COVID-19-Pandemie zu einer enormen Steigerung des Unternehmensinsolvenzrisikos, sodass der Geschäftsführer einer pandemiebetroffenen GmbH großen Herausforderungen gegenübersteht. Das Ziel der vorliegenden Arbeit ist es, unter dem Thema „Die Haftung des GmbH-Geschäftsführers in der Insolvenz – Grundsätze und Modifikationen infolge der COVID-19-Pandemie“ verfasst von Franziska Tings, zunächst die allgemeinen zivilrechtlichen Haftungstatbestände der Geschäftsführerhaftung in der Insolvenz darzustellen. Anknüpfend daran wird untersucht, inwiefern der Gesetzgeber durch das COVInsAG die Organhaftung in Zeiten der COVID-19-Pandemie modifiziert. Die Ausführungen zu dieser Thematik basieren auf einer rein literarischen Untersuchung.

Aus den Untersuchungen wird ersichtlich, dass die Geschäftsführungstätigkeiten in der Insolvenz der GmbH mit erheblich gesteigerten Haftungsrisiken verbunden sind. Der GmbH-Geschäftsführer hat zahlreiche organisatorische Maßnahmen zu treffen, um finanzielle Schwierigkeiten der GmbH frühzeitig zu erkennen und der Insolvenzantragspflicht gemäß § 15a Abs. 1 InsO fristgerecht nachzukommen. Soweit der GmbH-Geschäftsführer eine rechtzeitige Insolvenzantragstellung versäumt, macht er sich sowohl im Innenverhältnis gegenüber der GmbH als auch im Außenverhältnis gegenüber den Gesellschaftsgläubigern schadensersatzpflichtig. Darüber hinaus ist der Geschäftsführer einer insolvenzreifen GmbH stets zu einer hinreichenden Überwachung des Zahlungsverkehrs angehalten, da im Falle einer pflichtwidrigen Zahlung die Innenhaftungstatbestände des § 64 Satz 1 oder Satz 3 GmbHG einschlägig sein können. Angesichts der Folgen der COVID-19-Pandemie und den damit einhergehenden Liquiditätsschwierigkeiten vieler Unternehmen hat der Gesetzgeber das Haftungsrisiko zugunsten des GmbH-Geschäftsführers einer pandemiebedingt insolventen GmbH gemindert. Infolge der temporären Aussetzung der Insolvenzantragspflicht des § 15a Abs. 1 InsO wird zum einen ein Großteil der insolvenzspezifischen Haftungstatbestände weitgehend außer Kraft gesetzt, zum anderen profitiert der in Anspruch genommene GmbH-Geschäftsführer im Zivilprozess von einer günstigen Beweislastverteilung.

## Inhaltsverzeichnis

|  |    |
|--|----|
| Abstract .....   | II |
| Abkürzungsverzeichnis .....  | VI |
| A. Einleitung .....  | 1  |
| B. Der GmbH-Geschäftsführer als Organ der Gesellschaft .....                               | 2  |
| I. Beginn und Beendigung der Organstellung .....   | 2  |
| II. Rechte und Pflichten in der Geschäftsführung .....                                     | 3  |
| 1. Die Geschäftsführungsbefugnis.....  | 3  |
| a) Inhalt und Umfang der Geschäftsführungsbefugnis .....                                   | 3  |
| b) Grenzen der Geschäftsführungsbefugnis .....   | 4  |
| aa) Gesellschaftsvertragliche Grenzen.....   | 4  |
| bb) Weisungsrecht der Gesellschafterversammlung .....                                      | 5  |
| 2. Gesetzliche Verpflichtungen des Geschäftsführers .....                                  | 6  |
| a) Buchführung und Bilanzierung gem. § 41 GmbHG .....                                      | 6  |
| b) Pflichten hinsichtlich der Finanzierung der Gesellschaft.....                           | 6  |
| c) Einberufung der Gesellschafterversammlung gem. § 49 GmbHG.....                          | 7  |
| III. Der Geschäftsführer als organschaftlicher Vertreter.....                              | 8  |
| 1. Umfang der Vertretungsmacht .....   | 8  |
| 2. Grundsatz der Gesamtvertretung.....   | 8  |
| 3. Verbot des Selbstkontrahierens nach § 181 BGB .....                                     | 9  |
| 4. Missbrauch der Vertretungsmacht.....  | 9  |
| IV. Organpflichten des GmbH-Geschäftsführers nach § 43 Abs. 1 GmbHG .....                  | 10 |
| 1. Legalitätspflicht .....   | 10 |
| 2. Treuepflicht .....  | 10 |
| 3. Pflicht zur ordnungsgemäßen Unternehmensführung und unternehmerisches<br>Ermessen ..... | 11 |
| V. Zusammenfassung zu Kapitel B. ....  | 11 |
| C. Die Grundsätze der Haftung des GmbH-Geschäftsführers in der Insolvenz .....             | 12 |
| I. Allgemeine Haftungsgrundlagen nach dem GmbHG.....                                       | 12 |
| II. Pflichten des GmbH-Geschäftsführers in der Insolvenz.....                              | 12 |
| 1. Die Insolvenzfähigkeit der GmbH.....  | 13 |
| 2. Die Insolvenzgründe .....   | 13 |
| a) Zahlungsunfähigkeit (§ 17 InsO) .....   | 13 |
| b) Drohende Zahlungsunfähigkeit (§ 18 InsO) .....  | 14 |
| c) Überschuldung (§ 19 InsO) .....   | 15 |
| 3. Insolvenzbezogene Pflichten des Geschäftsführers im Einzelnen .....                     | 16 |
| III. Innenhaftung des Geschäftsführers in der Insolvenz.....                               | 18 |

|  |    |
|--|----|
| 1. Haftung bei Verletzung der Insolvenzantragspflicht gem. § 43 Abs. 2 GmbHG i. V. m. § 15a Abs. 1 InsO .....                  | 18 |
| a) Tatbestand .....  | 18 |
| aa) Pflichtverletzung .....  | 18 |
| (1) Sorgfaltsmaßstab des § 43 Abs. 1 GmbHG .....   | 19 |
| (2) Unternehmerisches Ermessen und Business Judgement Rule .....   | 19 |
| bb) Verschulden .....  | 20 |
| cc) Schaden und Kausalität .....   | 21 |
| dd) Darlegungs- und Beweislast .....   | 22 |
| b) Rechtsfolge .....   | 22 |
| 2. Haftung für Zahlungen nach Insolvenzreife gem. § 64 Satz 1 GmbHG .....  | 23 |
| a) Tatbestand .....  | 23 |
| aa) Zahlungen des Geschäftsführers .....   | 23 |
| bb) Privilegierte Zahlungen nach § 64 Satz 2 GmbHG .....   | 24 |
| cc) Maßgeblicher Zeitpunkt .....   | 25 |
| dd) Verschulden .....  | 25 |
| b) Rechtsfolge .....   | 26 |
| 3. Insolvenzverursachungshaftung gem. § 64 Satz 3 GmbHG .....  | 26 |
| a) Tatbestand .....  | 27 |
| aa) Zahlungen an Gesellschafter .....  | 27 |
| bb) Kausale Herbeiführung der Zahlungsunfähigkeit .....  | 27 |
| cc) Verschulden und Entlastung des Geschäftsführers .....  | 28 |
| b) Rechtsfolge .....   | 28 |
| IV. Außenhaftung in der Insolvenz .....  | 29 |
| 1. Haftung gegenüber den Gläubigern aufgrund von Insolvenzverschleppung gem. § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 15a Abs. 1 InsO ..... | 29 |
| a) Tatbestand .....  | 29 |
| aa) § 15a InsO als Schutzgesetz i. S. v. § 823 Abs. 2 BGB .....  | 30 |
| bb) Pflichtverletzung .....  | 30 |
| cc) Verschulden .....  | 31 |
| dd) Schaden .....  | 31 |
| (1) Altgläubiger .....   | 32 |
| (2) Neugläubiger .....   | 32 |
| b) Rechtsfolge .....   | 33 |
| 2. Haftung bei vorsätzlicher Insolvenzverschleppung gem. § 826 BGB .....   | 34 |
| a) Tatbestand .....  | 34 |
| aa) Sittenwidrigkeit .....   | 34 |
| bb) Schaden und haftungsbegründende Kausalität .....   | 35 |

|  |     |
|--|-----|
| cc) Schädigungsvorsatz.....  | 35  |
| b) Rechtsfolge.....  | 36  |
| V. Zusammenfassung zu Kapitel C.....   | 36  |
| D. Modifikation der Geschäftsführerhaftung infolge der COVID-19-Pandemie.....  | 36  |
| I. Aussetzung der Insolvenzantragspflicht gem. § 1 COVInsAG.....   | 37  |
| II. Haftungsrechtliche Folgen der Antragsaussetzung .....  | 38  |
| 1. Auswirkungen auf die Haftung für Zahlungen nach Insolvenzreife<br>gem. § 64 Satz 1 GmbHG.....                               | 38  |
| a) Haftungsfreistellung nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 COVInsAG .....   | 39  |
| aa) Zahlungen im ordnungsgemäßen Geschäftsgang .....   | 39  |
| bb) Gesetzliche Regelbeispiele des § 2 Abs. 1 Nr. 1 COVInsAG.....  | 40  |
| (1) Aufrechterhaltung oder Wiederherstellung des Geschäftsbetriebes .....  | 40  |
| (2) Umsetzung eines Sanierungskonzepts .....   | 41  |
| b) Darlegungs- und Beweislast unter Berücksichtigung des COVInsAG .....  | 41  |
| 2. Wirkungsweise des COVInsAG auf die Insolvenzverursachungshaftung i. S. d. § 64<br>Satz 3 GmbHG .....                        | 42  |
| 3. Auswirkungen des COVInsAG auf die Insolvenzverschleppungshaftung .....  | 42  |
| a) Innenhaftung gem. § 43 Abs. 2 GmbHG i. V. m. § 15a Abs. 1 InsO .....  | 42  |
| b) Außenhaftung gem. § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 15a Abs. 1 InsO.....  | 43  |
| c) Einfluss der Regelungen des COVInsAG auf die Beweislast hinsichtlich der<br>Insolvenzverschleppungshaftungstatbestände..... | 44  |
| 4. Mögliche Problematik .....  | 45  |
| III. Zusammenfassung zu Kapitel D. ....  | 46  |
| E. Fazit .....   | 46  |
| Literaturverzeichnis .....   | VII |

## Abkürzungsverzeichnis

|          |                                      |
|----------|--------------------------------------|
| Abs.     | Absatz                               |
| bzw.     | beziehungsweise                      |
| BT-Drs.  | Drucksache des deutschen Bundestages |
| COVInsAG | COVID-19-Insolvenzaussetzungsgesetz  |
| d. h.    | das heißt                            |
| EL       | Ergänzungslieferung                  |
| gem.     | gemäß                                |
| GmbHR    | GmbH-Recht                           |
| i. S. d. | im Sinne des                         |
| i. S. v. | im Sinne von                         |
| i. V. m. | in Verbindung mit                    |
| hM       | herrschende(r) Meinung               |
| Kap.     | Kapitel                              |
| MAH      | Münchener Anwaltshandbuch            |
| sog.     | sogenannt                            |
| u. a.    | unter anderem                        |

## A. Einleitung

Die Insolvenz der GmbH stellt für alle Beteiligten eine besondere Herausforderung dar, wobei u. a. die Rolle des GmbH-Geschäftsführers<sup>1</sup> als Organ der GmbH von zentraler Bedeutung ist. Neben den üblichen Rechten und Pflichten im alltäglichen Geschäftsleben der Gesellschaft<sup>2</sup> obliegen dem Geschäftsführer in der Krise zusätzliche Handlungspflichten.<sup>3</sup> Dies hat jedoch zur Folge, dass der Geschäftsführer in der Insolvenzsituation der Gesellschaft einer verschärften Haftungsgefahr ausgesetzt ist.<sup>4</sup> Der Ausbruch der COVID-19-Pandemie in Deutschland im Frühjahr 2020 hat das Wirtschaftsleben unversehens getroffen und vor allem das Unternehmensinsolvenzrisiko enorm gesteigert.<sup>5</sup> Das hieraus zugleich resultierende erhöhte Haftungsrisiko des Geschäftsführers in der Insolvenz, gelangt in den Zeiten der COVID-19-Pandemie mehr in den Fokus des Gesetzgebers.<sup>6</sup> Angesichts dessen beschäftigt sich die vorliegende Arbeit mit den Grundsätzen der Haftung des Geschäftsführers in der Insolvenz der Gesellschaft und geht in diesem Zusammenhang ebenso auf die infolge der COVID-19-Pandemie beschlossenen Modifikationen der insolvenzspezifischen Haftung des Geschäftsführers ein.

Als Vertretungsorgan der Gesellschaft ist der Geschäftsführer gem. § 15a Abs. 1 InsO bei Eintritt der Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung zur Stellung eines entsprechenden Insolvenzantrags verpflichtet.<sup>7</sup> Nach Maßgabe des § 15a Abs. 1 InsO muss der Geschäftsführer ohne schuldhaftes Zögern, spätestens jedoch drei Wochen nach Eintritt der Insolvenzreife, einen Eröffnungsantrag stellen. In der Praxis zeichnet sich häufig das Phänomen ab, dass der Geschäftsführer das insolvenzreife Unternehmen<sup>8</sup> ohne Insolvenzantragstellung fortführt, um so eine Unternehmenssanierung zu erreichen.<sup>9</sup> Die Erfolgchancen derartiger Sanierungsmaßnahmen werden in vielen Fällen falsch eingeschätzt und sind erfolglos.<sup>10</sup> Diese sog. Insolvenzverschleppung birgt für den Geschäftsführer sowohl im Innenverhältnis gegenüber der Gesellschaft als auch im Außenverhältnis gegenüber den Gesellschaftsgläubigern ein enormes Schadensersatzrisiko.<sup>11</sup> Nebstdem ist der Geschäftsführer durch die Zahlungsverbote des § 64 GmbHG im Innenverhältnis weiteren Haftungsrisiken ausgesetzt.<sup>12</sup> Abgesehen von der umfangreichen zivilrechtlichen Haftung, kann insbesondere die Insolvenzverschleppung zu einer Strafbarkeit des Geschäftsführers führen.<sup>13</sup> Die vorliegende Arbeit befasst sich jedoch ausschließlich mit den zivilrechtlichen Haftungstatbeständen und lässt mögliche strafrechtliche Aspekte außer Betracht.

Die Ausbreitung der COVID-19-Pandemie hat in der Bundesrepublik Deutschland zu erheblichen Restriktionen im Wirtschafts- und Privatleben geführt.<sup>14</sup> Aufgrund eines zu erwartenden starken Anstiegs von Unternehmensinsolvenzen hat der Gesetzgeber im Eiltempo, am 27. März 2020, ein Gesetz zur Abmilderung der Folgen der COVID-19-Pandemie im

---

<sup>1</sup> In den nachfolgenden Ausführungen auch als Geschäftsführer bezeichnet.

<sup>2</sup> Der Begriff Gesellschaft umfasst im Nachfolgenden lediglich die Gesellschaftsform der GmbH.

<sup>3</sup> Römermann/*Schluck-Amend*, MAH GmbHR, § 23 Rn. 91.

<sup>4</sup> Römermann/*Schluck-Amend*, MAH GmbHR, § 23 Rn. 91.

<sup>5</sup> *Born*, NZG 2020, 521.; Nähere Informationen bezüglich der COVID-19-Pandemie unter <https://www.bundesgesundheitsministerium.de/coronavirus.html>

<sup>6</sup> *Bitter*, ZIP 2020, 685 (688).

<sup>7</sup> *Gottwald/Haas/Haas/Kolmann/Kurz*, Insolvenzrechts-Handbuch, § 90 Rn. 47.

<sup>8</sup> Der Begriff Unternehmen beschreibt in den weiteren Ausführungen stets eine wirtschaftlich selbstständige Organisationseinheit in Rechtsform einer GmbH.

<sup>9</sup> *Biehl*, S. 1.

<sup>10</sup> *Biehl*, S. 1.

<sup>11</sup> *Uhlenbruck/Hirte*, InsO, § 15a Rn. 19.

<sup>12</sup> *MüKo/H.-F. Müller*, GmbHG, 2018, § 64 Rn. 1.

<sup>13</sup> *Uhlenbruck/Hirte*, InsO, § 15a Rn. 64.

<sup>14</sup> *Born*, NZG 2020, 521.

Zivil-, Insolvenz- und Strafverfahrensrecht beschlossen.<sup>15</sup> Das damit einhergehende COVID-19-Insolvenzaussetzungsgesetz impliziert eine temporäre Aussetzung der Insolvenzantragspflicht sowie die Begrenzung der Organhaftung bei einer durch die COVID-19-Pandemie bedingten Unternehmensinsolvenz.<sup>16</sup> Im Laufe dieser Arbeit wird untersucht, inwiefern die Regelungen des COVInsAG einen Einfluss auf die zivilrechtlichen Haftungsgrundsätze des Geschäftsführers in der Insolvenz der Gesellschaft haben und welche zukünftigen rechtlichen Konsequenzen hierdurch zu erwarten sind.

Die vorliegende Arbeit basiert auf einer rein literarischen Untersuchung und ist in drei Kapitel aufgegliedert.<sup>17</sup> Im ersten Kapitel wird zunächst die Organstellung des Geschäftsführers als Gesellschaftsorgan der GmbH sowie die damit verbundenen Rechte und Pflichten betrachtet. Anschließend beschäftigt sich das zweite Kapitel mit der Rolle des Geschäftsführers in der Insolvenz der GmbH, wobei neben den insolvenzrechtlichen Grundlagen auch auf die für den Geschäftsführer einschlägigen insolvenzspezifischen Haftungsnormen eingegangen wird. Die aus den Regelungen des COVInsAG hervorgehenden Modifikationen der Organhaftung des Geschäftsführers, werden sodann im dritten und letzten Kapitel dieser Arbeit detailliert aufgeführt. Dabei wurden hinsichtlich der Ausführungen zum COVInsAG rechtliche Änderungen bis zum 31. Dezember 2020 berücksichtigt. Die Ausführungen zum GmbHG und zur InsO beruhen ebenfalls auf der bis zum 31. Dezember 2020 gültigen Rechtslage, sodass etwaige Änderungen infolge des Sanierungs- und Insolvenzrechtsfortentwicklungsgesetzes mit Rechtswirkung ab dem 1. Januar 2021 ohne Belang bleiben. Zur besseren Lesbarkeit der Abschlussarbeit, wird das generische Maskulinum verwendet, wobei beide Geschlechter gleichermaßen gemeint sind.

## B. Der GmbH-Geschäftsführer als Organ der Gesellschaft

Als juristische Person ist die GmbH gem. § 13 Abs. 1 GmbHG zwar rechtsfähig, jedoch nicht handlungsfähig und ist aus diesem Grund zum wirksamen Handeln im Rechtsverkehr auf verschiedene Gesellschaftsorgane angewiesen.<sup>18</sup> Neben der Gesellschafterversammlung gehört der Geschäftsführer zu den gesetzlich unabdingbaren Organen der GmbH.<sup>19</sup> Im folgenden Kapitel wird zunächst auf die Rechtsstellung des Geschäftsführers als Organ der Gesellschaft eingegangen.

### I. Beginn und Beendigung der Organstellung

Das Organverhältnis zwischen der Gesellschaft und dem Geschäftsführer wird durch den körperlichen Organisationsakt der Bestellung begründet.<sup>20</sup> Nach § 6 Abs. 3 Satz 2 GmbHG erfolgt die Bestellung im Rahmen des Gesellschaftsvertrags oder durch einen Beschluss der Gesellschafterversammlung. Die Bestellung des Geschäftsführers durch den Gesellschaftsvertrag stellt in den meisten Fällen keinen echten Satzungsbestandteil dar und hat damit lediglich den Charakter einer formellen Satzungsregelung.<sup>21</sup> Aufgrund dessen kann eine Abberufung und Neubestellung auch ohne förmliche Änderung des Gesellschaftsvertrags i. S. v. § 53 GmbHG stattfinden.<sup>22</sup> Erst wenn im Gesellschaftsvertrag keine derartige

<sup>15</sup> *Born*, NZG 2020, 521.

<sup>16</sup> *Ganter*, NZI 2020, 1017.

<sup>17</sup> Aufgrund der gegenwärtigen Pandemiesituation unterlag die Literaturbeschaffung einigen Schwierigkeiten, sodass auch Altaufgaben herangezogen wurden.

<sup>18</sup> *Hensler/Strohn/Verse*, GmbHG, 2019, § 13 Rn. 9.

<sup>19</sup> *MüKo/Stephan/Tieves*, GmbHG, 2019, § 35 Rn. 13.

<sup>20</sup> *Jula*, Der GmbH-Geschäftsführer, S. 2.

<sup>21</sup> *MüKo/Liebscher*, GmbHG, 2019, § 46 Rn. 98.

<sup>22</sup> *Daumke/Keßler/Perbey*, Rn. 276.

Regelung getroffen wurde, fällt die Bestellung gem. § 46 Nr. 5 GmbHG in den Zuständigkeitsbereich der Gesellschaftsversammlung.<sup>23</sup> Darüber hinaus steht die Anzahl der bestellten Geschäftsführer grundsätzlich zur Disposition der GmbH.<sup>24</sup>

Durch § 6 Abs. 2 Satz 1 GmbHG wird der mögliche Personenkreis für das Geschäftsführeramt auf natürliche, unbeschränkt geschäftsfähige Personen eingegrenzt. Das Gesetz knüpft in § 6 Abs. 2 Satz 2 GmbHG zusätzlich an weitere persönlichen Qualifikationen des Geschäftsführers an, wobei insbesondere berufs-, gewerbe- und aufsichtsrechtliche Bestimmungen ausschlaggebend sind.<sup>25</sup> Zudem können durch den in § 6 Abs. 3 Satz 1 GmbHG geregelten Grundsatz der Fremdorganschaft, anders als bei den Personengesellschaften, nicht nur Gesellschafter die Geschäftsführerposition einnehmen, sondern es kann sich hierbei auch um gesellschaftsfremde dritte Personen handeln.<sup>26</sup>

Die Organstellung als Geschäftsführer der GmbH endet nach § 38 GmbHG mit der Abberufung.<sup>27</sup> Ähnlich wie bei der Bestellung fällt diese, mangels einer abweichenden Kompetenzverlagerung in der Satzung, gem. § 46 Nr. 5 GmbHG in die Zuständigkeitssphäre der Gesellschafterversammlung.<sup>28</sup> Die Abberufung kann entsprechend § 38 Abs. 1 GmbHG grundsätzlich jederzeit erfolgen. Es besteht jedoch gem. § 38 Abs. 2 GmbHG die Möglichkeit mittels einer gesellschaftsvertraglichen Regelung die Zulässigkeit der Abberufung auf einen wichtigen Grund zu beschränken. Das Vorliegen eines wichtigen Grundes i. S. v. § 38 Abs. 2 GmbHG wird stets anhand einer umfassenden Interessenabwägung bestimmt.<sup>29</sup> Dabei wird u. a. berücksichtigt, ob der Verbleib des Geschäftsführers bis zum Ende seiner Amtszeit für die Gesellschaft weiterhin tragbar ist.<sup>30</sup> Nebstdem besteht für den Geschäftsführer in jedem Zeitpunkt die Möglichkeit, sein Geschäftsführeramt aus eigenem Willen heraus, ohne jegliche Begründung, niederzulegen.<sup>31</sup>

## II. Rechte und Pflichten in der Geschäftsführung

Zu den Aufgaben und Pflichten des Geschäftsführers gehört zunächst die Geschäftsführung im Innenverhältnis der GmbH.<sup>32</sup> Die nachfolgenden Ausführungen sollen die Ausgestaltung und Grenzen der Geschäftsführungsbefugnis sowie die gesetzlichen Verpflichtungen im Rahmen der Geschäftsführung veranschaulichen.

### 1. Die Geschäftsführungsbefugnis

#### a) Inhalt und Umfang der Geschäftsführungsbefugnis

Auch wenn das GmbHG, anders als das Aktiengesetz, die Geschäftsführungsbefugnis nicht deutlich einem bestimmten Gesellschaftsorgan zuspricht, ist der Geschäftsführer allein aufgrund seiner Organstellung das Geschäftsführungsorgan der Gesellschaft.<sup>33</sup>

<sup>23</sup> *Ek/Kock*, Rn. 27.

<sup>24</sup> *Oppenländer/Trölitersch/St. Oppenländer*, Praxishandbuch der GmbH-Geschäftsführung, § 4 Rn. 13.; In der Praxis kommt es außerdem häufig vor, dass ein sog. faktischer Geschäftsführer die tatsächlichen Leitungsaufgaben wahrnimmt. Hierbei handelt es sich nicht um einen Geschäftsführer i. S. v. § 6 GmbHG (Verweis auf *Baumbach/Hueck/Beurskens*, GmbHG, § 6 Rn. 75-83).

<sup>25</sup> *MüKo/Stephan/Tieves*, GmbHG, 2019, § 35 Rn. 25.

<sup>26</sup> *Jula*, Der GmbH-Gesellschafter, S. 12.

<sup>27</sup> *Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt/Terlau*, GmbHG, § 38 Rn. 1.

<sup>28</sup> *Heidelberger Kommentar/Schmitt*, GmbHG, § 38 Rn. 25.

<sup>29</sup> *Roth/Altmeyen/Altmeyen*, GmbHG, 2019, § 38 Rn. 34.

<sup>30</sup> OLG Stuttgart, Urteil vom 30.03.1994, 3 U 154/93, NJW-RR 1995, 295 (296).

<sup>31</sup> *Henssler/Strohn/Oetker*, GmbHG, 2019, § 38 Rn. 50.

<sup>32</sup> *Bischoff*, S. 41.

<sup>33</sup> *Roth/Altmeyen/Altmeyen*, GmbHG, 2019, § 37 Rn. 2.

Die Geschäftsführungsbefugnis bezeichnet den Bereich des rechtlichen Dürfens im Innenverhältnis und ist vom rechtlichen Können der Vertretungsmacht im Außenverhältnis streng zu unterscheiden.<sup>34</sup> Der Inhalt der Geschäftsführtätigkeiten orientiert sich primär am Unternehmensgegenstand der Gesellschaft nach § 3 Abs. 1 Nr. 2 GmbHG.<sup>35</sup> Grundsätzlich umfasst die Geschäftsführungsbefugnis alle, zur Verfolgung des Gesellschaftszwecks und Leitung des Unternehmens, erforderlichen und zweckmäßigen Maßnahmen und Entscheidungen, sofern keine Grundlagengeschäfte betroffen sind.<sup>36</sup> Dabei ist der Geschäftsführer dazu angehalten, die zur Verfügung stehenden personellen, sachlichen und finanziellen Ressourcen der Gesellschaft, ordnungsgemäß mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns zu koordinieren.<sup>37</sup> Der Aufgabenbereich des Geschäftsführers wird jedoch durch die Alleinzuständigkeitsbereiche der Gesellschaftsversammlung i. S. d. § 46 GmbHG eingeschränkt.<sup>38</sup> Falls eine GmbH mehrere Personen in den Kreis der Geschäftsführung bestellt hat, findet mangels einer abweichenden Regelung im Gesellschaftsvertrag der Grundsatz der Gesamtgeschäftsführung Anwendung.<sup>39</sup>

## **b) Grenzen der Geschäftsführungsbefugnis**

Die Geschäftsführungsbefugnis findet ihre Grenzen nicht ausschließlich im Unternehmensgegenstand der Gesellschaft.<sup>40</sup> Der Geschäftsführer ist nach § 37 Abs. 1 GmbHG in der Ausübung seiner Tätigkeiten dazu verpflichtet, die Beschränkungen, die ihm durch gesellschaftsvertragliche Regelungen oder durch Gesellschafterbeschlüsse im Innenverhältnis auferlegt werden, einzuhalten.<sup>41</sup> Bei einem Verstoß gegen die ihm auferlegten Grenzen macht sich der Geschäftsführer gem. § 43 GmbHG schadensersatzpflichtig.<sup>42</sup>

### **aa) Gesellschaftsvertragliche Grenzen**

Zunächst können Beschränkungen der Geschäftsführungsbefugnis aufgrund der Satzungsfreiheit durch eine entsprechende Satzungsregelung vorgenommen werden.<sup>43</sup> Der Gesellschaftsvertrag enthält hierfür vielfach einen sog. Zustimmungskatalog oder eine Vorlagepflicht für bestimmte Sachverhalte zugunsten der Gesellschafterversammlung.<sup>44</sup> In diesem Zusammenhang wird häufig zwischen gewöhnlichen und außergewöhnlichen Geschäften der Gesellschaft differenziert.<sup>45</sup> Die Führung des gewöhnlichen Geschäftsbetriebs zählt zu den originären Zuständigkeiten des Geschäftsführers und bedarf keiner vorherigen Anhörung der Gesellschafterversammlung.<sup>46</sup> Gewöhnliche Geschäfte implizieren alle Geschäfte, die bei einer Gesellschaft entsprechender Größe und Branche üblich sind.<sup>47</sup> Etwas anderes ergibt hingegen bei Geschäften des außergewöhnlichen Geschäftsbetriebs, die nach ihrer

<sup>34</sup> Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt/Lenz, GmbHG, § 37 Rn. 4.; Detaillierte Ausführungen bezüglich der Vertretungsmacht des Geschäftsführers unter Kap., III.

<sup>35</sup> Oppenländer/Trölitersch/Trölitersch, Praxishandbuch der GmbH-Geschäftsführung, § 16 Rn. 2a.

<sup>36</sup> Baumbach/Hueck/Beurskens, GmbHG, § 37 Rn. 2.

<sup>37</sup> Lutter/Hommelhoff/Kleindiek, GmbHG, § 37 Rn. 3. zit. nach Wicke/Wicke, GmbHG, § 37 Rn. 2.

<sup>38</sup> MüKo/Liebscher, GmbHG, 2019, § 46 Rn. 2.

<sup>39</sup> Leuring/Dornhegge, NZG 2010, 13 (13)

<sup>40</sup> Römermann/Seibt, MAH GmbHR, § 2 Rn. 142.

<sup>41</sup> Römermann/Seibt, MAH GmbHR, § 2 Rn. 142.

<sup>42</sup> MüKo/Stephan/Tieves, GmbHG, 2019, § 37 Rn. 147.; Explizite Ausführungen bezüglich der Geschäftsführerhaftung gem. § 43 GmbHG folgen unter Kap. C., III., 1.

<sup>43</sup> BeckOK/Wisskirchen/Kuhn, GmbHG, § 37 Rn. 14.

<sup>44</sup> Kühn, S. 64.

<sup>45</sup> Henssler/Strohn/Oetker, GmbHG, 2019, § 37 Rn. 5.

<sup>46</sup> Henssler/Strohn/Oetker, GmbHG, 2019, § 37 Rn. 5.

<sup>47</sup> Scherer/Ploß, Unternehmensnachfolge, § 24 Rn. 59.

Art und ihrem Umfang vom Unternehmensgegenstand oder der bisher praktizierten Unternehmenspolitik abweichen.<sup>48</sup> Hier ist der Geschäftsführer dazu verpflichtet die Gesellschafterversammlung vor seiner Entscheidung zu informieren und anzuhören.<sup>49</sup> Da die Ausgestaltung der Geschäftsführungsbefugnis gem. § 45 Abs. 1 GmbHG in weitem Umfang zur Disposition der Gesellschafter steht, können die Geschäftsführungsaufgaben grundsätzlich nach freiem Willen durch entsprechende Satzungsbestimmungen begrenzt werden, mit Ausnahme der durch Gesetz zwingend festgelegten Obliegenheiten.<sup>50</sup>

## **bb) Weisungsrecht der Gesellschafterversammlung**

Neben den gesellschaftsvertraglichen Bestimmungen kann der Umfang und Inhalt der Geschäftsführungsbefugnis durch Gesellschafterbeschlüsse eingegrenzt werden.<sup>51</sup> § 37 Abs. 1 GmbHG eröffnet der Gesellschafterversammlung die Möglichkeit dem Geschäftsführer Weisungen zu erteilen, wodurch die Vorrangstellung der Gesellschafterversammlung als oberstes Willensbildungsorgan der GmbH hervorgehoben wird.<sup>52</sup> Angesichts der in § 37 Abs. 1 GmbHG verankerten Gleichstellung von Satzungsregelungen und Gesellschafterbeschlüssen bedarf das Weisungsrecht der Gesellschafterversammlung keiner expliziten Ermächtigung in der Satzung der GmbH.<sup>53</sup> Derartige Weisungen beinhalten Verbote und Gebote und können sowohl generell gefasst sein als auch Bezug auf konkrete Einzelmaßnahmen nehmen.<sup>54</sup> Überdies bedürfen sie keiner gesetzlich vorgeschriebenen Form und setzen lediglich einen rechtswirksamen Gesellschafterbeschluss i. S. v. § 47 GmbHG voraus, wobei es aufgrund der Rechtssicherheit empfehlenswert ist eine Weisung in schriftlicher Form festzuhalten.<sup>55</sup> Die Reichweite der Weisungsbefugnis kann nach hM im Schrifttum soweit ausgeweitet werden, dass der Geschäftsführer lediglich als reines Exekutivorgan angesehen wird.<sup>56</sup> Dies ist u. a. darauf zurückzuführen, dass dem Geschäftsführer einer GmbH, anders als dem Vorstand einer Aktiengesellschaft (§ 76 Abs. 1 AktG), grundsätzlich kein gesetzlich garantierter Bereich weisungsunabhängiger Leitungsautonomie zusteht.<sup>57</sup>

Der Geschäftsführer ist grundsätzlich aufgrund seiner Folgepflicht dazu verpflichtet, den von der Gesellschafterversammlung erteilten Weisungen, Folge zu leisten.<sup>58</sup> Für den Fall, dass er eine Weisung als unzweckmäßig und wirtschaftlich nachteilig betrachtet, besteht jedoch eine Verpflichtung die Gesellschafter auf die sich seinerseits ergebenden Bedenken hinzuweisen.<sup>59</sup> Die Folgepflicht des Geschäftsführers ist hinsichtlich rechtswidriger, sittenwidriger oder gar strafbarer Weisungen ausgesetzt, da diese häufig gegen Allgemein- und Gläubigerinteressen oder öffentlich-rechtliche Vorschriften verstoßen.<sup>60</sup> Indes können ihm, ähnlich wie bei den gesellschaftsvertraglichen Vorschriften, die durch Gesetz obliegenden Pflichten nicht entzogen werden.<sup>61</sup> Die Folgepflicht bewirkt zugleich, dass bei einem Han-

<sup>48</sup> Heidelberger Kommentar/*Schmitt*, GmbHG, § 37 Rn. 7.

<sup>49</sup> Henssler/*Strohn/Oetker*, GmbHG, 2019, § 37 Rn. 6.

<sup>50</sup> OLG Nürnberg, Urteil vom 9.6.1999, 12 U 4408/98, NZG 2000, 154 (155).; Zu den gesetzlichen Pflichten des Geschäftsführers siehe auch Kap. B. II. 2.

<sup>51</sup> Michalski/*Heidinger/Leible/J.Schmidt/Lenz*, GmbHG, § 37 Rn. 16.

<sup>52</sup> *Jula*, Der GmbH-Gesellschafter, S. 16.

<sup>53</sup> MüKo/*Stephan/Tieves*, GmbHG, 2019, § 37 Rn. 117.

<sup>54</sup> OLG Düsseldorf, Urteil vom 15.11.1984, 8 U 22/84, ZIP 1984, 1476 (1478).

<sup>55</sup> Heidelberger Kommentar/*Schmitt*, GmbHG, § 37 Rn. 15.

<sup>56</sup> Roth/*Altmeppen/Altmeppen*, GmbHG, 2019, § 37 Rn. 4.

<sup>57</sup> Oppenländer/*Tröltzsch/Tröltzsch*, Praxishandbuch der GmbH-Geschäftsführung, § 16 Rn. 17.

<sup>58</sup> *Thümmel*, Rn. 174.

<sup>59</sup> BeckOK/*Ziemons/Pöschke*, GmbHG, § 43 Rn. 79.

<sup>60</sup> *Kühn*, S. 65.

<sup>61</sup> *Mennicke*, NZG 2000, 622 (623).

deln oder Unterlassen infolge einer formell und materiell rechtmäßigen Weisung, die Haftung des Geschäftsführers nach § 43 Abs. 2 GmbHG ausgeschlossen ist.<sup>62</sup> Wiederum handelt es sich um eine haftungsbegründende Pflichtverletzung i. S. v. § 43 Abs. 2 GmbHG, wenn infolge der Weisung der Gesellschafterversammlung eine existenzgefährdende oder gläubigerschützende Vorschrift, wie beispielsweise §§ 30, 31 GmbHG oder § 64 Satz 3 GmbHG, verletzt wird.<sup>63</sup>

## 2. Gesetzliche Verpflichtungen des Geschäftsführers

In den vorstehenden Ausführungen zu den Grenzen der Geschäftsführungsbefugnis wurde bereits ein Ausblick dahingehend gegeben, dass der Geschäftsführer, neben den bisher dargestellten Rechten und Pflichten, diejenigen Aufgaben zu erfüllen hat, die ihm von Gesetzes wegen zwingend übertragen werden.<sup>64</sup> Eine hiervon abweichende Satzungsregelung oder ein Weisungsrecht ist rechtswidrig, da die gesetzlich normierten Geschäftsführerpflichten nicht auf ein anderes Gesellschaftsorgan delegiert werden können.<sup>65</sup> Im Mittelpunkt der nachfolgenden Ausführungen stehen die wesentlichen Verpflichtungen, die dem Geschäftsführer im Wege des Gesetzes zugewiesen werden.

### a) Buchführung und Bilanzierung gem. § 41 GmbHG

Die GmbH ist als Handelsgesellschaft und Formkaufmann dazu verpflichtet Bücher zu führen und die Vermögenslage der Gesellschaft nach den Regeln der ordnungsgemäßen Buchführung ersichtlich zu machen.<sup>66</sup> Die Pflicht zur Buchführung wird durch § 41 GmbHG dem Geschäftsführer der GmbH zugewiesen. Der Inhalt der Buchführungspflicht bestimmt sich, mangels hinreichender Angaben in § 41 GmbHG, nach den handelsrechtlichen Vorschriften gem. §§ 238 ff. HGB.<sup>67,68</sup> Darüber hinaus ist der Geschäftsführer infolge des in § 41 GmbHG verankerten Verweises auf die Grundsätze ordnungsgemäßer Buchführung dazu aufgefordert stets eine vollständige, richtige, geordnete und zeitgerechte Aufzeichnung der Geschäftsvorfälle der GmbH zu betreiben.<sup>69</sup>

Die Buchführungspflicht trifft den Geschäftsführer nicht zwingend persönlich, da er nach § 41 GmbHG lediglich dafür Sorge zu tragen hat, dass diese Pflicht ordnungsgemäß erfüllt wird.<sup>70</sup> Demnach kann er die Pflicht auch auf qualifiziertes Fachpersonal oder sachverständige Dritte übertragen, wobei ihm in jedem Fall eine Überwachungspflicht obliegt.<sup>71</sup>

### b) Pflichten hinsichtlich der Finanzierung der Gesellschaft

Vorweg trifft den Geschäftsführer die Pflicht zur ordnungsgemäßen Kapitalaufbringung bei Gesellschaftsgründung und Kapitalerhöhung der Gesellschaft.<sup>72</sup> Es liegt in seinem Verantwortungsbereich, entsprechende Gesellschafterbeschlüsse zu vollziehen und die ausste-

<sup>62</sup> Mennicke, NZG 2000, 622 (624).; Verweis auf Kap. C., III., 1., a), dd).

<sup>63</sup> Oppenländer/Trölitzsch/Trölitzsch, Praxishandbuch der GmbH-Geschäftsführung, § 16, Rn. 27.; Verweis auf Kap. C., III., 3., a), cc).

<sup>64</sup> Oppenländer/Trölitzsch/Leinekugel, Praxishandbuch der GmbH-Geschäftsführung, § 18 Rn. 1.; Verweis auf Kap. B., II., 1., b), aa).

<sup>65</sup> Jula, Der GmbH-Geschäftsführer, S. 30.

<sup>66</sup> MüKo/Fleischer, GmbHG, 2019, § 41 Rn. 4.

<sup>67</sup> Thümmel, Rn. 172.

<sup>68</sup> Baumbach/Hueck/Haas/Kersting, GmbHG, § 41 Rn. 9.

<sup>69</sup> Roth/Altmeyen/Altmeyen, GmbHG, 2019, § 41 Rn. 8.

<sup>70</sup> Kühn, S. 79.

<sup>71</sup> Jula, Der GmbH-Geschäftsführer, S. 144.

<sup>72</sup> Oppenländer/Trölitzsch/Leinekugel, Praxishandbuch der GmbH-Geschäftsführung, § 18 Rn. 41.

henden Einlagen der Gesellschafter nach einem Beschluss i. S. v. § 46 Nr. 2 GmbHG einzufordern.<sup>73</sup> Des Weiteren ist der Geschäftsführer durch § 8 Abs. 2 GmbHG dazu verpflichtet, gegenüber dem Registergericht zu versichern, dass die Leistungen auf die Einlagen bewirkt wurden und sich die Leistungen ohne Einschränkungen und Vorbehalt in der Verfügungsmacht der GmbH befinden.<sup>74</sup>

Nach den Vorgaben des § 30 Abs. 1 Satz 1 GmbHG ist es dem Geschäftsführer untersagt Zahlungen an die Gesellschafter zu tätigen, wenn dadurch das Stammkapital unter den satzungsmäßig festgelegten Betrag sinkt und infolgedessen eine Unterbilanz entsteht.<sup>75</sup> Hierdurch soll die Erhaltung des Gesellschaftsvermögens zum Schutz der Gläubigerinteressen und der Gesellschafter der GmbH abgesichert werden.<sup>76</sup> Der Begriff Auszahlung umfasst neben den allgemeinen Geldzahlungen auch Leistungen aller Art, die zu einer Verringerung des Gesellschaftsvermögens führen.<sup>77</sup> Vom Auszahlungsverbot sind nach § 30 Abs. 1 Satz 2 GmbHG diejenigen Leistungen ausgenommen, die aufgrund eines Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrags erfolgen oder durch einen vollwertigen Gegenleistungs- oder Rückgewähranspruch gedeckt sind. Gleiches gilt gem. § 30 Abs. 1 Satz 3 GmbHG bei der Rückgewähr eines Gesellschafterdarlehens. Adressat des Auszahlungsverbots nach § 30 Abs. 1 GmbHG ist zunächst der Geschäftsführer der GmbH.<sup>78</sup> Zugleich hat er im Rahmen seiner umfassenden Überwachungspflicht dafür zu sorgen, dass solche Auszahlungen nicht durch Mitgeschäftsführer oder andere vertretungsberechtigte Personen erfolgen.<sup>79</sup> Bei einem Verstoß des Geschäftsführers gegen das in § 30 GmbHG geregelte Auszahlungsverbot, ist er der Gesellschaft gegenüber gem. § 43 Abs. 3 GmbHG zum Schadensersatz verpflichtet.<sup>80</sup>

### **c) Einberufung der Gesellschafterversammlung gem. § 49 GmbHG**

Entsprechend der Regelungen des § 49 Abs. 1 GmbHG fällt die Pflicht zur Einberufung der Gesellschafterversammlung ebenfalls in den gesetzlichen Zuständigkeitsbereich des Geschäftsführers.<sup>81</sup> Grundsätzlich kann der Geschäftsführer die Gesellschafterversammlung jederzeit einberufen, sofern dies in seinem Ermessen unter Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes erforderlich scheint.<sup>82</sup> Weitere Einberufungsgründe sind durch § 49 Abs. 2 und 3 GmbHG gesetzlich vorgeschrieben. Die Einberufungspflicht trifft den Geschäftsführer gem. § 49 Abs. 2 Alt. 1 GmbHG zunächst in ausdrücklich bestimmten Fällen. Zu den ausdrücklich bestimmten Fällen gehört nach § 49 Abs. 3 GmbHG die Pflicht zur Einberufung der Gesellschafterversammlung bei Verlust der Hälfte des Stammkapitals sowie nach § 50 Abs. 1 GmbHG auf Einberufungsverlangen einer Gesellschafterminderheit.<sup>83</sup> Ergänzend dazu, sieht § 49 Abs. 2 Alt. 2 GmbHG eine Einberufungspflicht der Gesellschafterversammlung ebenfalls vor, wenn dies aufgrund des Gesellschaftsinteresses erforderlich scheint. Das Gesellschaftsinteresse ist betroffen, wenn ohne Abhaltung der Gesellschafterversammlung, der GmbH ein nicht unerheblicher Schaden droht oder wenn die betroffene Maßnahme in den Alleinzuständigkeitsbereich der Gesellschafter fällt bzw. ein Zustimmungsvorbehalt zugunsten der Gesellschafterversammlung besteht.<sup>84</sup> Die Einberufung

<sup>73</sup> Oppenländer/Trölitczsch/Leinekugel, Praxishandbuch der GmbH-Geschäftsführung, § 18 Rn. 41.

<sup>74</sup> Römermann/Wiese/Schneider, MAH GmbHR, § 5 Rn. 45.

<sup>75</sup> Baumbach/Hueck/Fastrich, GmbHG, § 30 Rn. 13.

<sup>76</sup> Thümmel, Rn. 160.

<sup>77</sup> BGH, Urteil vom 21.03.2017, II ZR 93/16, NZG 2017, 658 (659).

<sup>78</sup> Jula, Der GmbH-Geschäftsführer, S. 76.

<sup>79</sup> BGH, Urteil vom 25.06.2001, II ZR 38/99, NJW 2001, 3123.

<sup>80</sup> Henssler/Strohn/Fleischer, GmbHG, 2019, § 30 Rn. 32.

<sup>81</sup> Ek/Kock, Rn. 41.

<sup>82</sup> Daumke/Keßler/Perbey, Rn. 643.

<sup>83</sup> MüKo/Liebscher, GmbHG, 2019, § 49 Rn. 45.

<sup>84</sup> Wicke/Wicke, GmbHG, § 49 Rn. 6.

muss, sofern der Gesellschaftsvertrag nichts anderes vorsieht, nach den Vorgaben des § 51 GmbHG innerhalb einer Woche mittels eines eingeschriebenen Briefes erfolgen.<sup>85</sup> Trotz der ihm obliegenden Organisationspflicht der Gesellschafterversammlung hat der Geschäftsführer kein originäres Teilnahmerecht bei den Versammlungen.<sup>86</sup>

### III. Der Geschäftsführer als organschaftlicher Vertreter

Die organschaftliche Vertretung der GmbH zählt gem. § 35 Abs. 1 GmbHG zwingend zum Aufgabenkreis des Geschäftsführers und kann nicht durch eine abweichende Regelung auf ein anderes Gesellschaftsorgan delegiert werden.<sup>87</sup> Da die GmbH als juristische Person handlungsunfähig ist, wird das Handeln des Geschäftsführers der GmbH als Eigenhandeln zugerechnet.<sup>88</sup>

#### 1. Umfang der Vertretungsmacht

Nach dem Grundsatz des § 35 Abs. 1 Satz 1 GmbHG wird die GmbH durch den Geschäftsführer gerichtlich und außergerichtlich vertreten. Die außergerichtliche Vertretung umfasst die Abgabe (sog. Aktivvertretung) und die Entgegennahme (sog. Passivvertretung) von Willenserklärungen und geschäftsähnlichen Handlungen im Außenverhältnis gegenüber Dritten.<sup>89</sup> Des Weiteren ist der Geschäftsführer im Rahmen der gerichtlichen Vertretungsmacht bei Verfahren aller Gerichtsbarkeiten der prozessuale Vertreter der GmbH.<sup>90</sup> Die Vertretungsbefugnis ist nach § 37 Abs. 2 GmbHG grundsätzlich inhaltlich uneingeschränkt und unbeschränkt.<sup>91</sup> Eine inhaltliche Begrenzung infolge von gesellschaftsvertraglichen Vorgaben oder Weisungen der Gesellschafter bezieht sich somit nur auf das Innenverhältnis zwischen dem Geschäftsführer und der GmbH und kann keine rechtswirksame Wirkung gegenüber Dritten entfalten.<sup>92</sup> Trotz dessen ist eine Rechtshandlung des Geschäftsführers, die einen Verstoß gegen eine interne Bestimmung darstellt, im Außenverhältnis wirksam.<sup>93</sup>

#### 2. Grundsatz der Gesamtvertretung

Da die genaue Anzahl der Geschäftsführer zur Disposition der Gesellschafter steht, enthält das Gesetz in § 35 Abs. 2 Satz 1 GmbHG den Grundsatz der Gesamtvertretung bei mehreren Geschäftsführern.<sup>94</sup> Gesamtvertretung bedeutet, dass die Geschäftsführer nur gemeinschaftlich handeln können, sodass rechtsgeschäftliche Erklärungen zur Wirksamkeit der Beteiligung aller bestellten Geschäftsführer bedürfen.<sup>95</sup> Bei alleinigen Handlungen eines Geschäftsführers können die anderen Geschäftsführer diese entsprechend § 177 BGB nachträglich genehmigen.<sup>96</sup> Überdies besteht die Möglichkeit, dass sich die Geschäftsführer analog § 78 Abs. 4 AktG hinsichtlich einzelner Geschäfte oder bestimmter Geschäftsarten gegenseitig ermächtigen.<sup>97</sup> Demgegenüber ist die Entgegennahme von an die GmbH gerichteter Willenserklärungen gem. § 35 Abs. 2 Satz 2 GmbHG auch dann wirksam, wenn

---

<sup>85</sup> *Kühn*, S. 85 f.

<sup>86</sup> *Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack*, GmbHG, § 48 Rn. 11.

<sup>87</sup> *Hensler/Strohn/Oetker*, GmbHG, 2019, § 35 Rn. 33.

<sup>88</sup> *Roth/Altmeyen/Altmeyen*, GmbHG, 2019, § 35 Rn. 7.

<sup>89</sup> *Wicke/Wicke*, GmbHG, § 35 Rn. 2.

<sup>90</sup> *Wicke/Wicke*, GmbHG, § 35 Rn. 4.

<sup>91</sup> *Kindler*, 2016, § 16 Rn. 35.

<sup>92</sup> *Bormann*, NotBZ 2005, 203. zit. nach *Baumbach/Hueck/Beurskens*, GmbHG, § 37 Rn. 51.

<sup>93</sup> *Daumke/Keßler/Perbey*, Rn. 571.

<sup>94</sup> *Baumbach/Hueck/Beurskens*, GmbHG, § 35 Rn. 36.

<sup>95</sup> *Jula*, Der GmbH-Gesellschafter, S. 89.

<sup>96</sup> *MüKo/Stephan/Tieves*, GmbHG, 2019, § 35 Rn. 161.

<sup>97</sup> *Heidelberger Kommentar/Schmitt*, GmbHG, § 35 Rn. 70.

die Willenserklärung von lediglich einer Person aus dem Kreis der Geschäftsführer entgegenommen wird.<sup>98</sup>

### 3. Verbot des Selbstkontrahierens nach § 181 BGB

Der Reichweite der organschaftlichen Vertretungsmacht des Geschäftsführers wird durch den in § 35 Abs. 3 GmbHG befindlichen Verweis auf § 181 BGB und das daraus folgende gesetzliche Verbot des Selbstkontrahierens und der Mehrfachvertretung eine Grenze gesetzt.<sup>99</sup> Demzufolge ist es dem Geschäftsführer untersagt, im Namen der GmbH mit sich im eigenen Namen (sog. Selbstkontrahieren) oder im Namen eines Dritten, den er ebenfalls vertritt (sog. Mehrfachvertretung), ein Rechtsgeschäft vorzunehmen.<sup>100</sup> Das Verbot des § 181 BGB gilt allerdings nicht, wenn der Geschäftsführer eine Verbindlichkeit erfüllt oder das betroffene Rechtsgeschäft für die GmbH rechtlich vorteilhaft ist.<sup>101</sup> Bei einem Verstoß des Geschäftsführers gegen § 181 BGB ist das Rechtsgeschäft zunächst schwebend unwirksam und bedarf nach § 177 Abs. 1 BGB zur Wirksamkeit eine entsprechende Genehmigung der Gesellschafterversammlung.<sup>102</sup>

Ferner besteht die Möglichkeit die Anwendung des § 181 BGB durch Satzungsregelungen oder einen Beschluss der Gesellschafterversammlung ganz oder teilweise auszuschließen.<sup>103</sup> Für eine generelle Befreiung des Geschäftsführers von den Beschränkungen des § 181 BGB ist eine Satzungsregelung erforderlich.<sup>104</sup> Die Rechtsprechung begründet dies damit, dass die vom dispositiven Recht abweichenden Abreden der GmbH immer im Gesellschaftsvertrag festgesetzt werden müssen.<sup>105</sup> Soll der Geschäftsführer nur hinsichtlich eines Einzelfalls von den Vorgaben des § 181 BGB befreit werden, genügt hingegen ein Gesellschafterbeschluss.<sup>106</sup>

### 4. Missbrauch der Vertretungsmacht

Eine abweichende Regelung, von der grundsätzlich im Außenverhältnis unbeschränkten und nicht beschränkbar Vertretungsbefugnis, ergibt sich bei einem Missbrauchsfall der Vertretungsmacht, da sich die andere Vertragspartei in diesem Fall nicht auf § 37 Abs. 2 GmbHG berufen kann.<sup>107</sup> In diesem Zusammenhang wird grundsätzlich zwischen der Kollusion und der Evidenz differenziert.<sup>108</sup> Bei der Kollusion handelt es sich um ein bewusstes Zusammenwirken zwischen dem Geschäftsführer und der anderen Vertragspartei zum Nachteil der Gesellschaft.<sup>109</sup> Haben die Vertragsparteien kollusiv zusammengewirkt, so ist das Rechtsgeschäft nach der Rechtsprechung des BGH und der hM in der Literatur gem. § 138 Abs. 1 BGB nichtig.<sup>110</sup> Im zweiten anerkannten Missbrauchsfall, der Evidenz, ist der andere Geschäftspartner nicht schutzwürdig, da es sich ihm gerade hätte aufdringen müssen, dass der Geschäftsführer durch das betroffene Rechtsgeschäft seine internen Bindungen überschreitet.<sup>111</sup> In diesem Fall ist nach der überwiegenden Auffassung in der Literatur

<sup>98</sup> Baumbach/Hueck/Beurskens, GmbHG, § 35 Rn. 52.

<sup>99</sup> Roth/Altmeppen/Altmeppen, GmbHG, 2019, § 35 Rn. 77.

<sup>100</sup> Blasche/König, NZG 2012, 812.

<sup>101</sup> Oppenländer/Trörlitzsch/Trörlitzsch, Praxishandbuch der GmbH-Geschäftsführung, § 17 Rn. 12.

<sup>102</sup> Blasche/König, NZG 2012, 812 (815).

<sup>103</sup> Römermann/Seibt, MAH GmbHR, § 2 Rn. 167.

<sup>104</sup> Jula, Der GmbH-Geschäftsführer, S. 53.

<sup>105</sup> MüKo/Stephan/Tieves, GmbHG, 2019, § 35 Rn. 183.

<sup>106</sup> Henssler/Strohn/Oetker, GmbHG, 2019, § 35 Rn. 70.

<sup>107</sup> Roth/Altmeppen/Altmeppen, GmbHG, 2019, § 37 Rn. 38.

<sup>108</sup> Scholz, ZfPW 2019, 297 (299).

<sup>109</sup> Scholz, ZfPW 2019, 297 (299).

<sup>110</sup> MüKo/Stephan/Tieves, GmbHG, 2019, § 37 Rn. 173.

<sup>111</sup> Scholz, ZfPW 2019, 297 (299).

das Rechtsgeschäft zunächst schwebend unwirksam und kann durch die Gesellschafterversammlung entsprechend § 177 BGB nachträglich genehmigt werden.<sup>112</sup>

#### **IV. Organpflichten des GmbH-Geschäftsführers nach § 43 Abs. 1 GmbHG**

Der Geschäftsführer hat gem. § 43 Abs. 1 GmbHG in der Ausübung seiner Geschäftsführungstätigkeiten die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns zu beachten.<sup>113</sup> Dadurch will der Gesetzgeber den Sorgfaltsmaßstab des § 276 Abs. 2 GmbHG im Hinblick auf die organschaftliche Haftung konkretisieren.<sup>114</sup> Jedoch kommt § 43 Abs. 1 GmbHG nach hM eine Doppelfunktion zu, da sich hieraus verschiedene, dem Geschäftsführer obliegende, Verhaltenspflichten ergeben.<sup>115</sup> Im Folgenden werden die wichtigsten aus § 43 Abs. 1 GmbHG hervorgehenden Organpflichten des Geschäftsführers vorgestellt.

##### **1. Legalitätspflicht**

Im Rahmen der Legalitätspflicht ist der Geschäftsführer der GmbH dazu verpflichtet seine Tätigkeiten stets im Einklang mit der Rechtsordnung auszuüben.<sup>116</sup> Hierzu gehören neben den Vorgaben des GmbHG auch die Vorgaben sämtlicher anderer Rechtsordnungen, wie dem BGB, AktG oder HGB.<sup>117</sup> Zugleich impliziert die Legalitätspflicht die Einhaltung einer intern bestehenden Kompetenzordnung und die Folgepflicht bei Gesellschafterweisungen.<sup>118</sup> Eine Pflichtverletzung seitens des Geschäftsführers ist auch dann zu bejahen, wenn es sich um eine aus seiner Sicht für die GmbH nützliche Handlung handelt.<sup>119</sup>

Darüber hinaus umfasst die Legalitätspflicht nicht nur die speziell an das Organ des Geschäftsführers gerichteten Pflichten.<sup>120</sup> Aufgrund seiner Stellung als Geschäftsführungs- und Vertretungsorgan ist der Geschäftsführer indirekt zur Erfüllung derjenigen Pflichten verpflichtet, die der Gesellschaft als juristische Person obliegen.<sup>121</sup> Abgesehen von seinem eigenen gesetzestreuen Verhalten, hat der Geschäftsführer mittels der Einrichtung und Organisation eines entsprechenden Compliance-Management-Systems dafür Sorge zu tragen, dass Mitarbeiter und andere unternehmensangehörige Personen ausschließlich gesetzeskonform handeln und unternehmensinterne Vorschriften beachten.<sup>122</sup>

##### **2. Treuepflicht**

Durch die Bestellung zum Geschäftsführer unterliegt der Geschäftsführer der organschaftlichen Treuepflicht.<sup>123</sup> Die Treuepflicht untersagt es dem Geschäftsführer seine Organstellung im eigenen Interesse oder im Interesse Dritter auszunutzen und sich dadurch persönlich zu bereichern.<sup>124</sup> Aus der allgemeinen Treuepflicht lassen sich zudem weitere organbezogene Pflichten ableiten, wobei u. a. das Wettbewerbsverbot und die Verschwiegenheitspflicht sowie die Geschäftschancenlehre zu erwähnen sind.<sup>125</sup>

<sup>112</sup> Oppenländer/Trörlitzsch/Trörlitzsch, Praxishandbuch der GmbH-Geschäftsführung, § 17 Rn. 23.

<sup>113</sup> Gehrlein, NZG 2020, 801 (802).

<sup>114</sup> Baumbach/Hueck/Beurskens, GmbHG, § 43 Rn. 7.; Verweis auf Kap. C., III., 1., a)., aa).

<sup>115</sup> Thümmel, Rn. 182.

<sup>116</sup> Roth/Altmeppen/Altmeppen, GmbHG, 2019, § 43 Rn. 6.

<sup>117</sup> Roth/Altmeppen/Altmeppen, GmbHG, 2019, § 43 Rn. 6.

<sup>118</sup> Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt/Ziemons, GmbHG, § 43 Rn. 59.

<sup>119</sup> MüKo/Fleischer, GmbHG, 2019, § 43 Rn. 43.

<sup>120</sup> Henssler/Strohn/Oetker, GmbHG, 2019, § 43 Rn. 24.

<sup>121</sup> Henssler/Strohn/Oetker, GmbHG, 2019, § 43 Rn. 24.

<sup>122</sup> Bürkle/Hauschka/Oehmichen/Mandelkow, Der Compliance Officer, § 15 Rn. 1.

<sup>123</sup> Oppenländer/Trörlitzsch/Ziemons, Praxishandbuch der GmbH-Geschäftsführung, § 22 Rn. 60.

<sup>124</sup> Heidelberger Kommentar/Schmitt, GmbHG, § 43 Rn. 135.

<sup>125</sup> Jula, Der GmbH-Geschäftsführer, S. 106.

Im Gegensatz zum Recht der Aktiengesellschaften ist das Wettbewerbsverbot im GmbHG nicht ausdrücklich gesetzlich verankert und gilt trotzdem als wichtigste Ausprägung der Treuepflicht.<sup>126</sup> Es ist demzufolge dem Geschäftsführer untersagt, geschäftliche Möglichkeiten im Geschäftsbereich der Gesellschaft für sich selbst wahrzunehmen und sich an wettbewerblichen Konkurrenzunternehmen zu beteiligen.<sup>127</sup> Die Reichweite des Wettbewerbsverbot erstreckt sich hauptsächlich auf den nach § 3 Abs. 1 Nr. 2 GmbHG festgelegten Unternehmensgegenstand, kann sich aber zusätzlich an dem bisher praktizierten Aktivitätsbereich der Gesellschaft orientieren.<sup>128</sup>

Im Zuge seiner aus der Treubindung hervorgehenden Verschwiegenheitspflicht ist der Geschäftsführer analog § 93 Abs. 1 Satz 3 AktG dazu verpflichtet, über unternehmensbezogene Tatsachen und Rechtsverhältnisse, wie u. a. über Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse, Stillschweigen zu bewahren.<sup>129</sup>

Zudem ist, in Anlehnung an das amerikanische Recht, die Geschäftschancenlehre bei der Betrachtung der Treuepflicht von zentraler Bedeutung.<sup>130</sup> Demnach darf der Geschäftsführer diejenigen Geschäftschancen, die in den Geschäftskreis der GmbH fallen und von denen er aufgrund geschäftlicher oder privater Beziehungen Kenntnis erlangt hat, nicht im eigenen Namen und zum Schaden der Gesellschaft nutzen.<sup>131</sup>

### **3. Pflicht zur ordnungsgemäßen Unternehmensführung und unternehmerisches Ermessen**

Sofern keine gesetzlichen Vorgaben oder gesellschaftsinterne Regelungen entgegenstehen, hat der Geschäftsführer bei seinen täglich zu treffenden unternehmerischen Entscheidungen einen weiten Ermessensspielraum.<sup>132</sup> Dieser Freiraum findet seine Grenzen jedoch in den Grundsätzen der ordnungsgemäßen Unternehmensführung.<sup>133</sup> Demnach hat der Geschäftsführer jede ihm zustehende Entscheidung der Bedeutung und den Umständen nach angemessen vorzubereiten und bei seiner Entscheidungsfindung das Unternehmensziel sowie die branchenspezifisch gesicherten Erkenntnisse und bewährten Erfahrungen angemessen zu berücksichtigen.<sup>134</sup> Zudem liegt es in seiner Verantwortung, die Umsetzung seiner Entscheidungen zu kontrollieren.<sup>135</sup> Durch die analoge Anwendung der in § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG normierten Business Judgement Rule wird im Falle einer Pflichtverletzung nicht mehr das konkrete Entscheidungsergebnis betrachtet, sondern die Art und Weise des Zustandekommens der Entscheidung, wodurch dem Geschäftsführer eine gewisse Sicherheit geboten wird.<sup>136</sup>

### **V. Zusammenfassung zu Kapitel B.**

Bislang wurde aufgezeigt, dass die GmbH als juristische Person aufgrund ihrer Handlungsunfähigkeit mindestens einen Geschäftsführer benötigt, der Handlungen im Namen der GmbH vornimmt.<sup>137</sup> Der Geschäftsführer führt die Geschäfte der Gesellschaft im Rahmen

<sup>126</sup> *Weitnauer/Grob*, GWR 2014, 185.

<sup>127</sup> *MüKo/Jaeger/Steinbrück*, GmbHG, 2019, § 35 Rn. 361.

<sup>128</sup> *Weitnauer/Grob*, GWR 2014, 185 (185).

<sup>129</sup> *Weitnauer/Grob*, GWR 2014, 185 (186).

<sup>130</sup> *MüKo/Fleischer*, GmbHG, 2019, § 43 Rn. 175.

<sup>131</sup> *Thümmel*, Rn. 212.

<sup>132</sup> *Oppenländer/Trölitersch/Leinekugel*, Praxishandbuch der GmbH-Geschäftsführung, § 18 Rn. 7.

<sup>133</sup> *Jula*, Der GmbH-Geschäftsführer, S.338.

<sup>134</sup> *Kühn*, S. 68.

<sup>135</sup> *Jula*, Der GmbH-Geschäftsführer, S. 338.

<sup>136</sup> *Oppenländer/Trölitersch/Leinekugel*, Praxishandbuch der GmbH-Geschäftsführung, § 18 Rn. 7.; Verweis auf Kap. C., III., 1., a), aa), (2).

<sup>137</sup> *Ek/Kock*, Rn. 3.

seiner gesetzlichen Zuständigkeiten sowie nach Maßgabe des Gesellschaftsvertrags und entsprechender Gesellschafterbeschlüsse und vertritt zudem, in seiner Rolle als Vertretungsorgan, die Gesellschaft im Rechtsverkehr gegenüber Dritten.<sup>138</sup>

Die folgenden Teile dieser Arbeit beziehen sich auf die Organstellung des Geschäftsführers im Falle einer Insolvenz der Gesellschaft. Dabei wird zunächst auf die rechtlich relevanten Vorschriften in Bezug auf die Insolvenz der GmbH eingegangen. Anschließend werden die insolvenzspezifischen Pflichten des Geschäftsführers und die daraus für den Geschäftsführer möglich resultierenden Haftungstatbestände dargestellt.

## C. Die Grundsätze der Haftung des GmbH-Geschäftsführers in der Insolvenz

### I. Allgemeine Haftungsgrundlagen nach dem GmbHG

Als juristische Person haftet die GmbH gegenüber Gesellschaftsgläubigern gem. § 13 Abs. 2 GmbHG nur mit dem Gesellschaftsvermögen, sodass das Privatvermögen der Gesellschafter unberührt bleibt.<sup>139</sup> Aufgrund seines weitreichenden Aufgabenbereichs kann der Geschäftsführer aber ausnahmsweise persönlich in Verantwortung genommen.<sup>140</sup> Das GmbH-Recht differenziert hierbei zwischen der Innenhaftung und der Außenhaftung des Geschäftsführers.<sup>141</sup>

Die Innenhaftung beschreibt die Haftung des Geschäftsführers gegenüber der GmbH als Gesellschaft.<sup>142</sup> Die zentrale Haftungsgrundlage für die Haftung des Geschäftsführers im Verhältnis zur Gesellschaft bildet § 43 Abs. 2 GmbHG.<sup>143</sup> Demnach macht sich der Geschäftsführer gegenüber der Gesellschaft schadensersatzpflichtig, sofern er eine ihm obliegende Organpflicht schuldhaft verletzt hat und die Gesellschaft infolgedessen einen Schaden erlitten hat.<sup>144</sup> Überdies enthält das GmbHG eine Reihe von situationsspezifischen Haftungsgrundlagen.<sup>145</sup> Neben den GmbH-rechtlichen Haftungstatbeständen kommen in Bezug auf die Innenhaftung des Geschäftsführers u. a. auch deliktsrechtliche Haftungsansprüche i. S. v. §§ 823, 826 BGB in Betracht.<sup>146</sup>

Indessen wird die Haftung des Geschäftsführers gegenüber den Gesellschaftern, Geschäftspartner oder sonstigen außenstehenden Personen als Außenhaftung bezeichnet.<sup>147</sup> Hierzu befinden sich im GmbHG nur vereinzelte Haftungstatbestände, wie beispielsweise die Handelndenhaftung vor Eintragung der GmbH ins Handelsregister gem. § 11 Abs. 2 GmbHG.<sup>148</sup> Weitere haftungsrelevante Vorschriften bezüglich der Außenhaftung des Geschäftsführers stammen größtenteils aus dem Vertrags- und Deliktsrecht.<sup>149</sup>

### II. Pflichten des GmbH-Geschäftsführers in der Insolvenz

Gerät eine GmbH in die Insolvenz, so treffen den Geschäftsführer eine Reihe von insolvenz- und gesellschaftsrechtlichen Pflichten.<sup>150</sup> Um die Stellung des Geschäftsführers in der

<sup>138</sup> Michalski/Hedinger/Leible/J. Schmidt/Tebben, GmbHG, § 6 Rn. 4.

<sup>139</sup> Henssler/Strohn/Verse, GmbHG, 2021, § 13 Rn. 11.

<sup>140</sup> Römermann/Terlau, MAH GmbHR, § 10 Rn. 1.

<sup>141</sup> Kühne, S. 135.

<sup>142</sup> Ek/Kock, Rn. 4.

<sup>143</sup> Ek/Kock, Rn. 6.

<sup>144</sup> Henssler/Strohn/Oetker, GmbHG, 2019, § 43 Rn. 1.

<sup>145</sup> Römermann/Terlau, MAH GmbHR, § 10 Rn. 9.

<sup>146</sup> Oppenländer/Trölitze/Ziemons, Praxishandbuch der GmbH-Geschäftsführung, § 22 Rn. 1.

<sup>147</sup> Jula, Der GmbH-Geschäftsführer, S. 283.

<sup>148</sup> Daumke/Keßler/Perbey, Rn. 762.

<sup>149</sup> Daumke/Keßler/Perbey, Rn. 762.

<sup>150</sup> Bischoff, S. 53.

Insolvenz genauer zu analysieren, ist es zunächst wichtig, die für die GmbH als juristische Person maßgebenden insolvenzrechtlichen Grundlagen herauszuarbeiten.

### **1. Die Insolvenzfähigkeit der GmbH**

Die rechtmäßige Eröffnung eines Insolvenzverfahren ist nur möglich, wenn der Insolvenzschuldner insolvenzfähig ist.<sup>151</sup> Gem. § 11 Abs. 1 Satz 1 InsO kann ein Insolvenzverfahren über das Vermögen jeder natürlichen oder juristischen Person eröffnet werden. Die GmbH erlangt durch die Eintragung ins Handelsregister entsprechend § 11 Abs. 1 GmbHG die Rechtsfähigkeit und gilt ab diesem Zeitpunkt als juristische Person.<sup>152</sup> Somit wird über das Vermögen der GmbH ein selbstständiges Insolvenzverfahren eröffnet, da das Gesellschaftsvermögen und das Vermögen der einzelnen Gesellschafter strikt voneinander zu trennen ist.<sup>153</sup>

### **2. Die Insolvenzgründe**

Wesentliche Voraussetzung für die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens ist gem. § 16 InsO das Vorliegen eines eindeutig definierten Insolvenzgrundes.<sup>154</sup> Die in §§ 17-19 InsO normierten Insolvenzantragsgründe werden nachfolgend einzeln vorgestellt.

#### **a) Zahlungsunfähigkeit (§ 17 InsO)**

Als allgemeinen Eröffnungsgrund nennt das Gesetz in § 17 InsO die Zahlungsunfähigkeit.<sup>155</sup> Dieser Eröffnungsgrund ist sowohl bei einem Schuldnerantrag als auch bei einem Gläubigerantrag anwendbar und gilt gleichermaßen für juristische als auch für natürliche Personen und ist somit als Insolvenzgrund für die GmbH einschlägig.<sup>156</sup> Der Schuldner ist nach der Legaldefinition des § 17 Abs. 2 Satz 1 InsO zahlungsunfähig, wenn er nicht in der Lage ist die fälligen Zahlungsverpflichtungen zu erfüllen.

Nach dem Gesetzeswortlaut des § 17 Abs. 2 Satz 1 InsO ist zunächst das Vorliegen einer fälligen Zahlungsverpflichtung gefordert.<sup>157</sup> Dabei sind vordergründig die Geldschulden des Schuldners zu berücksichtigen.<sup>158</sup> Unter den Begriff der Fälligkeit fallen im Zivilrecht sämtliche Zahlungsverpflichtungen des Schuldners gegen die keine Einwendungen vorliegen und die gem. § 271 BGB als fällig anzusehen sind.<sup>159</sup> Der diesbezüglich vorliegenden Rechtsprechung zufolge wird der Fälligkeit i. S. v. § 17 Abs. 2 Satz 1 InsO jedoch ein von § 271 BGB abweichender Fälligkeitsbegriff zugrunde gelegt.<sup>160</sup> Dementsprechend liegt Fälligkeit im Rahmen der Zahlungsunfähigkeit nur vor, wenn die Zahlungsverpflichtung einrede- und einwendungsfrei ist.<sup>161</sup> Ferner erfordert die insolvenzrechtliche Fälligkeit, dass der Gläubiger dem Schuldner zusätzlich, durch eine entsprechende Handlung, ernstlich signalisiert, dass er die Erfüllung der Zahlungsverpflichtung verlangt.<sup>162</sup>

Der Tatbestand der Zahlungsunfähigkeit setzt nach der Legaldefinition des § 17 Abs. 2 Satz 1 InsO zudem voraus, dass der Schuldner nicht in der Lage ist seine Zahlungsverpflichtungen zu

<sup>151</sup> Keller, Rn. 139.

<sup>152</sup> Uhlenbruck/Hirte, InsO, § 11 Rn. 35.

<sup>153</sup> MüKo/Vuia, InsO, § 11 Rn. 22.

<sup>154</sup> Gottwald/Haas/Gundlach, Insolvenzrechts-Handbuch, § 6 Rn. 2.

<sup>155</sup> Andres/Leithaus/Leithaus, InsO, § 17 Rn. 1.

<sup>156</sup> Nerlich/Römermann/Mönning/Gutheil, InsO, § 17 Rn. 10.

<sup>157</sup> Keller, Rn. 582.

<sup>158</sup> Keller, Rn. 582.

<sup>159</sup> MüKo/Eilenberger, InsO, § 17 Rn. 7.

<sup>160</sup> Biehl, S. 17.

<sup>161</sup> Biehl, S. 17.

<sup>162</sup> BGH, Urteil vom 19.07.2007, IX ZB 36/07, NZI 2007, 579.

erfüllen. Demnach muss es für den Schuldner unmöglich sein, die bestehenden Verbindlichkeiten mit für ihn verfügbaren Zahlungsmitteln zu begleichen, wobei die Herkunft der liquiden Mittel ohne Belang ist.<sup>163</sup> Hierbei ist es wichtig zwischen der Zahlungsunfähigkeit und der bloßen Zahlungsstockung zu differenzieren.<sup>164</sup> Der tolerable Zeitraum für die Beseitigung einer Zahlungsstockung, den eine kreditwürdige Person benötigt, um sich die erforderlichen Mittel zu leihen, liegt bei drei Wochen.<sup>165</sup> Andernfalls ist von Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft auszugehen.<sup>166</sup>

Bei der genaueren Beurteilung der Zahlungsunfähigkeit bleiben nach dem Maßstab des Insolvenzrechts und durch die Vorgaben des Gesetzgebers geringfügige Liquiditätslücken außer Betracht.<sup>167</sup> Da der Begriff der Zahlungsunfähigkeit im Insolvenzrecht lange umstritten war, hat der BGH in seiner Grundsatzentscheidung im Jahr 2005 verschiedene Leitsätze formuliert.<sup>168</sup> Demzufolge liegt Zahlungsunfähigkeit erst dann vor, wenn eine Liquiditätslücke von über 10 Prozent zu verzeichnen ist und nicht mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist, dass die Liquiditätslücke in absehbarer Zeit beseitigt wird.<sup>169</sup> Zahlungsunfähigkeit ist somit zu verneinen, wenn die innerhalb von drei Wochen nicht zu beseitigenden Liquiditätslücke weniger als 10 Prozent beträgt und davon auszugehen ist, dass die Lücke nicht weiter wachsen wird.<sup>170</sup>

Für eine bessere Feststellung des Insolvenzgrundes wurde in § 17 Abs. 2 Satz 2 InsO die Zahlungseinstellung des Schuldners als gesetzliche Vermutung für den Eintritt der Zahlungsunfähigkeit aufgenommen.<sup>171</sup> Die Regelvermutung der Zahlungseinstellung kann allerdings jederzeit durch die allgemeine Wiederaufnahme der Zahlungen widerlegt werden.<sup>172</sup> Weiterhin kann die Zahlungsunfähigkeit i. S. d. § 17 Abs. 2 Satz 1 InsO durch eine taggenaue Gegenüberstellung aller fälligen Zahlungsverpflichtungen und der in diesem Zeitpunkt zur Verfügung stehenden liquiden Mittel festgestellt werden.<sup>173</sup> Die Aufstellung einer derartigen Liquiditätsbilanz ist hingegen entbehrlich, wenn die gesetzliche Vermutung der Zahlungseinstellung nach § 17 Abs. 2 Satz 2 InsO begründet ist.<sup>174</sup> Indes erfüllt die reine Zahlungsunwilligkeit auf Seiten des Schuldners nicht den Tatbestand der Zahlungsunfähigkeit nach § 17 Abs. 2 Satz 1 InsO.<sup>175</sup>

## **b) Drohende Zahlungsunfähigkeit (§ 18 InsO)**

Der Insolvenzgrund der drohenden Zahlungsunfähigkeit gem. § 18 InsO setzt einen Eigenantrag der Gesellschaft als Schuldner voraus.<sup>176</sup> Indessen sind Gläubigeranträge im Falle des § 18 InsO unzulässig.<sup>177</sup> Durch die Einführung des Insolvenzgrundes nach § 18 InsO

<sup>163</sup> MüKo/Eilenberger, InsO, § 17 Rn. 8.

<sup>164</sup> Braun/Bußhardt, InsO, § 17 Rn. 8.

<sup>165</sup> BGH, Urteil vom 24.05.2005, IX ZR 123/04, NZI 2005, 547.

<sup>166</sup> Keller, Rn. 584.

<sup>167</sup> Nerlich/Römermann/Mönning/Gutheil, InsO, § 17 Rn. 17.

<sup>168</sup> Braun/Bußhardt, InsO, § 17 Rn. 7.

<sup>169</sup> BGH, Urteil vom 24.05.2005, IX ZR 123/04, NZI 2005, 547.

<sup>170</sup> BGH, Urteil vom 24.05.2005, IX ZR 123/04, NZI 2005, 547.

<sup>171</sup> Nerlich/Römermann/Mönning/Gutheil, InsO, § 17 Rn. 24.

<sup>172</sup> BGH, Urteil vom 24.03.2016, IX ZR 242/13, NZI 2016, 454 (456).

<sup>173</sup> BGH, Urteil vom 29.03.2012, IX ZR 40/10, NZI 2012, 663.

<sup>174</sup> BGH, Urteil vom 12.02.2015, IX ZR 180/12, NJW 2015, 1756 (1758).

<sup>175</sup> BGH, Beschluss vom 10.07.2014, IX ZR 287/13, ZInsO, 1661.

<sup>176</sup> Andres/Leithaus/Leithaus, InsO, § 18 Rn. 3.

<sup>177</sup> Andres/Leithaus/Leithaus, InsO, § 18 Rn. 3.

besteht für den Schuldner die Möglichkeit bereits frühzeitig einen Insolvenzantrag zu stellen und mittels eines Insolvenzverfahrens die Fortführung und Sanierung des Unternehmens zu bewirken.<sup>178</sup>

Entsprechend der Legaldefinition des § 18 Abs. 2 InsO liegt drohende Zahlungsunfähigkeit vor, wenn der Schuldner voraussichtlich nicht in der Lage sein wird, die bestehenden Zahlungspflichten zum Zeitpunkt der Fälligkeit zu erfüllen. Die Feststellung der drohenden Zahlungsunfähigkeit erfolgt auf Basis einer detaillierten Liquiditätsplanung und einer daraus resultierenden Zukunftsprognose.<sup>179</sup> Hinsichtlich der einzubeziehenden Zahlungspflichten wird sowohl auf bereits bestehende als auch auf zukünftig fällig werdende Zahlungspflichten abgestellt.<sup>180</sup> Die Länge des Prognosezeitraums, den der Liquiditätsplan aufgreifen soll, ist nicht gesetzlich festgelegt und es gibt diesbezüglich auch keine anderweitige verbindliche Regelung.<sup>181</sup> Jedenfalls handelt es sich aufgrund der zeitraumbezogenen Beurteilung der drohenden Zahlungsunfähigkeit um sog. Zeitraum-Illiquidität.<sup>182</sup> Damit abschließend drohende Zahlungsunfähigkeit i. S. v. § 18 InsO vorliegt, muss die Auswertung der Zukunftsprognose ergeben, dass der Eintritt der Zahlungsunfähigkeit wahrscheinlicher ist als die Vermeidung.<sup>183</sup>

Des Weiteren stellt der Insolvenzgrund der drohenden Zahlungsunfähigkeit keine Antragspflicht, sondern lediglich ein sog. Antragsrecht dar.<sup>184</sup> Gem. § 15 InsO liegt das Antragsrecht bei juristischen Personen bei jedem einzelnen Mitglied des Vertretungsorgans.<sup>185</sup> Somit steht das Antragsrecht bei der GmbH zwingend dem Geschäftsführer zu.<sup>186</sup> Im Falle der drohenden Zahlungsunfähigkeit kann es allerdings hinsichtlich der Notwendigkeit der Insolvenzantragstellung zu Uneinigkeiten innerhalb der Gesellschaft kommen.<sup>187</sup> Daher schränkt § 18 Abs. 3 InsO das Antragsrecht des § 18 Abs. 1 InsO insoweit ein, dass die Vertreter einer juristischen Person, ohne Mitwirkung der anderen Mitglieder des Vertretungsorgans, den Antrag nur dann stellen dürfen, wenn sie eine Einzelvertretungsbefugnis vorweisen können.<sup>188</sup>

### **c) Überschuldung (§ 19 InsO)**

Die Überschuldung ist nach § 19 Abs. 1 InsO als Insolvenzgrund bei juristischen Personen zulässig und kann bei Gesellschaften ohne Rechtspersönlichkeit gem. § 19 Abs. 3 InsO nur dann angewendet werden, wenn keine natürliche Person unbeschränkt haftet.<sup>189</sup>

Der Begriff der Überschuldung ist in § 19 Abs. 2 Satz 1 InsO legaldefiniert, wonach eine Überschuldung vorliegt, wenn das Vermögen des Schuldners die bestehenden Verbindlichkeiten nicht mehr deckt, mit der Ausnahme, dass eine Unternehmensfortführung den Umständen nach überwiegend wahrscheinlich ist. Der Überschuldungsstatus setzt sich demzufolge aus der rechnerischen Überschuldung und einer negativen Fortführungsprognose zusammen, wobei zwingend beide Tatbestandsvoraussetzungen erfüllt sein müssen.<sup>190</sup> Zunächst ist unter Beachtung von betriebs- und finanzwirtschaftlichen Aspekten zu prüfen,

<sup>178</sup> Gogger/Fuhst/Fuhst, Insolvenzgläubiger-Handbuch, § 2 Rn. 154.

<sup>179</sup> Andres/Leithaus/Leithaus, InsO, § 18 Rn. 4.

<sup>180</sup> Keller, Rn. 595.

<sup>181</sup> Gogger/Fuhst/Fuhst, Insolvenzgläubiger-Handbuch, § 2 Rn. 163.

<sup>182</sup> Braun/Bußhardt, InsO, § 18 Rn. 6.

<sup>183</sup> MüKo/Drukarczyk, InsO, § 18 Rn. 26.

<sup>184</sup> MüKo/Drukarczyk, InsO, § 18 Rn. 2.

<sup>185</sup> Nerlich/Römermann/Mönning, InsO, § 15 Rn. 6.

<sup>186</sup> Nerlich/Römermann/Mönning, InsO, § 15 Rn. 18.

<sup>187</sup> Uhlenbruck/Mock, InsO, § 18 Rn. 64.

<sup>188</sup> Römermann/Schluck-Amend, MAH GmbHR, § 23 Rn. 221.

<sup>189</sup> Bork, S. 60 Rn. 108.

<sup>190</sup> Nerlich/Römermann/Mönning, InsO, § 19 Rn. 42.

ob das Unternehmen eine negative oder eine positive Fortführungsprognose aufweist.<sup>191</sup> Eine positive Fortführungsprognose ist zu bejahen, wenn das Vorliegen einer mittelfristigen Zahlungsfähigkeit für den Prognosezeitraum des laufenden und des folgenden Geschäftsjahres überwiegend wahrscheinlich ist.<sup>192</sup> Ergibt sich hingegen eine negative Fortführungsprognose des schuldnerischen Unternehmens, so ist die Überschuldung durch eine Gegenüberstellung des Aktivvermögens und der Verbindlichkeiten anhand einer Überschuldungsbilanz festzustellen.<sup>193</sup> Die Überschuldungsbilanz ist jedoch keinesfalls identisch mit der Jahresbilanz des Unternehmens.<sup>194</sup> Das Aktivvermögen ist in der Überschuldungsbilanz mit dem Liquidationswert anzusetzen.<sup>195</sup> Der Liquidationswert entspricht dem Einzelveräußerungswert, der im Zuge einer Zerschlagung des Unternehmens für jeden einzelnen Gegenstand realisiert werden kann.<sup>196</sup> Nebstdem werden in der Überschuldungsbilanz ausnahmslos alle stillen Reserven aufgedeckt.<sup>197</sup> Zu den Verbindlichkeiten zählen sämtliche gegen das Unternehmen gerichtete Verbindlichkeiten, unabhängig von ihrer Fälligkeit.<sup>198</sup> Ein besonderes Augenmerk liegt dabei auf den Gesellschafterforderungen sowie auf Rechtshandlungen, die einem solchen Darlehen wirtschaftlich entsprechen und gegen die gem. § 39 Abs. 2 InsO ein Rangrücktritt erklärt wurde, da diese nach den gesetzlichen Vorgaben des § 19 Abs. 2 Satz 2 InsO bei den Verbindlichkeiten nicht zu berücksichtigen sind.<sup>199</sup>

### 3. Insolvenzbezogene Pflichten des Geschäftsführers im Einzelnen

Die nachfolgenden Ausführungen beziehen sich auf die fundamentalen Organpflichten des Geschäftsführers in der Insolvenz der GmbH.

Als Vertretungsorgan der GmbH ist der Geschäftsführer gem. § 15a Abs. 1 Satz 1 InsO dazu verpflichtet bei Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung der GmbH ohne schuldhaftes Zögern, spätestens aber drei Wochen nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung, einen Insolvenzantrag zu stellen. Unabhängig von der Geschäftsführeranzahl oder einer möglichen Ressortverteilung zwischen den Geschäftsführern trifft die Antragspflicht jeden einzelnen Geschäftsführer.<sup>200</sup> Einen zwingenden Insolvenzantragsgrund stellen bei einer GmbH entsprechend § 15a Abs. 1 Satz 1 InsO sowohl die Zahlungsunfähigkeit als auch die Überschuldung dar.<sup>201</sup> Bei der drohenden Zahlungsunfähigkeit i. S. v. § 18 InsO handelt es sich, wie bereits beschrieben, um ein bloßes Antragsrecht, weshalb die Antragspflicht des § 15a Abs. 1 Satz 1 InsO bei drohender Zahlungsunfähigkeit nicht einschlägig ist.<sup>202</sup> Dem Geschäftsführer obliegt jedoch bereits im Vorfeld der Insolvenz die Pflicht, sich einen ständigen Überblick über die wirtschaftliche Lage der Gesellschaft zu verschaffen.<sup>203</sup> Überdies steht die Antragspflicht keinesfalls zur Disposition der Gesellschafter, daher kann der Geschäftsführer nicht durch eine entsprechende Weisung der Gesellschafterversammlung von der Pflicht des § 15a Abs. 1 Satz 1 InsO entbunden werden.<sup>204</sup>

<sup>191</sup> Keller, Rn. 600.

<sup>192</sup> Nerlich/Römermann/Mönning, InsO, § 19 Rn. 45.

<sup>193</sup> Braun/Bußhardt, InsO, § 19 Rn. 18.

<sup>194</sup> BGH, Urteil vom 02.04.2001, II ZR 261/99, NZI 2001, 300.

<sup>195</sup> Bork, S. 60 Rn. 110.

<sup>196</sup> Bork, S. 60 Rn. 110.

<sup>197</sup> Andres/Leithaus/Leithaus, InsO, § 19 Rn. 9.

<sup>198</sup> Nerlich/Römermann/Mönning, InsO, § 19 Rn. 37.

<sup>199</sup> Thole, Rn. 53.

<sup>200</sup> Römermann/Schluck-Amend, MAH GmbHR, § 23 Rn. 224.

<sup>201</sup> Umnuß/Willemsen, Corporate Compliance Checklisten, Kapitel 6 Rn. 12.

<sup>202</sup> Gottwald/Haas/Haas/Kolmann/Kurz, Insolvenzrechts-Handbuch, § 90 Rn. 75.; Verweis auf Kap. C., I., 2., b).

<sup>203</sup> Andres/Leithaus/Leithaus, § 15a Rn. 5.

<sup>204</sup> Bischoff, S. 53.

Die in § 15a Abs. 1 Satz 1 InsO normierte Dreiwochenfrist beginnt nicht erst mit positiver Kenntnis des Insolvenzgrundes auf Seiten des Geschäftsführers, sondern bereits ab dem Zeitpunkt, in dem die Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung objektiv vorliegt.<sup>205</sup> Der Geschäftsführer darf diese Frist jedoch nur in Anspruch nehmen, wenn eine Sanierungschance realistisch erscheint.<sup>206</sup> Andernfalls muss der Insolvenzantrag ohne schuldhaftes Zögern erfolgen.<sup>207</sup> In diesem Zusammenhang kann sowohl eine verspätete als auch eine verfrühte Insolvenzantragstellung eine Organhaftung des Geschäftsführers auslösen.<sup>208</sup> Auf derartige Haftungsgefahren wird im Laufe der Arbeit detailliert Bezug genommen.<sup>209</sup>

Neben der Insolvenzantragspflicht, treffen den Geschäftsführer in der Insolvenzsituation spezielle unternehmerische Pflichten.<sup>210</sup> Durch den Eintritt der Zahlungsunfähigkeit oder der Überschuldung entsteht zunächst die aus § 64 Satz 1 GmbHG hervorgehende Masseerhaltungspflicht.<sup>211</sup> Gem. § 64 Satz 1 GmbHG ist der Geschäftsführer der Gesellschaft zum Ersatz von Zahlungen verpflichtet, die nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit und nach Feststellung der Überschuldung geleistet wurden. Die Vorschrift dient primär dem Schutz der Gläubigergesamtheit.<sup>212</sup> Die Masseerhaltungspflicht steht nicht in Abhängigkeit zur Insolvenzantragspflicht des Geschäftsführers i. S. v. § 15a Abs. 1 InsO und wird daher bereits vor Ablauf der Antragspflicht bedeutsam.<sup>213</sup>

Wurde im Rahmen des Insolvenzeröffnungsverfahrens der Insolvenzantrag als begründet angesehen, geht durch die darauffolgende Verfahrenseröffnung im Regelinsolvenzverfahren die Verwaltungs- und Verfügungsmacht gem. § 80 Abs. 1 InsO auf den Insolvenzverwalter über.<sup>214</sup> Dies ändert jedoch nicht die organschaftlichen Stellung des Geschäftsführers, sondern beschränkt lediglich dessen Kompetenzbereich auf das insolvenzfreie Vermögen.<sup>215</sup> Dementsprechend ist der Geschäftsführer dazu berechtigt, gesellschaftsinterne Aufgaben wahrzunehmen, die nicht in einem konkreten Bezug zur Insolvenzmasse stehen.<sup>216</sup> Dieser Bereich wird auch als Schuldnerbereich bzw. insolvenzfreier Bereich bezeichnet.<sup>217</sup> Zu den gesellschaftsinternen Aufgaben des Schuldnerbereichs zählen insbesondere die Pflicht eintragungspflichtige Tatsachen entsprechend beim Handelsregister anzumelden sowie die Pflicht zur Einberufung der Gesellschafterversammlung nach § 49 Abs. 1 GmbHG, sofern sie nicht in Verbindung zum Insolvenzverfahren stehen.<sup>218</sup> Im Vergleich dazu umfasst der sog. Verdrängungsbereich den Kompetenzbereich, für den ausschließlich der Insolvenzverwalter zuständig ist.<sup>219</sup> Im Zuge des Verdrängungsbereichs geht vor allem die nach § 40 GmbHG originär dem Geschäftsführer zugewiesene Buchführungspflicht entsprechend § 155 InsO auf den Insolvenzverwalter über.<sup>220</sup> Nebstdem übt der Geschäftsführer,

<sup>205</sup> MüKo/Klöhn, InsO, § 15a Rn. 116.

<sup>206</sup> BGH, Beschluss vom 02.10.2000, II ZR 164/99, DStR 2001, 1537 (1538).

<sup>207</sup> BGH, Beschluss vom 02.10.2000, II ZR 164/99, DStR 2001, 1537 (1538).

<sup>208</sup> Oppenländer/Trörlitzsch/Leinekugel, Praxishandbuch der GmbH-Geschäftsführung, § 18 Rn. 98.

<sup>209</sup> Detaillierte Ausführungen zu der Haftung des Geschäftsführers aufgrund einer Verletzung der Insolvenzantragspflicht unter Kap. C., III., 1. und Kap. C., IV., 1., 2.

<sup>210</sup> Gottwald/Haas/Haas/Kolmann/Kurz, Insolvenzrechts-Handbuch, § 90 Rn. 182.

<sup>211</sup> Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt/Nerlich, GmbHG, § 64 Rn. 12.

<sup>212</sup> Baumbach/Hueck/Haas, GmbHG, § 64 Rn. 10.

<sup>213</sup> Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt/Nerlich, GmbHG, § 64 Rn. 9.; Zu den Folgen der Verletzung der Masseerhaltungspflicht siehe Kap. C., III., 2.

<sup>214</sup> Keller, Rn. 261.; Das Wort Insolvenz bezieht sich in dieser Arbeit immer auf das Regelinsolvenzverfahren. Die Ausführungen zur Insolvenz in Eigenverwaltung bleiben außer Betracht.

<sup>215</sup> BGH, Urteil vom 26.01.2006, IX ZR 282/03, BeckRS 2006, 02722.

<sup>216</sup> Oppenländer/Trörlitzsch/Steffan, Praxishandbuch der GmbH-Geschäftsführung, § 38 Rn. 101.

<sup>217</sup> Thole, Rn. 86.

<sup>218</sup> OLG Köln, Beschluss vom 11.07.2001, 2 Wx 13/01, NZI 2001, 470 (471).

<sup>219</sup> Thole, Rn. 86.

<sup>220</sup> Wicke/Wicke, GmbHG, § 64 Rn. 10.

unter Berücksichtigung etwaiger Weisungen oder Zustimmungsvorbehalte der Gesellschafterversammlung, die im Insolvenzverfahren zulässigen Verfahrensrechte der GmbH aus.<sup>221</sup> Im Rahmen der Wahrnehmung der Verfahrensrechte ist der Geschäftsführer u. a. zur Einlegung der sofortigen Beschwerde gem. § 34 Abs. 2 InsO befugt.<sup>222</sup> Des Weiteren obliegt dem Geschäftsführer infolge seiner Organstellung gem. § 101 Abs. 1 Satz 1 InsO die Erfüllung der in §§ 97 ff. InsO normierten Verfahrenspflichten.<sup>223</sup> Diesbezüglich ist insbesondere die Auskunfts- und Mitwirkungspflicht i. S. v. § 97 InsO zu erwähnen.<sup>224</sup> Bei Nichteinhaltung der Verfahrenspflichten können diese notfalls nach § 98 InsO zwangsweise durchgesetzt werden.<sup>225</sup>

### **III. Innenhaftung des Geschäftsführers in der Insolvenz**

Der nachfolgende Abschnitt bezieht sich auf die Innenhaftung des Geschäftsführers in der Unternehmensinsolvenz und auf die daraus hervorgehenden einschlägigen Haftungstatbestände.

#### **1. Haftung bei Verletzung der Insolvenzantragspflicht gem. § 43 Abs. 2 GmbHG i. V. m. § 15a Abs. 1 InsO**

Wie zuvor erläutert, hat der Geschäftsführer gem. § 43 Abs. 1 GmbHG in allen Angelegenheiten der Gesellschaft die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns anzuwenden.<sup>226</sup> Verstößt er gegen eine der ihm auferlegten Pflichten, so macht er sich nach § 43 Abs. 2 GmbHG gegenüber der Gesellschaft schadensersatzpflichtig.<sup>227</sup> Da die Insolvenzantragspflicht i. S. d. § 15a Abs. 1 Satz 1 InsO ebenfalls zu den zwingenden gesetzlichen Verpflichtungen des Geschäftsführers gehört, macht sich der Geschäftsführer bei einer pflichtwidrigen Verletzung der Insolvenzantragspflicht gegenüber der Gesellschaft gem. § 43 Abs. 2 GmbHG haftbar.<sup>228</sup>

##### **a) Tatbestand**

Der Geschäftsführer kann im Rahmen der Haftung gem. § 43 Abs. 2 GmbHG von der Gesellschaft nur in Anspruch genommen werden, wenn die nachfolgenden Tatbestandsmerkmale kumulativ erfüllt sind.

##### **aa) Pflichtverletzung**

Grundvoraussetzung für die Haftung nach § 43 Abs. 2 GmbHG ist zunächst das Vorliegen einer durch den Geschäftsführer begangenen Pflichtverletzung.<sup>229</sup> Der Geschäftsführer ist dazu verpflichtet seine Geschäftsführungsaufgaben stets im Interesse der Gesellschaft sowie unter Beachtung des Gesetzes, der Satzung und verbindlichen Beschlüssen der Gesellschafterversammlung auszuüben.<sup>230</sup> Als Pflichtverletzung i. S. d. § 43 Abs. 1 GmbHG kommen nur organbezogene Tätigkeiten in Betracht, wozu auch die Insolvenzantragspflicht nach § 15a Abs. 1 Satz 1 InsO gehört.<sup>231</sup> Die Insolvenzantragspflicht gem. § 15a Abs. 1 Satz 1 InsO bietet dem Geschäftsführer zwei Entscheidungsalternativen.<sup>232</sup> Einerseits kann

<sup>221</sup> Uhlenbruck/*Hirte*, InsO, § 11 Rn. 134.

<sup>222</sup> Uhlenbruck/*Hirte*, InsO, § 11 Rn. 134.

<sup>223</sup> MüKo/*Stephan*, InsO, § 101 Rn. 15.

<sup>224</sup> *Kruth/Jakobs*, DStR 2019, 999 (1003).

<sup>225</sup> Uhlenbruck/*Zipperer*, InsO, § 101 Rn. 19.

<sup>226</sup> Verweis auf Kap. B., IV.

<sup>227</sup> *Ek/Kock*, Rn. 72.

<sup>228</sup> *Meixner*, DStR 2018, Teil II, 1025.

<sup>229</sup> *Gerstenbergk-Helldorff*, S. 17.

<sup>230</sup> *Wicke/Wicke*, GmbHG, § 43 Rn. 8.

<sup>231</sup> *Baumbach/Hueck/Beurskens*, GmbHG, § 43 Rn. 7.

<sup>232</sup> MüKo/*Klöhn*, InsO, § 15a Rn. 125.

er den Insolvenzantrag direkt stellen oder andererseits, im Rahmen der Dreiwochenfrist außergerichtliche Sanierungsmaßnahmen einleiten, allerdings nur sofern diese noch Aussicht auf Erfolg haben.<sup>233</sup> Daher liegt eine Pflichtverletzung i. S. v. § 43 Abs. 2 GmbHG auch dann vor, wenn der Geschäftsführer den nach § 15a Abs. 1 Satz 1 InsO gebotenen Insolvenzantrag verspätet oder gar nicht stellt.<sup>234</sup> Ein pflichtwidriges Verhalten hinsichtlich der Stellung des Insolvenzantrags ist zudem zu bejahen, wenn der Geschäftsführer die wirtschaftliche und finanzielle Lage der Gesellschaft im Vorfeld der Insolvenz nicht hinreichend begutachtet und sich nicht um die Einleitung entsprechender Sanierungsmaßnahmen bemüht.<sup>235</sup> Weiterhin ist angesichts der tatbestandlichen Voraussetzung der Pflichtverletzung ein Blick auf den in § 43 Abs. 1 GmbHG definierten Sorgfaltsmaßstab sowie auf das dem Geschäftsführer zustehende unternehmerische Ermessen zu werfen.

### **(1) Sorgfaltsmaßstab des § 43 Abs. 1 GmbHG**

§ 43 Abs. 1 GmbHG begründet einen Sorgfaltsmaßstab, den der Geschäftsführer bei seinen Geschäftsführungsaufgaben zu befolgen hat.<sup>236</sup> Infolgedessen hat der Geschäftsführer, wie bereits zuvor dargelegt, in allen Angelegenheiten der Gesellschaft die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns anzuwenden.<sup>237</sup> Bei einer fahrlässigen Handlung des Geschäftsführers wird somit nicht auf die im Verkehr erforderliche Sorgfalt i. S. d. § 276 Abs. 2 BGB abgestellt, sondern auf die Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns.<sup>238</sup> „Verlangt wird die Sorgfalt, die ein ordentlicher Geschäftsmann in verantwortlich leitender Position bei selbstständiger treuhänderischer Wahrung fremder Vermögensinteressen zu beachten hat.“<sup>239</sup> Mithin geht der Sorgfaltsmaßstab des § 43 Abs. 1 GmbHG auch weit über die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns gem. § 347 Abs. 1 HGB hinaus.<sup>240</sup> Der Sorgfaltsmaßstab hat zudem keinen Raum für subjektive Unzulänglichkeiten und hängt auch nicht von den individuellen Kenntnissen des Geschäftsführers ab, sodass der Geschäftsführer sich nicht auf seine mangelnden Kenntnisse berufen kann.<sup>241</sup>

### **(2) Unternehmerisches Ermessen und Business Judgement Rule**

Abgesehen von den gesetzlichen und satzungsmäßig festgelegten Verhaltenspflichten, steht dem Geschäftsführer im Bereich seiner unternehmerischen Entscheidungen ein weiter Beurteilungsspielraum zu, in dem er nach seinem eigenen unternehmerischen Ermessen agiert.<sup>242</sup> Die unternehmerischen Tätigkeiten und die damit verbundenen Entscheidungen werden stets durch ein gewisses unternehmerisches Risiko geprägt.<sup>243</sup> Unter Berücksichtigung dessen kann der Geschäftsführer, der seinen Ermessensspielraum fehlerfrei ausgeübt hat, nicht dafür verantwortlich gemacht werden, dass sich gewisse unternehmerische Risiken verwirklichen und Verluste für die Gesellschaft eintreten.<sup>244</sup> Ausgehend davon hat die Rechtsprechung anerkannt, dass die in § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG verankerte Business Judgement Rule im GmbH-Recht analog angewendet wird.<sup>245</sup> Gem.

<sup>233</sup> MüKo/Klöhn, InsO, § 15a Rn. 125.

<sup>234</sup> MüKo/H.-F. Müller, GmbHG, 2018, § 64 Rn. 220.; Überdies kann auch eine verfrühte Insolvenzantragstellung des Geschäftsführers einer Haftung nach § 43 Abs. 2 GmbHG auslösen. Für detaillierte Ausführungen siehe MüKo/H.-F. Müller, GmbHG, 2018, § 64 Rn. 221.

<sup>235</sup> Gerstenbergk-Helldorff, S. 7 f.

<sup>236</sup> Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt/Ziemons, GmbHG, § 43 Rn. 49.

<sup>237</sup> Gehrlein, NZG 2020, 801 (802).; Verweis auf Kap. B., IV.

<sup>238</sup> Henssler/Stohn/Oetker, GmbHG, 2019, § 43 Rn. 14.

<sup>239</sup> Gehrlein, NZG 2020, 801 (804).

<sup>240</sup> Oppenländer/Trörlitzsch/Leinekugel, Praxishandbuch der GmbH-Geschäftsführung, § 18 Rn. 2.

<sup>241</sup> Gehrlein, NZG 2020, 801 (804).

<sup>242</sup> Henssler/Strohn/Oetker, GmbHG, 2019, § 43 Rn. 27.

<sup>243</sup> Schmidt/Schmidt, COVInsAG, § 2 Rn. 125.

<sup>244</sup> Jula, Der GmbH-Geschäftsführer, S. 337.

<sup>245</sup> Thümmel, Rn. 186.

§ 93 Abs. 1 Satz 2 AktG handelt der Geschäftsführer im Rahmen seines unternehmerischen Ermessens, wenn er bei einer unternehmerischen Entscheidung vernünftigerweise annehmen durfte, auf Grundlage angemessener Informationen, zum Wohle der Gesellschaft zu handeln. Eine Haftung des Geschäftsführers aufgrund einer Pflichtverletzung i. S. v. § 43 Abs. 2 GmbHG ist in diesem Fall durch die Anwendung der Business Judgement Rule ausgeschlossen.<sup>246</sup> Maßgebliches Erfordernis für das Haftungsprivileg infolge der Anwendung der Business Judgement Rule ist, dass der Geschäftsführer bei seiner Entscheidungsfindung alle rechtlichen und tatsächlichen Informationsquellen ausschöpft und auf dieser Grundlage alle sich ergebenden Vor- und Nachteile der differenten Handlungsalternativen abwägt.<sup>247</sup>

Zentraler Ausgangspunkt der Business Judgement Rule i. S. v. § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG ist das Vorliegen einer unternehmerischen Entscheidung.<sup>248</sup> Dies sind Entscheidungen, bei denen dem Geschäftsführer aus rechtlicher Sicht verschiedene Handlungsalternativen zur Auswahl stehen.<sup>249</sup> Wird dem Geschäftsführer durch die Rechtsordnung eine rechtlich gebundene Verhaltensweise auferlegt, so ist dieser infolge seiner Legalitätspflicht an die gesetzlich vorgeschriebene Verhaltensweise gebunden und hat keine anderweitigen Handlungsalternativen.<sup>250</sup> Wie bereits detailliert dargestellt, gehört die Insolvenzantragspflicht nach § 15a Abs. 1 Satz 1 InsO zum gesetzlichen zwingend auferlegten Pflichtenkreis des Geschäftsführers.<sup>251</sup> Somit ist die Pflicht zur Stellung des Insolvenzantrags keine unternehmerische Entscheidung i. S. v. § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG.<sup>252</sup> Die Anwendung der Business Judgement Rule auf die Legalitätspflicht des Geschäftsführers ist prinzipiell ausgeschlossen.<sup>253</sup> Demnach kann sich der Geschäftsführer bei einer verspäteten oder gar unterlassenen Insolvenzantragstellung nicht auf die Business Judgement Rule gem. § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG berufen und begeht somit im Falle eines Verstoßes gegen die Verhaltensvorschriften des § 15a Abs. 1 Satz 1 InsO stets eine objektive Pflichtverletzung i. S. d. § 43 Abs. 2 GmbHG.<sup>254</sup>

## **bb) Verschulden**

Des Weiteren setzt die Schadensersatzpflicht gem. § 43 Abs. 2 GmbHG ein Verschulden des Geschäftsführers voraus.<sup>255</sup> Dabei haftet der Geschäftsführer sowohl für vorsätzliches als auch für einfach oder grob fahrlässiges Verhalten.<sup>256</sup> Dem Geschäftsführer wird ein vorsätzliches Verhalten unterstellt, wenn er „wissentlich und willentlich seine Pflichten verletzt.“<sup>257</sup> Der Verschuldensmaßstab bei fahrlässigem Verhalten des Geschäftsführers orientiert sich gem. § 43 Abs. 1 GmbHG an der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns, wodurch eine branchenspezifische Modifizierung des allgemeinen Sorgfaltsmaßstabs nach § 276 BGB erreicht wird.<sup>258</sup> Der Verschuldensmaßstab des § 43 Abs. 1 GmbHG berücksich-

<sup>246</sup> Heidelberger Kommentar/Schmidt, GmbHG, § 43 Rn. 15.

<sup>247</sup> BGH, Beschluss vom 14.07.2008, II ZR 202/07, NJW 2008, 3361.

<sup>248</sup> Strohn, CCZ 2013, 177 (178).

<sup>249</sup> Thümmel, Rn. 191.

<sup>250</sup> Thümmel, Rn. 191.

<sup>251</sup> Goette/Goette, DStR 2016, 815 (816).; Verweis auf Kap. C., I., 3.

<sup>252</sup> Strohn, CCZ 2013, 177 (178).

<sup>253</sup> Thole, Rn. 444.

<sup>254</sup> Goette/Goette, DStR 2016, 815 (816).

<sup>255</sup> Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt/Ziemons, GmbHG, § 43 Rn. 407.

<sup>256</sup> Jula, Der GmbH-Geschäftsführer, S. 344.

<sup>257</sup> Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt/Ziemons, GmbHG, § 43 Rn. 407.

<sup>258</sup> Oppenländer/Tröltzsch/Ziemons, Praxishandbuch der GmbH-Geschäftsführung, § 21 Rn. 6.

tigt keinesfalls die subjektiven Fähigkeiten des Geschäftsführers, sodass sich der Geschäftsführer nicht auf die seinerseits fehlende Befähigung berufen kann.<sup>259</sup> Hinzukommend bezieht sich das Verschulden lediglich auf die Pflichtverletzung, sodass der ausdrückliche Schadenseintritt ohne Belang ist.<sup>260</sup>

In Anbetracht der Insolvenzantragspflicht wird ein Verschulden des Geschäftsführers bei Erkennbarkeit der Insolvenzreife vermutet.<sup>261</sup> Insofern muss der Geschäftsführer darlegen und beweisen, dass er die Insolvenzantragspflicht nicht schuldhaft verletzt hat.<sup>262</sup> Ein fahrlässiges Verhalten seitens des Geschäftsführers liegt zweifellos vor, wenn er sich nicht rechtzeitig, die für die Insolvenzantragspflicht erforderlichen, Informationen einholt.<sup>263</sup> Bei unklarer Rechtslage liegt es in der Verantwortung des Geschäftsführers, sich den Rat eines fachlich qualifizierten Berufsträgers einzuholen.<sup>264</sup> Im Falle einer hieraus hervorgehenden fehlerhaften Beratung entfällt das Verschulden des Geschäftsführers.<sup>265</sup>

### cc) Schaden und Kausalität

Die Haftung des Geschäftsführers nach § 43 Abs. 2 GmbHG erfordert, dass der Gesellschaft bedingt durch das pflichtwidrige Verhalten des Geschäftsführers ein Schaden entstanden ist. „Schaden in diesem Sinne ist jede Minderung des geldwerten Gesellschaftsvermögens.“<sup>266</sup> Der konkrete Schadensumfang bestimmt sich bei der organschaftlichen Haftung des Geschäftsführers nach den allgemeinen zivilrechtlichen Schadensgrundsätzen gem. §§ 249 ff. BGB.<sup>267</sup> Eine dem Gesellschaftszweck widersprechende Vermögensminderung ist nicht erforderlich.<sup>268</sup> Der für die Gesellschaft infolge der Verletzung der Insolvenzantragspflicht entstandenen Schaden kann insofern zum Vorschein kommen, dass das Gesellschaftsvermögen durch den nicht oder verzögert gestellten Insolvenzantrag trotz bestehender Insolvenzreife weiterhin gemindert wird.<sup>269</sup> Ein praxisrelevantes Beispiel ist insbesondere die Begründung neuer Verbindlichkeiten auf Seiten der Gesellschaft.<sup>270</sup> Die konkrete Schadensberechnung erfolgt anhand der Differenztheorie.<sup>271</sup> Dabei wird der Ist-Wert des Gesellschaftsvermögens mit dem Soll-Wert verglichen, den das Vermögen der Gesellschaft ohne die Pflichtverletzung des Geschäftsführers gehabt hätte.<sup>272</sup> Für den Fall, dass der Geschäftsführer aus der Sicht ex ante zwischen verschiedenen Handlungsalternativen abwägen konnte, so ist im Hinblick auf den hypothetischen Soll-Wert des Vermögens zugunsten des Geschäftsführers derjenige Wert heranzuziehen, bei dem das Gesellschaftsvermögen die am wenigsten positive Entwicklung gehabt hätte.<sup>273</sup>

Der für die Gesellschaft eingetretene Schaden muss zugleich adäquat kausal zu der vom Geschäftsführer begangenen Pflichtverletzung sein.<sup>274</sup> Mithin ist ein Kausalzusammenhang gegeben, wenn der Schaden ohne die schuldhafte Pflichtverletzung des Geschäftsführers

<sup>259</sup> Römermann/*Terlau*, MAH GmbHR, § 10 Rn. 75.

<sup>260</sup> Schmidt/*Schmidt*, COVInsAG, § 2 Rn. 127.

<sup>261</sup> BGH, Urteil vom 14.05.2007, II ZR 48/06, NZG 2007, 545 (547).

<sup>262</sup> BGH, Urteil vom 14.05.2007, II ZR 48/06, NZG 2007, 545 (547).

<sup>263</sup> *Ek/Kock*, Rn. 100.

<sup>264</sup> BeckOK/*Ziemons/Pöschke*, GmbHG, § 43 Rn. 293.

<sup>265</sup> BeckOK/*Ziemons/Pöschke*, GmbHG, § 43 Rn. 293.

<sup>266</sup> Schmidt/*Schmidt*, COVInsAG, § 2 Rn. 124.

<sup>267</sup> OLG Frankfurt, Urteil vom 25.10.2011, 5 U 27/10, BeckRS 2011, 27373.

<sup>268</sup> Henssler/*Strohn/Oetker*, GmbHG, 2019, § 43 Rn. 36.

<sup>269</sup> Schmidt/*Schmidt*, COVInsAG, § 2 Rn. 116.

<sup>270</sup> Schmidt/*Schmidt*, COVInsAG, § 2 Rn. 116.

<sup>271</sup> Oppenländer/*Trörlitzsch/Ziemons*, Praxishandbuch der GmbH-Geschäftsführung, § 21 Rn. 10.

<sup>272</sup> *Thümmel*, Rn. 222.

<sup>273</sup> Oppenländer/*Trörlitzsch/Ziemons*, Praxishandbuch der GmbH-Geschäftsführung, § 21 Rn. 10.

<sup>274</sup> *Gerstenbergk/Helldorff*, S. 21.

nicht eingetreten wäre.<sup>275</sup> Die Adäquanztheorie schließt Schadensfolgen aus, deren Eintritt außerhalb jeder Lebenswahrscheinlichkeit liegt.<sup>276</sup>

#### **dd) Darlegungs- und Beweislast**

Im Normalfall muss der Kläger, in diesem Fall die GmbH, alle anspruchsründenden Tatsachen darlegen und beweisen.<sup>277</sup> § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG sieht allerdings eine Beweislastumkehr dahingehend vor, dass der Geschäftsführer vorbringen muss im Rahmen seiner Tätigkeiten stets mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns gehandelt zu haben.<sup>278</sup> Da dem GmbH-Recht eine entsprechende Regelung fehlt, wird die Beweislastumkehr des Aktienrechts analog angewendet.<sup>279</sup> Zu seiner Entlastung kann sich der Geschäftsführer u. a. darauf berufen, dass die Pflichtverletzung auf die Vollziehung eines bindenden Gesellschafterbeschlusses zurückzuführen ist.<sup>280</sup> Indessen liegt es in der Verantwortung der Gesellschaft darzulegen und zu beweisen, dass und inwiefern der Gesellschaft durch das pflichtwidrige Verhalten des Geschäftsführers ein Schaden erwachsen ist.<sup>281</sup> Dabei können ebenfalls die Beweiserleichterungen des § 287 ZPO eingesetzt werden.<sup>282</sup> Demnach entscheidet das Gericht, unter Würdigung aller Umstände, nach freier Überzeugung über den konkret entstandenen Schaden, sofern die beiden Parteien hierüber streitig sind.

#### **b) Rechtsfolge**

Sofern alle tatbestandlichen Voraussetzungen vorliegen, ist der Geschäftsführer der Gesellschaft gegenüber zum Ersatz des nach § 43 Abs. 2 GmbHG entstandenen Schadens verpflichtet.<sup>283</sup> Die Gesellschaft kann den Schadensanspruch gegenüber dem Geschäftsführer nur geltend machen, wenn die Gesellschafterversammlung einen Beschluss i. S. d. § 46 Nr. 8 GmbHG gefasst hat.<sup>284</sup> Mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens geht der Schadensersatzanspruch der GmbH gegen den Geschäftsführer in die Insolvenzmasse über und wird gem. § 80 Abs. 1 InsO vom Insolvenzverwalter geltend gemacht.<sup>285</sup> Falls die Gesellschaft mehrere Geschäftsführer besitzt und jeden individuell der Schuldvorwurf trifft, so haften diese gem. § 43 Abs. 2 GmbHG solidarisch als Gesamtschuldner i. S. d. §§ 421 ff. BGB.<sup>286</sup> Dies hat zur Folge, dass jeder Geschäftsführer den Schaden gegenüber der Gesellschaft in vollem Umfang begleichen muss.<sup>287</sup> Der in Anspruch genommene Geschäftsführer hat allerdings die Option, einen entsprechenden Ausgleich von den übrigen Geschäftsführern zu verlangen.<sup>288</sup> In der Praxis ist dies oft problematisch, da die Aufgabenverteilung zwischen mehreren Geschäftsführern oftmals durch eine Ressortaufteilung geregelt wird.<sup>289</sup> Eine Haftung des Geschäftsführers außerhalb des ihm zugewiesenen Ressorts kommt nur bei einer Verletzung seiner Organisations- und Überwachungspflicht in Betracht.<sup>290</sup>

<sup>275</sup> Henssler/Strohn/Oetker, GmbHG, 2019, § 43 Rn. 37.

<sup>276</sup> Baumbach/Hueck/Beurskens, GmbHG, § 43 Rn. 55.

<sup>277</sup> Thümmel, Rn. 226.

<sup>278</sup> Gerstenbergk-Helldorff, S. 22.

<sup>279</sup> Römermann/Terlau, MAH GmbHR, § 10 Rn. 94.

<sup>280</sup> BGH, Urteil vom 26.10.2009, II ZR 222/08, NJW 2010, 64.

<sup>281</sup> BGH, Urteil vom 04.11.2002, II ZR 224/00, DStR 2003, 124.

<sup>282</sup> BGH, Urteil vom 04.11.2002, II ZR 224/00, DStR 2003, 124.

<sup>283</sup> Römermann/Terlau, MAH GmbHR, § 10 Rn. 91.

<sup>284</sup> Gerstenbergk-Helldorff, S. 23.

<sup>285</sup> Gerstenbergk-Helldorff, S. 23.

<sup>286</sup> Altmeppen/Altmeppen, GmbHG, 2021, § 43 Rn. 115.

<sup>287</sup> Heidelberger Kommentar/Schmitt, GmbHG, § 43 Rn. 38.

<sup>288</sup> Kühn, S. 141.

<sup>289</sup> Kühn, S. 141.

<sup>290</sup> Heidelberger Kommentar/Schmitt, GmbHG, § 43 Rn. 37.

Gem. § 43 Abs. 4 GmbHG verjährt der Haftungsanspruch des § 43 Abs. 2 GmbHG innerhalb von fünf Jahren. Der Verjährungszeitraum beginnt nach Maßgabe des § 200 Satz 1 BGB mit der Entstehung des Anspruchs<sup>291</sup>, wobei eine konkrete Bezifferung des Schadens noch nicht erfolgt sein muss.<sup>292</sup>

## **2. Haftung für Zahlungen nach Insolvenzreife gem. § 64 Satz 1 GmbHG**

Der Geschäftsführer ist nach Maßgabe des § 64 Satz 1 GmbHG der Gesellschaft gegenüber dem Ersatz der Zahlungen verpflichtet, die nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft oder nach Feststellung der Überschuldung geleistet wurden. Obwohl der Anspruch des § 64 Satz 1 GmbHG dem Gesetzeswortlaut zufolge der Gesellschaft zusteht, dient dieser jedoch vorwiegend dem Schutz der Gläubigerinteressen.<sup>293</sup> Der Anspruch aus § 64 Satz 1 GmbHG bildet zudem einen Ersatzanspruch eigener Art und ist streng von der deliktischen Haftung des Geschäftsführers zu unterscheiden, da ein Schadenseintritt nicht vorausgesetzt wird, sondern der Anspruch lediglich dazu dient, das Gesellschaftsvermögen aufzufüllen, damit dies im Insolvenzverfahren vollständig zur Verfügung steht.<sup>294</sup> Nebst dem knüpft die Haftung i. S. d. § 64 Satz 1 GmbHG an die bereits geschilderte Masseerhaltungspflicht des Geschäftsführers an.<sup>295</sup>

### **a) Tatbestand**

Damit der Geschäftsführer gem. § 64 Satz 1 GmbHG aufgrund von Zahlungen nach Eintritt der Insolvenzreife in Anspruch genommen werden kann, müssen zunächst die nachstehend erläuterten Tatbestandsvoraussetzungen erfüllt sein.

#### **aa) Zahlungen des Geschäftsführers**

Die Haftung nach § 64 Satz 1 GmbHG setzt voraus, dass der Geschäftsführer eine Zahlung aus dem Gesellschaftsvermögen vornimmt.<sup>296</sup> Die Vornahme der Zahlung muss durch eine dem Geschäftsführer zurechenbare Rechtshandlung erfolgen.<sup>297</sup> Dabei muss der Geschäftsführer die Zahlung nicht zwingend selbst durchgeführt haben, sondern es ist ausreichend, wenn die Zahlung anderer unternehmensangehöriger Personen dem Geschäftsführer zugerechnet werden.<sup>298</sup> Dies ist stets anzunehmen, wenn der Geschäftsführer die betroffene Zahlung veranlasst hat, die Zahlung mit seinem Wissen und Wollen durchgeführt worden ist oder wenn er den Zahlungsvorgang hätte unterbinden können.<sup>299</sup> Die Zurechenbarkeit ist allerdings ausgeschlossen, wenn die Zahlung auf Grundlage einer Pfändung erfolgt.<sup>300</sup>

Der Umfang des Zahlungsbegriffs i. S. v. § 64 Satz 1 GmbHG kann eine große Reichweite annehmen.<sup>301</sup> Im Allgemeinen fallen hierunter „alle Leistungen, durch die der Gesellschaft nach Insolvenzreife Vermögen entzogen wird.“<sup>302</sup> Damit stellt § 64 Satz 1 GmbHG, abgesehen von Zahlungen, auch auf sonstige massemildernde Leistungen der Gesellschaft ab, wobei z. B. die Lieferung von Waren oder die Übertragung von Rechten zu erwähnen ist.<sup>303</sup>

<sup>291</sup> Baumbach/Hueck/Beurskens, GmbHG, § 43 Rn. 103.

<sup>292</sup> MüKo/Fleischer, GmbHG, 2019, § 43 Rn. 331.

<sup>293</sup> Baumbach/Hueck/Haas, GmbHG, § 64 Rn. 10.

<sup>294</sup> BGH, Urteil vom 19.11.2019, II ZR 233/18, NZG 2020, 260.

<sup>295</sup> Ek/Kock, Rn. 130.; Verweis auf Kap. C., I., 3.

<sup>296</sup> Baumbach/Hueck/Haas, GmbHG, § 64 Rn. 60.

<sup>297</sup> Gottwald/Haas/Haas/Kolmann/Kurz, Insolvenzrechts-Handbuch, § 90 Rn. 196.

<sup>298</sup> Gottwald/Haas/Haas/Kolmann/Kurz, Insolvenzrechts-Handbuch, § 90 Rn. 196.

<sup>299</sup> BGH, Urteil vom 16.03.2009, II ZR 32/08, NZG 2009, 582 (583).

<sup>300</sup> Römermann/Terlau, MAH GmbHR, § 10 Rn. 142.

<sup>301</sup> Wicke/Wicke, GmbHG, § 64 Rn. 20a.

<sup>302</sup> Henssler/Strohn/Arnold, GmbHG, 2019, § 64 Rn. 11.

<sup>303</sup> Ek/Kock, Rn. 128.

Eine ersatzpflichtige Zahlung nach § 64 Satz 1 GmbHG liegt jedoch nicht vor, wenn der Minderung des Gesellschaftsvermögens ein Vermögenszuwachs in gleicher Höhe gegenübersteht.<sup>304</sup> Gleichmaßen wird die Begründung einer neuen Verbindlichkeit nicht vom Zahlungsbegriff des § 64 Satz 1 GmbHG erfasst.<sup>305</sup>

Bezüglich des Buchgeldtransfers ist der ständigen Rechtsprechung der BGH zufolge eine Differenzierung zwischen den kreditorisch und debitorisch geführten Gesellschaftskonten von großer Relevanz.<sup>306</sup> Alle von einem kreditorischen Konto getätigte Überweisungen stellen eine Zahlung nach § 64 Satz 1 GmbHG dar.<sup>307</sup> Dies gilt auch für Abbuchungen im Wege des Lastschriftverfahrens.<sup>308</sup> Außerdem umfassen die pflichtwidrigen Zahlungen i. S. v. § 64 Satz 1 GmbHG auch Leistungen von einem für die GmbH errichteten Treuhandkonto, dessen Inhaber der Geschäftsführer ist.<sup>309</sup> Demgegenüber sind Zahlungseingänge auf ein kreditorisches Konto für die Haftung gem. § 64 Satz 1 GmbHG grundsätzlich nicht bedeutungsvoll.<sup>310</sup>

Eine andere Rechtslage ergibt sich im Hinblick auf die debitorisch geführten Konten der Gesellschaft.<sup>311</sup> Wird durch eine Abbuchung von einem debitorischen Gesellschaftskonto eine Gesellschaftsverbindlichkeit getilgt, so liegt keine haftungsbegründende Zahlung i. S. v. § 64 Satz 1 GmbHG vor, da hier nur ein Gläubigerwechsel von der Bank auf den neuen Gläubiger stattfindet.<sup>312</sup> Indes werden Einzahlungen bzw. Zugänge auf ein debitorisches Gesellschaftskonto, als Zahlungen an die Bank betrachtet und fallen damit in den Verbotsbereich des § 64 Satz 1 GmbHG.<sup>313</sup> Demzufolge sind u. a. der Einzug eines Kundenschecks sowie Überweisungen zur Forderungsbegleichung durch Gesellschaftsschuldner auf ein debitorisches Konto der GmbH als Zahlungen i. S. d. § 64 Satz 1 GmbHG zu qualifizieren.<sup>314</sup> Unter Berücksichtigung dessen ist der Geschäftsführer in der Krise der GmbH dazu angehalten, ein neues kreditorisches Konto bei einer anderen Bank zu eröffnen und dies den Gesellschaftsschuldnern unverzüglich mitzuteilen.<sup>315</sup> Wiederum ergibt sich eine andere Rechtslage, wenn die Gesellschaft zugunsten der kontoführenden Bank eine Globalzession vereinbart hat.<sup>316</sup> In diesen Fällen sind Einzahlungen auf ein debitorisches Gesellschaftskonto haftungsfrei, soweit die betroffene Forderung vor Eintritt der Insolvenzreife begründet wurde.<sup>317</sup>

## **bb) Privilegierte Zahlungen nach § 64 Satz 2 GmbHG**

Nach Maßgabe des § 64 Satz 2 GmbHG sind solche Zahlungen erlaubt, die zwar nach Eintritt der Insolvenzreife getätigt wurden, jedoch mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns vereinbar sind. Dieses Haftungsprivileg ist dann einschlägig, wenn die Zahlungen zu Zwecken der Sanierung und Unternehmensfortführung unbedingt erforderlich sind.<sup>318</sup> Die zur Aufrechterhaltung des Unternehmens durchgeführten Zahlungen fallen jedoch nur dann unter die erlaubten Zahlungen nach § 64 Satz 2 GmbHG, wenn innerhalb

<sup>304</sup> Oppenländer/Trölitzsch/Ziemons, Praxishandbuch der GmbH-Geschäftsführung, § 31 Rn. 15.

<sup>305</sup> BGH, Urteil vom 30.03.1998, II ZR 146-96, DStR 1998, 651 (652).

<sup>306</sup> Kruth/Jakobs, DStR 2019, 999 (1002).

<sup>307</sup> MüKo/H.-F. Müller, GmbHG, 2018, § 64 Rn. 145.

<sup>308</sup> Baumbach/Hueck/Haas, GmbHG, § 64 Rn. 63.

<sup>309</sup> OLG Düsseldorf, Urteil vom 24.09.1998, 6 U 199/97, NZG 1999, 80.

<sup>310</sup> Schmidt/Schmidt, COVInsAG, § 2 Rn. 57.

<sup>311</sup> Kruth/Jakobs, DStR 2019, 999 (1002).

<sup>312</sup> Altmeppen/Altmeppen, GmbHG, 2021, § 64 Rn. 10.

<sup>313</sup> Jula, Der GmbH-Geschäftsführer, S. 382.

<sup>314</sup> BGH, Urteil vom 26.03.2007, II ZR 310/05, DStR 2007, 1003 (1004).

<sup>315</sup> Henssler/Strohn/Arnold, GmbHG, 2019, § 64 Rn. 15.

<sup>316</sup> Kruth/Jakobs, DStR 2019, 999 (1002).

<sup>317</sup> BGH, Urteil vom 23.06.2015, II ZR 366/13, NZG 2015, 998.

<sup>318</sup> Jula, Der GmbH-Geschäftsführer, S. 384.

der Dreiwochenfrist des § 15a Abs. 1 Satz 1 InsO eine ernsthafte Sanierungschance besteht oder wenn die Fortführung der Unternehmenstätigkeiten im Gegensatz zur Einstellung für die Insolvenzmasse günstiger ist.<sup>319</sup> Maßstab für die privilegierten Zahlungen des Geschäftsführers sind stets die Ausgaben, die auch ein Insolvenzverwalter geleistet hätte, um eine Unternehmensfortführung zu realisieren.<sup>320</sup> Ferner besteht die Gefahr, dass es zu einer Pflichtenkollision der Masseerhaltungspflicht gem. § 64 Satz 1 GmbHG mit anderen, außerhalb des GmbHG, gesetzlich geregelten Pflichten des Geschäftsführers kommt.<sup>321</sup> In Anbetracht dessen hat die Rechtsprechung anerkannt, dass die Abführung von Lohn- und Umsatzsteuern sowie die Abführung der Arbeitnehmeranteile an der Sozialversicherung durch § 64 Satz 2 GmbHG von der Haftung ausgenommen sind.<sup>322</sup> Dahingegen sind die Zahlungen der Arbeitgeberanteile zur Sozialversicherung, die nach Eintritt der Insolvenzreife getätigt werden, nicht mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns vereinbar und fallen daher nicht in den Anwendungsbereich des § 64 Satz 2 GmbHG.<sup>323</sup>

### cc) Maßgeblicher Zeitpunkt

Der zeitliche Anwendungsbereich des § 64 Satz 1 GmbHG umfasst, unabhängig vom Ende der Insolvenzantragsfrist des § 15a Abs. 1 Satz 1 InsO, alle Zahlungen, die ab Eintritt der Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung getätigt wurden.<sup>324</sup> Die Darlegungs- und Beweislast hinsichtlich des Vorliegens der Insolvenzreife zum Zeitpunkt der betroffenen Zahlung liegt bei der Gesellschaft bzw. ab dem Zeitpunkt der Eröffnung des Insolvenzverfahrens gem. § 80 Abs. 1 InsO bei dem Insolvenzverwalter.<sup>325</sup> Das Zahlungsverbot i. S. d. § 64 Satz 1 GmbHG endet bei Eröffnung des Insolvenzverfahrens.<sup>326</sup>

### dd) Verschulden

Als subjektives Tatbestandsmerkmal setzt die Haftung nach § 64 Satz 1 GmbHG ein Verschulden des Geschäftsführers voraus, wobei einfache Fahrlässigkeit ausreichend ist.<sup>327</sup> Der Legaldefinition des § 276 Abs. 2 BGB zufolge handelt derjenige fahrlässig, der die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht lässt.<sup>328</sup> Als Beurteilungsmaßstab hierfür ist die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns anzusetzen.<sup>329</sup> Dementsprechend muss die Insolvenzreife für den Geschäftsführer lediglich erkennbar gewesen sein, wohingegen eine positive Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung ist nicht notwendig.<sup>330</sup> Somit ist dem Geschäftsführer ein fahrlässiges Handeln vorzuwerfen, wenn er sich nicht rechtzeitig die erforderlichen Informationen und Kenntnisse verschafft, die zu einer Erkennbarkeit der Insolvenzreife führen.<sup>331</sup> Die Darlegungs- und Beweislast wird angesichts der Verschuldensvermutung des § 64 Satz 1 GmbHG dem Geschäftsführer auferlegt.<sup>332</sup> Ein Verschulden ist jedoch ausgeschlossen, wenn sich der Geschäftsführer aufgrund der seinerseits fehlenden Sach- und Fachkunde, zur Beurteilung der wirtschaftlichen und finanziellen Lage der Gesellschaft, den Rat einer fachlich qualifizierten Person einholt.<sup>333</sup>

<sup>319</sup> MüKo/H.-F. Müller, GmbHG, 2018, § 64 Rn. 154.

<sup>320</sup> Altmeyen/Altmeyen, GmbHG, 2021, § 64 Rn. 33.

<sup>321</sup> MüKo/H.-F. Müller, GmbHG, 2018, § 64 Rn. 153.

<sup>322</sup> *Jula*, Der GmbH-Geschäftsführer, S. 384.

<sup>323</sup> BGH, Urteil vom 08.06.2009, II ZR 147/08, NZG 2009, 913.

<sup>324</sup> BGH, Urteil vom 16.03.2009, II ZR 280/07, NJW 2009, 2454.

<sup>325</sup> MüKo/H.-F. Müller, GmbHG, 2018, § 64 Rn. 150.

<sup>326</sup> Henssler/Strohn/Arnold, GmbHG, 2019, § 64 Rn. 24a.

<sup>327</sup> *Jula*, Der GmbH-Geschäftsführer, S. 386.

<sup>328</sup> Jauernig/Stadler, BGB, § 276 Rn. 23.

<sup>329</sup> Wicke/Wicke, GmbHG, § 64 Rn. 22.

<sup>330</sup> Wicke/Wicke, GmbHG, § 64 Rn. 22.

<sup>331</sup> Römermann/Terlau, MAH GmbHR, § 10 Rn. 157.

<sup>332</sup> BGH, Urteil vom 18.10.2010, II ZR 151/09, NZG 2010, 1393.

<sup>333</sup> BGH, Urteil vom 27.03.2012, II ZR 171/10, DStR 2012, 1286 (1287).

Insoweit trifft den Geschäftsführer die Pflicht den fachmännischen Berater sorgsam auszuwählen und diesem die notwendigen Unterlagen zur Verfügung zu stellen.<sup>334</sup> Ein Rückgriff auf die Grundsätze des innerbetrieblichen Schadensausgleichs, die insbesondere eine teilweise Haftungsbeschränkung bei leichter oder mittlerer Fahrlässigkeit vorsehen, ist zu verneinen.<sup>335</sup>

## b) Rechtsfolge

Falls die Tatbestandsvoraussetzungen des § 64 Satz 1 GmbHG erfüllt sind, hat der Geschäftsführer der Gesellschaft den objektiven Wert der von ihm nach Insolvenzzureife getätigten Zahlung zu ersetzen.<sup>336</sup> Die Ersatzpflicht muss in Form einer Geldleistung erfüllt werden, gleich ob die betroffene Zahlung selbst eine Geldleistung war oder nicht.<sup>337</sup> In der Insolvenz der GmbH erfolgt die Geltendmachung des Anspruchs aufgrund von § 80 Abs. 1 InsO durch den zuständigen Insolvenzverwalter.<sup>338</sup> Der Geschäftsführer kann die Insolvenzquote, die der Zahlungsempfänger bei Durchführung des Insolvenzverfahrens erhalten hätte, nicht in Abzug bringen.<sup>339</sup> Allerdings ist in das gegen den Geschäftsführer gerichtete Urteil analog § 255 BGB ein Vorbehalt aufzunehmen, sodass der Geschäftsführer, sofern er seiner Ersatzpflicht nachgekommen ist, dazu berechtigt ist einen Anspruch in Höhe des Betrags, den der Gläubiger als Insolvenzquote erhalten hätte, geltend zu machen.<sup>340</sup> Des Weiteren kann der Geschäftsführer nicht den Einwand vorbringen, dass die Zahlung nach §§ 129 ff. InsO anfechtbar ist und dass der zuständige Insolvenzverwalter die Masse daher auch im Wege der Insolvenzanfechtung wieder auffüllen könnte.<sup>341</sup> Die Entscheidung, ob gegen den Geschäftsführer vorgegangen wird oder im Rahmen einer Insolvenzanfechtung gegen den Anfechtungsgegner, liegt allein im Ermessen des Insolvenzverwalters.<sup>342</sup> Macht der Insolvenzverwalter zunächst den Anspruch gegen den Geschäftsführer geltend, so hat der Geschäftsführer auch hier die Möglichkeit durch eine analoge Anwendung des § 255 BGB die Abtretung des Anfechtungsanspruchs zu verlangen.<sup>343</sup>

Durch den in § 64 Satz 4 GmbHG normierten Verweis auf die Bestimmungen des § 43 Abs. 3 und 4 GmbHG ist ein Verzicht auf den Ersatzanspruch seitens der Gesellschaft oder ein Vergleich über die Forderungen unwirksam.<sup>344</sup> Überdies kann sich der Geschäftsführer gem. § 64 Satz 4 GmbHG i. V. m. § 43 Abs. 3 Satz 3 GmbHG nicht darauf berufen, dass er die Zahlung aufgrund eines vorliegenden Gesellschafterbeschlusses getätigt hat.<sup>345</sup> Der Haftungsanspruch des § 64 Satz 1 GmbHG verjährt entsprechend § 64 Satz 4 GmbHG i. V. m. § 43 Abs. 4 GmbHG innerhalb von fünf Jahren ab Zeitpunkt der unzulässigen Zahlung.<sup>346</sup>

## 3. Insolvenzverursachungshaftung gem. § 64 Satz 3 GmbHG

Im Rahmen der durch das Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts eingeführten Insolvenzverursachungshaftung ist der Geschäftsführer gem. § 64 Satz 3 GmbHG der Gesellschaft zum Ersatz von Zahlungen an die Gesellschafter verpflichtet, soweit diese zur

<sup>334</sup> Baumbach/Hueck/Haas, GmbHG, § 64 Rn. 167.

<sup>335</sup> BGH, Beschluss vom 24.09.2019, II ZR 248/17, BeckRS 2019, 31312.

<sup>336</sup> MüKo/H.-F. Müller, GmbHG, 2018, § 64 Rn. 167.

<sup>337</sup> Henssler/Strohn/Arnold, GmbHG, 2019, § 64 Rn. 34.

<sup>338</sup> MüKo/H.-F. Müller, GmbHG, 2018, § 64 Rn. 173.

<sup>339</sup> Altmeppen/Altmeppen, GmbHG, 2021, § 64 Rn. 22.

<sup>340</sup> BGH, Urteil vom 08.01.2001, II ZR 88/99, NJW 2001, 1280.

<sup>341</sup> Henssler/Strohn/Arnold, GmbHG, 2019, § 64 Rn. 36.

<sup>342</sup> Gerstenbergk-Helldorff, S. 54.

<sup>343</sup> OLG Brandenburg, Urteil vom 26.02.2013, 6 U 32/11, BeckRS, 5332.

<sup>344</sup> MüKo/H.-F. Müller, GmbHG, 2018, § 64 Rn. 171.

<sup>345</sup> Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt/Nerlich, GmbHG, § 64 Rn. 27.

<sup>346</sup> Römermann/Terlau, MAH GmbHR, § 10 Rn. 161.

Zahlungsunfähigkeit der GmbH führen mussten.<sup>347</sup> Ebenso wie Anspruch nach § 64 Satz 1 GmbHG handelt es sich bei § 64 Satz 3 GmbHG um einen Ersatzanspruch sui generis, der keinen Schadenseintritt auf Seiten der Gesellschaft voraussetzt.<sup>348</sup> Im Verhältnis zu dem Anspruch aus § 64 Satz 1 GmbHG ist das Zahlungsverbot des § 64 Satz 3 GmbHG zeitlich auf den Zeitpunkt vor Eintritt der materiellen Insolvenzreife vorverlagert.<sup>349</sup> Mittels des Ersatzanspruchs des § 64 Satz 3 GmbHG wird das bilanzielle Auszahlungsverbot nach § 30 GmbHG durch ein Verbot von Auszahlungen, die zwar das Stammkapital nicht gefährden, aber zu einem Eintritt der Zahlungsunfähigkeit führen, flankiert.<sup>350</sup>

### **a) Tatbestand**

Damit der Geschäftsführer gem. § 64 Satz 3 GmbHG in Anspruch genommen werden kann, müssen zunächst die folgenden Tatbestandsvoraussetzungen verwirklicht sein.

#### **aa) Zahlungen an Gesellschafter**

Dem in § 64 Satz 3 GmbHG verwendeten Begriff der Zahlung ist, gleichermaßen wie dem Zahlungsbegriff des § 64 Satz 1 GmbHG, ein weites Verständnis zugrunde zu legen.<sup>351</sup> Zahlungen i. S. v. § 64 Satz 3 GmbHG sind „alle Leistungen aus dem Gesellschaftsvermögen, die Auswirkungen auf die Liquidität der Gesellschaft haben.“<sup>352</sup> Demzufolge umfasst der Zahlungsbegriff, abgesehen von den reinen Geldleistungen, auch andere vergleichbare masseschmälernde Leistungen mit Geldwert.<sup>353</sup> Darin enthalten sind u. a. Dienstleistungen an die Gesellschaft sowie die Stellung von Sicherheiten für Gesellschafterverbindlichkeiten.<sup>354</sup> Analog zu § 64 Satz 1 GmbHG liegt eine verbotene Zahlung nicht vor, wenn die Gesellschaft für die ihrerseits erbrachte Leistung eine vollwertige Gegenleistung erhalten hat.<sup>355</sup> Zu den ersatzpflichtigen Zahlungen nach § 64 Satz 3 GmbHG gehören sowohl die vom Geschäftsführer selbst durchgeführten Zahlungen als auch diejenigen Zahlungen, die von ihm veranlasst wurden oder die er mit hinreichender Sorgfalt hätte verhindern können.<sup>356</sup>

Zugleich setzt § 64 Satz 3 GmbHG stets die Zahlung an einen Gesellschafter voraus, wobei die Höhe der Beteiligung des Gesellschafters an der Gesellschaft irrelevant ist.<sup>357</sup> Als Zahlungsempfänger kommen weiterhin auch einem Gesellschafter nahestehende Dritte in Betracht.<sup>358</sup> Überdies ist der Ersatzanspruch i. S. d. § 64 Satz 3 GmbHG auch auf einen bereits ausgeschiedenen Gesellschafter anwendbar, sofern der Rechtsgrund für die Zahlung entstanden ist, als die Gesellschaftereigenschaft noch bestand.<sup>359</sup>

#### **bb) Kausale Herbeiführung der Zahlungsunfähigkeit**

Der Geschäftsführer haftet nach dem Gesetzeswortlaut des § 64 Satz 3 GmbHG nur für diejenigen Zahlungen an Gesellschafter, die zu einem Eintritt der Zahlungsunfähigkeit führen mussten. Der Begriff der Zahlungsunfähigkeit entspricht dabei der Legaldefinition des

<sup>347</sup> Kühn, S. 179.

<sup>348</sup> Oppenländer/Trölitzsch/Ziemons, Praxishandbuch der GmbH-Geschäftsführung, § 31 Rn. 25.

<sup>349</sup> Ek/Kock, Rn. 143.

<sup>350</sup> Schult, GWR 2012, 549.

<sup>351</sup> Verweis auf Kap. C., III., 2., a), aa).

<sup>352</sup> Lutter/Hommelhoff/Kleindiek, GmbHG, § 64 Rn. 51. zit. nach Oppenländer/Trölitzsch/Ziemons, Praxishandbuch der GmbH-Geschäftsführung, § 31 Rn. 27.

<sup>353</sup> Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt/Nerlich, GmbHG, § 64 Rn. 35.

<sup>354</sup> Drescher, Rn. 852. zit. nach Ek/Kock, Rn. 144.

<sup>355</sup> Jula, Der GmbH-Geschäftsführer, S. 388.

<sup>356</sup> Ek/Kock, Rn. 146.

<sup>357</sup> Henssler/Strohn/Arnold, GmbHG, 2019, § 64 Rn. 53.

<sup>358</sup> Wicke/Wicke, GmbHG, § 64 Rn. 27.

<sup>359</sup> Henssler/Strohn/Arnold, GmbHG, 2019, § 64 Rn. 53.

§ 17 Abs. 2 Satz 1 InsO.<sup>360</sup> Besonderes Augenmerk ist hier auf die Formulierung „führen mussten“ zu legen, da dies einen engen Kausalzusammenhang zwischen der Zahlung an den Gesellschafter und dem Eintritt der Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft voraussetzt.<sup>361</sup> Insofern muss sich bereits im Zeitpunkt der betroffenen Zahlung abzeichnen, dass die Gesellschaft, ohne Hinzukommen weiterer Kausalbeiträge, bei normalem Geschäftsverlauf, ihre Verbindlichkeiten nicht mehr erfüllen können.<sup>362</sup> Der Geschäftsführer haftet daher nicht, wenn die Zahlungsunfähigkeit durch ein Hinzutreten außergewöhnlicher und nicht vorhersehbarer Ereignisse verursacht worden ist.<sup>363</sup> Aus dieser Annahme folgt, dass der Geschäftsführer im Zweifel dazu angehalten ist, vor der Zahlung an einen Gesellschafter, einen Solvenzplan aufzustellen.<sup>364</sup> Die Darlegungs- und Beweislast hinsichtlich der Unausweichlichkeit der Zahlungsunfähigkeit liegt bei der Gesellschaft bzw. im Insolvenzverfahren bei dem Insolvenzverwalter.<sup>365</sup>

### cc) Verschulden und Entlastung des Geschäftsführers

Als weiteres Tatbestandsmerkmal setzt § 64 Satz 3 GmbHG ein Verschulden des Geschäftsführers voraus.<sup>366</sup> Hier genügt ebenfalls einfache Fahrlässigkeit<sup>367</sup>, sodass diesbezüglich auf die Ausführungen zu § 64 Satz 1 GmbHG verwiesen werden kann.<sup>368</sup> Ein Verschulden ist insbesondere dann zu verneinen, wenn der Geschäftsführer mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns gehandelt hat und er die Herbeiführung der Zahlungsunfähigkeit trotzdem nicht erkennen konnte.<sup>369</sup> In Anbetracht der Tatsache, dass ein Verschulden widerleglich vermutet wird, kann der Geschäftsführer als Entlastungsbeweis führen, dass der Eintritt der Zahlungsunfähigkeit aufgrund eines Hinzutretens außergewöhnlicher Umstände für ihn nicht erkennbar war.<sup>370</sup> Hingegen kann sich der Geschäftsführer gem. § 64 Satz 4 GmbHG i. V. m. § 43 Abs. 3 Satz 3 GmbHG nicht exkulpieren, wenn er die ersatzpflichtige Zahlung auf Grundlage eines Gesellschafterbeschlusses getätigt hat.<sup>371</sup>

### b) Rechtsfolge

Der Geschäftsführer ist der Gesellschaft zur Erstattung derjenigen Leistung an den Gesellschafter verpflichtet, die zur Zahlungsunfähigkeit geführt hat.<sup>372</sup> Nebstdem ist die Haftung des Geschäftsführer nach § 64 Satz 3 GmbHG, ähnlich wie bereits im Hinblick auf § 64 Satz 1 GmbHG geschildert, nicht subsidiär zur Haftung des Gesellschafters nach §§ 30, 31 GmbHG oder zu den Folgen der Insolvenzanfechtung gem. §§ 133 ff. InsO.<sup>373</sup> Auch hier kann der zuständige Insolvenzverwalter nach freiem Ermessen entscheiden gegen wen er zunächst vorgehen möchte.<sup>374</sup> § 64 Satz 3 GmbHG begründet weiterhin ein Leistungsverweigerungsrecht bezüglich derartiger Zahlungen.<sup>375</sup> Insofern ist der Geschäftsführer dazu

<sup>360</sup> Römermann/*Terlau*, MAH GmbHR, § 10 Rn. 126.; Siehe zum Begriff der Zahlungsunfähigkeit auch Kap. C., I., 2., a).

<sup>361</sup> Oppenländer/*Trölitersch/Ziemons*, Praxishandbuch der GmbH-Geschäftsführung, § 31 Rn. 31.

<sup>362</sup> Baumbach/*Hueck/Haas*, GmbHG, § 64 Rn. 132.

<sup>363</sup> *Drescher*, Rn. 876. zit. nach *Ek/Kock*, Rn. 148.

<sup>364</sup> OLG Celle, Urteil vom 09.05.2012, 9 U 1/12, DStR 2013, 55 (57).

<sup>365</sup> MüKo/H.-F. Müller, GmbHG, 2018, § 64 Rn. 195.

<sup>366</sup> Henssler/*Strohn/Arnold*, GmbHG, 2021, § 64 Rn. 61.

<sup>367</sup> Henssler/*Strohn/Arnold*, GmbHG, 2021, § 64 Rn. 61.

<sup>368</sup> Henssler/*Strohn/Arnold*, GmbHG, 2019, § 64 Rn. 61.; Siehe zum Fahrlässigkeitsbegriff Kap. C., III., 2., a), dd).

<sup>369</sup> Michalski/*Heidinger/Leible/J. Schmidt/Nerlich*, GmbHG, § 64 Rn. 38.

<sup>370</sup> *Wicke/Wicke*, GmbHG, § 64 Rn. 33.

<sup>371</sup> Römermann/*Terlau*, MAH GmbHR, § 10 Rn. 133.

<sup>372</sup> Römermann/*Terlau*, MAH GmbHR, § 10 Rn. 133.

<sup>373</sup> Baumbach/*Hueck/Haas*, GmbHG, § 64 Rn. 140.; Verweis auf Kap. C., III., 2., b).

<sup>374</sup> Baumbach/*Hueck/Haas*, GmbHG, § 64 Rn. 140.; Verweis auf Kap. C., III., 2., b).

<sup>375</sup> *Schult*, GWR 2012, 549 (551).

berechtigt, die von ihm zugunsten eines Gesellschafters geforderte Leistung, zu verweigern.<sup>376</sup>

Bezüglich des Verzichts, des Vergleichs und der Verjährung ist entsprechend § 64 Satz 4 GmbHG i. V. m § 43 Abs. 3 und 4 GmbHG vollumfänglich auf die hierzu vorliegenden Ausführungen zu § 64 Satz 1 GmbHG zu verweisen.<sup>377</sup>

#### **IV. Außenhaftung in der Insolvenz**

Hinsichtlich des Haftungsrisikos des Geschäftsführers in der Insolvenz ist, abgesehen von den bis hierher dargestellten Innenhaftungstatbeständen, eine Organhaftung des Geschäftsführers auch im Außenverhältnis gegenüber Dritten möglich. Die insolvenzspezifischen Außenhaftungstatbestände der Geschäftsführerhaftung werden in den folgenden Punkten gesondert erörtert.

##### **1. Haftung gegenüber den Gläubigern aufgrund von Insolvenzverschleppung gem. § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 15a Abs. 1 InsO**

Der Geschäftsführer ist als Vertretungsorgan der GmbH gem. § 15a Abs. 1 Satz 1 InsO dazu verpflichtet, bei Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung rechtzeitig einen Insolvenzantrag zu stellen. Wie bereits beschrieben, muss die Insolvenzantragstellung seitens des Geschäftsführers ohne schuldhaftes Zögern geschehen, spätestens jedoch drei Wochen nach Eintritt der Insolvenzreife.<sup>378</sup> Schätzungen zufolge wird der Insolvenzantrag seitens des Geschäftsführers in 70 Prozent der Fälle zu einem verspäteten Zeitpunkt gestellt.<sup>379</sup> Dadurch wird das Gesellschaftsvermögen soweit geschmälert, dass eine Insolvenzverfahrensöffnung gem. § 26 Abs. 1 InsO mangels Masse abgewiesen wird.<sup>380</sup> Durch eine rechtzeitige Antragstellung im Einklang mit den Regelungen des § 15a Abs. 1 Satz 1 InsO soll u. a. die Sicherung einer ausreichenden Insolvenzmasse zum Schutz der Gesellschaftsgläubiger realisiert werden.<sup>381</sup> Der Geschäftsführer, der entgegen der Verpflichtung des § 15a Abs. 1 Satz 1 InsO einen Insolvenzvertrag nicht oder verspätet stellt, macht sich gegenüber den Gesellschaftsgläubigern schadensersatzpflichtig.<sup>382</sup> Da zwischen dem Geschäftsführer und den betroffenen Gesellschaftsgläubigern keine vertragliche Beziehung besteht, kommt für eine Haftung des Geschäftsführers gegenüber den Gesellschaftsgläubigern aufgrund von Insolvenzverschleppung nur ein deliktsrechtlicher Anspruch gem. § 823 Abs. 2 i. V. m. § 15a Abs. 1 InsO in Betracht.<sup>383</sup>

##### **a) Tatbestand**

Der Schadensersatzanspruch der Gesellschaftsgläubiger gegenüber dem Geschäftsführer gem. § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 15a Abs. 1 InsO setzt ein kumulatives Vorliegen der folgenden Tatbestandsmerkmale voraus.

<sup>376</sup> MüKo/H.-F. Müller, GmbHG, 2018, § 64 Rn. 197.

<sup>377</sup> Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt/Nerlich, GmbHG, § 64 Rn. 40.

<sup>378</sup> Detaillierten Ausführungen bezüglich der Insolvenzantragspflicht unter Kap. C., I., 3.

<sup>379</sup> Baumbach/Hueck/Haas, GmbHG, § 64 Rn. 144.

<sup>380</sup> Daumke/Keßler/Perbey, Rn. 896.

<sup>381</sup> Daumke/Keßler/Perbey, Rn. 896.

<sup>382</sup> Römermann/Terlau, MAH GmbHR, § 10 Rn. 248.

<sup>383</sup> Meixner, Teil I, DStR 2018, 966.

### aa) § 15a InsO als Schutzgesetz i. S. v. § 823 Abs. 2 BGB

Der deliktische Haftungsanspruch nach § 823 Abs. 2 BGB ist einschlägig, wenn ein Schutzgesetz verletzt wurde.<sup>384</sup> Nach hM stellt die in § 15a Abs. 1 InsO normierte Insolvenzantragspflicht ein Schutzgesetz i. S. v. § 823 Abs. 2 BGB dar.<sup>385</sup> Hierdurch sollen primär die Altgläubiger der Gesellschaft dahingehend geschützt werden, dass das vorhandene Vermögen trotz bestehender Insolvenzreife nicht weiter gemindert wird.<sup>386</sup> Darüber hinaus umfasst der Schutzzweck des § 15a InsO auch den Rechts- und Geschäftsverkehr und damit die potenziellen Neugläubiger, deren Ansprüche gegenüber der Gesellschaft zu einem Zeitpunkt entstanden sind, in dem ein Insolvenzantrag hätte gestellt werden müssen.<sup>387</sup> Somit schützt § 15a Abs. 1 InsO grundsätzlich alle Gesellschaftsgläubiger, mit Ausnahme derer, die ihre Ansprüche gegen die Gesellschaft erst nach Insolvenzverfahrenseröffnung erworben haben.<sup>388</sup>

### bb) Pflichtverletzung

Zunächst muss ein objektiver Verstoß des Geschäftsführers gegen den Tatbestand des § 15a Abs. 1 Satz 1 InsO gegeben sein.<sup>389</sup> Der Geschäftsführer kann nach dem Gesetzeswortlaut des § 15a Abs. 1 Satz 1 InsO vorab zwischen zwei Handlungsalternativen abwägen.<sup>390</sup> Zum einen besteht die Möglichkeit, die Insolvenz der GmbH durch ein effektives Sanierungskonzept abzuwenden.<sup>391</sup> Andererseits kann der Geschäftsführer direkt einen entsprechenden Insolvenzantrag stellen.<sup>392</sup> Der Geschäftsführer hat dabei zunächst alle zur Verfügung stehenden Maßnahmen einer außergerichtlichen Sanierung unter Berücksichtigung der Erfolgchancen zu betrachten.<sup>393</sup> Stellt sich infolgedessen heraus, dass die Sanierungschancen und eine damit verbundene Fortführung des Unternehmens nicht verwirklicht werden können, so ist der Geschäftsführer dazu verpflichtet den gem. § 15a Abs. 1 Satz 1 InsO geforderten Insolvenzantrag ohne schuldhaftes Zögern zu stellen.<sup>394</sup> Die Dreiwochenfrist darf somit nur in Anspruch genommen werden, wenn eine erfolgreiche außergerichtliche Sanierung des Unternehmens anzunehmen ist.<sup>395</sup> Jedoch ist der Geschäftsführer auch bei erfolgsversprechenden Sanierungsmaßnahmen zu einer Insolvenzantragstellung nach § 15a Abs. 1 InsO verpflichtet, sofern die Insolvenzreife innerhalb der Dreiwochenfrist des § 15a Abs. 1 Satz 1 InsO noch nicht behoben wurde.<sup>396</sup>

Das Vorliegen eines Insolvenzgrundes in Form der Zahlungsunfähigkeit (§ 17 InsO) oder Überschuldung (§ 19 InsO) zum Zeitpunkt der Antragstellung muss vom Anspruchsteller, in diesem Fall von dem klagenden Gesellschaftsgläubiger, bewiesen werden.<sup>397</sup> Gelingt dies, so kann der Geschäftsführer den Nachweis einer positiven Fortführungsprognose entgegenbringen.<sup>398</sup>

<sup>384</sup> Jauernig/Teichmann, BGB, § 823 Rn. 40.

<sup>385</sup> Biehl, S. 98.

<sup>386</sup> Meixner, Teil I, DStR 2018, 966.

<sup>387</sup> BGH, Urteil vom 06.06.1994, II ZR 292/91, NJW 1994, 2220.

<sup>388</sup> Meixner, Teil I, DStR 2018, 966.

<sup>389</sup> Biehl, S. 99.

<sup>390</sup> Biehl, S. 65.

<sup>391</sup> Gottwald/Haas/Haas/Kolmann/Kurz, Insolvenzrechts-Handbuch, § 90 Rn. 87.

<sup>392</sup> Gottwald/Haas/Haas/Kolmann/Kurz, Insolvenzrechts-Handbuch, § 90 Rn. 87.

<sup>393</sup> Biehl, S. 65 f.

<sup>394</sup> Baumbach/Hueck/Haas, GmbHG, § 64 Rn. 163.

<sup>395</sup> BGH, Versäumnisurteil vom 24.01.2012, II ZR 119/19, NZI 2012, 413 (414).

<sup>396</sup> MüKo/H.-F. Fleischer, GmbHG, 2018, § 64 Rn. 68.

<sup>397</sup> Jula, Der GmbH-Geschäftsführer, S. 375.

<sup>398</sup> Thümmel, Rn. 380.

### cc) Verschulden

Als subjektive Tatbestandsvoraussetzung setzt die Organhaftung nach § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 15a Abs. 1 InsO eine schuldhaftes Verletzung der Insolvenzantragspflicht seitens des Geschäftsführers voraus, wobei der hM zufolge Fahrlässigkeit hinsichtlich aller Tatbestandsmerkmale ausreicht.<sup>399</sup> Hierfür spricht auch, dass die in § 15a Abs. 5 InsO normierte Strafbarkeit bei Insolvenzverschleppung ebenfalls als Fahrlässigkeitsdelikt ausgestaltet ist.<sup>400</sup> Bei nicht ausreichender Fach- und Sachkunde hinsichtlich der Beurteilung der Insolvenzreife der Gesellschaft ist der Geschäftsführer, ähnlich wie bei der Innenhaftungstatbeständen des § 43 Abs. 2 GmbHG und § 64 Satz 1 GmbHG<sup>401</sup>, dazu angehalten, einen externen fachkundigen Berater einzubeziehen.<sup>402</sup> Sofern der Geschäftsführer den Berater sorgsam ausgewählt hat und diesem sämtliche für die Feststellung der Insolvenzreife notwendigen Umstände und Informationen offengelegt hat, entfällt sein Verschulden, wenn die Insolvenzverschleppung auf eine fehlerhafte Beratung zurückzuführen ist.<sup>403</sup> Zugleich wird dem Geschäftsführer mit Hinblick auf die Dreiwochenfrist des § 15a Abs. 1 Satz 1 InsO ein Verschuldensvorwurf gemacht, wenn er diese Frist nicht einhält oder trotz aussichtsloser Sanierungsmaßnahmen keinen rechtzeitigen Insolvenzantrag stellt.<sup>404</sup> Die Dreiwochenfrist beginnt grundsätzlich mit dem objektiven Eintritt der Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung<sup>405</sup>, folgerichtig ist auch der Fahrlässigkeitsvorwurf ab diesem Zeitpunkt begründet.<sup>406</sup> Nebstdem wird in Anlehnung an § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG ein Verschulden des Geschäftsführers widerleglich vermutet, sodass dieser für sein fehlendes Verschulden beweispflichtig ist.<sup>407</sup>

### dd) Schaden

Den geschützten Gesellschaftsgläubigern ist im Rahmen der Insolvenzverschleppungshaftung nach § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 15a Abs. 1 InsO derjenige Schaden zu ersetzen, der kausal durch die verspätete oder unterlassene Insolvenzantragspflicht des Geschäftsführers entstanden ist.<sup>408</sup> Bei der Berechnung des Schadensumfangs ist der Grundsatzentscheidung des BGH aus dem Jahr 1994 folgend, zwischen dem Schadensersatzanspruch der Neu- und Altgläubiger zu differenzieren.<sup>409</sup> Ausschlaggebender Grund dafür ist, dass der Schutzbereich des § 15a Abs. 1 InsO nicht nur die Sicherung des Gesellschaftsvermögens umfasst, sondern andererseits auch potenzielle Neugläubiger davor bewahren soll, mit einer bereits insolvenzreifen GmbH eine vertragliche Bindung einzugehen.<sup>410</sup> Das maßgebliche Differenzierungskriterium bezüglich der Abgrenzung zwischen Alt- und Neugläubigern ist der Zeitpunkt des Forderungserwerbs.<sup>411</sup>

<sup>399</sup> Henssler/Strohn/*Arnold*, GmbHG, 2021, § 64 Rn. 73.

<sup>400</sup> Baumbach/Hueck/*Haas*, GmbHG, § 64 Rn. 167.

<sup>401</sup> Verweis auf Kap. C. III., 1., a), bb). sowie Kap. C., III., 2., a), dd).

<sup>402</sup> Müller, NZG 2012, 981.

<sup>403</sup> Müller, NZG 2012, 981.

<sup>404</sup> Biehl, S. 100.

<sup>405</sup> Verweis auf Kapitel C., I. 3.

<sup>406</sup> Oppenländer/Trölitzsch/*Ziemons*, Praxishandbuch der GmbH-Geschäftsführung, § 31 Rn. 4.

<sup>407</sup> Baumbach/Hueck/*Haas*, GmbHG, § 64 Rn. 195.

<sup>408</sup> Biehl, S. 109.

<sup>409</sup> BGH, Urteil vom 06.06.1994, II ZR 292/91, NJW 1994, 2220.

<sup>410</sup> Baumbach/Hueck/*Haas*, GmbHG, § 64 Rn. 169.

<sup>411</sup> Rodwedder/Schmidt-Leithoff/*Schneider*, GmbHG, § 64 Rn. 79. zit. nach *Meixner*, Teil I, DStR 2018, 966 (967).

## (1) Altgläubiger

Altgläubiger sind zunächst diejenigen Gesellschaftsgläubiger, die ihren Anspruch gegen die GmbH bereits vor Eintritt der Insolvenzreife erworben haben.<sup>412</sup> Der für die Altgläubiger entstandene Schaden besteht grundsätzlich darin, dass sich die Insolvenzquote, die sie bei ordnungsgemäßer Insolvenzantragstellung erhalten hätte, infolge der Insolvenzverschleppung verschlechtert hat.<sup>413</sup> Aufgrund dessen haben sie einen Anspruch auf den sog. Quotenschaden.<sup>414</sup> Der Quotenschaden liegt in der Differenz zwischen der Quote, die die Gläubiger bei einer fiktiv rechtzeitigen Insolvenzantragstellung erhalten hätte und dem, was sie tatsächlich erhalten.<sup>415</sup> Bei der Berechnung der maßgeblichen Quote werden die Gegenstände nicht einbezogen, an denen ein Aus- oder Absonderungsrecht besteht oder solche Verbindlichkeiten, die durch ein derartiges Recht gedeckt sind.<sup>416</sup>

Da es sich bei dem Quotenschaden um einen Gesamtschaden i. S. v. § 92 InsO handelt, kann der Schaden, sofern ein Insolvenzverfahren über das Gesellschaftsvermögen eröffnet ist, nicht durch die originär anspruchsberechtigten Altgläubiger geltend gemacht werden, sondern lediglich durch den Insolvenzverwalter.<sup>417</sup> Nur bei Verfahrensabweisung mangels Masse gem. § 26 Abs. 1 InsO können die Altgläubiger ihren Anspruch eigenständig verfolgen.<sup>418</sup> Der Insolvenzverwalter ist aufgrund von § 92 InsO bezüglich des Quotenschadens der Altgläubiger beweispflichtig.<sup>419</sup>

## (2) Neugläubiger

Demgegenüber werden Gesellschaftsgläubiger, deren Forderung gegenüber der Gesellschaft erst nach Eintritt der Insolvenzreife begründet wurden, als Neugläubiger bezeichnet.<sup>420</sup> Hierzu gehören jedoch ausschließlich vertragliche Neugläubiger, die in einer Vertragsbeziehung zur Gesellschaft stehen.<sup>421</sup> Gesellschaftsgläubiger, die ihren Anspruch nach Eintritt der Insolvenzreife kraft Gesetzes oder aufgrund deliktischer Ansprüche erworben haben, sind wie Altgläubiger zu behandeln und haben demzufolge lediglich einen Anspruch auf Ersatz des Quotenschadens.<sup>422</sup> Ein Gläubiger, der vor Eintritt der Insolvenzreife eine Geschäftsbeziehung mit der Gesellschaft eingegangen ist, gilt trotzdem als Neugläubiger, wenn er der insolvenzreifen Gesellschaft nach Eintritt eines Insolvenzgrundes i. S. v. §§ 17, 19 InsO, einen Kredit gewährt.<sup>423</sup> Hinsichtlich eines vor Eintritt der Insolvenzreife abgeschlossenen Dauerschuldverhältnisses, ist ein Gläubiger bloß dann als Neugläubiger anzusehen, wenn er die auf den Zeitpunkt nach Eintritt der Insolvenzreife entfallenden Leistungen bei ordnungsgemäßer Antragstellung des Geschäftsführers hätte zurückhalten können.<sup>424</sup> Neugläubiger haben bei der Insolvenzverschleppungshaftung auf Grundlage von § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 15a Abs. 1 InsO einen Schadensersatzanspruch in Höhe des negativen Interesses.<sup>425</sup> Dieses wird auch als Vertrauensschaden bezeichnet.<sup>426</sup> Demnach ist der Neugläubiger so zu stellen, als hätte er nicht mit der insolventen Gesellschaft

<sup>412</sup> Nerlich/Kreplin/Nerlich/Rhode, MAH Insolvenz und Sanierung, § 4 Rn. 420.

<sup>413</sup> Henssler/Strohn/Arnold, GmbHG, 2021, § 64 Rn. 75.

<sup>414</sup> Nerlich/Kreplin/Nerlich/Rhode, MAH Insolvenz und Sanierung, § 4 Rn. 420.

<sup>415</sup> BGH, Urteil vom 30.03.1998, II ZR 146/96, NZG 1998, 424 (426).

<sup>416</sup> BGH, Urteil vom 30.03.1998, II ZR 146/96, NZG 1998, 424 (426).

<sup>417</sup> Meixner, Teil I, DStR 2018, 966 (968).

<sup>418</sup> Nerlich/Kreplin/Nerlich/Rhode, MAH Insolvenz und Sanierung, § 4 Rn. 427.

<sup>419</sup> Biehl, S. 145.

<sup>420</sup> Thümmel, Rn. 383.

<sup>421</sup> Henssler/Strohn/Arnold, GmbHG, 2021, § 64 Rn. 78.

<sup>422</sup> Oppenländer/Trörlitzsch/Ziemons, Praxishandbuch der GmbH-Geschäftsführung, § 31 Rn. 7.

<sup>423</sup> Baumbach/Hueck/Haas, GmbHG, § 64 Rn. 172.

<sup>424</sup> BGH, Urteil vom 22.10.2013, II ZR 394/12, NZI 2014, 25 (26).

<sup>425</sup> Henssler/Strohn/Arnold, GmbHG, 2021, § 64 Rn. 77.

<sup>426</sup> Oppenländer/Trörlitzsch/Ziemons, Praxishandbuch der GmbH-Geschäftsführung, §31 Rn. 5.

kontrahiert.<sup>427</sup> Der ersatzpflichtige Vertrauensschaden umfasst insbesondere Aufwendungen sowie Vorleistungen in Form von Sach- und Geldleistungen, die ein Neugläubiger im Vertrauen auf den Vertragsschluss erbracht hat.<sup>428</sup> Ein Anspruch auf entgangenen Gewinn nach Maßgabe des § 252 BGB kommt nur in Betracht, wenn dem Neugläubiger durch den Vertragsschluss mit der insolventen GmbH ein Gewinn entgangen ist, den er andernfalls anderweitig hätte erzielen können.<sup>429</sup> Ferner kommt es gem. § 254 BGB zu einer Minderung des Schadensersatzanspruchs, wenn die Insolvenz der Gesellschaft für die Neugläubiger im Zeitpunkt des Vertragsschlusses erkennbar war und ihn damit ein Mitverschulden trifft.<sup>430</sup> Die Neugläubiger sind entsprechend § 255 BGB dazu verpflichtet ihre Insolvenzforderungen gegen die Gesellschaft an den Geschäftsführer abzutreten, sofern dieser seine Schadensersatzpflicht i. S. v. § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 15a Abs. 1 InsO in voller Höhe erfüllt hat.<sup>431</sup>

Die Anspruchsberechtigung des Neugläubigerschadensersatzanspruchs obliegt allein den Neugläubigern.<sup>432</sup> Anders als bei den Altgläubigern kommt die Aktivlegitimation und damit die Befugnis zur Geltendmachung des Anspruchs auf Schadensersatz den Neugläubigern selbst zu.<sup>433</sup> Grund dafür ist, dass der Neugläubigerschaden einen Individualschaden verkörpert und somit nicht als Gesamtschaden i. S. d. § 92 InsO zu deklarieren ist.<sup>434</sup> Die Beweislast für den eingetretenen Insolvenzverschleppungsschaden trifft die Neugläubiger selbst.<sup>435</sup>

## **b) Rechtsfolge**

Gesetzt den Fall, dass alle tatbestandlichen Voraussetzungen des § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 15a Abs. 1 InsO positiv vorliegen, haftet der Geschäftsführer den Gesellschaftsgläubigern persönlich für den infolge der Insolvenzverschleppung entstandenen Schaden.<sup>436</sup> Die Entstehung des Anspruchs erfordert die Eröffnung des Insolvenzverfahrens oder bei nicht ausreichendem Gesellschaftsvermögen eine Abweisung des Eröffnungsantrags i. S. d. § 26 Abs. 1 InsO.<sup>437</sup>

Im Hinblick auf die Verjährung des Anspruchs nach § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 15a InsO ist nach hM zwischen den Alt- und Neugläubigern zu differenzieren.<sup>438</sup> Der Rechtsprechung des BGH folgend verjährt der Neugläubigerschaden entsprechend der allgemeinen Verjährungsvorschriften des §§ 195 ff. BGB nach drei Jahren.<sup>439</sup> Hingegen hat die Rechtsprechung bisher offen gelassen, ob der Quotenschaden der Altgläubiger ebenfalls dem allgemeinen Verjährungsregime deliktischer Ansprüche i. S. v. §§ 195 ff. BGB unterliegt.<sup>440</sup> Nach der überwiegenden Auffassung in der Literatur beträgt der Verjährungszeitraum des Quotenschadens der Altgläubiger analog § 64 Satz 4 GmbHG i. V. m. § 43 Abs. 4 GmbHG fünf Jahre.<sup>441</sup>

<sup>427</sup> *Biehl*, S. 120.

<sup>428</sup> BGH, Urteil vom 21.10.2014, II ZR 113/13, DStR 2015, 368 (370).

<sup>429</sup> BGH, Urteil vom 27.04.2009, II ZR 253/07, NZG 2009, 750 (751).

<sup>430</sup> BGH, Urteil vom 06.06.1994, II ZR 292/91, NJW 1994, 2220 (2224).

<sup>431</sup> BGH, Urteil vom 05.02.2007, II ZR 234/05, NZG 2007, 347 (350).

<sup>432</sup> *Jula*, Der GmbH-Geschäftsführer, S. 379.

<sup>433</sup> *Nerlich/Kreplin/Nerlich/Rhode*, MAH Insolvenz und Sanierung, § 4 Rn. 428.

<sup>434</sup> *MüKo/Klöhn*, InsO, § 15a Rn. 256.

<sup>435</sup> *Biehl*, S. 145 f.

<sup>436</sup> *Römermann/Terlau*, MAH GmbHR, § 10 Rn. 248.

<sup>437</sup> *Baumbach/Hueck/Haas*, GmbHG, § 64 Rn. 188.

<sup>438</sup> *Henssler/Strohn/Arnold*, GmbHG, 2021, § 64 Rn. 85.

<sup>439</sup> BGH, Urteil vom 15.03.2011, II ZR 204/09, NZG 2011, 624.

<sup>440</sup> *MüKo/Klöhn*, InsO, § 15a Rn. 251.

<sup>441</sup> *MüKo/Klöhn*, InsO, § 15a Rn. 251. / *Haas*, NZG 2011, 691 (693).

## 2. Haftung bei vorsätzlicher Insolvenzverschleppung gem. § 826 BGB

Kumulativ zu der bereits dargestellten Insolvenzverschleppungshaftung nach § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 15a Abs. 1 InsO, kann sich der Geschäftsführer im Falle einer Insolvenzverschleppung aufgrund einer vorsätzlichen und sittenwidrigen Schädigung nach § 826 BGB haftbar machen.<sup>442</sup> In diesem Zusammenhang kann derjenige, der durch die Fortführung des insolventen Unternehmens einen Schaden erfahren muss, einen Schadensersatzanspruch auf Grundlage von § 826 BGB unter dem Gesichtspunkt der Insolvenzverschleppung geltend machen.<sup>443</sup> Gem. § 826 BGB macht sich zunächst derjenige schadensersatzpflichtig, der in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise einem anderen vorsätzlich einen Schaden zufügt. Die Vorschrift dient hauptsächlich dem Schutz des gesamten Vermögens des Geschädigten<sup>444</sup>, ohne dass es wie bei § 823 BGB auf die Schädigung eines bestimmten Rechtsguts oder eines Schutzgesetzes ankommt.<sup>445</sup> Die Voraussetzungen einer vorsätzlichen Insolvenzverschleppungshaftung nach Maßgabe des § 826 BGB sind gegeben, wenn der Geschäftsführer eine bereits von ihm anerkannte insolvente Gesellschaft weiterführt und mithin eine Schädigung der Gläubiger billigend in Kauf nimmt.<sup>446</sup> Angesichts der Sperrwirkung des § 15a Abs. 1 InsO kann jedoch ein gesetzeskonformes Verhalten, das dem Maßstab des § 15a Abs. 1 InsO entspricht, keinesfalls als sittenwidrig qualifiziert werden.<sup>447</sup>

### a) Tatbestand

Die folgenden Ausführungen beziehen sich auf die zu erfüllenden Tatbestandsmerkmale der vorsätzlichen Insolvenzverschleppung i. S. d. § 826 BGB.

#### aa) Sittenwidrigkeit

Die Haftung nach § 826 BGB verlangt zunächst eine sittenwidrige Handlung des Schädigers.<sup>448</sup> Die Handlung kann dabei sowohl in einem Tun als auch in einem Unterlassen liegen.<sup>449</sup> Nach Maßgabe der ständigen Rechtsprechung wird ein Verhalten als sittenwidrig i. S. v. § 826 BGB definiert, wenn es gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden verstößt.<sup>450</sup> Demzufolge handelt der Geschäftsführer sittenwidrig, wenn er den unabwendbaren erkannten Todeskampf eines Unternehmens so lange wie nur möglich hinauszögert.<sup>451</sup> In diesem Zusammenhang begründet grundsätzlich jeder Verstoß gegen die Insolvenzantragspflicht des § 15a Abs. 1 Satz 1 InsO ein sittenwidriges Verhalten.<sup>452</sup> Die Sittenwidrigkeit entfällt hingegen, wenn der Geschäftsführer den nach § 15a Abs. 1 Satz 1 InsO erforderlichen Insolvenzantrag in der Annahme versäumt hat, dass die Krise des Unternehmens den Umständen nach überwindbar ist und dass ein Sanierungsversuch erfolgsversprechend und berechtigt erscheint.<sup>453</sup> Dies gilt jedoch nur innerhalb der in § 15a Abs. 1 Satz 1 InsO normierten Dreiwochenfrist.<sup>454</sup> Der Geschäftsführer kann sich hierauf nicht berufen, wenn eine Sanierung des Unternehmens von vornherein ausgeschlossen war und

<sup>442</sup> MüKo/Wagner, BGB, § 826 Rn. 172.

<sup>443</sup> MüKo/Klöhn, InsO, § 15a Rn. 295.

<sup>444</sup> Jauernig/Teichmann, BGB, § 826 Rn. 6.

<sup>445</sup> Schulze/Staudinger, BGB, § 826 Rn. 1.

<sup>446</sup> BGH, Urteil vom 26.06.1989, II ZR 289/88, NJW 1989, 3277 (3279).

<sup>447</sup> MüKo/Wagner, BGB, § 826 Rn. 172.

<sup>448</sup> Schulze/Staudinger, BGB, § 826 Rn. 5.

<sup>449</sup> Biehl, S. 202.

<sup>450</sup> Jauernig/Teichmann, BGB, § 826 Rn. 4.

<sup>451</sup> BGH, Urteil vom 18.12.2007, VI ZR 231/06, NZI 2008, 242 (243).

<sup>452</sup> BGH, Urteil vom 13.10.2009, VI ZR 288/08, NJW-RR 2010, 351.

<sup>453</sup> Gottwald/Haas/Haas/Kolmann/Kurz, Insolvenzrechts-Handbuch, § 90 Rn. 156.

<sup>454</sup> Biehl, S. 202 f.

etwaige Sanierungsmaßnahmen ein Insolvenzverfahren der GmbH nur hinauszögern, jedoch nicht dauerhaft verhindern.<sup>455</sup> Insoweit obliegt die Beweislast hinsichtlich der Erfolgchancen einer Sanierung stets dem Geschäftsführer.<sup>456</sup>

### **bb) Schaden und haftungsbegründende Kausalität**

Als zweite tatbestandliche Voraussetzungen erfordert § 826 BGB einen Schadenseintritt auf Seiten der geschädigten Person, wobei bereits ein reiner Vermögensschaden ausreichend erscheint.<sup>457</sup> Im Rahmen der vorsätzlichen und sittenwidrigen Insolvenzverschleppung gem. § 826 BGB ist dies derjenige Schaden, der infolge des Unterlassens einer rechtzeitigen Insolvenzantragstellung für den Geschädigten entstanden ist.<sup>458</sup> Dementsprechend muss der eingetretene Schaden kausal durch das sittenwidrige Handeln des Geschäftsführers, d.h. in diesem Fall durch den Verstoß gegen § 15a Abs. 1 Satz 1 InsO, verursacht worden sein.<sup>459</sup> Bezüglich des Schadensumfangs ist ähnlich wie bei der Haftung nach § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 15a Abs. 1 InsO eine Differenzierung zwischen Alt- und Neugläubigern der Gesellschaft vorzunehmen.<sup>460</sup> Demnach wird den Altgläubigern der Quotenschaden ersetzt und die Neugläubiger erhalten Schadensersatz in Höhe ihres negativen Interesses.<sup>461</sup> Hierzu gelten vollumfänglich die vorstehenden Ausführungen zu § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 15a Abs. 1 InsO.<sup>462</sup>

### **cc) Schädigungsvorsatz**

In subjektiver Hinsicht setzt die Haftung nach § 826 BGB ein vorsätzliches Verhalten des Schädigers voraus, wobei bedingter Vorsatz genügt.<sup>463</sup> In der Rechtsprechung werden die Anforderungen an das Vorsatzerfordernis des § 826 BGB in verschiedener Hinsicht abgeschwächt.<sup>464</sup> Folglich setzt ein vorsätzliches Handeln i. S. v. § 826 BGB des Geschäftsführers zwar die Kenntnis von dem Eintritt des Schadens, der Kausalität und des sittenwidrigen Verhaltens voraus, jedoch muss sich der Vorsatz nicht auf den zu erwartenden Kausalverlauf, den Schadensumfang und die Person des geschädigten Gläubigers beziehen.<sup>465</sup> Dem Geschäftsführer wird damit bereits ein vorsätzliches und haftungsbegründendes Handeln vorgeworfen, wenn er eine Schadenszufügung billigend in Kauf nimmt und mithin die Durchführbarkeit der vertraglichen Beziehungen mit den Gesellschaftsgläubigern durch die Insolvenzreife drastisch gefährdet.<sup>466</sup> Dies ist u. a. dann anzunehmen, wenn der Geschäftsführer im Zeitpunkt des Vertragsschlusses eine positive Kenntnis bezüglich der Insolvenzreife vorweisen kann, gleichwohl aber die andere Vertragspartei nicht über die finanzielle Situation der Gesellschaft aufklärt.<sup>467</sup>

<sup>455</sup> MüKo/Klöhn, InsO, § 15a Rn. 299.

<sup>456</sup> Oppenländer/Trölitersch/Ziemons, Praxishandbuch der GmbH-Geschäftsführung, § 24 Rn. 34.

<sup>457</sup> Schulze/Staudinger, BGB, § 826 Rn. 3.

<sup>458</sup> Biehl, S. 204.

<sup>459</sup> Jauernig/Teichmann, BGB, § 826 Rn. 7.

<sup>460</sup> Biehl, S. 204.; Verweis auf Kap. C., IV., 1., a), dd).

<sup>461</sup> MüKo/Klöhn, InsO, § 15a Rn. 307.

<sup>462</sup> Verweis auf Kap. C., IV., 1., a), dd).

<sup>463</sup> Biehl, S. 203 f.

<sup>464</sup> MüKo/Klöhn, InsO, § 15a Rn. 310.

<sup>465</sup> Schulze/Staudinger, BGB, § 826 Rn. 9.

<sup>466</sup> Gehrlein, ZInsO 2018, 1550 (1554). zit. nach Gottwald/Haas/Haas/Kolmann/Kurz, Insolvenzrechts-Handbuch, § 90 Rn. 156.

<sup>467</sup> BGH, Urteil vom 18.12.2007, VI ZR 231/06, BeckRS 2008, 2449. zit. nach Oppenländer/Trölitersch/Ziemons, Praxishandbuch der GmbH-Geschäftsführung, § 24 Rn. 34.

## b) Rechtsfolge

Den geschädigten Gesellschaftsgläubigern steht gegenüber dem Geschäftsführer ein Anspruch auf Ausgleich des Schadens zu, den sie infolge der vorsätzlichen Insolvenzverschleppung i. S. v. § 826 BGB erlitten haben.<sup>468</sup> Hinsichtlich des Vorliegens der dargestellten Haftungsvoraussetzungen des § 826 BGB liegt die Darlegungs- und Beweislast primär auf Seiten der geschädigten Gesellschaftsgläubiger.<sup>469</sup> Demgegenüber hat der Geschäftsführer die Erfolgchancen der Sanierungsbemühungen sowie die Überwindbarkeit der Unternehmenskrise zu beweisen.<sup>470</sup>

Auf prozessualer Ebenen verjährt der Schadensersatzanspruch i. S. d. § 826 BGB entsprechend der Vorschrift des § 195 BGB nach Ablauf eines Zeitraums von drei Jahren.<sup>471</sup>

## V. Zusammenfassung zu Kapitel C.

Die bisherigen Ausführungen haben verdeutlicht, dass der Geschäftsführer einer verschärften Haftungsgefahr ausgesetzt ist, wenn das Unternehmen infolge finanzieller Schwierigkeiten in eine Insolvenz gerät.<sup>472</sup> Das hauptsächliche Haftungs- und Schadensersatzrisiko im Falle der Unternehmensinsolvenz ergibt sich für den Geschäftsführer aus einer Verletzung der ihm gem. § 15a Abs. 1 Satz 1 InsO obliegenden Insolvenzantragspflicht.<sup>473</sup> Zugleich unterliegt der Geschäftsführer aufgrund der zivilrechtlichen Haftungstatbestände des § 64 Satz 1 und Satz 3 GmbHG einer zusätzlichen Haftungsgefahr.<sup>474</sup>

Der nachfolgende Teil dieser Arbeit beschäftigt sich mit den Auswirkungen der COVID-19-Pandemie auf das Insolvenzrecht. Im Mittelpunkt steht dabei das COVID-19-Insolvenzaussetzungsgesetz und die damit einhergehende Aussetzung der Insolvenzantragspflicht sowie die Begrenzung der Organhaftung.<sup>475</sup>

## D. Modifikation der Geschäftsführerhaftung infolge der COVID-19-Pandemie

Die COVID-19-Pandemie hat Deutschland und die Welt schlagartig getroffen und erhebliche Veränderungen des gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Lebens mit sich gebracht.<sup>476</sup> Am 27. März 2020 hat der deutsche Gesetzgeber mit dem Beschluss des Gesetzes zur Abmilderung der Folgen der COVID-19-Pandemie im Zivil-, Insolvenz- und Strafverfahrensrecht, vor allem auf die zu erwartenden negativen wirtschaftlichen Auswirkungen, die zu einer Vielzahl von Unternehmensinsolvenzen führen können, reagiert.<sup>477</sup> Dessen Art. 1 enthält das COVInsAG, wodurch den durch die COVID-19-Pandemie betroffenen Unternehmen ausreichend Zeit für die Inanspruchnahme staatlichen Hilfe und für die Vornahme entsprechender Sanierungsmaßnahmen gegeben werden soll, um auf diesem Weg eine Unternehmensfortführung zu erreichen.<sup>478</sup> Das folgende Kapitel fokussiert sich auf die Auswirkungen des COVInsAG im Hinblick auf die Geschäftsführerhaftung in der Insolvenz der Gesellschaft.

<sup>468</sup> MüKo/Klöhn, InsO, § 15a Rn. 295.

<sup>469</sup> BGH, Urteil vom 18.12.2007, VI ZR 231/06, NZI 2008, 242 (243).

<sup>470</sup> Drescher, Rn. 1406. zit. nach Ek/Kock, Rn. 254.

<sup>471</sup> Jula, Der GmbH-Geschäftsführer, S. 318.

<sup>472</sup> Kühn, S. 178.

<sup>473</sup> Uhlenbruck/Hirte, InsO, § 15a Rn. 19.

<sup>474</sup> Kühn, S. 178.

<sup>475</sup> Schluck-Amend, NZI 2020, 289.

<sup>476</sup> Wicke, NZG 2020, 501.

<sup>477</sup> Born, NZG 2020, 521.

<sup>478</sup> Entwurf eines Gesetzes zur Abmilderung der Folgen der COVID-19-Pandemie im Zivil-, Insolvenz- und Strafverfahrensrecht, BT-Drs. 19/18110, S. 17.

## I. Aussetzung der Insolvenzantragspflicht gem. § 1 COVInsAG

Der zentrale Punkt des COVInsAG ist die generelle Suspendierung der in § 15a Abs. 1 InsO und § 42 Abs. 2 BGB normierten Insolvenzantragspflicht.<sup>479</sup> Vor dem Hintergrund, dass sich die vorliegende Arbeit auf den Geschäftsführer einer GmbH fokussiert, wird in den folgenden Teilen dieser Arbeit lediglich auf die für das GmbH-Recht relevante Regelung des § 15a Abs. 1 InsO Bezug genommen. Die Aussetzung der Pflicht zur Stellung des Insolvenzantrags galt, mit Rückwirkung zum 1. März 2020, gem. § 1 Abs. 1 Satz 1 COVInsAG zunächst bis zum 30. September 2020.<sup>480</sup> Dem Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz war es jedoch zunächst durch § 4 COVInsAG freigestellt, den Aussetzungszeitraum, bei weiterhin fortbestehender Nachfrage nach öffentlichen Mitteln oder wenn es aufgrund andauernder Finanzierungsschwierigkeiten oder sonstiger Umstände geboten erschien, ohne eine entsprechende Zustimmung des Bundesrates, bis höchstens zum 31. März 2021 zu verlängern. Somit musste der Geschäftsführer der GmbH trotz eines Eintritts der Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung zunächst im Zeitraum vom 1. März 2020 bis zum 30. September 2020 keinen nach Maßgabe des § 15a Abs. 1 Satz 1 InsO erforderlichen Insolvenzantrag stellen.<sup>481</sup> Derweil hat der Gesetzgeber von der Ermächtigung des § 4 COVInsAG keinen Gebrauch gemacht.<sup>482</sup> Indessen wurde durch das Gesetz zur Änderung des COVInsAG vom 25. September 2020 die Aussetzung der Insolvenzantragspflicht zunächst bis zum 31. Dezember 2020 verlängert.<sup>483</sup> Hier hat der Gesetzgeber jedoch eine Differenzierung dahingehend vorgenommen, dass der Geltungsbereich der Antragsaussetzung lediglich die pandemiebedingte Überschuldung und nicht mehr die Zahlungsunfähigkeit umfasst.<sup>484</sup> Folglich tritt für insolvente Unternehmen, deren Insolvenzreife auf den Insolvenzgrund der Zahlungsunfähigkeit gem. § 17 InsO zurückzuführen ist, ab dem 1. Oktober 2020 die Insolvenzantragspflicht nach § 15a Abs. 1 InsO wieder vollumfänglich in Kraft<sup>485</sup>, sodass der Geschäftsführer unverzüglich, spätestens aber binnen drei Wochen, einen Eröffnungsantrag stellen muss.<sup>486</sup> Als amtlicher Grund für diese Änderung wird aufgeführt, dass die Fortführung eines bereits zahlungsunfähigen Unternehmens eine erhebliche Belastung für den Rechts- und Wirtschaftsverkehr darstellt.<sup>487</sup> Überdies erscheint eine Verlängerung der Aussetzungsfrist bei Zahlungsunfähigkeit weder verhältnismäßig noch notwendig, da die Betroffenen, anders als im Frühjahr 2020, ausreichend Zeit und Gelegenheit hatten sich auf die gegenwärtigen Entwicklungen einzustellen.<sup>488</sup> Das Recht des Geschäftsführers, einen entsprechenden Insolvenzantrag bei vorliegender Überschuldung i. S. v. § 19 InsO bis zum 31. Dezember 2020 freiwillig zu stellen, bleibt hierdurch unberührt.<sup>489</sup>

Allerdings wird der Anwendungsbereich der Aussetzung der Antragspflicht weiterhin durch die Regelungen des § 1 Abs. 1 Satz 2 und 3 COVInsAG begrenzt.<sup>490</sup> Gem. § 1 Abs. 1 Satz 2 COVInsAG gilt die Aussetzung nicht, wenn die Insolvenzreife nicht auf die Auswirkungen

<sup>479</sup> Harder, NJW-Spezial, 277.

<sup>480</sup> Römermann, NJW 2020, 1108.

<sup>481</sup> Schluck-Amend, NZI 2020, 289 (290).; § 4 COVInsAG entfällt infolge des Gesetzes zur Änderung der COVID-19-Insolvenzaussetzungsgesetzes mit Rechtswirkung ab dem 1. Oktober 2020.

<sup>482</sup> Ganter, NZI 2020, 1017 (1019).

<sup>483</sup> Ganter, NZI 2020, 1017 (1019).

<sup>484</sup> Hörtnagl/Bode, BC 2020, 458.

<sup>485</sup> Commandeur/Hübler, NZG 2021, 285 (286).

<sup>486</sup> Hörtnagl/Bode, BC 2020, 458 (459).

<sup>487</sup> Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des COVID-19-Insolvenzaussetzungsgesetzes, BT-Drs. 19/22178, S. 4.

<sup>488</sup> Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des COVID-19-Insolvenzaussetzungsgesetzes, BT-Drs. 19/22178, S. 4.

<sup>489</sup> Altmeppen/Altmeppen, GmbHG, 2021, Vorbemerkung zu § 64 Rn. 166.

<sup>490</sup> Schluck-Amend, NZI 2020, 289 (290).

der COVID-19-Pandemie zurückzuführen ist oder wenn keine Aussichten darauf bestehen, eine bestehende Zahlungsunfähigkeit zu beheben. Zugunsten des Antragspflichtigen enthält § 1 Abs. 1 Satz 3 COVInsAG eine widerlegliche gesetzliche Vermutung, wonach vermutet wird, dass die Insolvenzreife auf den Auswirkungen der COVID-19-Pandemie beruht und Aussichten darauf bestehen, eine bestehende Zahlungsunfähigkeit zu beseitigen, wenn die Gesellschaft am 31. Dezember 2019 nicht zahlungsunfähig war.<sup>491</sup> Obwohl die Insolvenzreife der Gesellschaft sowohl auf Zahlungsunfähigkeit nach § 17 InsO als auch auf Überschuldung i. S. v. § 19 InsO beruhen kann, stellt die Vermutungsregelung nach der Formulierung des § 1 Abs. 1 Satz 3 COVInsAG lediglich auf den Insolvenzgrund der Zahlungsunfähigkeit ab.<sup>492</sup> Dementsprechend wird bei Unternehmen, die am 31. Dezember 2019 aufgrund von Überschuldung insolvenzreif waren, angenommen, dass die Insolvenz infolge der COVID-19-Pandemie ausgelöst wurde, auch wenn dies unter Berücksichtigung der historischen Faktenlage nicht plausibel erscheint.<sup>493</sup> Hierdurch kommt zum wiederholten Male eine gesetzgeberische Wertentscheidung zum Vorschein, wonach sich der Gesetzgeber von dem Insolvenzgrund der Überschuldung nach § 19 InsO distanziert und der Erfüllung der tatbestandlichen Voraussetzungen der Überschuldung keine allzu große Bedeutung zukommt.<sup>494</sup> Einer hiervon abweichenden Ansicht zufolge entfällt die Vermutungswirkung des § 1 Abs. 1 Satz 3 COVInsAG in dem Fall, in dem das Unternehmen am 31. Dezember 2019 unabhängig von noch bestehender Zahlungsfähigkeit bereits überschuldet war und es zudem an einer positiven Fortführungsprognose fehlte.<sup>495</sup> Als Begründung hierfür wird aufgeführt, dass es in dieser Konstellation keine Anhaltspunkte dafür gibt, dass die Überschuldung auf den Auswirkungen der COVID-19-Pandemie beruht.<sup>496</sup> Der ständigen Rechtsprechung zufolge entfällt der Kausalzusammenhang zwischen der Insolvenzreife des Unternehmens und den pandemiebedingten Auswirkungen auch dann, wenn der Insolvenzantrag i. S. v. § 15a Abs. 1 InsO bereits vor der Geltung des COVInsAG erfolgte.<sup>497</sup>

## II. Haftungsrechtliche Folgen der Antragsaussetzung

Sofern die Insolvenzantragspflicht infolge von § 1 COVInsAG temporär ausgesetzt ist, hat dies unmittelbare haftungsrechtliche Auswirkungen auf die insolvenzbezogene Organhaftung des Geschäftsführers.<sup>498</sup> Die konkreten Folgen hinsichtlich der verschiedenen Haftungstatbestände werden nachfolgend einzeln betrachtet.

### 1. Auswirkungen auf die Haftung für Zahlungen nach Insolvenzreife gem. § 64 Satz 1 GmbHG

An die Aussetzung der Insolvenzantragspflicht werden mittels § 2 COVInsAG weitere Folgen geknüpft.<sup>499</sup> Der Begründung des Gesetzesentwurfs zufolge soll hierdurch die Erreichung des angestrebten Ziels, den betroffenen Unternehmen eine Unternehmensfortführung zu ermöglichen und die Insolvenzlage zu beseitigen, zusätzlich abgesichert werden.<sup>500</sup> Im Hinblick auf die Organhaftung des Geschäftsführers ist § 2 Abs. 1 Nr. 1 COVInsAG von

<sup>491</sup> Entwurf eines Gesetzes zur Abmilderung der Folgen der COVID-19-Pandemie im Zivil-, Insolvenz- und Strafverfahrensrecht, BT-Drs. 19/18110, S. 22.

<sup>492</sup> Uhlenbruck/Hirte, InsO, § 1 COVInsAG Rn. 32.

<sup>493</sup> Römermann, NJW 2020, 1108 (1109).

<sup>494</sup> Römermann, NJW 2020, 1108 (1109).

<sup>495</sup> Bitter, ZIP 2020, 685 (688).

<sup>496</sup> Born, NZG 2020, 521 (524).

<sup>497</sup> FG Hessen, Beschluss vom 08.06.2020, 12 V 643/20, NZI 2020, 862.

<sup>498</sup> Born, NZG 2020, 521 (524).

<sup>499</sup> Nerlich/Römermann/Römermann, InsO, § 2 COVInsAG Rn. 1.

<sup>500</sup> Entwurf eines Gesetzes zur Abmilderung der Folgen der COVID-19-Pandemie im Zivil-, Insolvenz-, und Strafverfahrensrecht, BT-Drs. 19/18110, S. 23.

maßgeblicher Bedeutung, da diese Regelung u. a. Einschränkungen der Haftung nach § 64 Satz 1 GmbHG zur Folge hat, welche im Folgenden detailliert veranschaulicht werden.<sup>501</sup>

### **a) Haftungsfreistellung nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 COVInsAG**

Der Geschäftsführer macht sich gegenüber der Gesellschaft ersatzpflichtig, wenn er nach Eintritt der Insolvenzzureife eine dem Zahlungsverbot des § 64 Satz 1 GmbHG zuwiderlaufende Zahlung aus dem Vermögen der Gesellschaft tätigt.<sup>502</sup> Durch die Ausnahmeregelung des § 64 Satz 2 GmbHG werden allerdings solche Zahlungen privilegiert, die der Geschäftsführer zwar nach Eintritt der Insolvenzzureife vorgenommen hat, welche aber mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsmanns vereinbar sind.<sup>503</sup> Sofern nach § 1 COVInsAG die Pflicht zu Stellung des Insolvenzantrags ausgesetzt ist, wird die Ausnahme nach § 64 Satz 2 GmbHG in § 2 Abs. 1 Nr. 1 COVInsAG erneut aufgegriffen.<sup>504</sup> Die Regelung des § 2 Abs. 1 Nr. 1 COVInsAG statuiert eine gesetzlich unwiderlegbare Fiktion dahingehend, dass Zahlungen, die im ordnungsgemäßen Geschäftsgang erfolgen, insbesondere solche Zahlungen, die der Aufrechterhaltung oder Wiederaufnahme des Geschäftsbetriebs oder der Umsetzung eines Sanierungskonzepts dienen, mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsführers i. S. v. § 64 Satz 2 GmbHG vereinbar sind.<sup>505</sup> Der Geschäftsführer wird so von den engen Restriktionen des § 64 Satz 1 GmbHG befreit und kann auf diese Weise alle erforderlichen Maßnahmen ergreifen, um eine Unternehmensfortführung zu realisieren, ohne dabei das Risiko einer persönlichen Haftung einzugehen.<sup>506</sup> Demnach verfolgt § 2 Abs. 1 Nr. 1 COVInsAG eine von § 64 Satz 1 GmbHG abweichende Zielsetzung dahingehend, dass nicht mehr der Gläubigerschutz, sondern die Fortführung des Unternehmens im Vordergrund steht.<sup>507</sup> Nach überwiegender Ansicht in der Literatur wird die Tatbestandsmäßigkeit des Zahlungsverbot nach § 64 Satz 1 GmbHG infolge des § 2 Abs. 1 Nr. 1 COVInsAG nicht vollkommen suspendiert, sondern es entfällt lediglich die subjektive Tatbestandsvoraussetzung des Verschuldens auf Seiten des Geschäftsführers, nicht hingegen das Vorliegen einer objektiv pflichtwidrigen Zahlung i. S. v. § 64 Satz 1 GmbHG.<sup>508</sup>

Da die Anwendung des § 2 Abs. 1 Nr. 1 COVInsAG eine Aussetzung der Insolvenzantragspflicht gem. § 1 COVInsAG voraussetzt, gelten die Haftungserleichterungen über den 30. September 2020 hinaus bis zum 31. Dezember 2020 ausschließlich für überschuldete Unternehmen.<sup>509</sup> Indes gelten die haftungsrechtlichen Beschränkungen nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 COVInsAG ab dem 1. Oktober nicht mehr für Geschäftsführer von zahlungsunfähigen Unternehmen, wodurch die Grundsätze der Haftung des Geschäftsführers im Insolvenzfall uneingeschränkt zur Geltung kommen.<sup>510</sup>

### **aa) Zahlungen im ordnungsgemäßen Geschäftsgang**

Im Zusammenhang mit § 2 Abs. 1 Nr. 1 COVInsAG ist zunächst zu definieren, was unter Zahlungen im ordnungsgemäßen Geschäftsgang zu verstehen ist. Der Begriff der Zahlung gem. § 2 Abs. 1 Nr. 1 COVInsAG ist mit dem weit auszulegenden Zahlungsbegriff i. S. v.

<sup>501</sup> *Wicke*, NZG 2020, 501 (503).

<sup>502</sup> *Wicke/Wicke*, GmbHG, § 64 Rn. 1.; Verweis auf Kap. C., III., 2.

<sup>503</sup> *Henssler/Strohn/Arnold*, GmbHG, 2021, § 64 Rn. 26.; Verweis auf Kap. C., III., 2., a), bb).

<sup>504</sup> *Born*, NZG 2020, 521 (527).

<sup>505</sup> *Schmidt/Schmidt*, COVInsAG, § 2 Rn. 5.

<sup>506</sup> Entwurf eines Gesetzes zur Abmilderung der Folgen der COVID-19-Pandemie im Zivil-, Insolvenz- und Strafverfahrensrecht, BT-Drs. 19/18110, S. 23.

<sup>507</sup> *Oppenländer/Trölitzsch/Trölitzsch/El-Saleh*, Praxishandbuch der GmbH-Geschäftsführung, § 53 Rn. 24.

<sup>508</sup> *Hölzle/Schulenberg*, ZIP 2020, 633 (640).

<sup>509</sup> *Hörtnagl/Bode*, BC 2020, 458 (459).

<sup>510</sup> *Hörtnagl/Bode*, BC 2020, 458 (459).

§ 64 Satz 1 GmbHG gleichzusetzen.<sup>511</sup> Indessen ist der ordnungsgemäße Geschäftsgang keinesfalls als Synonym zu der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns i. S. d. § 64 Satz 2 GmbHG anzusehen<sup>512</sup>, da die Reichweite des § 2 Abs. 1 Nr. 1 COVInsAG weit über die Grenzen des § 64 Satz 2 GmbHG hinausgeht.<sup>513</sup> Vielmehr kommt es im Anwendungsbereich des § 2 Abs. 1 Nr. 1 COVInsAG nicht darauf an, welche Zahlungen im Insolvenzfall normalerweise gestattet sind, sondern der Geschäftsführer soll durch die Regelung des § 2 Abs. 1 Nr. 1 COVInsAG gegenüber den üblichen Rechtsfolgen der Insolvenz geradezu privilegiert werden.<sup>514</sup>

### **bb) Gesetzliche Regelbeispiele des § 2 Abs. 1 Nr. 1 COVInsAG**

Als gesetzliche Regelbeispiele für Zahlungen im ordnungsgemäßen Geschäftsgang benennt § 2 Abs. 1 Nr. 1 COVInsAG insbesondere solche, die der Aufrechterhaltung oder Wiederaufnahme des Geschäftsbetriebes dienen oder für die Umsetzung eines entsprechenden Sanierungskonzepts notwendig sind.<sup>515</sup>

#### **(1) Aufrechterhaltung oder Wiederherstellung des Geschäftsbetriebes**

Hinsichtlich der im ordnungsgemäßen Geschäftsgang erfolgten Zahlungen zählt § 2 Abs. 1 Nr. 1 COVInsAG als erstes Regelbeispiel diejenigen Zahlungen auf, die zur Aufrechterhaltung oder Wiederherstellung des Geschäftsbetriebes dienen. „Zahlungen, die der Aufrechterhaltung oder Wiederaufnahme des Geschäftsbetriebs dienen, sind sämtliche Zahlungen, die dazu dienen, das Unternehmen unter den Bedingungen der Pandemie fortzuführen.“<sup>516</sup> Diese weit gefasste Auslegung des § 2 Abs. 1 Nr. 1 COVInsAG unterstreicht zugleich die gesetzgeberische Intention, die Geschäftsbeziehungen der betroffenen Gesellschaft zu bestehenden Vertragspartnern nicht zu gefährden.<sup>517</sup> Der grundsätzliche Referenzmaßstab für die Beurteilungen von Zahlungen i. S. d. § 64 Satz 1 GmbHG ist das Gläubigerinteresse.<sup>518</sup> Vor dem Hintergrund des Kriteriums des Gläubigerschutzes umfasst der Sorgfaltsmaßstab eines ordentlichen Geschäftsmanns nach der bisherigen Rechtsprechung alle Zahlungen, die dazu geeignet sind, größere Nachteile von der Insolvenzmasse abzuwenden.<sup>519</sup> Dieser Beurteilungsspielraum ist hingegen auf § 2 Abs. 1 Nr. 1 COVInsAG nur eingeschränkt anwendbar<sup>520</sup>, da der Ansatz des Gesetzgebers bezüglich des COVInsAG fortführungsbezogen und auf eine wirtschaftliche sowie finanzielle Stabilisierung der Gesellschaften ausgerichtet ist.<sup>521</sup> Demzufolge gewährt § 2 Abs. 1 Nr. 1 COVInsAG dem Geschäftsführer einen weiten Ermessensspielraum.<sup>522</sup> So werden beispielsweise Zahlungen an Lieferanten aufgrund rückständiger Rechnungen stets toleriert.<sup>523</sup> Darüber hinaus werden ebenfalls die zur Aufrechterhaltung des Geschäftsbetriebes notwendigen, laufenden Zahlungen von Löhnen, Mieten oder Leasingraten von der Regelung des § 2 Abs. 1 Nr. 1

<sup>511</sup> Harder, NJW-Spezial 2020, 277.; Zu den konkreten Ausführungen des Zahlungsbegriffs nach § 64 Satz 1 GmbHG siehe Kap. C., III., 2., a), aa).

<sup>512</sup> Schmidt/Schmidt, COVInsAG, § 2 Rn. 9.

<sup>513</sup> Schluck-Amend, NZI 2020, 289 (292).

<sup>514</sup> Nerlich/Römermann/Römermann, InsO, § 2 COVInsAG Rn. 11.

<sup>515</sup> Harder, NJW-Spezial 2020, 277.

<sup>516</sup> Schmidt/Schmidt, COVInsAG, § 2 Rn. 15.

<sup>517</sup> Hölzle/Schulenberg, ZIP 2020, 633 (641).; Entwurf eines Gesetzes zur Abmilderung der Folgen der COVID-19-Pandemie im Zivil-, Insolvenz- und Strafverfahrensrecht, BT-Drs. 19/18110, S. 3.

<sup>518</sup> Baumbach/Hueck/Haas, GmbHG, § 64 Rn. 10.

<sup>519</sup> BGH, Urteil vom 05.11.2007, II ZR 262/06, NZG 2008, 75.

<sup>520</sup> Oppenländer/Trörlitzsch/Trörlitzsch/El-Saleh, Praxishandbuch der GmbH-Geschäftsführung, § 53 Rn. 25.

<sup>521</sup> Hölzle/Schulenberg, ZIP 2020, 633 (641).

<sup>522</sup> Jarchow/Hölter, ZInsO 2020, 730 (733). zit. nach Schmidt/Schmidt, COVInsAG, § 2 Rn. 16.

<sup>523</sup> Schluck-Amend, NZI 2020, 289 (292).

COVInsAG erfasst.<sup>524</sup> Abgesehen von den Zahlungen zur Aufrechterhaltung oder Wiederherstellung des Geschäftsbetriebes, impliziert § 2 Abs. 1 Nr. 1 COVInsAG auch diejenigen Maßnahmen, die im Zuge einer Neuausrichtung des Geschäfts getroffen werden.<sup>525</sup> Indes fallen Zahlungen, die das Unternehmen wirtschaftlich schwächen und die Unternehmensfortführung negativ beeinträchtigen, nicht in den Anwendungsbereich der gesetzlichen Fiktion des § 2 Abs. 1 Nr. 1 COVInsAG und werden daher nicht privilegiert.<sup>526</sup>

## **(2) Umsetzung eines Sanierungskonzepts**

Als zweites Regelbeispiel für Zahlungen im ordnungsgemäßen Geschäftsgang nennt der Gesetzgeber diejenigen Zahlungen, die zur Umsetzung eines Sanierungskonzepts dienen. In Anlehnung an die bereits existente Rechtsprechung zu § 64 Satz 2 GmbHG werden alle Zahlungen zu Sanierungszwecken umfasst, sofern diese sachdienlich und erforderlich erscheinen.<sup>527</sup> Die Erreichung einer erfolgreichen Unternehmenssanierung ist nicht erforderlich, da das Augenmerk auf der mit der Zahlung verfolgten Zielsetzung liegt.<sup>528</sup>

Angesichts der Sanierungsmaßnahmen ist jedoch zu erwähnen, dass eine persönliche Haftungsgefahr für den Geschäftsführer nicht allein von § 64 Satz 1 GmbHG ausgeht.<sup>529</sup> Im Falle eines nicht hinreichend durchdachten Sanierungskonzepts macht sich der Geschäftsführer zusätzlich aufgrund einer Pflichtverletzung gem. § 43 Abs. 2 GmbHG gegenüber der Gesellschaft schadensersatzpflichtig.<sup>530</sup>

## **b) Darlegungs- und Beweislast unter Berücksichtigung des COVInsAG**

Der Gesellschaft obliegt in ihrer Rolle als Klägerin grundsätzlich die Beweislast für das Vorliegen aller objektiv anspruchsbegründenden Tatbestandsvoraussetzungen.<sup>531</sup> Demnach muss die Gesellschaft Beweise vorbringen, dass der Geschäftsführer nach Eintritt der Insolvenzreife eine Zahlung i. S. v. § 64 Satz 1 GmbHG getätigt hat oder dass ihm eine derartige Zahlung zuzurechnen ist.<sup>532</sup> Im Insolvenzfall geht die Beweislast gemäß § 80 Abs. 1 InsO auf den zuständigen Insolvenzverwalter über.<sup>533</sup> In subjektiver Hinsicht wird ein Verschulden des Geschäftsführers widerleglich vermutet, sodass sich der Geschäftsführer nur mithilfe von § 64 Satz 2 GmbHG exkulpieren kann, indem er beweist, dass er die Zahlung unter Beachtung der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns vorgenommen hat.<sup>534</sup> Dieser Grundsatz wurde auf die Beweislastverteilung im Rahmen des COVInsAG entsprechend übertragen.<sup>535</sup> Demzufolge muss im Hinblick auf die Fiktion des § 2 Abs. 1 Nr. 1 COVInsAG von Seiten des Geschäftsführers positiv nachgewiesen werden, dass die Zahlung im ordnungsgemäßen Geschäftsgang erfolgt ist und dem dort geregelten Zweck zugutekommt.<sup>536</sup> Der Geschäftsführer ist jedoch einem gewissen Restrisiko dahingehend ausgesetzt, dass die Gesellschaft bzw. der Insolvenzverwalter Beweise vorlegt,

<sup>524</sup> Nerlich/Römermann/Römermann, InsO, § 2 COVInsAG Rn. 13.

<sup>525</sup> Entwurf eines Gesetzes zu Abmilderung der Folgen der COVID-19-Pandemie im Zivil-, Insolvenz- und Strafverfahrensrecht, BT-Drs. 19/18110, S. 23.

<sup>526</sup> Hölzle/Schulenberg, ZIP 2020, 633 (641).

<sup>527</sup> Schmidt/Schmidt, COVInsAG, § 2 Rn. 23.

<sup>528</sup> Nerlich/Römermann/Römermann, InsO, § 2 COVInsAG Rn. 16.

<sup>529</sup> Römermann, NJW 2020, 1108 (1110).

<sup>530</sup> Römermann, NJW 2020, 1108 (1110).

<sup>531</sup> BGH, Urteil vom 16.03.2009, II ZR 32/08, NJW 2009, 1598 (1599).

<sup>532</sup> Henssler/Strohn/Arnold, GmbHG, 2021, § 64 Rn. 41.

<sup>533</sup> BGH, Urteil vom 14.06.2018, IX ZR 232/17, NZG 2019, 34 (37).

<sup>534</sup> BGH, Urteil vom 08.06.2009, II ZR 147/08, NJW 2009, 2599 (2600).; Verweis auf Kap. C., III., 2., a), dd).

<sup>535</sup> Born, NZG 2020, 521 (528).

<sup>536</sup> Oppenländer/Trölitzsch/Trölitzsch/El-Saleh, Praxishandbuch der GmbH-Geschäftsführung, § 53 Rn. 23.

dass der Eintritt der Insolvenzgründe nicht kausal durch die COVID-19-Pandemie verursacht wurde.<sup>537</sup> Soweit die Vermutungsregelung i. S. d. § 1 Abs. 1 Satz 3 COVInsAG ebenfalls verneint wird, kann ein Haftungsanspruch nach § 64 Satz 1 GmbHG von der Klägerseite uneingeschränkt geltend gemacht werden.<sup>538</sup> In Anbetracht einer möglichen Fortgeltung der Haftungsansprüche ist der Geschäftsführer in Pandemiezeiten weiterhin zu einer erhöhten Sorgfalt bezüglich des Zahlungsmanagements der Gesellschaft angehalten.<sup>539</sup>

## **2. Wirkungsweise des COVInsAG auf die Insolvenzverursachungshaftung i. S. d. § 64 Satz 3 GmbHG**

Der Geschäftsführer macht sich gem. § 64 Satz 3 GmbHG gegenüber der Gesellschaft ersatzpflichtig, wenn infolge einer von ihm getätigten Zahlung an einen Gesellschafter die Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft erkennbar herbeigeführt wird.<sup>540</sup> In Anbetracht der Regelung zur Einschränkung der Organhaftung gem. § 2 Abs. 1 Nr. 1 COVInsAG bleibt die Geschäftsführerhaftung nach § 64 Satz 3 GmbHG zunächst unberührt.<sup>541</sup> Eine Verdrängung des Haftungstatbestands i. S. v. § 64 Satz 3 GmbHG ist lediglich dann ersichtlich, wenn die Zahlung an den Gesellschafter als Rückgewähr eines Gesellschafterdarlehens angesehen wird und nach den Regelungen zur Rückgewähr und Besicherung von Gesellschafterdarlehen gem. § 2 Abs. 1 Nr. 2 COVInsAG anfechtungsfest ist.<sup>542</sup> Durch die Anwendung des § 2 Abs. 1 Nr. 2 COVInsAG kommt es innerhalb des Zeitraums der Insolvenzantragsaussetzung zu einem Wegfall der Gläubigerbenachteiligung<sup>543</sup> und somit zu einer Aussetzung der Haftung des Geschäftsführers gem. § 64 Satz 3 GmbHG.<sup>544</sup>

## **3. Auswirkungen des COVInsAG auf die Insolvenzverschleppungshaftung**

Die Aussetzung der Insolvenzantragspflicht infolge des COVInsAG hat zugleich unmittelbare haftungsrechtliche Konsequenzen für die Insolvenzverschleppungshaftung des Geschäftsführers.<sup>545</sup> Die Folgen im Hinblick auf die innen- und außenhaftungsrechtlichen Tatbestände der Insolvenzverschleppungshaftung werden im Folgenden zunächst differenziert dargestellt.

### **a) Innenhaftung gem. § 43 Abs. 2 GmbHG i. V. m. § 15a Abs. 1 InsO**

Der Geschäftsführer ist der Gesellschaft gegenüber gem. § 43 Abs. 2 GmbHG i. V. m. § 15a Abs. 1 InsO zum Ersatz des Schadens verpflichtet, der ihr durch die verspätete oder gar unterlassene Insolvenzantragstellung entstanden ist, sofern hierdurch eine seitens des Geschäftsführers begangene Pflichtverletzung begründet wird.<sup>546</sup> Demnach setzt der Haftungsanspruch nach § 43 Abs. 2 GmbHG i. V. m. § 15a Abs. 1 InsO stets eine Pflichtverletzung in Form eines Verstoßes des Geschäftsführers gegen die ihm obliegende Insolvenzantragspflicht voraus.<sup>547</sup> Soweit die Antragspflicht des Geschäftsführers gem. § 1 COVInsAG suspendiert ist, kommt ein derartiger Haftungsanspruch der Gesellschaft nicht

<sup>537</sup> Hölzle/Schulenberg, ZIP 2020, 633 (642).

<sup>538</sup> Hölzle/Schulenberg, ZIP 2020, 633 (642).

<sup>539</sup> Hölzle/Schulenberg, ZIP 2020, 633 (642).

<sup>540</sup> Ek/Kock, Rn. 143.

<sup>541</sup> Schmidt/Schmidt, COVInsAG, § 2 Rn. 77.

<sup>542</sup> Schmidt/Schmidt, COVInsAG, § 2 Rn. 77.

<sup>543</sup> Schluck-Amend, NZI 2020, 289 (292).; Zu den detaillierten Ausführungen siehe auch Gottwald/Haas/Haas, Insolvenzrechts-Handbuch, § 89 Rn. 80.

<sup>544</sup> Schmidt/Schmidt, COVInsAG, § 2 Rn. 77.

<sup>545</sup> Born, NZG 2020, 521 (524).

<sup>546</sup> Gerstenbergk-Helldorff, S. 8 f.; Verweis auf Kap. C., III., 1.

<sup>547</sup> Ek/Kock, Rn. 240.

in Betracht und bildet demzufolge eine Haftungsfreistellung des Geschäftsführers für diejenige Schäden, die während des Aussetzungszeitraums entstanden sind.<sup>548</sup> Des Weiteren wirkt sich die Ausweitung des Sorgfaltsmaßstabs nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 COVInsAG zugleich auf das Tatbestandsmerkmal der Pflichtverletzung i. S. v. § 43 Abs. 2 GmbHG aus, sodass bei einer mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns getätigten Zahlung entsprechend der Vorschrift des § 2 Abs. 1 Nr. 1 COVInsAG, die Pflichtverletzung nach § 43 Abs. 2 GmbHG stets zu verneinen ist.<sup>549</sup>

### **b) Außenhaftung gem. § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 15a Abs. 1 InsO**

Da die Insolvenzantragspflicht nach § 15a Abs. 1 InsO als Schutzgesetz i. S. v. § 823 Abs. 2 BGB angesehen wird, macht sich der Geschäftsführer bei verspäteter oder unterlassener Insolvenzantragstellung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern schadensersatzpflichtig.<sup>550</sup> Der Schutzzweck des § 15a Abs. 1 InsO erfasst dabei abgesehen von den Altgläubigern, deren Schaden als Gesamtschaden gem. § 92 InsO vom Insolvenzverwalter geltend gemacht wird, auch den Neugläubigerschaden.<sup>551</sup> Sofern die Insolvenzantragspflicht des Geschäftsführers aufgrund der Regelungen des § 1 COVInsAG ausgesetzt ist, entfällt in diesem Zeitraum auch der Haftungsanspruch der Neugläubiger.<sup>552</sup> Die Quotenschadenshaftung gem. § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 15a Abs. 1 InsO gegenüber den Altgläubigern ist in der Praxis kaum darstellbar und spielt deshalb auch hinsichtlich der Einschränkungen der Insolvenzverschleppungshaftung nur eine untergeordnete Rolle.<sup>553</sup> Eine Haftung des Geschäftsführers wegen Insolvenzverschleppung gem. § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 15a Abs. 1 InsO gegenüber den Neugläubigern scheidet damit bei überschuldeten Unternehmen für, zwischen dem 1. März 2020 und dem 31. Dezember 2020, eingetretene Individualschäden der Neugläubiger grundsätzlich aus.<sup>554</sup> Für Unternehmen, deren Insolvenzreife auf den Insolvenzgrund der Zahlungsunfähigkeit i. S. d. § 17 InsO zurückzuführen ist, ist eine derartige Haftungsbefreiung des Geschäftsführers nur für Ansprüche, die zwischen dem 1. März 2020 und dem 30. September 2020 entstanden sind, vorgesehen.<sup>555</sup>

Zentrales Ziel des § 15a Abs. 1 InsO ist im Normalfall u. a. der Schutz der Gesellschaftsgläubiger.<sup>556</sup> Das COVInsAG und die daraus resultierenden Einschränkungen der Organhaftung haben jedoch einen schwerwiegenden Einfluss auf den Schutz der Neugläubiger.<sup>557</sup> So werden die Neugläubigerinteressen im Zeitraum der Aussetzung der Insolvenzantragspflicht zugunsten der Rettung der deutschen Wirtschaft, größtenteils verdrängt.<sup>558</sup> Diese starken Strapazierungen der Gläubigerinteressen werden allerdings der Gesetzesbegründung zufolge bewusst in Kauf genommen.<sup>559</sup>

<sup>548</sup> Schmidt/Schmidt, COVInsAG, § 2 Rn. 120.

<sup>549</sup> Schmidt/Kuleisa, COVInsAG, § 1 Rn. 28.

<sup>550</sup> Wicke/Wicke, GmbHG, § 64 Rn. 11.; Verweis auf Kap. C., IV., 1.

<sup>551</sup> MüKo/Wagner, BGB, § 823 Rn. 162.; Verweis auf Kap. C., IV., 1., a), dd).

<sup>552</sup> Born, NZG 2020, 521 (525).

<sup>553</sup> Pape, NZI 2020, 393 (396).

<sup>554</sup> Ganter, NZI 2020, 1017 (1019).

<sup>555</sup> Ganter, NZI 2020, 1017 (1019).

<sup>556</sup> Andres/Leithaus/Leithaus, InsO, § 15a Rn. 1.

<sup>557</sup> Altmeppen/Altmeppen, GmbHG, 2021, Vorbemerkung zu § 64 Rn. 162.

<sup>558</sup> Born, NZG 2020, 521 (525).

<sup>559</sup> Entwurf eines Gesetzes zur Abmilderung der Folgen der COVID-19-Pandemie im Zivil-, Insolvenz- und Strafverfahrensrecht, BT-Drs. 19/18110, S. 22 f.

### c) Einfluss der Regelungen des COVInsAG auf die Beweislast hinsichtlich der Insolvenzverschleppungshaftungstatbestände

Wie bereits bei der modifizierten Haftung des § 64 Satz 1 GmbHG<sup>560</sup>, trägt auch im Falle der Insolvenzverschleppungshaftung stets die klagende Partei die Beweislast für ein kumulatives Vorliegen der objektiven Tatbestandsvoraussetzungen.<sup>561</sup> Dementsprechend hat die Gesellschaft, die einen Schadensersatzanspruch aufgrund von Insolvenzverschleppung gegen ihren Geschäftsführer geltend macht, darzulegen und zu beweisen, dass der Gesellschaft durch die verspätete oder unterlassene Insolvenzantragstellung ein Schaden entstanden ist.<sup>562</sup> In Bezug auf die Außenhaftung bedeutet dies, dass der betroffene Neugläubiger nachweisen muss, dass er seine Forderung gegen die Gesellschaft zu einem Zeitpunkt erworben hat, in dem die Gesellschaft zwar bereits insolvenzreif war, eine Eröffnung der Insolvenzverfahrens allerdings noch nicht stattgefunden hat und dass er infolgedessen einen Schaden erlitten hat.<sup>563</sup> Wie vorstehend ausführlich analysiert, entfällt die Haftung gem. § 43 Abs. 2 GmbHG i. V. m. § 15a Abs. 1 InsO bzw. § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 15a Abs. 1 InsO, solange die Insolvenzantragspflicht suspendiert ist.<sup>564</sup> Zieht der Kläger dennoch eine Haftungsanspruch aufgrund der Verletzung der Insolvenzantragspflicht seitens des Geschäftsführers in Betracht, so obliegt ihm die Beweislast dafür, dass die Insolvenzantragspflicht trotz der Regelung des § 1 COVInsAG im relevanten Zeitpunkt fortbestand.<sup>565</sup> Gem. § 1 Abs. 1 Satz 2 COVInsAG ist eine Aussetzung der Insolvenzantragspflicht zu verneinen, wenn die Insolvenz der Gesellschaft nicht in einem kausalen Zusammenhang zur COVID-19-Pandemie steht oder eine Sanierung der Gesellschaft aussichtslos erscheint. Die negative Formulierung des § 1 Abs. 1 Satz 2 GmbHG verlagert die Beweislast auf diejenige Partei, die sich auf ein Fortbestehen der Antragspflicht und damit auf ein Vorliegen der Ausnahmetatbestände des § 1 Abs. 1 Satz 2 COVInsAG beruft, was im Normalfall der Kläger ist.<sup>566</sup> Folglich kommt es innerhalb der Aussetzungszeitraums zu einer von den Regelungen des § 15a Abs. 1 InsO abweichenden Beweislastumkehr, da normalerweise nicht die Klagepartei, sondern der Geschäftsführer die Erfolgchancen des Sanierungskonzepts darlegen muss.<sup>567</sup> Den Kläger trifft die Beweislast selbst dann, wenn die Gesellschaft entgegen der Vermutung des § 1 Abs. 1 Satz 3 COVInsAG am 31. Dezember 2019 bereits zahlungsunfähig war.<sup>568</sup> Demnach ist die Vermutungsregelung nach § 1 Abs. 1 Satz 3 GmbHG ebenfalls zugunsten des Geschäftsführers auszulegen.<sup>569</sup> Hierdurch kommt eine Doppelentlastung des antragspflichtigen Geschäftsführers zum Vorschein, da der Kläger sowohl das Vorliegen eines Ausnahmetatbestands i. S. v. § 1 Abs. 1 Satz 2 COVInsAG beweisen muss als auch die Vermutungsregelung des § 1 Abs. 1 Satz 3 COVInsAG widerlegen muss.<sup>570</sup> Vor dem Hintergrund, dass die Vermutung der Entlastung des antragspflichtigen Geschäftsführers vor möglichen Schwierigkeiten hinsichtlich des Nachweises der Kausalität und der Prognostizierbarkeit der weiteren Entwicklung dient, sind an die Widerlegung der

<sup>560</sup> Verweis auf Kap. D., II., 1., b).

<sup>561</sup> *Born*, NZG 2020, 521 (523).

<sup>562</sup> *Gerstenbergk-Helldorff*, S. 22 f.; Verweis auf Kap. C., III., 1., a), dd).

<sup>563</sup> *Oppenländer/Tröllitzsch/Ziemons*, Praxishandbuch der GmbH-Geschäftsführung, § 31 Rn. 12.; Verweis auf Kap. C., III., 1., a), dd), (2).

<sup>564</sup> *Wicke/Wicke*, GmbHG, Einleitung Rn. 271.; Verweis auf Kap. D., II., 3., a) und b).

<sup>565</sup> *Born*, NZG 2020, 521 (526).

<sup>566</sup> *Hölzle/Schulenberg*, ZIP 2020, 633 (636).

<sup>567</sup> *Bitter*, ZIP 2020, 685 (687).

<sup>568</sup> Entwurf eines Gesetzes zur Abmilderung der Folgen der COVID-19-Pandemie im Insolvenz-, Zivil- und Strafverfahrensrecht, BT-Drs. 19/18110, S. 23.

<sup>569</sup> *Uhlenbruck/Hirte*, InsO, § 1 COVInsAG Rn. 26.

<sup>570</sup> *Uhlenbruck/Hirte*, InsO, § 1 COVInsAG Rn. 26.

Vermutungsregelung des § 1 Abs. 1 Satz 3 COVInsAG höchste Anforderungen zu stellen.<sup>571</sup> Dies wird im Falle eines Prozesses insbesondere dadurch gewährleistet, dass der Geschäftsführer auf den Bilanzstichtag des 31. Dezember 2019 abstellen kann.<sup>572</sup> Der Begründung des Gesetzgebers zufolge soll eine Widerlegung nur dann in Betracht kommen, wenn keine Zweifel bestehen, dass die COVID-19-Pandemie nicht ursächlich für die Insolvenz der Gesellschaft war und dass eine Beseitigung in Form der Sanierung nicht gelingen konnte.<sup>573</sup> Mithin scheint eine Widerlegung der Vermutungsregelung des § 1 Abs. 1 Satz 3 COVInsAG nahezu unmöglich, da sich die bloße Möglichkeit von Zweifeln praktisch nie ausschließen lässt.<sup>574</sup> Nebstdem wird durch Vermutungsregelung ein Kompromiss zwischen den rechtspolitischen Zielen und den praktischen Erfordernissen gefunden, wodurch zugleich eine Wertentscheidung des Gesetzgebers zum Ausdruck gebracht wird.<sup>575</sup> In rechtspolitischer Hinsicht gilt zu verhindern, dass Gesellschaften, die bereits seit längerer Zeit insolvenzreif sind, von der Aussetzung der Insolvenzantragspflicht profitieren und auf diesem Weg eine Insolvenzverfahrenseröffnung immer weiter hinausgezögert wird.<sup>576</sup> Andererseits muss in Zeiten der COVID-19-Pandemie gewährleistet werden, dass den Geschäftsführern ein gewisser straf- und haftungsrechtlicher Druck genommen wird, damit diese sich vollkommen auf die Verwirklichung eines Sanierungskonzepts konzentrieren können.<sup>577</sup>

Angesichts des Gesetzes zur Änderung des COVInsAG sind die Regelungen des § 1 Abs. 1 Satz 2 und 3 COVInsAG, mit Rechtswirkung ab dem 1. Oktober 2020, nicht mehr auf zahlungsunfähige Gesellschaften i. S. v. § 17 InsO anwendbar.<sup>578</sup> Kommt es im Rahmen eines Zivilprozesses dennoch darauf an, ob die Zahlungsunfähigkeit mittels einer erfolgsversprechenden Sanierung behoben werden kann, so liegt die Darlegungs- und Beweislast diesbezüglich wieder bei dem Geschäftsführer der betroffenen GmbH.<sup>579</sup>

#### 4. Mögliche Problematik

Fraglich bleibt hingegen, wie sich die Beschränkungen der Organhaftung und die rückwirkende Aussetzung der Insolvenzantragspflicht zum 1. März 2020 auf diejenigen Haftungsansprüche auswirkt, die vor dem 1. März 2020 oder im Zeitraum zwischen dem 1. März 2020 und dem Tag der Verabschiedung des COVInsAG (27. März 2020) entstanden sind.<sup>580</sup> Eine Ansicht in der Literatur vertritt die Auffassung, dass eine Erstreckung des Wegfalls der Organhaftung des Geschäftsführers auf vor dem 1. März 2020 liegende Sachverhalte aufgrund einer erhöhten Missbrauchsgefahr und dem klar definierten Anwendungsbereich des COVInsAG in jedem Fall zu verneinen ist und die Haftungsgrundsätze dementsprechend uneingeschränkt anwendbar sind.<sup>581</sup> Indessen kommt es jedoch zu einem Wegfall derjenigen Haftungsansprüche, die im Zeitraum zwischen dem 1. März 2020 und dem 27. März 2020 entstanden sind, sofern die betroffenen Sachverhalte die Voraussetzungen des COVInsAG erfüllen.<sup>582</sup> Einer hiervon abweichenden Meinung in der Literatur folgend sind

<sup>571</sup> Entwurf eines Gesetzes zur Abmilderung der Folgen der COVID-19-Pandemie im Zivil-, Insolvenz- und Strafverfahrensrecht, BT. Drs. 19/18110, S. 22 f.

<sup>572</sup> *Born*, NZG 2020, 521 (524).

<sup>573</sup> Entwurf eines Gesetzes zur Abmilderung der Folgen der COVID-19-Pandemie im Zivil-, Insolvenz- und Strafverfahrensrecht, BT-Drs. 19/18110, S. 22 f.

<sup>574</sup> *Römermann*, NJW 2020, 1108 (1109).

<sup>575</sup> *Schmidt/Kuleisa*, COVInsAG, § 1 Rn. 52.

<sup>576</sup> *Schmidt/Kuleisa*, COVInsAG, § 1 Rn. 52.

<sup>577</sup> *Bitter*, ZIP 2020, 685 (688).

<sup>578</sup> *Ganter*, NZI 2020, 1017 (1020).

<sup>579</sup> *Ganter*, NZI 2020, 1017 (1020).

<sup>580</sup> *Altmeppen/Altmeppen*, GmbHG, 2021, Vorbemerkung zu § 64 Rn. 169.

<sup>581</sup> *Born*, NZG 2020, 521 (525).

<sup>582</sup> *Born*, NZG 2020, 521 (525).

die zivilrechtlichen Haftungsansprüche gegen den Geschäftsführer in der Insolvenz der Gesellschaft bereits ab dem 31. Dezember 2019 ausgesetzt.<sup>583</sup> Diese Ansicht wird vordergründig dadurch gerechtfertigt, dass die Vermutungsregelung des § 1 Abs. 1 Satz 3 COVInsAG ebenfalls auf den Stichtag 31. Dezember 2019 abstellt.<sup>584</sup>

### III. Zusammenfassung zu Kapitel D.

Im Rahmen der Regelungen des COVInsAG wird die Organhaftung in der Insolvenz der GmbH zugunsten des Geschäftsführers insbesondere dahingehend modifiziert, dass der Geschäftsführer durch die Aussetzung der Insolvenzantragspflicht i. S. d. § 15a Abs. 1 InsO größtenteils von seinen Haftungsrisiken befreit wird.<sup>585</sup> Sofern die Voraussetzungen des COVInsAG vorliegen, sind infolge der Aussetzung der Antragspflicht die zivilrechtlichen Haftungsansprüche aufgrund von Insolvenzverschleppung im Innenverhältnis sowie auch im Außenverhältnis nur eingeschränkt und unter Beachtung erhöhter Anforderungen anwendbar.<sup>586</sup> Des Weiteren wird dem Geschäftsführer durch den Wegfall der Haftung aufgrund einer pflichtwidrigen Zahlung i. S. v. § 64 Satz 1 GmbHG im Zeitraum der Aussetzung der Insolvenzantragspflicht ein weitreichender Ermessensspielraum für Sanierungszahlungen eröffnet, wenn diese innerhalb des ordentlichen Geschäftsgangs erfolgen.<sup>587</sup>

### E. Fazit

Aufgrund einer Vielzahl von zusätzlichen Handlungspflichten gesellschafts- und insolvenzrechtlicher Art ist der Geschäftsführer in der Insolvenzsituation der Gesellschaft einem enormen Haftungsrisiko ausgesetzt.<sup>588</sup> Das Ziel der vorliegenden Arbeit war es, die Grundsätze der Organhaftung des GmbH-Geschäftsführers in der Insolvenz der Gesellschaft aufzuzeigen und anknüpfend daran zu untersuchen, inwiefern der Gesetzgeber in Zeiten der COVID-19-Pandemie eine Modifikation der Geschäftsführerhaftung vorgenommen hat.

Den Ausführungen der vorliegenden Arbeit zufolge kann u. a. die Pflicht zur Stellung eines Insolvenzantrags gem. § 15a Abs. 1 Satz 1 InsO als fundamentale Geschäftsführerpflicht in der Insolvenz angesehen werden. Bei einem Verstoß des Geschäftsführers gegen die ihm obliegende Insolvenzantragspflicht werden eine Reihe von Haftungsansprüchen aufgrund der Insolvenzverschleppung ausgelöst. Zum einen stellt die Verletzung der Insolvenzantragspflicht i. S. d. § 15a Abs. 1 InsO eine Sorgfaltspflichtverletzung dar, sodass sich der Geschäftsführer im Innenverhältnis gegenüber der Gesellschaft gem. § 43 Abs. 2 GmbHG i. V. m. § 15a Abs. 1 InsO schadensersatzpflichtig macht.<sup>589</sup> Andererseits wird § 15a InsO von der Rechtsprechung als Schutzgesetz i. S. d. § 823 Abs. 2 BGB zugunsten der Gesellschaftsgläubiger angesehen.<sup>590</sup> Demnach führt die verspätete oder unterlassene Insolvenzantragstellung nicht nur zu einer Haftung gegenüber der Gesellschaft, sondern auf Grundlage des § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 15a Abs. 1 InsO kann gleichermaßen ein Haftungsanspruch auf Seiten der Gesellschaftsgläubiger ausgelöst werden.<sup>591</sup> Hierbei ist hinsichtlich des Schadensumfangs eine Differenzierung zwischen den Alt- und Neugläubigern der Gesellschaft vorzunehmen.<sup>592</sup> Kumulativ zu der Haftung wegen Verletzung eines

<sup>583</sup> Altmeppen/*Altmeppen*, GmbHG, 2021, Vorbemerkung zu § 64 Rn. 169.

<sup>584</sup> Altmeppen/*Altmeppen*, GmbHG, 2021, Vorbemerkung zu § 64 Rn. 169.

<sup>585</sup> *Schluck-Amend*, NZI 2020, 289 (293).

<sup>586</sup> *Wicke/Wicke*, GmbHG, Einleitung Rn. 271.

<sup>587</sup> *Wicke*, NZI 2020, 1017 (1021).

<sup>588</sup> *Oppenländer/Trörlitzsch/Leinekugel*, Praxishandbuch der GmbH-Geschäftsführung, § 18 Rn. 91.

<sup>589</sup> *Ek/Kock*, Rn. 240.

<sup>590</sup> BGH, Urteil vom 14.05.2012, II ZR 130/10, NJW 2012, 3510.

<sup>591</sup> *Andres/Leithaus/Leithaus*, InsO, § 15a Rn. 11.

<sup>592</sup> *Andres/Leithaus/Leithaus*, InsO, § 15a Rn. 11.

Schutzgesetzes nach § 823 Abs. 2 BGB kann sich eine Außenhaftung des Geschäftsführers gegenüber den Gesellschaftsgläubigern bei vorsätzlicher Insolvenzverschleppung auch aus § 826 BGB ergeben.<sup>593</sup> Weitere relevante Haftungsansprüche in Bezug auf die Innenhaftung des Geschäftsführers ergeben sich aus den Regelungen des § 64 GmbHG.<sup>594</sup> Zum Schutz der Gläubigerinteressen steht der Gesellschaft auf Grundlage von § 64 Satz 1 GmbHG ein Ersatzanspruch gegenüber dem Geschäftsführer für diejenigen Zahlungen zu, die dieser ab Eintritt der Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung geleistet hat, sofern diese nicht mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns vereinbar sind.<sup>595</sup> Hingegen stellt die Insolvenzverursachungshaftung i. S. v. § 64 Satz 3 GmbHG auf einen Zeitpunkt vor Eintritt der Insolvenzreife ab und dient so der Prävention der Gefahr, dass der Geschäftsführer Zahlungen an Gesellschafter tätigt und infolgedessen die Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft ausgelöst wird.<sup>596</sup> Weiterhin wird aus den Ausführungen der vorliegenden Arbeit ersichtlich, dass sich der Geschäftsführer in seinen Geschäftsführungstätigkeiten außerhalb der Insolvenz vorwiegend an den Interessen der GmbH und deren Gesellschaftern orientieren muss.<sup>597</sup> Wiederum rücken in der Insolvenz der Gesellschaft die Gläubigerschutzgesichtspunkte mehr in den Mittelpunkt und verdrängen somit die Gesellschafterinteressen.<sup>598</sup> Dies kommt u. a. dadurch zum Vorschein, dass abgesehen von den Außenhaftungstatbeständen des § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 15a Abs. 1 InsO und § 826 BGB auch die innenhaftungsrechtlichen Ansprüche des § 64 GmbHG, vordergründig dem Schutz der Gläubigerinteressen dienen. Ferner kann der Geschäftsführer das Haftungsrisiko erheblich verringern, wenn er seinen Organpflichten bereits im Vorfeld der Insolvenz nachkommt und sich dementsprechend einen ständigen Blick über die wirtschaftliche Lage der Gesellschaft verschafft und deren Liquidität beständig überprüft.<sup>599</sup> Indes geraten in Zeiten der COVID-19-Pandemie Unternehmen vielfach in Liquiditätsschwierigkeiten, die nicht auf einem derartigen Missmanagement oder pflichtwidrigen Verhalten des Geschäftsführers beruhen, sondern auf die Folgen der COVID-19-Pandemie zurückzuführen sind.<sup>600</sup> In Anbetracht dessen hat Gesetzgeber durch die Verabschiedung des COVInsAG auf diese Problematik reagiert und dem Geschäftsführer einer pandemiebedingt insolventen GmbH hinsichtlich seines zivilrechtlichen Haftungsrisikos entlastet.<sup>601</sup> Bezugnehmend zur thematischen Fragestellung wurde die Organhaftung des Geschäftsführers dahingehend modifiziert, dass infolge der Aussetzung der Insolvenzantragspflicht i. S. d. § 15a Abs. 1 InsO die Haftungsansprüche der Insolvenzverschleppung im Innen- und Außenverhältnis sowie auch der Erstattungsanspruch i. S. v. § 64 Satz 1 GmbHG weitgehend außer Kraft gesetzt werden.<sup>602</sup> Nebstdem ist die Inanspruchnahme des Geschäftsführers einer infolge der COVID-19-Pandemie in die Insolvenz geratenen Gesellschaft nahezu unmöglich, da der Geschäftsführer von der günstigen Beweislastverteilung des COVInsAG profitiert und die Hürden für eine erfolgreiche Beweisführung des Klägers sehr hoch angesetzt sind.<sup>603</sup> Der Gesetzgeber nimmt die hieraus resultierende Beeinträchtigung der Gläubigerinteressen be-

<sup>593</sup> MüKo/Wagner, BGB, § 826 Rn. 172.

<sup>594</sup> Baumbach/Hueck/Haas, GmbHG, § 64 Rn. 1.

<sup>595</sup> Oppenländer/Trörlitzsch/Leinekugel, Praxishandbuch der GmbH-Geschäftsführung, § 18 Rn. 101.

<sup>596</sup> MüKo/H.-F. Müller, GmbHG, 2018, § 64 Rn. 177.

<sup>597</sup> Kruth/Jakobs, DStR 2019, 999.

<sup>598</sup> Kruth/Jakobs, DStR 2019, 999 (1005).

<sup>599</sup> BGH, Urteil vom 20.02.1995, II ZR 9/94, NJW-RR 1995, 669.

<sup>600</sup> Schluck-Amend, NZI 2020, 289.

<sup>601</sup> Wicke, NZG 2020, 501.

<sup>602</sup> Römermann, NJW 2020, 1108 (1111).

<sup>603</sup> Pape, NZI 2020, 393 (396).

wusst in Kauf und legt das Augenmerk nun mehr auf eine erfolgreiche Sanierung der pandemiebetroffenen Unternehmen.<sup>604</sup> Allerdings kann sich der Geschäftsführer seiner Sorgfaltspflichten nicht komplett entziehen, da ein gewisses Haftungsrisiko trotz der erheblichen Begünstigungen des COVInsAG dennoch fortbesteht.<sup>605</sup> Insbesondere durch das Wiederaufleben der Insolvenzantragspflicht für zahlungsunfähige Unternehmen ab dem 1. Oktober 2020 ist der Geschäftsführer einer erneut gesteigerten Haftungsgefahr ausgesetzt, sodass er stets in der Pflicht ist die wirtschaftliche und finanzielle Lage der Gesellschaft zu dokumentieren, damit eine Abgrenzung zwischen dem Insolvenzgrund der Überschuldung und der Zahlungsunfähigkeit jederzeit möglich ist.<sup>606</sup> Darüber hinaus kann eine erfolgreiche Unternehmenssanierung während des Aussetzungszeitraums nicht für alle Unternehmen garantiert werden. Sofern die Sanierungschancen bereits im Vorfeld als aussichtslos betrachtet werden, dürfte es eine naheliegende Überlegung des Geschäftsführers sein trotz der Aussetzung der Insolvenzantragspflicht einen Insolvenzantrag i. S. d. § 15a Abs. 1 InsO zu stellen und damit das Risiko einer persönlichen Haftung zu minimieren.

Bezüglich der zukünftigen Entwicklung und dem Ausmaß der modifizierten Organhaftung des Geschäftsführers in der Insolvenz kann angesichts einer sich ständig ändernden Rechtslage keine endgültige Antwort gegeben werden. Dies ist mitunter darauf zurückzuführen, dass bisher nicht absehbar ist wie lange die Auswirkungen der COVID-19-Pandemie das deutsche Wirtschafts- und Rechtssystem beeinträchtigen werden und weitere Entwicklungen somit praktisch nicht prognostizierbar sind.<sup>607</sup> Aufgrund dessen sind Geschäftsführer sicherlich gut beraten sich stets einen Überblick über mögliche Änderungen der Rechtslage zu verschaffen, um so jegliche Form von Haftungsrisiken und Rechtsunsicherheiten zu umgehen.

---

<sup>604</sup> Entwurf eines Gesetzes zur Abmilderung der Folgen der COVID-19-Pandemie im Zivil-, Insolvenz- und Strafverfahrensrecht, BT-Drs. 19/18110, S. 22 f.

<sup>605</sup> Hölzle/Schulenberg, ZIP 2020, 633 (642).

<sup>606</sup> Commandeur/Hübler, NZG 2021, 285 (288).

<sup>607</sup> Pape, NZI 2020, 393 (396).

## Literaturverzeichnis

- Andres, Dirk/Leithaus, Rolf (Hrsg.): Insolvenzordnung, Kommentar, 4. Aufl. 2018, C.H. Beck, München (zit.: Andres/Leithaus/*Bearbeiter\*in*, InsO).
- Altmeppen, Holger (Hrsg.): Gesetz betreffend die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Kommentar, 10. Aufl. 2021, C. H. Beck, München (zit. Altmeppen/*Bearbeiter\*in*, GmbHG, 2021).
- Baumbach, Adolf/Hueck, Alfred (Hrsg.): Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Kommentar, 22. Aufl. 2019, C.H. Beck, München (zit.: Baumbach/Hueck/*Bearbeiter\*in*, GmbHG).
- Biehl, Björn*: Geschäftsführer- und Gesellschafterhaftung wegen Insolvenzverschleppung bei der GmbH, Band 5568, hrsg. von Peter Lang GmbH, Internationaler Verlag der Wissenschaft, Frankfurt am Main, 2014, zugl. Diss. Düsseldorf 2013.
- Bischoff, Thomas*: Der GmbH-Geschäftsführer: Status, Rechte und Pflichten, 4. Aufl., Richard Boorberg Verlag, Stuttgart 2018.
- Bitter, Georg*, Corona und die Folgen nach dem COVID-19-Insolvenzaussetzungsgesetz (COVInsAG), ZIP 2020, S. 685.
- Blasche, Sebastian/König, Mirko*, Befreiung des GmbH-Geschäftsführers vom Selbstkontrahierungsverbot im Einzelfall und Genehmigung von Rechtsgeschäften nach Verbotsverstößen, NZG 2012, S. 812.
- Bork, Reinhard*: Einführung in das Insolvenzrecht, 9. Aufl., Mohr Siebeck Verlag, Tübingen 2019.
- Bormann, Michael*, Die Stellvertretung im (Kapital-)Gesellschaftsrecht – Ein aktueller Überblick, NotBZ 2005, S. 203., zit. nach: Baumbach, Adolf/Hueck, Alfred (Hrsg.): Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Kommentar, 22. Aufl. 2019, C.H. Beck, München (zit.: Baumbach/Hueck/*Bearbeiter\*in*, GmbHG).
- Born, Manfred*, Auswirkungen des COVID-19-Insolvenzaussetzungsgesetzes auf die Organhaftung im Zusammenhang mit der materiellen Insolvenz, NZG 2020, S. 521.
- Braun, Eberhard (Hrsg.): Insolvenzordnung, Kommentar, 8. Aufl. 2020, C.H. Beck, München (zit.: Braun/*Bearbeiter\*in*, InsO).
- Bürkle, Jürgen/Hauschka, Christoph E. (Hrsg.): Der Compliance Officer, 1. Aufl. 2015, C. H. Beck, München (zit.: Bürkle/Hauschka/*Bearbeiter\*in*, Der Compliance Officer).
- Commandeur, Anja/Hübler, Jana Julia*, Aktuelle Entwicklungen im Insolvenzrecht – Die Insolvenzantragspflicht in Zeiten der COVID-19-Pandemie, NZG 2021, S. 285.
- Daumke, Michael/Keßler, Jürgen/Perbey, Uwe*: Der GmbH-Geschäftsführer, 6. Aufl., NWB Verlag, Herne 2019.
- Drescher, Ingo*: Die Haftung des GmbH-Geschäftsführers, 8 Aufl., RWS Verlag, Köln 2019., zit. nach: *Ek, Ralf/Kock, Martin*: Die Haftung des GmbH Geschäftsführers, 2. Aufl., C.H. Beck, München 2020.

- Ek, Ralf/Kock, Martin*: Die Haftung des GmbH-Geschäftsführers, 2. Aufl., C.H. Beck, München 2020.
- Ganter, Hans Gerhard*, Insolvenzzrechtliche Probleme durch COVID-19 vor und nach dem Änderungsgesetz, NZI 2020, S. 1017.
- Gehrlein, Markus*, Deliktische Haftung der Geschäftsleiter, ZInsO 2018, S. 1550. zit. nach: Gottwald, Peter/Haas, Ulrich (Hrsg.): Insolvenzrechts-Handbuch, 6. Aufl. 2020, C.H. Beck, München (zit.: Gottwald/Haas/*Bearbeiter\*in*, Insolvenzrechts Handbuch).
- Gehrlein, Markus*, Sorgfaltsmaßstab der Organ- und Insolvenzverwalterhaftung-Anwendbarkeit der Business Judgement Rule, NZG 2020, S. 801.
- Gerstenbergk-Holldorff, Isabel*: Die Haftung des Geschäftsleiters in der Insolvenz – Am Beispiel der GmbH und Private Company Limited by Shares, Europäische Hochschulzeitschriften, Band 5777, hrsg. Peter Lang GmbH, Frankfurt am Main, 2015, zugl. Diss. Heidelberg 2015.
- Goette, Constantin/Goette, Maximilian*, Managerhaftung: Abgrenzung unternehmerischer Entscheidungen nach Maßgabe der Business Judgement Rule von pflichtverletzendem Handeln, DStR 2016, S. 815.
- Gogger, Martin/Fuhst, Christian (Hrsg.): Insolvenzgläubiger-Handbuch Optimale Rechtsdurchsetzung bei Insolvenz des Schuldners, 4. Aufl. 2020, C.H. Beck, München (zit.: Gogger/Fuhst/*Bearbeiter\*in*, Insolvenzgläubiger-Handbuch).
- Gottwald, Peter/Haas, Ulrich (Hrsg.): Insolvenzrechts-Handbuch, 6. Aufl. 2020, C.H. Beck, München (zit.: Gottwald/Haas/*Bearbeiter\*in*, Insolvenzrechts Handbuch).
- Harder, Sebastian*, Nicht nur Aussetzung der Antragspflicht – Das COVInsAG im Überblick, NJW-Spezial, S. 277.
- Heidelberger Kommentar zum GmbH-Recht: 8. Aufl. 2019, C.F. Müller, Heidelberg (zit. Heidelberger Kommentar/*Bearbeiter\*in*, GmbHG)
- Henssler, Martin/Strohn, Lutz (Hrsg.): Gesellschaftsrecht, Kommentar, 4. Aufl. 2019, C.H. Beck, München (zit.: Henssler/Strohn/*Bearbeiter\*in*, GmbHG, 2019).
- Henssler, Martin/Strohn, Lutz (Hrsg.): Gesellschaftsrecht, Kommentar, 5. Aufl. 2021, C. H. Beck, München (zit.: Henssler/Strohn/*Bearbeiter\*in*, GmbHG, 2021).
- Hölzle, Gerrit/Schulenberg, Annika*, Das „Gesetz zur vorübergehenden Aussetzung der Insolvenzantragspflicht und zur Begrenzung der Organhaftung bei einer durch die COVID-19-Pandemie bedingten Insolvenz (COVID-19 Insolvenzaussetzungsgesetz – COVInsAG)“ – Kommentar, ZIP 2020, S. 633.
- Hörtnagl, Robert/Bode, Christoph*, Corona-Krise: Änderung des Insolvenzaussetzungsgesetzes, BC 2020, S. 458.
- Jauernig Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: 18. Aufl. 2021, C. H. Beck, München (zit.: Jauernig/*Bearbeiter\*in*, BGB).
- Jarchow, Ingmar/Hölken, Helge*, Das Gesetz zur vorübergehenden Aussetzung der Insolvenzantragspflicht und zur Begrenzung der Organhaftung bei einer

durch die COVID-19-Pandemie bedingten Insolvenz sowie weitere Maßnahmen des Gesetzgebers und der Bundesregierung zur Abmilderung der Folgen der COVID-19-Pandemie, ZInsO 2020, S. 730., zit. nach: Schmidt, Andreas (Hrsg.): COVInsAG, Kommentar, 1. Aufl. 2020, Carl Heymanns Verlag, Köln (zit.: Schmidt/*Bearbeiter\*in*, COVInsAG).

*Jula, Rocco*: Der GmbH-Geschäftsführer, 5. Aufl., Springer, Berlin 2019.

*Jula, Rocco*: Der GmbH-Gesellschafter, 4. Aufl., Springer, Berlin 2020.

*Keller, Ulrich*: Insolvenzrecht, 2. Aufl., Verlag Franz Vahlen, München 2020.

*Kindler, Peter*: Grundkurs Handels- und Gesellschaftsrecht, 8 Aufl., C.H. Beck, München 2016.

*Kruth, Claus-Peter/Jakobs, Carsten*, Geschäftsführung von Krisenunternehmen, Haftungsrisiken vor und nach Insolvenzantragstellung auf Basis aktueller Rechtsprechung, DStR 2019, S. 999.

*Kühn, Christian*: GmbH-Geschäftsführer Pflichten, Anstellung, Haftung, Haftungsvermeidung, Abberufung und Kündigung, 4. Aufl., C.H. Beck, München 2018.

*Leuring, Dieter/Dornhegge, Stefanie*, Geschäftsverteilung zwischen GmbH-Geschäftsführern, NZG 2010, S. 13.

Lutter, Marcus/Hommelhoff, Peter (Hrsg.): GmbH-Gesetz, Kommentar, 20. Aufl. 2020, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln (zit.: Lutter/Hommelhoff/*Bearbeiter\*in*, GmbHG)., zit. nach: Wicke, Hartmut (Hrsg.): Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Kommentar, 4. Aufl. 2020, C.H. Beck, München (zit.: Wicke/*Bearbeiter\*in*, GmbHG).; Oppenländer, Frank/Trölitzsch, Thomas (Hrsg.): Praxishandbuch der GmbH- Geschäftsführung, 3. Aufl. 2020, C.H. Beck, München (zit.: Oppenländer/Trölitzsch/*Bearbeiter\*in*, Praxishandbuch der GmbH Geschäftsführung).

*Mennicke, Petra*, Zum Weisungsrecht der Gesellschafter und der Folgepflicht des GF in der mitbestimmungsfreien GmbH, NZG 2000, S. 622.

*Meixner, Rafael*, Haftung des GmbH-Geschäftsführers und des Steuerberaters für Insolvenzverschleppungsschäden (Teil I), DStR 2018, S. 966.

*Meixner, Rafael*, Haftung des GmbH-Geschäftsführers und des Steuerberaters für Insolvenzverschleppungsschäden (Teil II), DStR 2018, S. 1025.

Michalski, Lutz (bis zu 2. Aufl.)/Hedinger, Andreas et al. (Hrsg.): Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Band 1, §§ 134 GmbHG, 3. Aufl. 2017, C. H. Beck, München (zit.: Michalski/*Bearbeiter\*in*, GmbHG).

Michalski, Lutz (bis zur 2. Aufl.)/Heidinger, Andreas et al. (Hrsg.): Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Band 2, §§ 35-88 GmbHG, 3. Aufl. 2017, C.H. Beck, München (zit.: Michalski/*Bearbeiter\*in*, GmbHG)

*Müller, Hans-Friedrich*, Geschäftsleiterhaftung wegen Insolvenzverschleppung und fachkundige Beratung, NZG 2012, S. 981.

- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Band 7, Schuldrecht Besonderer Teil IV, 8. Aufl. 2020, C. H. Beck, München (zit.: *MüKo/Bearbeiter\*in*, BGB).
- Münchener Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung: Band 2, §§ 35-52, 3. Aufl. 2019, C.H. Beck, München (zit.: *MüKo/Bearbeiter\*in*, GmbHG, 2019).
- Münchener Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung: Band 3, §§ 53-88, 3. Aufl. 2018, C. H. Beck, München (zit.: *MüKo/Bearbeiter\*in*, GmbHG, 2018).
- Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung: Band 1, §§ 1-70, Insolvenzrechtlich Vergütungsverordnung, 4. Aufl. 2019, C.H. Beck, München (zit.: *MüKo/Bearbeiter\*in*, InsO).
- Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung: Band 2; §§ 80-216, 4. Aufl. 2019, C.H.Beck, München (zit.: *MüKo/Bearbeiter\*in*, InsO).
- Nerlich, Jörg/Kreplin, Georg (Hrsg.): Münchener Anwaltshandbuch Insolvenz und Sanierung, 3. Aufl. 2019, C. H. Beck, München (zit.: *Nerlich/Kreplin/Bearbeiter\*in*, MAH Insolvenz und Sanierung).
- Nerlich, Jörg/Römermann, Volker (Hrsg.): Insolvenzordnung, Kommentar, 41. EL Juni 2018, C.H. Beck, München (zit.: *Nerlich/Römermann/Bearbeiter\*in*, InsO).
- Oppenländer, Frank/Trölitzsch, Thomas (Hrsg.): Praxishandbuch der GmbH-Geschäftsführung, 3. Aufl. 2020, C.H. Beck, München (zit.: *Oppenländer/Trölitzsch/Bearbeiter\*in*, Praxishandbuch der GmbH-Geschäftsführung).
- Pape, Gerhard*, Außerkräftsetzung des Insolvenzrechts auf Zeit Allheilmittel zur Überwindung der Folgen der COVID-19-Pandemie oder Verlängerung der Krise auf unbestimmte Dauer?, NZI 2020, S. 393.
- Rodwedder, Heinz/Schmidt-Leithoff, Christian (Hrsg.): GmbHG, Kommentar, 6. Aufl. 2017, Verlag Franz Vahlen, München (zit. Rodwedder/Schmidt Leithoff/*Bearbeiter\*in*, GmbHG)., zit. nach: *Meixner, Rafael*, Haftung des GmbH-Geschäftsführers und des Steuerberaters für Insolvenzverschleppungsschäden, DStR 2018, S. 966.
- Römermann, Volker*, Die Aussetzung der Insolvenzantragspflicht im COVInsAG und ihre Folge, NJW 2020, S. 1108.
- Römermann, Volker (Hrsg.): Münchener Anwaltshandbuch GmbH-Recht, 4. Aufl. 2018, C.H. Beck, München (zit.: *Römermann/Bearbeiter\*in*, MAH GmbHR).
- Roth, Günter H./Altmeppen, Holger (Hrsg.): Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Kommentar, 9. Aufl. 2019, C.H. Beck, München (zit.: *Roth/Altmeppen/Bearbeiter\*in*, GmbHG, 2019).
- Scherer, Stefan (Hrsg.): Unternehmensnachfolge, 6. Aufl. 2020, C.H. Beck, München (zit.: *Scherer/Bearbeiter\*in*, Unternehmensnachfolge).
- Schluck-Amend, Alexandra*, Änderungen im Insolvenzrecht durch das COVID-19 Insolvenzaussetzungsgesetz, NZI 2020, S. 289.

- Schmidt, Andreas (Hrsg.): COVInsAG, Kommentar, 1. Aufl. 2020, Carl Heymanns Verlag, Köln (zit.: Schmidt/*Bearbeiter\*in*, COVInsAG).
- Scholz, Philipp, Missbrauch der Vertretungsmacht, Insihgeschäft und Erfüllung einer Verbindlichkeit Zum Verhältnis von Missbrauch der Vertretungsmacht und § 181 BGB, ZfPW 2019, S. 297.
- Schult, Ludger, Insolvenzverursachungshaftung des Geschäftsführers: BGH schafft Klarheit, GWR 2012, S. 549.
- Schulze, Reiner (Hrsg.): Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar, 10. Aufl. 2019, Nomos Verlag, Baden-Baden (zit.: Schulze/*Bearbeiter\*in*, BGB).
- Strohn, Lutz, Pflichtenmaßstab und Verschulden bei der Haftung von Organen einer Kapitalgesellschaft, CCZ 2013, S. 177.
- Thole, Christoph: Gesellschaftsrechtliche Maßnahmen in der Insolvenz, 3. Aufl., RWS Verlag Kommunikationsforum GmbH, Köln 2020.
- Thümmel, Roderich C.: Persönliche Haftung von Managern und Aufsichtsräten, 5. Aufl., Richard Boorberg Verlag, Stuttgart 2016.
- Uhlenbruck Kommentar zur Insolvenzordnung: Band 1, Insolvenzordnung, 15. Aufl. 2019, Verlag Franz Vahlen, München (zit.: Uhlenbruck/*Bearbeiter\*in*, InsO).
- Umnuß, Karsten (Hrsg.): Corporate Compliance Checklisten, 4 Aufl. 2020, C. H. Beck, München (zit.: Umnuß/*Bearbeiter\*in*, Corporate Compliance Checklisten).
- Weitnauer, Wolfgang/Grob, Verena, Gesellschaftsrechtliche Wettbewerbsverbote, GWR 2014, S. 185.
- Wicke, Hartmut, Die GmbH in Zeiten der Corona-Pandemie, NZG 2020, S. 501.
- Wicke, Hartmut (Hrsg.): Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Kommentar, 4. Aufl. 2020, C.H. Beck, München (zit.: Wicke/*Bearbeiter\*in*, GmbHG).
- Ziemons, Hildegard/Jaeger, Carsten/Pöschke, Moritz (Hrsg.): Beck'scher Online-Kommentar GmbHG, Kommentar, 46. Edition 2020, C. H. Beck, München (zit.: BeckOK/*Bearbeiter\*in*, GmbHG).

# Disquotale Gewinnausschüttung in der Organschaft – Die Neuregelung des § 14 Abs. 2 KStG und die Auslegung durch die Finanzverwaltung

## Bachelorarbeit

an der

FH Aachen

Fachbereich Wirtschaftswissenschaften

Betriebswirtschaft / Business Studies (B.Sc.)

Erstprüfer: StB Prof. Dr. Jürgen Vogt

Abgabedatum: 12.02.2021

vorgelegt von

Julian Lehner

aus Düsseldorf

**Abstract**

Im Mai 2017 entschied der BFH mit drei Urteilen nachhaltig über die weitere Handhabung im Bereich der körperschaftsteuerlichen Organschaft.<sup>1</sup> Besonders eins dieser Urteile war für die Organschaft folgenreich.<sup>2</sup> Hierbei wurde eine Ausgleichszahlung an den außenstehenden Minderheitsgesellschafter für organschaftsschädlich befunden, wenn jene einen fixen und variablen Anteil enthielt. Durch den zusätzlichen variablen Anteil wurde laut BFH nicht der gesamte Gewinn i. S. d. § 14 Abs. 1 Satz 1 KStG abgeführt, weil dieser nicht mit seiner quotalen Beteiligung im Einklang stand. Folglich wären alle Organschaften mit einer solchen Regelung steuerlich nicht mehr anzuerkennen. Der Gesetzgeber schuf 2018 im Gesetz zur Vermeidung von Umsatzsteuerausfällen beim Handel mit Waren im Internet und zur Änderung weiterer steuerlicher Vorschriften (UStAvermG) den § 14 Abs. 2 KStG. Durch diese Neuregelung wurde der Rahmen definiert, in dem ein zusätzlich variabler Ausgleich weiterhin nicht zur steuerlichen Aberkennung der körperschaftsteuerlichen Organschaft führt. Die Finanzverwaltung äußerte sich im BMF-Schreiben vom 04.03.2020 hinsichtlich der Auslegungsfragen zu § 14 Abs. 2 KStG.

Ziel dieser Bachelorarbeit soll die Überprüfung und Würdigung der im BMF-Schreiben getätigten Auslegungen sein. Daran anknüpfend werden entsprechend der Ergebnisse Schlussfolgerungen für die Zukunft abgeleitet.

Für dieses Ziel werden zunächst die Grundzüge der körperschaftsteuerlichen Organschaft und der disquotalen Gewinnausschüttung erläutert. Im Anschluss wird auf die Neuregelung des § 14 Abs. 2 KStG unter besonderer Berücksichtigung der Position des außenstehenden Gesellschafters eingegangen.

Im Ergebnis ist die Auslegung durch die Finanzverwaltung grundsätzlich nachvollziehbar. Kritisch zu betrachten ist die Auffassung allerdings im Bereich des Nullausgleichs, der disquotalen Gewinnabreden und des fiktiven Ausschüttungsbetrags. Für von der Auslegung abweichende Konstruktionen sollte eine verbindliche Auskunft beim Finanzamt eingeholt werden. Grundsätzlich hat sich die Finanzverwaltung sehr nah an der BFH-Rechtsprechung positioniert. Bestehende Organschaften haben ihre Verträge bis Ende 2021 entsprechend der neuen Regelungen anzupassen. Ein Auszug eines an die neue Gesetzeslage angepassten Vertrages dient hierbei als Beispiel. Darüber hinaus sind Gestaltungsoptionen, die versuchen die neue Rechtslage zu unterwandern, nicht zu empfehlen.

---

<sup>1</sup> Vgl. BFH v. 10.05.2017, I R 19/15, BStBl. II 2019, S. 81 und BFH v. 10.05.2017, I R 51/15, BStBl. II 2018, S. 30 und BFH v. 10.05.2017, I R 93/15, BStBl. II 2019, S. 278

<sup>2</sup> Vgl. BFH v. 10.05.2017, I R 93/15, BStBl. II 2019, S. 278

**Inhaltsverzeichnis**

|  |            |
|--|------------|
| <b>Abstract</b> .....                                      | <b>II</b>  |
| <b>Inhaltsverzeichnis</b> .....                            | <b>III</b> |
| <b>Abkürzungsverzeichnis</b> .....                         | <b>VI</b>  |
| <b>Abbildungsverzeichnis</b> .....                         | <b>IX</b>  |
| <b>Tabellenverzeichnis</b> .....                           | <b>X</b>   |
| <b>1 Einleitung</b> .....                                  | <b>1</b>   |
| <b>2 Körperschaftsteuerliche Organschaft</b> .....         | <b>3</b>   |
| 2.1 <i>Voraussetzungen</i> .....                           | 3          |
| 2.1.1 Organgesellschaft .....                              | 3          |
| 2.1.2 Organträger .....                                    | 4          |
| 2.1.3 Finanzielle Eingliederung.....                       | 6          |
| 2.1.4 Ergebnisabführungsvertrag .....                      | 8          |
| 2.1.5 Zwischenfazit Voraussetzungen .....                  | 11         |
| 2.2 <i>Rechtsfolgen</i> .....                              | 12         |
| 2.2.1 Einkommensermittlung bei der Organgesellschaft ..... | 12         |
| 2.2.2 Einkommensermittlung beim Organträger .....          | 13         |
| 2.2.3 Mehr- und Minderabführungen.....                     | 15         |
| 2.2.4 Gescheiterte Organschaft.....                        | 17         |
| 2.3 <i>Fazit</i> .....                                     | 18         |
| <b>3 Disquotale Gewinnausschüttung</b> .....               | <b>19</b>  |
| 3.1 <i>Hintergrund</i> .....                               | 19         |
| 3.2 <i>GmbH</i> .....                                      | 19         |
| 3.2.1 Zivilrechtliche Grundlagen.....                      | 19         |
| 3.2.2 Steuerliche Folgen .....                             | 20         |
| 3.3 <i>AG</i> .....  | 21         |

## IV

|          |  |           |
|----------|--|-----------|
| 3.4      | <i>Tracking-Stocks</i> .....                                     | 21        |
| 3.4.1    | Struktur.....  | 21        |
| 3.4.2    | Motive .....   | 23        |
| 3.4.3    | Schwierigkeiten in der Rechnungslegung .....                     | 24        |
| 3.5      | <i>Spartengewinne im steuerlichen Querverbund</i> .....          | 24        |
| 3.5.1    | Hintergrund .....  | 24        |
| 3.5.2    | Spartenrechnung in der Organschaft .....                         | 26        |
| <b>4</b> | <b>Neuregelung des § 14 Abs. 2 KStG</b> .....                    | <b>28</b> |
| 4.1      | <i>Der außenstehende Gesellschafter</i> .....                    | 28        |
| 4.2      | <i>Ausgleichszahlungen an außenstehende Gesellschafter</i> ..... | 29        |
| 4.2.1    | Feste Ausgleichszahlungen .....                                  | 30        |
| 4.2.2    | Variable Ausgleichszahlungen .....                               | 31        |
| 4.3      | <i>Zustand ohne § 14 Abs. 2 KStG</i> .....                       | 32        |
| <b>5</b> | <b>BMF-Schreiben zu § 14 Abs. 2 KStG vom 04.03.2020</b> .....    | <b>35</b> |
| 5.1      | <i>Anwendungsbereich (Rn. 2 - 5)</i> .....                       | 35        |
| 5.1.1    | Schuldner der Ausgleichzahlung (Rn. 2).....                      | 35        |
| 5.1.2    | Eröffnung des Anwendungsbereichs (Rn. 3 - 4) .....               | 36        |
| 5.1.3    | Nullausgleich (Rn. 5).....                                       | 38        |
| 5.2      | <i>Höchstbetrag der Ausgleichszahlungen (Rn. 6 - 12)</i> .....   | 41        |
| 5.2.1    | Bezugsgröße (Rn. 6) .....  | 41        |
| 5.2.2    | Disquotale Gewinnausschüttung und Tracking-Stocks (Rn. 7-8) .    | 41        |
| 5.2.3    | Fiktiver Ausschüttungsbetrag (Rn. 9 - 11).....                   | 45        |
| 5.2.4    | Höchstbetragsermittlung im Wirtschaftsjahr (Rn. 12) .....        | 49        |
| 5.3      | <i>Kaufmannstest (Rn. 13)</i> .....                              | 51        |
| 5.4      | <i>Rechtsfolgen (Rn. 14 - 15)</i> .....                          | 52        |
| <b>6</b> | <b>Resultat</b> .....  | <b>54</b> |
| 6.1      | <i>Folgen des BMF-Schreibens zu § 14 Abs. 2 KStG</i> .....       | 54        |

|           |  |           |
|-----------|--|-----------|
| 6.2       | <i>Beispiel eines EAV im Rahmen des § 14 Abs. 2 KStG</i> ..... | 55        |
| 6.3       | <i>Gestaltungen</i> .....                                      | 57        |
| 6.4       | <i>Zusammenfassung</i> .....                                   | 59        |
| <b>7</b>  | <b>Anhang</b> .....  | <b>61</b> |
|           | <i>Anlage 1: EAV-Auszug aus der Praxis</i> .....               | 61        |
| <b>8</b>  | <b>Literaturverzeichnis</b> .....                              | <b>72</b> |
| <b>9</b>  | <b>Verzeichnis der Verwaltungsanweisungen</b> .....            | <b>76</b> |
| <b>10</b> | <b>Rechtsprechungsverzeichnis</b> .....                        | <b>77</b> |

**Abkürzungsverzeichnis**

|       |                                  |
|-------|----------------------------------|
| Abs.  | Absatz                           |
| AG    | Aktiengesellschaft               |
| AktG  | Aktiengesetz                     |
| AO    | Abgabenordnung                   |
| BB    | Betriebs Berater                 |
| BFH   | Bundesfinanzhof                  |
| BgA   | Betrieb gewerblicher Art         |
| BGBI. | Bundesgesetzblatt                |
| BGH   | Bundesgerichtshof                |
| BMF   | Bundesministerium für Finanzen   |
| BR    | Bundesrat                        |
| BT    | Bundestag                        |
| D/P/M | Dötsch/Pung/Möhlenbrock          |
| DB    | Der Betrieb                      |
| DK    | Der Konzern                      |
| DStR  | Deutsches Steuerrecht            |
| DStZ  | Deutsche Steuerzeitung           |
| EL    | Ergänzungslieferung              |
| EStG  | Einkommensteuergesetz            |
| EU    | Europäische Union                |
| EWR   | Europäischer Wirtschaftsraum     |
| F/D   | Frotscher/Drüen                  |
| FG    | Finanzgericht                    |
| FR    | Finanzrundschau                  |
| GbR   | Gesellschaft bürgerlichen Rechts |

## VII

|           |   |
|-----------|---|
| GmbH      | Gesellschaft mit beschränkter Haftung   |
| GmbHG     | GmbH-Gesetz   |
| GrESt     | Grunderwerbsteuer   |
| GuV       | Gewinn- und Verlustrechnung   |
| IStR      | Internationales Steuerrecht   |
| jPdöR     | Juristische Person des öffentlichen Rechts  |
| JStG      | Jahressteuergesetz  |
| KapG      | Kapitalgesellschaft   |
| KG        | Kommanditgesellschaft   |
| KGaA      | Kommanditgesellschaft auf Aktien  |
| KonzernR  | Konzernrecht  |
| KStG      | Körperschaftsteuergesetz  |
| KStR      | Körperschaftsteuerrichtlinien   |
| m.w.N.    | Mit weiteren Nachweisen   |
| M/D/L     | Müller/Detmering/Lieber   |
| MüKo      | Münchener Kommentar   |
| NV        | Nicht veröffentlicht  |
| PersG     | Personengesellschaft  |
| Rn.       | Randnummer  |
| Rz.       | Randzeichen   |
| SE        | Societas Europaea   |
| StuB      | NWB - Unternehmenssteuern und Bilanzen  |
| Tz.       | Textziffer  |
| UmStG     | Umwandlungssteuergesetz   |
| UStAVermG | Gesetz zur Vermeidung von Umsatzsteuerausfällen beim Handel mit Waren im Internet und zur Änderung weiterer steuerlicher Vorschriften |

## VIII

|      |                              |
|------|------------------------------|
| UStG | Umsatzsteuergesetz           |
| vE   | Verdeckte Einlage            |
| vGA  | Verdeckte Gewinnausschüttung |

**Abbildungsverzeichnis**

|   |    |
|---|----|
| Abbildung 1: Organkreis.....  | 3  |
| Abbildung 2: Persönliche Voraussetzungen der Organshaft.....                                    | 6  |
| Abbildung 3: Unmittelbare Beteiligung (eigene Darstellung).....                                 | 6  |
| Abbildung 4: Mittelbare Beteiligung.....  | 7  |
| Abbildung 5: Sachliche Voraussetzungen der Organshaft .....                                     | 9  |
| Abbildung 6: Vergleich einer gewöhnlichen Kapitalstruktur mit Tracking-Stocks-Struktur<br>..... | 22 |
| Abbildung 7: Tracking Stock im kommunalen Bereich .....   | 27 |
| Abbildung 8: Gewinnverteilung im kommunalen Bereich.....  | 27 |
| Abbildung 9: Ausgleichszahlungen .....  | 32 |

**Tabellenverzeichnis**

Tabelle 1: Berechnungsschema § 301 AktG .....11

Tabelle 2: Berechnungsschema zuzurechnendes Einkommen OT .....13

Tabelle 3: Berechnungsschema Einkommensermittlung OT .....15

Tabelle 4: Berechnung ausschüttbarer Gewinn (§ 14 Abs. 2 Satz 2 KStG).....45

## 1 Einleitung

Kapitalgesellschaften werden grundsätzlich als alleinstehende Einheiten gemäß des Trennungsprinzips besteuert. Eine steuerliche Verrechnung zwischen Gewinnen und Verlusten zweier verbundener Gesellschaften findet nicht statt. Durchbrochen wird dieses Prinzip durch die körperschaftsteuerliche Organschaft. Nur durch diese kann eine steuerlich wirksame Verlustverrechnung zwischen verbundenen Gesellschaften durchgeführt werden.<sup>3</sup>

Die Organschaft ist damit das steuerliche Gegenstück zu dem im Handelsrecht bereits etablierten Konzernbesteuerungsverfahren.<sup>4</sup> Dieses Konzernbesteuerungsverfahren findet primär internationale Anwendung. Folglich werden aufgrund der Globalisierung Systematiken auf die deutsche Organschaft projiziert, die vom deutschen Steuerrecht nicht vorgesehen werden.<sup>5</sup> Insbesondere die handelsrechtliche Modifikation bei disquotalen Gewinnausschüttungen wurden von der körperschaftsteuerlichen Organschaft aufgrund der Gesamtgewinnabführung gemäß § 14 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 Satz 1 KStG nicht beachtet.

Allgemein ist das deutsche Steuerrecht im Bereich der Organschaftsreformen recht zögerlich und durchgreifende Änderungen lassen sich vergebens suchen. Lediglich eine leichte europäische Annäherung mit der kleinen Organschaftsreform gilt es zu konstatieren.<sup>6</sup>

Umso relevanter ist Folgendes: Im Mai 2017 entschied der BFH mit drei Urteilen die weitere Handhabe im Punkto Organschaft.<sup>7</sup> Besonderes Augenmerk liegt auf dem Urteil, in dem gegen die Anerkennung der Organschaft geurteilt wurde, weil ein außenstehender Minderheitsgesellschafter zusätzlich zu seinem fixen auch einen variablen Ausgleich erhielt.<sup>8</sup> Relevanz hat dieses Urteil besonders in Bezug auf die Historie dieser kombinierten Ausgleichszahlung. Der BFH entschied im März 2009 erstmals gegen die Anerkennung der Organschaft wegen eines solchen Ausgleichs in einem analogen Sachverhalt.<sup>9</sup> Zuvor wurde diese kombinierte Ausgleichszahlung anerkannt.<sup>10</sup> Die Finanzverwaltung reagierte jedoch mit einem Nichtanwendungserlass auf dieses Urteil.<sup>11</sup> Folglich wurden in der Praxis weiterhin kombinierte Ausgleichszahlungen mit einem Minderheitsgesellschafter vereinbart, weil

---

<sup>3</sup> Vgl. zu diesem Absatz Dinkelbach, A., 2019, S. 467 f.

<sup>4</sup> Vgl. Niehus, U., Wilke, H., 2018, S. 323

<sup>5</sup> Vgl. Dinkelbach, A., 2019, S. 468

<sup>6</sup> Vgl. zu diesem Absatz Niehus, U., Wilke, H., 2018, S. 325

<sup>7</sup> Vgl. BFH v. 10.05.2017, I R 19/15, BStBl. II 2019, S. 81 und BFH v. 10.05.2017, I R 51/15, BStBl. II 2018, S. 30 und BFH v. 10.05.2017, I R 93/15, BStBl. II 2019, S. 278

<sup>8</sup> Vgl. BFH v. 10.05.2017, I R 93/15, BStBl. II 2019, S. 278

<sup>9</sup> Vgl. BFH v. 04.03.2009, I R 1/08, BStBl. II 2010, S. 407

<sup>10</sup> Vgl. BMF-Schreiben v. 13.09.1991, DB, 1991, S. 2110

<sup>11</sup> Vgl. BMF-Schreiben v. 20.04.2010, BStBl. I 2010, S. 372

diese seitens der Finanzverwaltung akzeptiert wurden. Darüber hinaus wurde im Dezember 2013 durch die Finanzverwaltung den Steuerpflichtigen die Möglichkeit geboten, disquotale Gewinnabreden zu vereinbaren.<sup>12</sup> Es liegt nahe, dass diese zwei BMF-Schreiben für die Gestaltung genutzt wurden. Mit den Urteilen aus 2009 und 2017 standen aber nun gleich zweimal höchstrichterliche Entscheidungen dieser Gestaltung entgegen. Ein erneuter Nichtanwendungserlass seitens der Finanzbehörden kam daher nicht in Betracht. Der Gesetzgeber schuf daraufhin mit dem Gesetz zur Vermeidung von Umsatzsteuerausfällen beim Handel mit Waren im Internet und zur Änderung weiterer steuerlicher Vorschriften (UStAVermG) jedoch § 14 Abs. 2 KStG.<sup>13</sup> Parallel zu dieser Gesetzesnovation wurde den Steuerpflichtigen im § 34 Abs. 6b KStG, in der Fassung des UStAVermG vom 11.12.2018, eine Rückwirkungs- und Übergangsregelung eingeräumt.<sup>14</sup> Der aus drei Sätzen geschaffene § 14 Abs. 2 KStG ließ, wie bei neuen Gesetzesregelungen üblich, Spielraum für Auslegungsfragen. Im März 2020 bezog die Finanzverwaltung in ihrem Schreiben zur Anwendung ebendieses Paragraphen erstmalig Stellung.<sup>15</sup>

Diese Arbeit untersucht daher die Neuregelung und vorrangig die Auslegung des § 14 Abs. 2 KStG auf Plausibilität und Umsetzbarkeit. Grundsätzlich wurde der Minderheitsgesellschafter nicht entsprechend seiner Gesellschaftsanteile am Gewinn beteiligt, weshalb die körperschaftsteuerliche Organschaft scheiterte. § 14 Abs. 2 KStG räumt den Steuerpflichtigen weiterhin die Möglichkeit ein, diese Ausschüttungsvariante durchzuführen. Zum Verständnis dieser Systematik sind einige erklärende Ausführungen im Vorfeld notwendig. Daher werden zunächst die Voraussetzungen und Rechtsfolgen der körperschaftsteuerlichen Organschaft erläutert. Danach wird die disquotale Gewinnverteilung mit Ausprägungsschwerpunkt in den Tracking-Stock-Modellen spezifiziert. Des Weiteren wird die Notwendigkeit der Gesetzesnovation dargelegt, bevor die Ausführungen der Finanzverwaltung kritisch beleuchtet werden. Abschließend werden die Folgen des BMF-Schreibens und mögliche Alternativgestaltungen erläutert. Ein Auszug eines an die neue Gesetzeslage angepassten EAVs dient hierbei als Beispiel für die Umsetzung des BMF-Schreibens.

---

<sup>12</sup> Vgl. BMF-Schreiben v. 17.12.2013, BStBl. I 2014, S. 63

<sup>13</sup> Vgl. BGBl. I, 2018, S. 2343 f.

<sup>14</sup> Vgl. BGBl. I, 2018, S. 2344; seit 2020 befindet sich diese Übergangsregelung in § 34 Abs. 6d KStG (BGBl. I, 2019, S. 2465)

<sup>15</sup> Vgl. BMF-Schreiben v. 04.03.2020, BStBl. I 2020, S. 256, Rn. 1

## 2 Körperschaftsteuerliche Organschaft

### 2.1 Voraussetzungen

Für das Bestehen einer Organschaft gibt es bestimmte Voraussetzungen, weshalb dieses Kapitel einen Überblick zu der körperschaftsteuerlichen Organschaft liefern soll.

Grundsätzlich werden bei der körperschaftsteuerlichen Organschaft ein oder mehrere Unternehmen einem anderen Unternehmen zugeordnet. Das Unternehmen, welches die Beteiligung an einem anderen Unternehmen hält, ist der Organträger (OT) und die untergeordneten Unternehmen sind die Organgesellschaften (OG). Das gesamte Konstrukt bildet den Organkreis mit den in § 14 KStG erläuterten Voraussetzungen.<sup>16</sup>

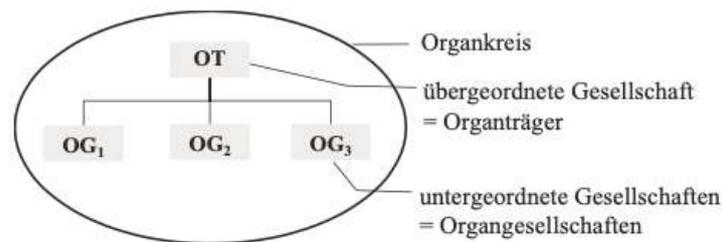


Abbildung 1: Organkreis

Quelle: Dinkelbach, A., 2019, S. 470

#### 2.1.1 Organgesellschaft

Die Organgesellschaft (OG) gemäß § 14 Abs. 1 Satz 1 KStG kann verschiedene Rechtsformen haben. Als mögliche Rechtsformen kommen eine AG, GmbH, SE oder KGaA in Betracht. Darüber hinaus kann auch eine ausländische Kapitalgesellschaft mit inländischer (deutscher) Geschäftsleitung und dem Sitz im Land eines EU-, bzw. EWR-Mitgliedstaates Organgesellschaft sein. Drittstaaten-Kapitalgesellschaften sind jedoch nicht als Organgesellschaften zu klassifizieren, wenn sie eine inländische Geschäftsleitung haben. Ergänzend dazu ist eine sich im Ausland befindliche deutsche Kapitalgesellschaft mit ausländischer Geschäftsleitung trotz Sitz im Inland nicht als Organgesellschaft zulässig.<sup>17</sup>

<sup>16</sup> Vgl. zu diesem Absatz Dinkelbach, A., 2019, S. 469

<sup>17</sup> Vgl. zu diesem Absatz Prinz U., 2019, in Prinz/Witt Steuerliche Organschaft Rz. 1.7

Für die Organgesellschaft galt früher der doppelte Inlandsbezug, wodurch Sitz und Geschäftsleitung im Inland sein mussten. Heute ist es jedoch ausreichend, wenn sich die Geschäftsleitung im Inland befindet.<sup>18</sup> Der Sitz der Organgesellschaft bestimmt sich gemäß § 11 AO i. V. m. § 5 AktG, § 3 Abs. 1 Nr. 1 GmbHG durch Satzung oder Gesellschaftsvertrag. Die Geschäftsleitung ist gemäß § 10 AO dort, wo sich der Mittelpunkt der geschäftlichen Oberleitung befindet. In aller Regel ist dieser dort zu verorten, wo die Geschäftsführung ihrer Tätigkeit nachkommt.<sup>19</sup>

### 2.1.2 Organträger

Der Organträger (OT) stellt das Gegenstück zur Organgesellschaft dar.<sup>20</sup> Der Organträger muss eine natürliche Person, ein Körperschaftsteuersubjekt oder eine gewerblich tätige Personengesellschaft i. S. d. § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG mit jeweils inländischer Betriebsstätte sein.<sup>21</sup> Der Organträger muss jedoch immer ein gewerbliches Unternehmen i. S. d. § 2 Abs. 1 GewStG verkörpern.<sup>22</sup> Eine Besonderheit stellt die inländische Betriebsstätte dar.<sup>23</sup> Hierbei verlangt § 14 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 Satz 4 KStG die ununterbrochene Zuordnung der Organgesellschaft zur Betriebsstätte (§ 12 AO) des Organträgers.

Für eine natürliche Person als Organträger ist die Zurechenbarkeit einer inländischen Betriebsstätte zu der natürlichen Person gemäß § 14 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 Satz 4 KStG maßgeblich. Die beschränkte bzw. unbeschränkte Steuerpflicht der natürlichen Person gemäß § 1 Abs. 1 - 4 EStG ist nicht ausschlaggebend. Folglich sind auch der Wohnsitz gemäß § 8 AO und der gewöhnliche Aufenthalt gemäß § 9 AO nicht entscheidend für die Organträgerschaft.<sup>24</sup> Die natürliche Person muss gewerbliche Einkünfte erzielen. Maßgeblich sind diesbezüglich beispielsweise originär gewerblich Einkünfte als Einzelkaufmann gemäß § 15 Abs. 2 EStG i. V. m. § 2 Abs. 1 Satz 2 GewStG oder eine Mitunternehmerschaft gemäß § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG.<sup>25</sup>

Ein Körperschaftsteuersubjekt i. S. d. § 1 Abs. 1 KStG kann ebenfalls als Organträger fungieren. Beispiele für mögliche Organträger sind die AG, GmbH, KGaA, SE, aber auch

---

<sup>18</sup> Vgl. Niehus, U., Wilke, H., 2018, S. 333

<sup>19</sup> Vgl. BFH v. 07.12.1994, I K 1/93, BStBl. II 1995, S. 175

<sup>20</sup> Vgl. Neumann, S., 2020, in Gosch § 14 KStG Rn. 72

<sup>21</sup> Vgl. Prinz, U., FR, 2018, S. 916, 916

<sup>22</sup> Vgl. BFH v. 13.09.1989, I R 110/88, BFH/NV, 1989, S. 52

<sup>23</sup> Vgl. Dinkelbach, A., 2019, S. 470 f.

<sup>24</sup> Vgl. Neumann, S., 2020, in Gosch § 14 KStG Rn. 75

<sup>25</sup> Vgl. Neumann, S., 2020, in Gosch § 14 KStG Rn. 106

Betriebe gewerblicher Art (BgA) oder juristische Personen des öffentlichen Rechts (jPdöR).<sup>26</sup>

Gemein haben alle diese Körperschaften die Steuerpflicht. Folglich sind steuerbefreite Körperschaften nicht als Organträger zulässig. Beispielweise ist eine gemeinnützige GmbH trotz ihrer Eigenschaft als Kapitalgesellschaft nicht zulässig. Seit 2012 genügt gemäß § 14 Abs. 1 Nr. 2 KStG die Körperschaftsteuerpflicht als Organträger-Eignung, wohingegen bis 2011 eine Inlandsbindung vorausgesetzt wurde. Sitz und Geschäftsleitung ins Ausland zu verlagern, ist daher seit 2012 möglich. Eine inländische Betriebsstätte, der die Organgesellschaft zugerechnet wird, sichert hierbei das deutsche Besteuerungsrecht.<sup>27</sup>

Die gewerblich tätige Personengesellschaft i. S. d. § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG kann gemäß § 14 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 Satz 2 KStG Organträger sein, wenn sie eine originäre gewerbliche Tätigkeit ausübt.<sup>28</sup> Somit genügt eine gewerblich geprägte Personengesellschaft gemäß § 15 Abs. 3 Nr. 2 EStG nicht. Seit 2012 müssen die Geschäftsleitung und der Sitz der Personengesellschaft nicht weiter im Inland sein, wobei die Besteuerung durch die Zuordnung der Organgesellschaftsbeteiligung zu der inländischen Betriebsstätte der Personengesellschaft gewährleistet wird.<sup>29</sup>

Auch eine Holding kann Organträger sein. Wichtig ist hierbei, dass sie ein gewerbliches Unternehmen betreibt. Die Holding wird in aller Regel gewerblich, sobald sie geschäftsleitende Tätigkeiten wahrnimmt.<sup>30</sup>

Bis 2003<sup>31</sup> bestand die Möglichkeit einer Mehrmütterorganschaft. Hierbei schlossen sich mehrere gewerbliche Unternehmen zu einer GbR zusammen, um geschlossen Einfluss auf die Organgesellschaft nehmen zu können.<sup>32</sup>

Die zuvor beschriebenen Voraussetzungen lassen sich anhand dieses Schaubilds zusammenfassen:

---

<sup>26</sup> Vgl. Neumann, S., 2020, in Gosch § 14 KStG Rn. 95

<sup>27</sup> Vgl. zu diesem Absatz Neumann, S., 2020, in Gosch § 14 KStG Rn. 96-98

<sup>28</sup> Vgl. Walter, W., 08/2018, in Bott/Walter § 14 KStG Rz. 235

<sup>29</sup> Vgl. Neumann, S., 2020, in Gosch § 14 KStG Rn. 80-82

<sup>30</sup> Vgl. zu diesem Absatz Walter, W., 08/2018, in Bott/Walter § 14 KStG Rz. 205f.

<sup>31</sup> Vgl. Dötsch, E., Pung, A., EL 87 - 08/2016, in D/P/M, § 14 KStG Tz. 238

<sup>32</sup> Vgl. Dötsch, E., Pung, A., EL 87 - 08/2016, in D/P/M, § 14 KStG Tz. 230



Abbildung 2: Persönliche Voraussetzungen der Organschaft

Quelle: in Anlehnung an Dinkelbach, A., 2019, S. 471

### 2.1.3 Finanzielle Eingliederung

Gemäß § 14 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 KStG muss die Organgesellschaft in den Organträger finanziell eingegliedert sein. Hierbei ist zu konstatieren, dass die Mehrheit der Stimmrechte an der Organgesellschaft und nicht eine Mehrheitsbeteiligung entscheidend ist. Der Organ-

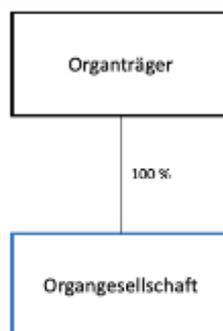


Abbildung 3: Unmittelbare Beteiligung (eigene Darstellung)

träger muss die Organgesellschaft maßgeblich lenken können, was nur durch die Mehrheit der Stimmrechte möglich ist.<sup>33</sup>

<sup>33</sup> Vgl. zu diesem Absatz Walter, W., 02/2020, in Bott/Walter, § 14 KStG Rz. 273

Neben der unmittelbaren Beteiligung besteht die Möglichkeit einer mittelbaren Beteiligung gemäß § 14 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Satz 2 KStG. Für die Ermittlung der Beteiligung wird entweder die Durchrechnungsmethode oder die Additionsmethode verwendet.<sup>34</sup>

Quelle: Dötsch, E., Pung, A., EL 87 - 08/2016, in D/P/M, § 14 KStG Tz. 267

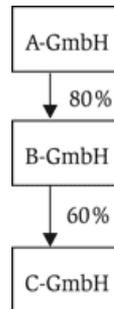


Abbildung 4: Mittelbare Beteiligung

Ziel beider Methoden ist herauszufinden, ob die C-GmbH in die A-GmbH eingegliedert ist. Bei der Durchrechnungsmethode werden die jeweiligen Beteiligungen miteinander multipliziert. Die finanzielle Eingliederung wäre zu verneinen, da die A-GmbH an der C-GmbH mit 48 %<sup>35</sup> beteiligt wäre. Bei der Additionsmethode wird auf die gesamte Struktur geachtet. Da die A-GmbH die B-GmbH beherrscht und die B-GmbH wiederum die C-GmbH beherrscht, ergibt sich eine Beteiligung von 60 %. Die finanzielle Eingliederung wäre somit gegeben.<sup>36</sup> Die Finanzverwaltung favorisiert gemäß R 14.2 KStR 2015 die Durchrechnungsmethode als Berechnungsweg. Die A-GmbH kann durch die Mehrheitsbeteiligung an der B-GmbH die C-GmbH lenken, weshalb die Additionsmethode bezogen auf das Beispiel mehr Praxisnähe und Gestaltungsspielraum aufweist.<sup>37</sup> Wenn beide Berechnungsmethoden im Ergebnis zu einer Mehrheitsbeteiligung führen, besteht keine Fehleranfälligkeit. Sicherheitshalber sollte der Organträger dennoch unmittelbar an der Organgesellschaft beteiligt sein. Über diesen Weg wird jegliches Konfliktpotenzial obsolet.

Die finanzielle Eingliederung muss von Beginn des Wirtschaftsjahres und ohne Unterbrechung bestehen.<sup>38</sup> Besonders in Fällen von Unternehmenstransaktionen und

<sup>34</sup> Vgl. Dötsch, E., Pung, A., EL 87 - 08/2016, in D/P/M, § 14 KStG Tz. 267

<sup>35</sup>  $0,8 \times 0,6 = 0,48$

<sup>36</sup> Vgl. Dötsch, E., Pung, A., EL 87 - 08/2016, in D/P/M, § 14 KStG Tz. 267

<sup>37</sup> Vgl. Dötsch, E., Pung, A., EL 87 - 08/2016, in D/P/M, § 14 KStG Tz. 267 m.w.N.

<sup>38</sup> Vgl. Neumann, S., 2020, in Gosch § 14 KStG Rn. 155

Umstrukturierungen spielt das Erfordernis der finanziellen Eingliederung aufgrund der Fehleranfälligkeit eine maßgebliche Rolle.<sup>39</sup>

#### 2.1.4 Ergebnisabführungsvertrag

Gemäß § 14 Abs. 1 Satz 1 KStG i. V. m. § 291 Abs. 1 Satz 1 AktG muss ein Gewinnabführungsvertrag zwischen Organgesellschaft und Organträger abgeschlossen werden.<sup>40</sup> Aufgrund einer Gewinn- und Verlustübernahme seitens des Organträgers ist die Bezeichnung *Ergebnisabführungsvertrag* (EAV) gebräuchlich.<sup>41</sup> Kern dieses Vertrags ist daher neben der Abführung des gesamten Gewinns (§ 301 AktG) auch die gesamte Verlustübernahme der Organgesellschaft (§ 302 AktG). Handlungsspielraum, einen Vertrag, wie z. B. einen Unternehmensvertrag i. S. d. § 292 AktG, abzuschließen, sieht der § 14 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 KStG nicht vor. Nur durch einen Gewinnabführungsvertrag kann die Organschaft bestehen bzw. steuerlich anerkannt werden.<sup>42</sup>

Vorab gilt es zu erwähnen, dass der EAV grundsätzlich ein zivil- bzw. handelsrechtliches Konstrukt des Aktienrechts darstellt. Wenn die Organgesellschaft eine vom Aktienrecht erfasste Gesellschaft ist, muss zwischen eingegliederten Gesellschaften (§§ 319 - 327 AktG) und nicht eingegliederten Gesellschaften unterschieden werden. Für eingegliederte AGs gelten einige nachstehende Formvorschriften nicht.<sup>43</sup> Nachfolgend wird daher nur auf nicht eingegliederte Gesellschaften eingegangen.

Bevor der EAV steuerlich akzeptiert werden kann, muss er bestimmte zivilrechtliche bzw. handelsrechtliche Voraussetzungen erfüllen.<sup>44</sup> Falls die Organgesellschaft eine AG oder KGaA ist, bedarf der Vertrag gemäß § 293 Abs. 3 AktG der Schriftform, wobei die Hauptversammlung - unter Hinzuziehung des Notars gemäß § 130 Abs. 1 AktG - diesem mit einer  $\frac{3}{4}$  - Mehrheit zustimmen muss (§ 293 Abs. 1 Satz 1 AktG).<sup>45</sup>

Ist der Organträger eine Kapitalgesellschaft, muss die Hauptversammlung gemäß § 293 Abs. 2 AktG ebenfalls mit einer  $\frac{3}{4}$  - Mehrheit zustimmen und der EAV muss im Handelsregister der Organgesellschaft gemäß § 294 Abs. 2 AktG eingetragen werden.<sup>46</sup> Hervorzuheben ist, dass außenstehende Gesellschafter gemäß § 304 AktG einen fixen oder variablen

<sup>39</sup> Vgl. Prinz, U., FR, 2018, S. 916, 917

<sup>40</sup> Vgl. Frotscher, G., 06/2020, in F/D § 14 KStG Rz. 286

<sup>41</sup> Vgl. Walter, W., 06/2020, in Bott/Walter, § 14 KStG Rz. 529

<sup>42</sup> Vgl. Frotscher, G., 06/2020, in F/D § 14 KStG Rz. 297

<sup>43</sup> Vgl. zu diesem Absatz Müller, T., 2020, in M/D/L Die Organschaft, Rz. 192

<sup>44</sup> Vgl. BFH v. 30.07.1997, BStBl. II 1998, S. 33, 1. Leitsatz

<sup>45</sup> Vgl. Niehus, U., Wilke, H., 2018, S. 337

<sup>46</sup> Vgl. Dinkelbach, A., 2019, S. 474

Ausgleich erhalten müssen.<sup>47</sup> Sind diese Punkte erfüllt, besteht ein zivilrechtlich wirksamer EAV.<sup>48</sup>

Da die Systematik des EAVs im Aktiengesetz geregelt ist, eröffnet der § 17 KStG die Möglichkeit, einen EAV auch mit GmbHs abzuschließen. Hierbei werden die Kriterien der §§ 301 - 302 AktG auch für die GmbH definiert.<sup>49</sup>

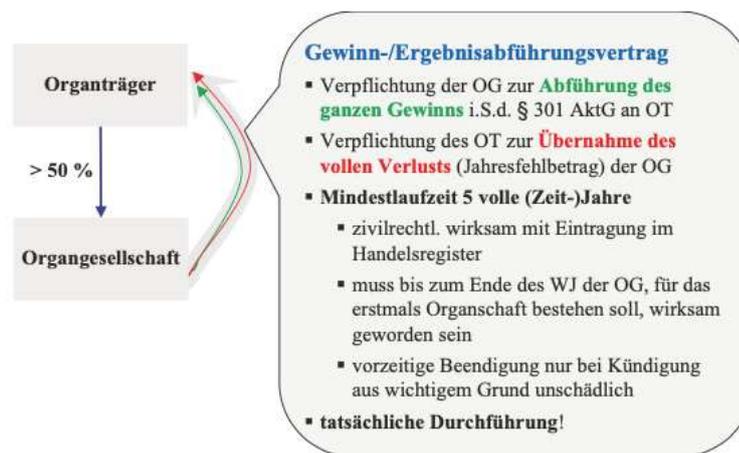


Abbildung 5: Sachliche Voraussetzungen der Organschaft

Quelle: Dinkelbach, A., 2019, S. 474

Um gemäß § 14 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 KStG steuerlich anerkannt zu werden, muss der EAV fünf Jahre bestehen und auch durchgeführt werden. Steuerrechtlich wird der EAV auf Basis der Wirksamkeit, der Eintragung ins Handelsregister und der Mindestlaufzeit i. S. d. § 14 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 Satz 1 KStG anerkannt.<sup>50</sup> Aufgrund der Eintragung des EAVs gemäß § 14 Abs. 1 Satz 2 KStG in das Handelsregister (§ 294 Abs. 2 AktG) ist eine steuerliche Rückwirkung auf den Anfang des Wirtschaftsjahrs gegeben.<sup>51</sup> Dies kann beispielsweise durch die verspätete Eintragung ins Handelsregister zu Problemen führen. Der EAV soll zwischen den Jahren 2021 - 2026, somit für fünf Jahre, bestehen. Wenn jener aber erst im Januar 2022 ins Handelsregister eingetragen wird, bedeutet dies eine steuerliche Laufzeit von 2022 - 2026. Die Mindestlaufzeit von fünf Jahren ist dadurch nicht erfüllt. Es ist daher ratsam, eine Verlängerungsklausel einzubauen.<sup>52</sup> Eine weitere Besonderheit ist das

<sup>47</sup> Ausführlich in Kapitel 4.2

<sup>48</sup> Vgl. Niehus, U., Wilke, H., 2018, S. 337

<sup>49</sup> Vgl. Dinkelbach, A., 2019, S. 473

<sup>50</sup> Vgl. Dinkelbach, A., 2019, S. 474

<sup>51</sup> Vgl. Prinz, U., FR, 2018, S. 916, 919

<sup>52</sup> Vgl. Dinkelbach, A., 2019, S. 475

Auseinanderfallen zwischen Handelsrecht und Steuerrecht. Ein EAV kann handelsrechtlich auf drei Jahre abgeschlossen werden und das ist aktienrechtlich unproblematisch. Wenn die Organschaft jedoch steuerlich anerkannt werden soll, ist unbedingt auf die Mindestdauer von fünf Jahren zu achten.<sup>53</sup> Eine kürzere Laufzeit führt zu einer gescheiterten Organschaft.<sup>54</sup>

Im Gegensatz dazu steht die vorläufige Beendigung des EAV aus triftigem Grund gemäß § 14 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 Satz 2 KStG. Ein triftiger Grund ist gemäß R 14.5 Abs. 6 Satz 2 KStR 2015 eine Veräußerung oder Einbringung der Organbeteiligung durch den Organträger. Allgemeine wirtschaftliche Schwierigkeiten der Organgesellschaft sind demnach keine wichtigen bzw. triftigen Gründe.<sup>55</sup> Im Ergebnis wird die Organschaft ex tunc, demzufolge vom ersten Jahr an, nicht anerkannt.<sup>56</sup>

Darüber hinaus bestehen weitere Fehlerquellen bei der Gewinnabführung bzw. der Verlustübernahme gemäß §§ 301 f. AktG, die die Organschaft annullieren können.<sup>57</sup> Ein Beispiel dafür ist der vororganschaftliche Verlust. Ein vororganschaftlicher Verlust der Organgesellschaft ist gemäß § 15 Satz 1 Nr. 1 KStG eingefroren und kann während der gesamten Dauer der Organschaft nicht genutzt werden.<sup>58</sup> Ihren Jahresüberschuss muss die Organgesellschaft dennoch zur Tilgung dieses Verlustvortrags verwenden, jedoch ohne den Verlustvortrag steuerlich nutzen zu können. Es wird andernfalls ein zu hoher Betrag an den Organträger abgeführt und der EAV gilt als nicht durchgeführt.<sup>59</sup> Weitere Beispiele sind die Abführung vorvertraglicher Rücklagen und die unerlaubte Bildung von Rücklagen.<sup>60</sup>

Sicherheitshalber sollte strikt dem unten angeführten Berechnungsschema des § 301 AktG gefolgt werden:<sup>61</sup>

---

<sup>53</sup> Vgl. Frotscher, G., 06/2020, in F/D § 14 KStG Rz. 332

<sup>54</sup> Vgl. Prinz, U., FR, 2018, S. 916, 918

<sup>55</sup> Vgl. Niehus, U., Wilke, H., 2018, S. 348

<sup>56</sup> Vgl. Niehus, U., Wilke, H., 2018, S. 347

<sup>57</sup> Vgl. Dinkelbach, A., 2019, S. 475

<sup>58</sup> Vgl. Kolbe, S., 2019, in Prinz/Witt Steuerliche Organschaft, Rz. 13.75 m.w.N.

<sup>59</sup> Vgl. BFH v. 21.10.2010, IV R 21/07, Leitsatz

<sup>60</sup> Vgl. Dinkelbach, A., 2019, S. 475 f.

<sup>61</sup> Vgl. Neumann, S., 2020, in Gosch § 14 KStG Rn. 312

|   | <b>Jahresüberschuss Organgesellschaft</b>          |
|---|--|
| - | Verlustvortrag aus dem Vorjahr                     |
| - | Rücklagenbetrag gemäß § 300 Nr. 1 AktG             |
| - | abführungsgesperrte Beträge gemäß § 268 Abs. 8 HGB |
| = | <b>Abzuführender Gewinn</b>                        |

*Tabelle 1: Berechnungsschema § 301 AktG*

*Quelle: in Anlehnung an Neumann, S., 2020, in Gosch § 14 KStG Rn. 312*

Eine Rückfallebene bezogen auf diese Problematik stellen § 14 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 Satz 4 und Satz 5 KStG dar. Falls ein nicht zutreffendes Ergebnis (Gewinn oder Verlust) abgeführt wurde, lässt dies zunächst nicht die Organschaft scheitern.<sup>62</sup> Dafür muss das abgeführte Ergebnis auf einem fehlerhaften Bilanzansatz beruhen, was durch § 14 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 Satz 4 a) - c) KStG zu prüfen ist. Der Jahresabschluss muss gemäß dieser Norm wirksam festgestellt werden und offensichtliche Fehler hätten bei der Erstellung auffallen müssen. Darüber hinaus muss ein vom Finanzamt monierter Fehler spätestens im nächsten Jahr korrigiert sein.<sup>63</sup>

### **2.1.5 Zwischenfazit Voraussetzungen**

Die in diesem Kapitel geschilderten Voraussetzungen der §§ 14 - 17 KStG sind unverzichtbar für die Begründung einer wirksamen Organschaft.<sup>64</sup> Hauptsächlich soll ein Überblick über die Voraussetzungen einer körperschaftsteuerlichen Organschaft geschaffen werden. Es ist zu konstatieren, dass eine wirksame Organschaft komplexe steuerliche Voraussetzungen mit sich bringt. Besonderes Augenmerk zieht diesbezüglich der EAV auf sich. Komplexität resultiert insbesondere aus den steuerlichen Anforderungen an den abzuschließenden EAV. Summa summarum lässt sich daher festhalten, dass eine steuerlich anzuerkennende Organschaft nur mit den zuvor beschriebenen Kriterien begründet werden kann. Dafür bedarf es einer Organgesellschaft, eines Organträgers, der finanziellen Eingliederung und des wirksamen und durchgeführten Ergebnisabführungsvertrags.

<sup>62</sup> Vgl. Kolbe, S., 2019, in Prinz/Witt Steuerliche Organschaft, Rz. 13.11

<sup>63</sup> Vgl. Dinkelbach, A., 2019, S. 476 f.

<sup>64</sup> Vgl. Prinz U., 2019, in Prinz/Witt Steuerliche Organschaft Rz. 1.7

## 2.2 Rechtsfolgen

Maßgebliches Motiv und gleichzeitig auch Rechtsfolge der körperschaftsteuerlichen Organgesellschaft ist die Einkommenszurechnung der Organgesellschaft zum Organträger gemäß § 14 Abs. 1 Satz 1 KStG. Gleichzeitig gelten aber auch Ausnahmen bzw. Besonderheiten bei der Einkommensermittlung. Diese umfassen in erster Linie die Ausgleichszahlungen an außenstehende Gesellschafter (ausführlich in Kapitel 4.2) und die Mehr- und Minderabführungen. Grundsätzlich werden die Einkünfte der Organgesellschaft und des Organträgers gesondert voneinander festgestellt.<sup>65</sup>

### 2.2.1 Einkommensermittlung bei der Organgesellschaft

Die Organgesellschaft muss gemäß § 15 KStG ihr Einkommen nach den Vorschriften des § 8 KStG ermitteln. Dadurch werden ihr einige Bilanzierungs- und Bewertungswahlrechte zugestanden.<sup>66</sup> Gemäß § 14 Abs. 1 Satz 2 KStG wird das Einkommen der Organgesellschaft dem Organträger zugerechnet. Zuvor muss dieses Einkommen auf Ebene der Organgesellschaft bestimmt werden. Hierbei gelten für die Organgesellschaft jedoch einige Besonderheiten:

Die handelsrechtliche Gewinnabführung bzw. die Verlustübernahme, ist außerbilanziell hinzuzurechnen.<sup>67</sup> Des Weiteren ist die Bruttomethode anzuwenden.<sup>68</sup> Die in § 15 Satz 1 Nr. 2 KStG geregelte Bruttomethode sorgt dafür, dass die Beteiligungserträge, die die Organgesellschaft erhält, erst auf Ebene des Organträgers versteuert werden.<sup>69</sup> Daran anknüpfend gilt die Zinsschranke gemäß § 4h EStG nicht für die Organgesellschaft.<sup>70</sup>

Dem gegenüber müssen Ausgleichszahlungen i. S. d. § 16 KStG an Gesellschafter der Organgesellschaft mit 20/17 von der Organgesellschaft selbst versteuert werden. Hintergrund dieses Bruchs ist die bei Kapitalgesellschaften verankerte Belastung durch Körperschaftsteuer. Falls der Organträger eine gewerbliche Personengesellschaft ist, wäre eine körperschaftsteuerliche Belastung dieser Zahlung aufgrund der Bruttomethode nicht gegeben. Die 20/17 fingieren somit eine Besteuerung i. H. v. 15 %.<sup>71</sup>

---

<sup>65</sup> Vgl. Dinkelbach, A., 2019, S. 478

<sup>66</sup> Vgl. Kolbe, S., 2019, in Prinz/Witt Steuerliche Organschaft, Rz. 13.57

<sup>67</sup> Vgl. Niehus, U., Wilke, H., 2018, S. 349

<sup>68</sup> Vgl. Müller, T., 2020, in M/D/L Die Organschaft, Rz. 694

<sup>69</sup> Vgl. Niehus, U., Wilke, H., 2018, S. 349

<sup>70</sup> Vgl. Dinkelbach, A., 2019, S. 480

<sup>71</sup> Vgl. Dinkelbach, A., 2019, S. 482

VGA an den außenstehenden Gesellschafter sind wie Ausgleichszahlungen zu behandeln, wohingegen vGA an den Organträger eine vorgriffige Gewinnabführung darstellen.<sup>72</sup>

Eine zusammenfassende Darstellung der Einkommensberechnung der Organgesellschaft inklusive der Zurechnung zum Organträger gibt folgendes Schema:<sup>73</sup>

|       | <b>Handelsrechtlicher Jahresüberschuss der Organgesellschaft</b>   |
|-------|--|
| + / - | Korrekturen (steuerliche Bilanzierungs- bzw. Bewertungswahlrechte) |
| =     | Steuerbilanzergebnis   |
| + / - | nichtabziehbare Aufwendungen /steuerfreie Erträge (Bruttomethode)  |
| + / - | vGA / vE   |
| + / - | Gewinnabführung oder Verlustausgleich OT                           |
| +     | Ausgleichszahlung an den außenstehenden Gesellschafter             |
| =     | <b>Einkommen OG</b>  |
| -     | 20/17 der Ausgleichszahlung  |
| =     | <b>Zuzurechnendes Einkommen des OT</b>                             |

*Tabelle 2: Berechnungsschema zuzurechnendes Einkommen OT*

*Quelle: in Anlehnung an Niehus, U., Wilke, H., 2018, S. 350*

### **2.2.2 Einkommensermittlung beim Organträger**

Wie zuvor beschrieben, wird das Einkommen der Organgesellschaft dem Organträger zugerechnet. Bevor die Zurechnung erfolgen kann, muss der Organträger folglich sein eigenes Einkommen ermitteln. Hierfür gelten einige Besonderheiten:

Das zuzurechnende Einkommen der Organgesellschaft muss erfasst werden, wohingegen das erhaltene bzw. ausgeglichene GuV-Ergebnis der Organgesellschaft außerbilanziell zu korrigieren ist.<sup>74</sup>

Erst beim Organträger wird die Bruttomethode nach § 15 Satz 1 Nr. 2 KStG angewandt. Folglich finden dann die einschlägigen Paragraphen (§ 8b KStG, § 3 Nr. 40 EStG, § 3c Abs.

<sup>72</sup> Vgl. Niehus, U., Wilke, H., 2018, S. 349

<sup>73</sup> Vgl. Niehus, U., Wilke, H., 2018, S. 350

<sup>74</sup> Vgl. Niehus, U., Wilke, H., 2018, S. 351

2 EStG) bei Beteiligungserträgen Anwendung. Hervorzuheben ist, dass im Fall des § 8b Abs. 4 KStG die Beteiligungen von Organgesellschaft und Organträger nicht addiert werden dürfen, um eine höhere Freistellung zu erlangen. Es soll ausschließlich die Gesellschaft betrachtet werden, die auch die Beteiligung hält (§ 15 Satz 1 Nr. 2 Satz 4 KStG).<sup>75</sup>

Eventuelle Ausgleichsposten aus Mehr- oder Minderabführungen sind entweder außerbilanziell oder durch Bildung eines Ausgleichspostens zu korrigieren.<sup>76</sup>

Ebenfalls gilt es, erhaltene vGA von der Organgesellschaft außerbilanziell zu kürzen.<sup>77</sup> Andernfalls würde eine Doppelerfassung stattfinden.

Folgendes Schema zur Einkommensermittlung gibt diesbezüglich einen Überblick:<sup>78</sup>

---

<sup>75</sup> Vgl. zu diesem Absatz Dinkelbach, A., 2019, S. 481

<sup>76</sup> Vgl. Prinz U., 2019, in Prinz/Witt Steuerliche Organschaft Rz. 1.43

<sup>77</sup> Vgl. R 14.7 Abs. 2 KStR 2015

<sup>78</sup> Vgl. Niehus, U., Wilke, H., 2018, S. 352

|       |  |
|-------|--|
|       | <b>Handelsrechtlicher Jahresüberschuss des Organträgers</b>        |
| + / - | Korrekturen (steuerliche Bilanzierungs- bzw. Bewertungswahlrechte) |
| =     | <b>Steuerbilanzergebnis</b>  |
| + / - | nichtabziehbare Aufwendungen /steuerfreie Erträge                  |
| + / - | vGA / vE   |
| + / - | Aufwand Verlustübernahme / Ertrag Gewinnführung                    |
| + / - | Aufwand / Ertrag aus Auflösung oder Bildung Ausgleichsposten       |
| =     | <b>Eigenes Einkommen OT</b>  |
| + / - | <b>Zuzurechnendes Einkommen des OT</b>                             |
|       | Korrekturen gemäß der Bruttomethode                                |
| =     | <b>Zu versteuerndes Einkommen des OT</b>                           |

*Tabelle 3: Berechnungsschema Einkommensermittlung OT*

*Quelle: in Anlehnung an Niehus, U., Wilke, H., 2018, S. 352*

Im Anschluss wird auf das zu versteuernde Einkommen der persönliche Steuersatz des Organträgers angewandt. Für eine Kapitalgesellschaft als Organträger sind dies 15 % gemäß § 23 KStG.

### 2.2.3 Mehr- und Minderabführungen

Mehr- bzw. Minderabführungen beruhen auf Abweichungen zwischen der Handels- und Steuerbilanz, die zu unterschiedlichen Jahresergebnissen führen. Das handels- bzw. gesellschaftsrechtlich abgeführte Ergebnis entspricht somit nicht dem steuerlichen Organeinkommen gemäß § 14 Abs. 1 Satz 1 KStG.<sup>79</sup>

Mehrabführungen resultieren aus einer zu hohen Abführung im Verhältnis zum steuerbilanziell vorgesehenen Betrag.<sup>80</sup> Eine Mehrabführung findet beispielsweise statt, wenn Rückstellungen in der Handelsbilanz aufgelöst werden, die steuerlich nicht anerkannt und deshalb nicht gebildet wurden.<sup>81</sup>

<sup>79</sup> Vgl. zu diesem Absatz Witt, S-C., 2019, in Prinz/Witt Steuerliche Organschaft Rz. 6.83

<sup>80</sup> Vgl. Dinkelbach, A., 2019, S. 484

<sup>81</sup> Vgl. Witt, S-C., 2019, in Prinz/Witt Steuerliche Organschaft Rz. 6.83

Minderabführungen resultieren im Umkehrschluss aus einer zu niedrigen Abführung im Verhältnis zur Steuerbilanz.<sup>82</sup> Ein Beispiel ist die Abweichung bei einem erworbenen, abschreibbaren Geschäfts- oder Firmenwert. § 7 Abs. 1 Satz 3 EStG definiert dafür einen Zeitraum von 15 Jahren. Handelsrechtlich kann diese Abschreibung schneller erfolgen, so dass der Abschreibungsaufwand höher ist als in der Steuerbilanz.<sup>83</sup>

Es gibt entweder vororganschaftliche oder organschaftliche Mehr- bzw. Minderabführungen.<sup>84</sup> Die zeitliche Einordnung der Abführungen stellt daher ein Unterscheidungsinstrument dar.

Bei einer vororganschaftlichen Abführung hat sich der auslösende Sachverhalt vor der Organschaft ereignet. Beispielweise wird durch die zukünftige Organgesellschaft eine Drohverlustrückstellung gebildet, die aber erst während der Organschaft aufgelöst wird. Folglich entsteht eine Mehrabführung. In diesem Fall ist § 14 Abs. 3 Satz 1 KStG einschlägig. Die Auflösung der Drohverlustrückstellung wird als Gewinnausschüttung qualifiziert. Eine Minderabführung würde zu einer Einlage durch den Organträger in die Organgesellschaft gemäß § 14 Abs. 3 Satz 2 KStG führen. Im Ergebnis wird dadurch fingiert, dass die Besteuerung ohne eine bestehende Organschaft stattgefunden hat.<sup>85</sup>

Bei den organschaftlichen Abführungen gilt es, für den Organträger einen ergebnisneutralen aktiven oder passiven Ausgleichsposten gemäß § 14 Abs. 4 KStG zu bilden.<sup>86</sup> Ein aktiver Ausgleichsposten wird bei einer Minderabführung, wohingegen ein passiver Ausgleichsposten bei einer Mehrabführung gebildet wird.<sup>87</sup> Der aktive bzw. passive Ausgleichsposten beim Organträger betrifft direkt das steuerliche Einlagekonto (§ 27 KStG) der Organgesellschaft.<sup>88</sup>

Grundsätzlich wird mit der Bildung der Ausgleichsposten das Prinzip der Einmalbesteuerung gewährleistet. Folglich dient die Bildung eines aktiven Ausgleichspostens bei der Minderabführung dazu, durch die Abführung und Wiedereinlage eine Doppelbesteuerung zu vermeiden. Konträr dient der passive Ausgleichsposten dazu, die nicht vorhandene Besteuerung von Mehrabführungen zu vermeiden.<sup>89</sup>

Im Ergebnis führt ein Verkauf der Anteile in beiden Fällen zur Realisation des Potenzials aus der Mehr- oder Minderabführung, was im Verkaufspreis berücksichtigt wird. Aus

---

<sup>82</sup> Vgl. Niehus, U., Wilke, H., 2018, S. 353

<sup>83</sup> Vgl. Witt, S-C., 2019, in Prinz/Witt Steuerliche Organschaft Rz. 6.83

<sup>84</sup> Vgl. Prinz, U., FR, 2018, S. 916, 923 f.

<sup>85</sup> Vgl. zu diesem Absatz Dinkelbach, A., 2019, S. 484 f.

<sup>86</sup> Vgl. Dinkelbach, A., 2019, S. 485

<sup>87</sup> Vgl. Prinz U., 2019, in Prinz/Witt Steuerliche Organschaft Rz. 1.43

<sup>88</sup> Vgl. Dinkelbach, A., 2019, S. 486

<sup>89</sup> Vgl. zu diesem Absatz Hierstetter, F., 2019, in Prinz/Witt Steuerliche Organschaft Rz. 20.66

diesem Grund würde es ohne Ausgleichsposten im Veräußerungsfall zu einer Doppel- bzw. Nichtbesteuerung beim Organträger führen.

#### **2.2.4 Gescheiterte Organschaft**

Eine Organschaft, bei der manche bzw. alle handels- und steuerrechtlichen Vorteile genutzt wurden, aber diese steuerlich nicht anerkannt wird, wird als gescheiterte bzw. verunglückte Organschaft bezeichnet.<sup>90</sup>

Die Gründe, für das Scheitern einer Organschaft, sind vielfältig.<sup>91</sup> Dreh- und Angelpunkt ist jedoch meist der EAV. Beispielsweise führen eine fehlerhafte bzw. zu geringe Gewinnabführung oder eine frühzeitige Beendigung ohne triftigen Grund innerhalb der zeitlichen Begrenzung von fünf Jahren i. S. d. § 14 Abs. 1 Nr. 3 Satz 1 KStG zum Scheitern der Organschaft.<sup>92</sup> Neben einem steuerlich wirksamen EAV kann auch eine fehlende finanzielle Eingliederung die Organschaft scheitern lassen. Handelsrechtlich ist der EAV weiterhin wirksam, da die Voraussetzung der finanziellen Eingliederung rein steuerlicher Natur ist.<sup>93</sup> Ein Auseinanderfallen von Handels- und Steuerrecht wird erneut deutlich.

Die steuerlichen Rechtsfolgen greifen eben nicht, wenn die Organschaft steuerlich nicht anerkannt wird. Folglich kann das Einkommen der Organgesellschaft nicht dem Organträger gemäß § 14 Abs. 1 S. 1 KStG zugerechnet werden.<sup>94</sup>

Problematisch ist die Tatsache, dass Gewinne bzw. Verluste abgeführt wurden, als ob die Organschaft wirksam gewesen wäre.<sup>95</sup> Es sind daher Korrekturen vorzunehmen. Hierbei ist zwischen den Folgen der Gewinn- und Verlustübernahme zu unterscheiden.<sup>96</sup>

Die Gewinnabführung der Organgesellschaft an den Organträger ist als vGA (§ 8 Abs. 3 Satz 2 KStG) zu klassifizieren.<sup>97</sup> Folglich greifen auch die allgemeinen Regeln des § 8 Abs. 3 Satz 2 KStG. Der Organträger muss diese (verdeckte) Ausschüttung versteuern.

---

<sup>90</sup> Vgl. Krumm, M., EL 154 - 07/2020, in Blümich § 14 KStG Rn. 240

<sup>91</sup> Vgl. Walter, W., 03/2019, in Bott/Walter, § 14 KStG Rz. 683

<sup>92</sup> Vgl. Neumann, S., 2020, in Gosch § 14 KStG Rn. 532

<sup>93</sup> Vgl. Neumann, S., 2020, in Gosch § 14 KStG Rn. 537

<sup>94</sup> Vgl. Neumann, S., 2020, in Gosch § 14 KStG Rn. 539 als auch Krumm, M., EL 154 - 07/2020, in Blümich § 14 KStG Rn. 241

<sup>95</sup> Vgl. Walter, W., 03/2019, in Bott/Walter, § 14 KStG Rz. 697

<sup>96</sup> Vgl. Krumm, M., EL 154 - 07/2020, in Blümich § 14 KStG Rn. 241-244

<sup>97</sup> Vgl. Neumann, S., 2020, in Gosch § 14 KStG Rn. 540 m.w.N.

Privilegien können dabei durch die Kürzungsvorschriften des § 8b Abs. 1 i. V. m. Abs. 5 KStG entstehen.<sup>98</sup>

Die übernommenen Verluste durch den Organträger sind als Einlage bei der Organgesellschaft im steuerlichen Einlagekonto gemäß § 27 KStG einzubeziehen, Dies erfolgt steuerneutral.<sup>99</sup> Spiegelbildlich hat der Organträger nachträgliche Anschaffungskosten an der Organgesellschaft zu aktivieren.<sup>100</sup> Letzten Endes ist die Einlage des Organträger steuerneutral, denn den zu erhöhenden Anschaffungskosten auf der Aktivseite steht eine Verlustausgleichsverpflichtung auf der Passivseite entgegen.<sup>101</sup>

Insbesondere im Fall einer gescheiterten bzw. verunglückten Organschaft, d.h. wenn Gewinne durch die Organgesellschaft abgeführt wurden, führt dies zu unliebsamen Folgen. Es gilt daher größte Vorsicht walten zu lassen und dafür zu sorgen, dass die Organschaft steuerlich wirksam begründet wird.

### 2.3 Fazit

Die zu kombinierenden Voraussetzungen und Rechtsfolgen der körperschaftsteuerlichen Organschaft sind vielfältig und insbesondere weitreichend. Es wird ersichtlich, dass der Gesetzgeber ein Steuerprivileg geschaffen hat, an das hohe Anforderungen gestellt werden. Häufig ist die Verknüpfung aus Handels- und Steuerrecht mit Schwierigkeiten verbunden. Die Anforderungen und Anwendungshandhabung der körperschaftsteuerlichen Organschaft wurden durch Reformen, wie z. B. die *Kleine Organschaftsreform*, minimalinvasiv überarbeitet, aber eine umfassende Stellungnahme der Finanzbehörden blieb aus.<sup>102</sup> Insbesondere bei Sachverhalten, die nicht eine klassische Organschaftssituation widerspiegeln, wie es z. B. bei der disquotalen Gewinnverteilung der Fall ist, kann die Anwendung daher kompliziert werden.

---

<sup>98</sup> Vgl. Neumann, S., 2020, in Gosch § 14 KStG Rn. 541

<sup>99</sup> Vgl. Neumann, S., 2020, in Gosch § 14 KStG Rn. 542

<sup>100</sup> Vgl. Frotscher, G., 06/2020, in F/D § 14 KStG Rz. 693

<sup>101</sup> Vgl. Frotscher, G., 06/2020, in F/D § 14 KStG Rz. 694 m.w.N.

<sup>102</sup> Vgl. Prinz, U., 2019, in Prinz/Witt Steuerliche Organschaft Rz. 1.5 m.w.N.

### 3 Disquotale Gewinnausschüttung

#### 3.1 Hintergrund

Die disquotale oder auch inkongruente Gewinnverteilung stellt eine abweichende Ertragsbeteiligung, bemessen an den Anteilen der Gesellschaft, dar.<sup>103</sup> Sie ist ein gängiger Weg, bestimmte Gesellschafter, beispielweise wegen hervorragender Arbeitsleistung, nicht ihrer Beteiligung entsprechend zu entlohnen.<sup>104</sup> Das BMF-Schreiben vom 17.12.2013 thematisiert die steuerliche Anerkennung inkongruenter bzw. disquotaler Gewinnausschüttungen.<sup>105</sup> Da die inkongruenten Ausschüttungen einzelnen Gesellschaftern Vorteile bieten, werden im folgenden Kapitel verschiedene Möglichkeiten und Erscheinungsformen beleuchtet.

#### 3.2 GmbH

##### 3.2.1 Zivilrechtliche Grundlagen

Die Stimmberechtigung in einer GmbH erfolgt gemäß § 47 Abs. 2 GmbHG.<sup>106</sup> Die Gewinnverteilung findet gemäß § 29 Abs. 3 Satz 1 GmbHG entsprechend der quotalen Beteiligung statt. Abweichend davon wird in § 29 Abs. 3 Satz 2 GmbHG jedoch definiert, dass ein anderer Verteilungsschlüssel verwendet werden kann.<sup>107</sup> Die Gesellschafter haben dahingehend Freiraum, den Gesellschaftsvertrag gemäß § 45 Abs. 1 GmbHG nach ihrem Belieben - innerhalb der gesetzlichen Grenzen - zu modifizieren.<sup>108</sup> Das schließt auch eine Satzungsänderung ein. Mit einer  $\frac{3}{4}$  - Mehrheit können die Gesellschafter die disquotalen Gewinnverteilungen beschließen. Dafür muss der Beschluss notariell beurkundet (§ 53 Abs. 2 GmbHG) und ins Handelsregister (§ 54 Abs. 1 GmbHG) eingetragen werden.<sup>109</sup>

Eine weitere Möglichkeit, inkongruent Gewinne auszuschütten, liegt in der Öffnungsklausel, wobei jedes Jahr erneut darüber abgestimmt werden muss, ob der Gewinn disquotal ausgeschüttet wird.<sup>110</sup>

---

<sup>103</sup> Vgl. Prinz, U., Kaeser, C., 2018 in Kessler/Kröner/Köhler Konzernsteuerrecht § 10 Rn. 374

<sup>104</sup> Vgl. Werner, R., NWB, 2019, S. 959, 959

<sup>105</sup> Vgl. BMF-Schreiben v. 17.12.2013, BStBl. I 2014, S. 63

<sup>106</sup> Vgl. Werner, R., NWB, 2019, S. 959, 960

<sup>107</sup> Vgl. Pörschke, M., DB, 2017, S. 1165, 1165

<sup>108</sup> Vgl. Werner, R., NWB, 2019, S. 959, 960

<sup>109</sup> Vgl. Pörschke, M., DB, 2017, S. 1165, 1165

<sup>110</sup> Vgl. Kamchen, S., Kling, J-C., NWB, 2015, S. 819, 820

Des Weiteren können die Gesellschafter Beschlüsse jenseits der Satzung vereinbaren. Das heißt, die Beschlüsse sind zivilrechtlich wirksam, widersprechen aber der Satzung. Um diese Beschlüsse nachhaltig wirksam durchsetzen zu können, sollte ebenfalls die notarielle Beurkundung gemäß § 53 Abs. 2 GmbHG und die Eintragung ins Handelsregister nach § 54 Abs. 1 GmbHG erfolgen. Aufgrund des zeitlichen Engpasses, den insbesondere die Handelsregistereintragung impliziert, sind diese beiden Absicherungsmaßnahmen in der Praxis schwer umzusetzen.<sup>111</sup>

### 3.2.2 Steuerliche Folgen

Auf damals vorherrschende Rechtsprechung, bei der alle außersteuerliche Belange als Basis für eine disquotale Gewinnverteilung angesehen wurden,<sup>112</sup> hat die Finanzverwaltung durch einen Nichtanwendungserlass lediglich besondere Leistungen eines Anteilseigners als Grundlage für eine vom Stammkapital abweichende Gewinnverteilung anerkannt.<sup>113</sup> Mittlerweile ist dieser Nichtanwendungserlass hinfällig und wurde durch eine überarbeitete Fassung ersetzt.<sup>114</sup>

Disquotale Gewinnausschüttungen sind nun steuerlich anzuerkennen, wenn sie zivilrechtlich wirksam beschlossen wurden und keinen Gestaltungsmissbrauch gemäß § 42 Abs. 2 AO vermuten lassen.<sup>115</sup> Ein Gestaltungsmissbrauch liegt demnach nur vor, wenn keine plausiblen außersteuerlichen Gründe vorliegen.<sup>116</sup> Folglich wäre eine vereinbarte disquotale Ausschüttung an einen mitarbeitenden Gesellschafter aufgrund hervorragender Arbeitsleistung kein Fall des § 42 Abs. 2 AO.

Problematisch ist dahingehend die Tatsache, dass das BMF-Schreiben vom 17.12.2013 keinerlei Ausführungen zu den satzungsdurchbrechenden Beschlüssen tätigt. Demnach sollten inkongruente Gewinnausschüttungen in der Satzung verankert werden, um sie steuerlich wirksam realisieren zu können.<sup>117</sup> Die Konsequenzen der Nichtanerkennung der disquotalen Gewinnverteilung sind seit Aufhebung des BMF-Schreibens vom 07.12.2000 nicht eindeutig geklärt.<sup>118</sup> Es besteht die Möglichkeit, dass jene nicht im Rahmen von § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG zu berücksichtigen sind, wodurch die Anwendung von § 8b Abs. 1 KStG entfallen

---

<sup>111</sup> Vgl. zu diesem Absatz Pörschke, M., DB, 2017, S. 1165, 1165 f. m.w.N.

<sup>112</sup> Vgl. BFH Urteil v. 19.08.2001, I R 77/96, BStBl. II 2001, S. 43

<sup>113</sup> Vgl. BMF-Schreiben v 07.12.2000, BStBl. I 2001, S. 47

<sup>114</sup> Vgl. BMF-Schreiben v 17.12.2013, BStBl. I 2014, S. 63

<sup>115</sup> Vgl. BMF-Schreiben v 17.12.2013, BStBl. I 2014, S. 63

<sup>116</sup> Vgl. Pörschke, M., DB, 2017, S. 1165, 1167

<sup>117</sup> Vgl. Pörschke, M., DB, 2017, S. 1165, 1167

<sup>118</sup> Vgl. Pörschke, M., DB, 2017, S. 1165, 1168

könnte.<sup>119</sup> Trotz des Urteils vom FG Köln,<sup>120</sup> welches auch satzungsdurchbrechende Gesellschafterbeschlüsse nicht unter § 42 Abs. 2 AO erfasst sieht, sollte auf die notarielle Beurkundung und die Handelsregistereintragung Wert gelegt werden.<sup>121</sup> Dies ist allerdings nur eine Vorsichtsmaßnahme. Eine vGA ist gleichermaßen inkongruent und für diese werden auch nicht die oben beschriebenen Hürden angewandt.<sup>122</sup> Da das Urteil des FG-Köln beim BFH anhängig<sup>123</sup> ist, gilt es, stets den weniger risikobelasteten Weg auszuwählen und auch die Mandanten auf die möglichen Risiken hinzuweisen.

### 3.3 AG

Die AG hat gemäß § 60 Abs. 1 AktG die Gewinne entsprechend der Beteiligungsquote auszuschütten. § 60 Abs. 3 AktG bietet jedoch die Möglichkeit, eine andere Gewinnverteilung festzulegen. Dies ist allerdings nur möglich, wenn die Hauptversammlung gemäß § 179 Abs. 3 AktG mit einer  $\frac{3}{4}$  - Mehrheit der inkongruenten Gewinnverteilung zustimmt. Das Aktienrecht unterscheidet sich hier vom GmbH-Recht, weil eine Öffnungsklausel (s. oben) nicht vorgesehen ist.<sup>124</sup>

### 3.4 Tracking-Stocks

#### 3.4.1 Struktur

Das Tracking-Stock-Modell stellt eine Ausprägung disquotaler Gewinnausschüttungen bei der GmbH und der AG dar.<sup>125</sup> In Deutschland wird auch der Begriff *Spartenaktie* synonym verwendet.<sup>126</sup> Ihren Ursprung haben Tracking-Stock-Gestaltungen allerdings in den USA.<sup>127</sup> Das ist auch ein Grund, warum diese Gestaltung bezogen auf das deutsche Steuerrecht untersucht werden muss.<sup>128</sup>

Tracking-Stocks sind Beteiligungen an Unternehmen. Entgegen des englischen Begriffs *stock* besteht in Deutschland die Möglichkeit, neben AG- auch GmbH-Anteile dafür zu

---

<sup>119</sup> Vgl. Pörschke, M., DB, 2017, S. 1165, 1168 m.w.N.

<sup>120</sup> FG Köln Urteil v. 14.09.2016, DStZ, 2017, S. 8

<sup>121</sup> Vgl. Pörschke, M., DB, 2017, S. 1165, 1167

<sup>122</sup> Vgl. FG Köln Urteil v. 14.09.2016, DStZ, 2017, S. 8

<sup>123</sup> Aktenzeichen VIII R 28/16

<sup>124</sup> Vgl. Kamchen, S., Kling, J-C., NWB, 2015, S. 819, 820

<sup>125</sup> Vgl. Kamchen, S., Kling, J-C., NWB, 2015, S. 819, 824

<sup>126</sup> Vgl. Prinz, U., Schürner, C. T., DStR, 2003, S. 181, 181

<sup>127</sup> Vgl. Balmes, F., Graessner, H-C., DStR, 2002, S. 838, 838

<sup>128</sup> Vgl. Tonner, M., IStR, 2002, S. 317, 317

verwenden. Die Ausschüttungshöhe bei einem Tracking-Stock-Modell richtet sich nach einem Segment des Unternehmens. Dieses Segment wird als *Tracked Unit* bezeichnet. Ein Unternehmen hat beispielsweise zwei Segmente, somit zwei *Tracked Units*. In jeweils einem dieser Segmente können Tochtergesellschaften oder Unternehmenssparten sein. Die Stimmrechte hat der Gesellschafter am gesamten Unternehmen (Segment eins und zwei), aber die Gewinnbeteiligung eben nur an einer *Tracked Unit*.<sup>129</sup>

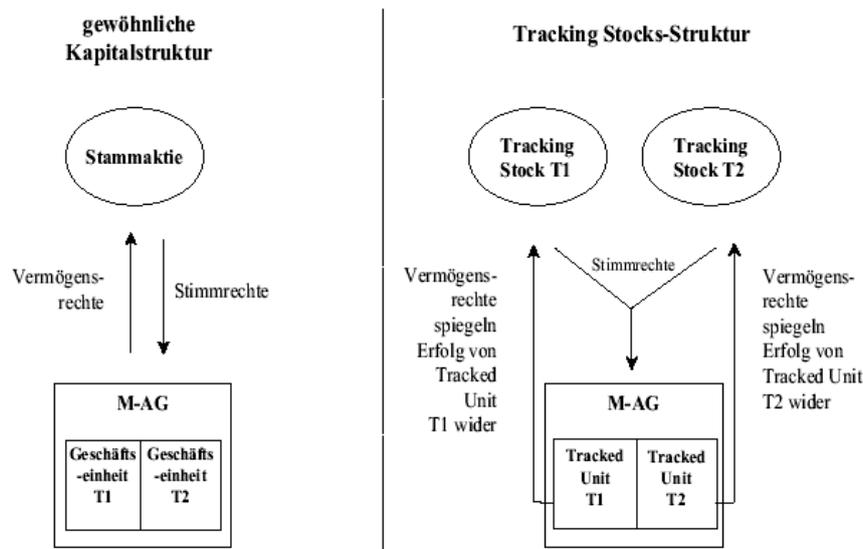


Abbildung 6: Vergleich einer gewöhnlichen Kapitalstruktur mit Tracking-Stocks-Struktur

Quelle: Prinz, U., Schürner, C. T., 2003, DStR, S. 182

Für die Gewinnbeteiligung bzw. die Vermögensrechte gibt es *subsidiary shares* und *divisional shares*. Erstere stehen für die Gewinnbeteiligung an der gesamten Gesellschaft (M-AG)<sup>130</sup>. Die *divisional shares* beteiligen den Anteilseigner an der Unternehmenssparte seiner Wahl (T1 oder T2).<sup>131</sup>

Rein rechtlich besteht das Unternehmen als ein Ganzes. Die *Tracked Units* sind keine juristischen Personen, sondern der Gesellschaft, in der sie sich befinden, zuzurechnen. Daher muss das gesamte Unternehmen auch für Verbindlichkeiten haften.<sup>132</sup>

<sup>129</sup> Vgl. zu diesem Absatz Prinz, U., Schürner, C. T., DStR, 2001, S. 759, 759

<sup>130</sup> In der Abbildung auf der rechten Seite nichtzutreffend

<sup>131</sup> Vgl. zu diesem Absatz Prinz, U., FR, 2001, S. 285, 285

<sup>132</sup> Vgl. zu diesem Absatz Prinz, U., Schürner, C. T., DStR, 2001, S. 759, 759

### 3.4.2 Motive

Die Gründe für Tracking-Stock-Modelle sind vielfältig. Im Vordergrund stehen insbesondere Finanzierungsabsichten. Wenn sich Investoren lediglich für eine gewisse Sparte bzw. Nische des Unternehmens interessieren und in genau diese investieren wollen, ist das durch Tracking-Stock möglich.<sup>133</sup> Im Bereich der Finanzierung spielt der *shareholder value* eine signifikante Rolle, denn bei diesem werden die Interessen der Anteilseigner in den Vordergrund gestellt und daher ist das auserkorene Ziel, einen möglichst hohen Ertragswert des Unternehmens zu erreichen.<sup>134</sup> Durch Tracking-Stock-Strukturen wird der *shareholder value* gesteigert, indem zwar die gewinnträchtige Unternehmenssparte besonders mit finanziellen Mitteln versorgt wird, aber trotzdem die Synergieeffekte des gesamten Unternehmens erhalten bleiben.<sup>135</sup> Damit einhergehend bietet ein Tracking-Stock-Modell Schutz vor feindlichen Übernahmen. Es kann nämlich kein direktes Stimmrecht bezogen auf die gewinnträchtige Sparte erworben werden.<sup>136</sup>

Bei Joint-Venture-Gestaltungen kann ein weiterer Gesellschafter aufgenommen werden der seine Unternehmensbeteiligung in die bereits bestehende Gesellschaft einbringt. Im Ergebnis befinden sich nun zwei Gesellschafter mit zwei Sparten in einer Gesellschaft. Die beiden Gesellschafter können die Gewinnverteilung entsprechend ihrer Vorstellungen regeln, ohne dass beide ihre Beteiligung in eine neue Kapitalgesellschaft einbringen müssen. Übergeordnet kann dies für die Nutzung von Verlustvorträgen nützlich sein.<sup>137</sup>

Anknüpfend zur Joint-Venture-Option bieten Tracking-Stock-Modelle die Möglichkeit, eine steuerlich nachteilige Ausgliederung oder Spaltung durch Gründung einer neuen Sparte zu umgehen.<sup>138</sup>

Für die Mitarbeitervergütungen werden Stimmrechtsanteile für das gesamte Unternehmen ausgegeben, aber lediglich die spartenbezogene Vergütung in Form von Vermögensrechten umgesetzt. Der jeweilige Mitarbeiter erhält dadurch speziell den Gewinnanteil in der jeweiligen Sparte, in der er auch gearbeitet hat.<sup>139</sup>

---

<sup>133</sup> Vgl. Prinz, U., FR, 2001, S. 285, 285 f

<sup>134</sup> Vgl. Spindler, G., 2019, in MüKo § 76 AktG Rn. 75 m.w.N.

<sup>135</sup> Vgl. Prinz, U., FR, 2001, S. 285, 285 f.

<sup>136</sup> Vgl. Prinz, U., FR, 2001, S. 285, 285 f.

<sup>137</sup> Vgl. zu diesem Absatz Balmes, F., Graessner, H-C., DStR, 2002, S. 838, 841

<sup>138</sup> Vgl. Prinz, U., FR, 2001, S. 285, 285 f.

<sup>139</sup> Vgl. Prinz, U., Schürner, C. T., DStR, 2001, S. 759, 759 f.

### 3.4.3 Schwierigkeiten in der Rechnungslegung

Um ein Tracking-Stock-Modell etablieren zu können, gilt es einige Rechnungslegungsbesonderheiten zu beachten. In Deutschland ist ein Tracking-Stock-Modell nämlich nicht konkret geregelt.<sup>140</sup> Grundsätzlich ist es möglich, die Satzung entsprechend gewinnmodifizierend abzuändern, aber in Bezug auf Jahresabschlussarbeiten beinhaltet dies Mehrarbeit.<sup>141</sup> Grund dafür sind in Summe drei Abschlüsse bei einer Kapitalgesellschaft mit zwei Sparten, weil pro Sparte jeweils ein Abschluss anzufertigen ist und für die gesamte Kapitalgesellschaft, in der sich die beiden Sparten befinden, dann ein Gesamtabchluss angefertigt werden muss.<sup>142</sup> Diese Hürden werden akzeptiert, da der Rentabilitätsaspekt einfach zu viele Vorteile gegenüber der aufwendigeren Rechnungslegung bietet.

## 3.5 Spartengewinne im steuerlichen Querverbund

### 3.5.1 Hintergrund

Im kommunalen Bereich steht die Versorgung der Bewohner der jeweiligen Region im Vordergrund. Aufgrund dessen gelten für juristische Personen des öffentlichen Rechts (jPdÖR) besondere Regeln. Gemäß § 4 Abs. 1 KStG sind alle Einrichtungen, die innerhalb der jPdÖR betrieblichen Charakter haben und dabei Einnahmen erzielen wollen, Betriebe gewerblicher Art (BgA), weil diese mit den privatwirtschaftlichen Unternehmen konkurrieren.<sup>143</sup> Gemäß § 8 Abs. 1 Satz 2 KStG sind die Gewinnerzielungsabsicht inklusive der Beteiligung am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr aus dem Bereich der privatwirtschaftlichen Unternehmen jedoch kein Kriterium für einen BgA. Wenn eine jPdÖR einen oder mehrere BgA betreibt, ist die unbeschränkte Körperschaftsteuerpflicht laut § 1 Abs. 1 Nr. 6 KStG für die jPdÖR die Folge. Mit der Zeit wurde den einzelnen BgA allerdings immer mehr Eigenständigkeit zugesprochen, wodurch ein BgA von der jPdÖR wie eine Kapitalgesellschaft eines Alleingesellschafters im privatwirtschaftlichen Umfeld zu behandeln ist.<sup>144</sup> Folglich kann der BgA steuerlich wirksam agieren.

Eine Besonderheit bei BgA liegt in der Zusammenfassung mehrerer BgA in den Grenzen von § 4 Abs. 6 KStG. Dabei müssen die zusammengefassten BgA gleichartig (§ 4 Abs. 6

<sup>140</sup> Vgl. Prinz, U., Schürner, C. T., DStR, 2001, S. 759, 760

<sup>141</sup> Vgl. Tonner, M., IStR, 2002, S. 317, 322

<sup>142</sup> Vgl. Prinz, U., Schürner, C. T., DStR, 2001, S. 759, 764 als auch Tonner, M., IStR, 2002, S. 317, 322

<sup>143</sup> Vgl. Hey, J., 2020, in Tipke/Lang Steuerrecht, Rz. 11.28

<sup>144</sup> Vgl. Ballwieser, P., 2019, in Prinz/Witt Steuerliche Organschaft, Rz. 21.1

Nr. 1 KStG) oder eng wechselseitig technisch-wirtschaftlich verflochten sein (§ 4 Abs. 6 Nr. 2) KStG oder einen Versorgungsbetrieb nach § 4 Abs. 3 KStG darstellen (§ 4 Abs. 6 Nr. 3 KStG).<sup>145</sup> Ein Hoheitsbetrieb, wie z. B. die Feuerwehr stellt keinen BgA gemäß § 4 Abs. 5 KStG dar.<sup>146</sup>

Die Folge dieser Zusammenfassung ist der Verlustausgleich gewinnträchtiger Aktivitäten mit nicht gewinnträchtigen Aktivitäten, weil andernfalls jeder BgA steuerlich alleinstehend zu betrachten wäre.<sup>147</sup> Namentlich ist diese Zusammenfassung als *Steuerlicher Querverbund* bekannt.<sup>148</sup> Beispiele für Dauerverlusttätigkeiten sind Schwimmbäder oder Kultureinrichtungen, wobei auf der anderen Seite gewinnbringende Tätigkeiten wie die Energieversorgung oder die Grundstücksverwertung stehen.<sup>149</sup> Für die Kommunen ist dieser Umstand sehr wichtig, weil so gewährleistet wird, dass sich in Dauerverlusttätigkeiten keine Verlustvorräte ansammeln, die niemals für einen Verlustausgleich mit Gewinnen aus anderen Bereichen genutzt werden können. Andernfalls müssten be- bzw. versteuerte Gewinne aus der Energieversorgung die Kosten bzw. Verluste einer Kommune decken.<sup>150</sup>

Es gilt zwischen BgA und Eigengesellschaften zu unterscheiden. Falls jPdÖR Eigengesellschaften gründen, müssen diese mehrheitlich den jPdÖR zuzurechnen sein. Die Eigengesellschaften sind dann einer Spartenrechnung gemäß § 8 Abs. 7 Satz 2 KStG i. V. m. § 8 Abs. 9 Satz 1 Nr. 1-3 KStG zu unterwerfen.<sup>151</sup> Über diesen Weg können dann seit dem JStG 2009 analog zu den BgA (d.h. in den Grenzen von § 4 Abs. 6 KStG) Verluste ausgeglichen werden.<sup>152</sup> Wenn bestimmte Dauerverlustgeschäfte in den Eigengesellschaften entstehen, ist dadurch - anders als bei einer Kapitalgesellschaft in der Privatwirtschaft - keine vGA i. S. d. § 8 Abs. 7 Satz 2 KStG anzunehmen. Präzisiert wird dies durch eine Klassifikation der Dauerverlustgeschäfte. Es muss sich um ein gesundheits-, sozial-, verkehrs-, umwelt-, kultur- oder bildungspolitisches Dauerverlustgeschäft handeln.<sup>153</sup> Die Hürden für eventuellen Missbrauch sind somit klar definiert.

Alles in Allem verfolgt der steuerliche Querverbund das Motiv einer wirksamen Gewinn- und Verlustverrechnung der einzelnen Sparten, wofür eine Organschaft bestehen muss.<sup>154</sup>

<sup>145</sup> Vgl. Hey, J., 2020, in Tipke/Lang Steuerrecht, Rz. 11.28

<sup>146</sup> Vgl. Ballwieser, P., 2019, in Prinz/Witt Steuerliche Organschaft, Rz. 21.2

<sup>147</sup> Vgl. Maul, M., Reinke, M., 2020, NWB, S. 1770, 1770 f.

<sup>148</sup> Vgl. Maul, M., Reinke, M., 2020, NWB, S. 1770, 1770 f.

<sup>149</sup> Vgl. Ballwieser, P., 2019, in Prinz/Witt Steuerliche Organschaft, Rz. 21.3

<sup>150</sup> Vgl. Maul, M., Reinke, M., 2020, NWB, S. 1770, 1770 f.

<sup>151</sup> Vgl. Eversberg, H., 2012, DStZ, S. 278, 283

<sup>152</sup> Vgl. Schiffers, J., 2018, DStZ, S. 417, 418

<sup>153</sup> Vgl. Müller, T., 2020, in M/D/L Die Organschaft, Rz. 710

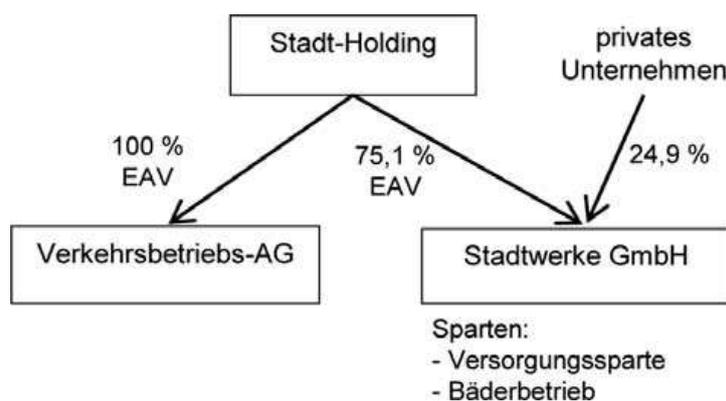
<sup>154</sup> Vgl. Abts, D., Kremers, J., 2019, StuB, S. 427, 428

Dies geschieht durch § 15 Satz 1 Nr. 5 Satz 1 KStG, wonach eine Verlustverrechnung auf Ebene der Organgesellschaft durchgeführt werden darf und das Verlustverrechnungsverbot (§ 8 Abs. 9 Satz 4 KStG) nicht einschlägig ist.<sup>155</sup>

### 3.5.2 Spartenrechnung in der Organschaft

In der Praxis wird die Spartenrechnung im Bereich der Organschaft wie folgt umgesetzt: Eine Stadt bzw. Kommune gründet Eigengesellschaften mit verschiedenen Sparten, die eine Verlustverrechnung ermöglichen. Kommunen gliedern dafür Tätigkeitssparten, wie z. B. Bäderbetriebe oder Energieversorgung, auf Eigengesellschaften aus. Somit befinden sich diese beiden Sparten beispielsweise in einer Stadtwerke GmbH. Die Stadtwerke GmbH ist Organgesellschaft der Stadt-Holding und es besteht ein EAV zwischen den beiden Gesellschaften. Eine Tracking-Stock-Struktur auf kommunaler Ebene in einer Organschaft ist hier umgesetzt worden.<sup>156</sup>

Die Besonderheit an diesem Konstrukt ist eine wirksame Organschaft mit einem außenstehenden Minderheitsgesellschafter. Dieser Minderheitsgesellschafter erhält seinen disquotalen Gewinnanteil nur entsprechend der profitablen Sparte.<sup>157</sup> An Verlusten aus der anderen Sparte darf er aufgrund § 8 Abs. 7 Satz 1 Nr. 2 Satz 2 KStG nicht beteiligt werden. Die Tatsache, für Verluste nicht aufkommen zu müssen und gleichzeitig überproportionale Gewinne zu vereinnahmen, sind ein gängiges Motiv für private Minderheitsgesellschafter, sich an einer kommunalen Organschaft zu beteiligen.<sup>158</sup> Das folgende Schaubild fasst die Situation zusammen:



<sup>155</sup> Vgl. Kolbe, S., 2019, in Prinz/Witt Steuerliche Organschaft 13.87

<sup>156</sup> Vgl. zu diesem Absatz Schiffers, J., 2019, DStZ, S. 79, 80

<sup>157</sup> Vgl. Jauch, J., 2019, DK, S. 220, 220

<sup>158</sup> Vgl. Abts, D., Kremers, J., 2019, StuB, S. 427, 428

*Abbildung 7: Tracking Stock im kommunalen Bereich*

*Quelle: Schiffers, J., 2019, DStZ, S. 79, 80*

Diese Strukturierung bietet dem privaten Unternehmen bzw. dem Minderheitsgesellschafter die Möglichkeit, nur an der Versorgungssparte beteiligt zu sein. Folglich ergibt sich beispielhaft diese Gewinnverteilung:

| Stadtwerke GmbH         | Ergebnis            | Gewinnverteilung    |                     |
|-------------------------|---------------------|---------------------|---------------------|
|                         |                     | Stadt 75,1 %        | Privater 24,9 %     |
| Versorgungssparte       | 1.000.000,00 €      | 751.000,00 €        | 249.000,00 €        |
| Bäderbetrieb            | - 100.000,00 €      | - 100.000,00 €      |                     |
| <b>Jahresüberschuss</b> | <b>900.000,00 €</b> | <b>651.000,00 €</b> | <b>249.000,00 €</b> |

*Abbildung 8: Gewinnverteilung im kommunalen Bereich*

*Quelle: in Anlehnung an Schiffers, J., 2019, DStZ, S. 79, 80*

Nach dem BFH-Urteil<sup>159</sup> wäre diese Gestaltung nun nicht länger möglich. Grund dafür ist die disquotale bzw. spartenbezogene Gewinnausschüttung. Der private Investor hat in obigem Sachverhalt die Verluste nicht mitzutragen, sondern partizipiert nur von den Gewinnen der Versorgungssparte. Laut der Richter\*innen sei nicht der gesamte Gewinn i. S. d. § 14 Abs. 1 Satz 1 KStG durch diese Konstellation abgeführt worden.<sup>160</sup>

<sup>159</sup> Vgl. BFH-Urteil v. 10.05.2017, I R 93/15, BStBl. II 2019, S. 278

<sup>160</sup> Vgl. BFH-Urteil v. 10.05.2017, I R 93/15, BStBl. II 2019, S. 278 Rn. 18 m.w.N.

## 4 Neuregelung des § 14 Abs. 2 KStG

### 4.1 Der außenstehende Gesellschafter

Die zuvor beschriebene Problematik trifft einige Strukturen im öffentlichen bzw. kommunalen, aber auch im privatwirtschaftlichen Sektor.<sup>161</sup> Zunächst gilt es allerdings zu definieren, wer ein außenstehender Gesellschafter ist.

Der außenstehende Gesellschafter wird von § 304 Abs. 1 Satz 1 AktG im Zusammenhang mit dem EAV thematisiert. Folglich steht der § 16 KStG in direktem Bezug zum § 304 AktG, weil die Organgesellschaft die Ausgleichszahlung an außenstehende Gesellschafter als eigenes Einkommen zu versteuern hat.

Außenstehende Gesellschafter sind alle Gesellschafter, die nicht in den EAV einbezogen sind.<sup>162</sup> Ergänzend dazu sind ebenfalls konzernangehörige, folglich den Vertragspartnern mittelbar oder unmittelbar zurechenbare Gesellschafter, nicht außenstehend.<sup>163</sup> Dieser Umstand folgt dem Schutzgedanken des § 304 AktG. Minderheitsaktionäre sind nicht mehr schutzbedürftig, sobald sie konzernzugehörig sind.<sup>164</sup>

Gesellschafts- bzw. handelsrechtlich gilt der Ausgleichsanspruch der außenstehenden Gesellschafter gemäß § 304 AktG hauptsächlich für AGs und KGaAs. Steuerlich bietet § 17 KStG die Möglichkeit, auch eine GmbH als Organgesellschaft und dadurch als abführungspflichtige Gesellschaft einzusetzen. Fraglich ist daher, ob die Vorschriften des AktG auf die GmbH analog angewendet werden können.

Für den Fall, dass alle GmbH-Gesellschafter dem EAV zustimmen müssen, entfällt die Ausgleichsverpflichtung an den außenstehenden Gesellschafter.<sup>165</sup> Dies ist folgerichtig, weil dementsprechend vom EAV benachteiligte Gesellschafter ihr Veto-Recht haben und den EAV dadurch verhindern können. Einer steuerlichen Anerkennung steht in diesem Fall nichts entgegen. Grund dafür ist die nicht anwendbare Nichtigkeitsfolge des § 304 Abs. 3 AktG.<sup>166</sup>

---

<sup>161</sup> Vgl. Brühl, M., Weiss, M., 2020, BB, S. 1436, 1436 f.

<sup>162</sup> Vgl. Emmerich, V., Habersack, M., 2020, KonzernR § 21 Rn. 12

<sup>163</sup> Vgl. Dötsch, E., EL 95 - 02/2019, in D/P/M, § 16 KStG Tz. 8 und Emmerich, V., Habersack, M., 2020, KonzernR § 21 Rn. 12 als auch Frotscher, G., 01/2019, in F/D § 16 KStG Rz. 13

<sup>164</sup> Vgl. Frotscher, G., 01/2019, in F/D § 16 KStG Rz. 13

<sup>165</sup> Vgl. Emmerich, V., Habersack, M., 2020, KonzernR § 32 Rn. 25 und Müller, T., 2020, in M/D/L Die Organschaft, Rz. 716

<sup>166</sup> Vgl. Dötsch, E., EL 96 - 06/2019, in D/P/M, § 16 KStG Tz. 27

Wenn die GmbH-Gesellschafter den § 304 AktG analog auf die GmbH anwenden wollen, steht ihnen das frei.<sup>167</sup> Folglich kann die Gesellschafterversammlung mit einer  $\frac{3}{4}$  - Mehrheit die Außenstehenden- bzw. Minderheitsgesellschafter benachteiligen. In diesem Fall ist das Schutzerfordernis wieder einschlägig und ein zugesicherter Ausgleich ein wichtiges Sicherungsinstrument.<sup>168</sup>

Einzelfallbezogen sollte entschieden werden, welcher Weg der Vereinbarung gewählt wird. Es gilt jedoch zu beachten, dass das Weglassen einer Ausgleichszahlung an außenstehende Gesellschafter bei einer GmbH höchststrichterlich nicht geklärt ist.<sup>169</sup> Daraus folgt, dass die Ausgleichszahlung nur weggelassen werden sollte, wenn die Anwendung von § 304 AktG nicht analog für GmbH gilt.<sup>170</sup>

#### **4.2 Ausgleichszahlungen an außenstehende Gesellschafter**

Wichtig für diese Ausarbeitung ist die Ausgleichszahlung an außenstehende Gesellschafter. Wie zuvor erläutert, sind außenstehende Gesellschafter alle Gesellschafter, die nicht von dem Ergebnisabführungsvertrag bedacht wurden und Anteile an der Gesellschaft halten.<sup>171</sup>

Ausgleichszahlungen sind sowohl im Handels- als auch im Steuerrecht geregelt. Das Handelsrecht verlangt grundsätzlich gemäß § 304 Abs. 1 Satz 1 AktG eine Entschädigung der Minderheitsgesellschafter, die aufgrund des Gewinnabführungsvertrags keine reguläre Dividende mehr erhalten. Daher wird in § 304 Abs. 2 Satz 1 AktG der feste Mindestausgleich definiert. Die Berechnung dieses Ausgleichs richtet sich nach der Ertragslage der letzten vorangegangenen Jahre unter Berücksichtigung der künftigen Ertragslage. Herausgerechnet werden außerordentliche Gewinnminderungen. Darüber hinaus kann laut § 304 Abs. 2 Satz 2 f. AktG auch ein variabler Ausgleich vereinbart werden. Falls kein Ausgleich vorgesehen ist, lässt § 304 Abs. 3 AktG den EAV scheitern.<sup>172</sup> Nebst des angemessenen Ausgleichs muss der EAV eine Abfindungs-Options nach § 305 AktG enthalten. Den außenstehenden Gesellschaftern wird somit eine Verkaufsgarantie an die Mehrheitsgesellschafter zugesprochen.<sup>173</sup> Wirksam wird der Ausgleichsanspruch des außenstehenden Gesellschafter, sofern vereinbart, mit dem Wirksamwerden des EAV.<sup>174</sup>

<sup>167</sup> Vgl. Frotscher, G., 01/2019, in F/D § 16 KStG Rz. 20

<sup>168</sup> Vgl. Neumann, S., 2020, in Gosch § 16 KStG Rn. 3

<sup>169</sup> Vgl. Müller, T., 2020, in M/D/L Die Organschaft, Rz. 716 m.w.N.

<sup>170</sup> Vgl. Dötsch, E., EL 96 - 06/2019, in D/P/M, § 16 KStG Tz. 27 m.w.N.

<sup>171</sup> Vgl. Koch, J., 2020, in Hüffer/Koch § 304 AktG Rn. 2

<sup>172</sup> Vgl. Neumann, S., 2020, in Gosch § 14 KStG Rn. 201

<sup>173</sup> Vgl. Neumann, S., 2020, in Gosch § 14 KStG Rn. 203

<sup>174</sup> Vgl. Wagner, J., 2019, in Prinz/Witt Steuerliche Organschaft, Rz. 15.24 m.w.N.

Steuerlich sind Ausgleichszahlungen in § 16 KStG i. V. m. § 4 Abs. 5 Satz 1 Nr. 9 EStG vermerkt.<sup>175</sup> § 16 KStG regelt die Ausgleichszahlungen in dem Umfang über das Handels- bzw. Gesellschaftsrecht hinaus, dass Zahlungen, die nicht als Ausgleich betitelt sind, trotzdem steuerlich als solche angesehen werden können.<sup>176</sup> Beispiele dafür sind Genussrechte i. S. d. § 8 Abs. 3 Satz 2 KStG oder auch freiwillige Vereinbarungen, die nicht im EAV aufgeführt sind.<sup>177</sup> Im Aktienrecht sind solche Ausgleichsformen nicht vorgesehen. Für diese Ausarbeitung steht jedoch der im Aktienrecht geregelte Ausgleich an den Minderheitsgesellschafter im Vordergrund. § 4 Abs. 5 Satz 1 Nr. 9 EStG gibt an, dass der Gewinn durch Ausgleichszahlungen nicht gemindert werden darf, was mit der selbständigen Besteuerung auf Ebene der Organgesellschaft einher geht.

Grundsätzlich ist der Organträger zivilrechtlicher Schuldner der Ausgleichszahlung.<sup>178</sup> Die Organgesellschaft leistet diese in aller Regel, was die Aktivierung eines Rückforderungsanspruchs und die Anwendung des § 16 Satz 2 KStG bewirkt.<sup>179</sup> Es gibt zwei Varianten, eine Ausgleichszahlung zu vereinbaren.

#### **4.2.1 Feste Ausgleichszahlungen**

Die erste Variante, einem außenstehenden Gesellschafter der Organgesellschaft einen Ausgleich zu zahlen, erfolgt über § 304 Abs. 2 Satz 1 AktG:

„<sup>1</sup>Als Ausgleichszahlung ist mindestens die jährliche Zahlung des Betrags zuzusichern, der nach der bisherigen Ertragslage der Gesellschaft und ihren künftigen Ertragsaussichten unter Berücksichtigung angemessener Abschreibungen und Wertberichtigungen, jedoch ohne Bildung anderer Gewinnrücklagen, voraussichtlich als durchschnittlicher Gewinnanteil auf die einzelne Aktie verteilt werden könnte.“<sup>180</sup>

Diese Norm knüpft an die Ertragslage und Ertragsaussichten an. Folglich hilft bei der Ermittlung dieser Faktoren das Ertragswertverfahren.<sup>181</sup> Dadurch entfällt auch die Betrachtung eines möglichen Börsenkurses, weil lediglich auf die antizipierten Gewinne abgestellt

<sup>175</sup> Vgl. Dinkelbach, A., 2019, S. 482

<sup>176</sup> Vgl. Dötsch, E., EL 96 - 06/2019, in D/P/M, § 16 KStG Tz. 25

<sup>177</sup> Vgl. Dötsch, E., EL 96 - 06/2019, in D/P/M, § 16 KStG Tz. 23 f.

<sup>178</sup> Vgl. Emmerich V., 2019, in Emmerich/Habersack Aktien- und GmbH KonzernR § 304 AktG Rn. 23 m.w.N.

<sup>179</sup> Vgl. Wagner, J., 2019, in Prinz/Witt Steuerliche Organschaft, Rz. 15.23 m.w.N.

<sup>180</sup> § 304 Abs. 2 Satz 1 AktG

<sup>181</sup> Vgl. Wagner, J., 2019, in Prinz/Witt Steuerliche Organschaft, Rz. 15.18 m.w.N.

wird.<sup>182</sup> Nicht betriebsnotwendiges Vermögen bleibt grundsätzlich außer Betracht,<sup>183</sup> es sei denn, dass sich Erträge aus diesem ergeben.<sup>184</sup>

#### 4.2.2 Variable Ausgleichszahlungen

Die zweite Variante findet sich im variablen Ausgleich gemäß § 304 Abs. 2 Satz 2 f. AktG wieder:

„Ist der andere Vertragsteil eine Aktiengesellschaft oder Kommanditgesellschaft auf Aktien, so kann als Ausgleichszahlung auch die Zahlung des Betrags zugesichert werden, der unter Herstellung eines angemessenen Umrechnungsverhältnisses auf Aktien der anderen Gesellschaft jeweils als Gewinnanteil entfällt. <sup>3</sup>Die Angemessenheit der Umrechnung bestimmt sich nach dem Verhältnis, in dem bei einer Verschmelzung auf eine Aktie der Gesellschaft Aktien der anderen Gesellschaft zu gewähren wären.“<sup>185</sup>

Die Umsetzung dieser Norm erfordert, konträr zum festen Ausgleich, nicht die Berücksichtigung des Ertragswerts unter Hinzuziehung des nicht betriebsnotwendigen Vermögens, wobei der Börsen- und Liquidationswert als Bemessungsuntergrenze des Betrags fungiert.<sup>186</sup> Als Bemessungsgrundlage für § 304 Abs. 2 Satz 2 AktG dient die ausgezahlte Dividende an die Mehrheitsaktionäre, die dann auf den prozentualen Anteil des Minderheitsgesellschafters umgerechnet wird, was in der Praxis ein gängiger Weg ist.<sup>187</sup> Den Ausschüttungsrahmen kann die Gesellschaft dabei jedoch weitreichend selbst bestimmen. Um den außenstehenden Gesellschafter adäquat schützen zu können, sollte daher der Jahresüberschuss und nicht die Dividende herangezogen werden.<sup>188</sup>

Allgemein findet der fixe Ausgleich in der Praxis deutlich häufiger Anwendung als sein Gegenstück.<sup>189</sup> Hauptgrund dafür ist eine zuverlässigere Bemessung der Zahlungsabflüsse.

Folgendes Schaubild fasst die Systematik der Ausgleichszahlungen an den außenstehenden Gesellschafter zusammen:

<sup>182</sup> Vgl. Koch, J., 2020, in Hüffer/Koch § 304 AktG Rn. 8 m.w.N.

<sup>183</sup> Vgl. van Rossum, K., 2020, in MüKo § 304 AktG Rn. 89

<sup>184</sup> Vgl. Emmerich V., 2019, in Emmerich/Habersack Aktien- und GmbH KonzernR § 304 AktG Rn. 42 und Koch, J., 2020, in Hüffer/Koch § 304 AktG Rn. 10

<sup>185</sup> § 304 Abs. 2 Satz 2 f. AktG

<sup>186</sup> Vgl. Wagner, J., 2019, in Prinz/Witt Steuerliche Organschaft, Rz. 15.21 m.w.N.

<sup>187</sup> Vgl. Koch, J., 2020, in Hüffer/Koch § 304 AktG Rn. 15 m.w.N. und van Rossum, K., 2020, in MüKo § 304 AktG Rn. 70 f. m.w.N.

<sup>188</sup> Vgl. Wagner, J., 2019, in Prinz/Witt Steuerliche Organschaft, Rz. 15.21

<sup>189</sup> Vgl. Koch, J., 2020, in Hüffer/Koch § 304 AktG Rn. 14 m.w.N.



Abbildung 9: Ausgleichszahlungen

Quelle: Dinkelbach, A., 2019, S. 482

#### 4.3 Zustand ohne § 14 Abs. 2 KStG

Bisherige Erläuterungen zum § 304 AktG stellen dar, dass entweder ein fester oder variabler Ausgleich an den außenstehenden Gesellschafter gezahlt werden muss. Die Möglichkeit, einen variablen Ausgleich zusätzlich zu einem fixen zu zahlen, ist allerdings ein beliebtes Mittel in der Praxis.<sup>190</sup> Viel entscheidender war jedoch, dass auch die Finanzverwaltung eine zum fixen Ausgleich ergänzende Zahlung als unschädlich ansah.<sup>191</sup> Dieser Nichtanwendungserlass der Finanzverwaltung zur gegenteiligen BFH-Rechtsprechung stellte die Grundlage zahlreicher Organschaften dar.<sup>192</sup>

Konträr zu der Verwaltungsauffassung steht der BFH, weil jener gleich zweimal gegen eine Kombination aus fixem und variablem Ausgleich urteilte.<sup>193</sup> Der BFH ist nicht an Verwaltungsanweisungen gebunden<sup>194</sup> und ignorierte daher in seinem jüngeren Urteil das BMF-Schreiben vom 20.04.2010. In der Folge stehen somit zwei Urteile gegen das praktizierte Prinzip. Alle Organschaften, die neben einem fixen auch einen gewinnorientierten Ausgleichsanspruch an den außenstehenden Gesellschafter vereinbart haben, scheitern daher final durch das BFH-Urteil vom 10.05.2017.<sup>195</sup>

In diesem BFH-Urteil wird das Gesamtgewinnabführungsgebot der Organschaft in den Vordergrund gerückt.<sup>196</sup> Dies ist von Relevanz, weil das Finanzamt im Urteils Sachverhalt gegen

<sup>190</sup> Vgl. Schiffers, J., 2019, DStZ, S. 79, 79 f.

<sup>191</sup> Vgl. BMF-Schreiben v. 20.04.2010, BStBl. I 2010, S. 372

<sup>192</sup> Vgl. Brühl, M., Weiss, M., 2020, BB, S. 1436, 1436

<sup>193</sup> Vgl. BFH v. 04.03.2009, I R 1/08, BStBl. II 2010, S. 407 und BFH v. 10.05.2017, I R 93/15, BStBl. II 2019, S. 278

<sup>194</sup> Vgl. BFH v. 20.07.2016, I R 50/15, BStBl. II 2017, S. 230 Rn. 22 m.w.N.

<sup>195</sup> Vgl. BFH v. 10.05.2017, I R 93/15, BStBl. II 2019, S. 278

<sup>196</sup> Vgl. BFH v. 10.05.2017, I R 93/15, BStBl. II 2019, S. 278 Rn. 20

die disquotale Ausschüttung in Form einer Nichtanerkennung der Organschaft agierte.<sup>197</sup> Die Finanzverwaltung brach daher mit Ihrem eigenen Nichtanwendungserlass, indem sie die Organschaft steuerlich nicht anerkannte. Das körperschaftsteuerliche Privileg der Organschaft durch eine zu geringe Gewinnabführung an den Organträger zu unterwandern ist nicht der Zweck des Nichtanwendungserlasses.<sup>198</sup> Es wird daher deutlich, dass das Finanzamt eine inkongruente Ausschüttung so lange akzeptiert, bis die (übergeordneten) Regeln der körperschaftsteuerlichen Organschaft missachtet werden.

Im vorliegenden Streitfall war die Gewinnabführung an den Organträger geringer als die Ausgleichszahlung an den Minderheitsgesellschafter.<sup>199</sup> Das Urteil untermauert, dass die Finanzverwaltung und der BFH in Teilen die gleiche Auffassung hinsichtlich der körperschaftsteuerlichen Organschaft haben. Eine kombinierte Zahlung aus fixem und variablem Ausgleich wurde zwar von der Finanzverwaltung grundsätzlich anerkannt, wohingegen ein Missbrauch nicht gebilligt wird. Der BFH geht noch einen Schritt weiter, indem er die kombiniert fixe und variable Ausgleichszahlung gesellschaftsrechtlich als nicht anwendbar sieht, was sich letztlich negativ auf die steuerliche Anerkennung auswirkt.<sup>200</sup>

Für die Praxis ist diese Ausgangssituation doppelt ungünstig. Selbst wenn der gesamte Gewinn gemäß des EAVs an den Organträger abgeführt wird, so dürfe der außenstehende Gesellschafter aufgrund des Urteils keine kombiniert fixe und variable Ausgleichszahlung erhalten. Dies benachteiligt maßgeblich die Anwendung der Tracking-Stock-Modelle im Bereich der Organschaft. Der Nichtanwendungserlass der Finanzverwaltung findet keinerlei Anwendung mehr, selbst wenn die Regeln der körperschaftsteuerlichen Organschaft beachtet werden.

Die Tracking-Stock-Modelle im privaten und öffentlichen Bereich setzen inkongruente Ausschüttung aufgrund besonderen Innovationsinputs jedoch voraus. Die Motivation der Minderheitsgesellschafter zur Investition wird durch außerordentliche bzw. disquotale Gewinnausschüttungen noch weiter gesteigert. Dadurch fällt die Chance, Wettbewerbsvorteile zu erlangen, gänzlich weg. Darüber hinaus kann der zusätzlich variable Ausgleich die außenstehenden Gesellschafter motivieren, einem EAV überhaupt zuzustimmen.<sup>201</sup>

Mit der Neuschaffung des § 14 Abs. 2 KStG<sup>202</sup> und der damit einhergehenden unschädlichen Begrenzung des zusätzlich variablen Ausgleichs wird ein Kompromiss in Bezug auf die

<sup>197</sup> Vgl. BFH v. 10.05.2017, I R 93/15, BStBl. II 2019, S. 278 Rn. 8

<sup>198</sup> Vgl. BMF-Schreiben v. 20.04.2010, BStBl. I 2010, S. 372

<sup>199</sup> Vgl. BFH v. 10.05.2017, I R 93/15, BStBl. II 2019, S. 278 Rn. 18

<sup>200</sup> Vgl. BFH v. 10.05.2017, I R 93/15, BStBl. II 2019, S. 278 Rn. 19 und Rn. 21

<sup>201</sup> Vgl. Hasbach, A., 2019, DStR, S. 81, 82 m.w.N.

<sup>202</sup> Vgl. BGBl. I, 2018, S. 2345

Organschaften geschaffen. Ohne diesen Paragraphen würden viele Organschaften aufgrund nicht vorhandener steuerlicher Anerkennung scheitern (s. Kapitel 2.2.4).

Es lässt sich daher schlussfolgern, dass die Einführung des § 14 Abs. 2 KStG notwendig war, um die etablierten Organschaften nicht scheitern zu lassen. Daran anknüpfend bietet die Übergangsregelung gemäß § 34 Abs. 6d Satz 1 KStG für zukünftig nicht mehr statthafte Strukturen die Möglichkeit, diese bis einschließlich 2021 abzuändern.<sup>203</sup>

Es gilt außerdem, sich den Wortlaut des § 14 Abs. 2 KStG zu vergegenwärtigen:

„<sup>1</sup>Der ganze Gewinn gilt auch dann als abgeführt im Sinne des Absatzes 1 Satz 1, wenn über den mindestens zugesicherten Betrag im Sinne des § 304 Absatz 2 Satz 1 des Aktiengesetzes hinausgehende Ausgleichszahlungen vereinbart und geleistet werden. <sup>2</sup>Dies gilt nur, wenn die Ausgleichszahlungen insgesamt den dem Anteil am gezeichneten Kapital entsprechenden Gewinnanteil des Wirtschaftsjahres nicht überschreiten, der ohne Gewinnabführungsvertrag hätte geleistet werden können. <sup>3</sup>Der über den Mindestbetrag nach § 304 Absatz 2 Satz 1 des Aktiengesetzes hinausgehende Betrag muss nach vernünftiger kaufmännischer Beurteilung wirtschaftlich begründet sein.“<sup>204</sup>

Der § 14 Abs. 2 KStG bietet einiges an Interpretationsspielraum, weshalb eine Auslegung durch die Finanzverwaltung herbeigeseht wurde.<sup>205</sup> Im folgenden Kapitel werden die einzelnen Randnummern des BMF-Schreibens zu § 14 Abs. 2 KStG<sup>206</sup> analysiert und bewertet.

---

<sup>203</sup> Vgl. Hasbach, A., 2020, DB, S. 806, 807

<sup>204</sup> § 14 Abs. 2 KStG

<sup>205</sup> Vgl. Brühl, M., Weiss, M., 2020, BB, S. 1436, 1436 f. und Hasbach, A., 2020, DB, S. 806, 807 als auch Zimmermann, F., 2020, DK, S. 181, 181 f.

<sup>206</sup> Vgl. BMF-Schreiben v. 04.03.2020, BStBl. I 2020, S. 256

## **5 BMF-Schreiben zu § 14 Abs. 2 KStG vom 04.03.2020**

### **5.1 Anwendungsbereich (Rn. 2 - 5)**

Das BMF-Schreiben thematisiert zunächst Satz 1 des § 14 Abs. 2 KStG. Dieser erste Satz lässt sich unter dem Begriff des Anwendungsbereiches zusammenfassen. Den Anwendungsbereich legt die Finanzverwaltung in den Randnummern zwei bis fünf aus.

#### **5.1.1 Schuldner der Ausgleichzahlung (Rn. 2)**

Den Schuldner der Ausgleichzahlung gemäß § 14 Abs. 2 Satz 1 KStG definiert das BMF wie folgt:

„(2) Für die Anwendung des § 14 Absatz 2 KStG ist es unerheblich, ob die Ausgleichszahlungen von der Organgesellschaft oder dem Organträger geleistet werden. Es kommt auch nicht darauf an, wer die Ausgleichszahlungen zivilrechtlich schuldet. Dies entspricht im Übrigen dem Rechtsgedanken des § 16 KStG, wonach stets die Organgesellschaft die Ausgleichszahlungen zu versteuern hat - unabhängig davon, ob sie selbst oder der Organträger die Ausgleichszahlungen geleistet hat.“<sup>207</sup>

Die Verwaltung folgt mit dieser Auslegung dem weitreichenden BFH-Urteil,<sup>208</sup> weil in diesem Urteil kein Unterschied zwischen Organgesellschaft oder Organträger als Zahlungsverpflichteter gemacht wurde.<sup>209</sup> Viel entscheidender war für den BFH, dass nicht der gesamte Gewinn der Organgesellschaft abgeführt wurde, da der zusätzlich variable Anteil zur Zeit des Urteils nicht kodifiziert war.<sup>210</sup> Vor dem Hintergrund des Nichtbestehens des § 14 Abs. 2 KStG ist die Sichtweise des BFH insoweit einleuchtend, als dass er das Privileg der Organschaft bewusst ins Betrachtungszentrum gerückt hat.

In der Literatur wird grundsätzlich die Auffassung geteilt, dass sowohl Organgesellschaft als auch Organträger die Ausgleichzahlung leisten können.<sup>211</sup> Entweder wird der gesamte Gewinn der Organgesellschaft abgeführt und der Organträger nimmt im Anschluss die Zahlung vor, oder die Organgesellschaft zahlt selbst und führt im Anschluss erst ihren übrigen

<sup>207</sup> BMF-Schreiben v. 04.03.2020, BStBl. I 2020, S. 256 Rn. 2

<sup>208</sup> Vgl. BFH v. 10.05.2017, I R 93/15, BStBl. II 2019, S. 278

<sup>209</sup> Vgl. Hasbach, A., 2020, DB, S. 806, 807

<sup>210</sup> Vgl. BFH v. 10.05.2017, I R 93/15, BStBl. II 2019, S. 278 Rn. 20

<sup>211</sup> Vgl. Dötsch, E., Pung, A., EL 99 - 06/2020, in D/P/M, § 14 KStG Tz. 679/4 als auch Jauch, J., Hörhammer, E., 2018, NWB, S. 3894

Gewinn ab.<sup>212</sup> Im Ergebnis erhält der außenstehende Gesellschafter seine Ausgleichszahlung nach § 16 KStG. Darüber hinaus steht dies auch mit § 14 Abs. 2 KStG im Einklang.

Losgelöst von der steuerlichen Sicht schuldet der Organträger zivilrechtlich dem außenstehenden Gesellschafter die Ausgleichszahlung.<sup>213</sup> Die Gesellschaften im Organkreis haben jedoch die Möglichkeit, sich zu verständigen, wer diese Zahlung tätigen muss.<sup>214</sup> Dies entspricht einer gesellschaftsinternen Regelungsmaßnahme, die einzelfallbezogen erörtert werden sollte. Zu beachten ist dabei, dass der Anspruch des außenstehenden Gesellschafters gegenüber des Organträgers bestehen bleibt, auch wenn die Organgesellschaft die Ausgleichszahlung vornimmt.<sup>215</sup> Es wird deutlich, dass der Organträger sehr weitreichende Verpflichtungen hat. Dies ist die Folge des Privilegs einer körperschaftsteuerlichen Organgesellschaft.

Die Finanzverwaltung würdigt die zivilrechtlichen Verpflichtungen im Verhältnis zu den steuerlichen weniger, weil in der Praxis effektiv kein Unterschied darin besteht, wer die Ausgleichszahlung schuldet. Der Organträger muss für die Organgesellschaft gemäß der Organschaftskriterien haften. Deutlich wird dies durch den Verweis auf § 16 KStG. Bei Leistung der Ausgleichszahlung durch den Organträger muss dennoch die Organgesellschaft gemäß § 16 Satz 2 KStG i. V. m. R 16 Abs. 2 Satz 3 KStR 2015 20/17 diesen selbst versteuern. Dieses Prinzip nennt sich gegenläufige Zurechnung.<sup>216</sup> Die gegenläufige Zurechnung ist einleuchtend, weil der außenstehende Gesellschafter an der Organgesellschaft und nicht am Organträger beteiligt ist.

Alles in Allem ist der zweiten Randnummer des BMF-Schreibens zuzustimmen. Für die Praxis bietet diese Auslegung keinen Vor- oder Nachteil, da am Grundkonzept des § 16 KStG - mit Erweiterung um § 14 Abs. 2 KStG - festgehalten wird.

### **5.1.2 Eröffnung des Anwendungsbereichs (Rn. 3 - 4)**

Bezüglich einer möglichen Anwendung des § 14 Abs. 2 KStG äußert sich die Finanzverwaltung in zwei gemeinsam zu betrachtenden Randnummern folgendermaßen:

„(3) Der Anwendungsbereich des § 14 Absatz 2 KStG ist nur eröffnet, wenn Ausgleichszahlungen vereinbart und geleistet werden.“

---

<sup>212</sup> Vgl. Frotscher, G., 06/2020, in F/D § 14 KStG Rz. 365d

<sup>213</sup> Vgl. Koch, J., 2020, in Hüffer/Koch § 304 AktG Rn. 4 m.w.N. und Emmerich V., 2019, in Emmerich/Habersack Aktien- und GmbH KonzernR § 304 AktG Rn. 23 m.w.N.

<sup>214</sup> Vgl. Emmerich V., 2019, in Emmerich/Habersack Aktien- und GmbH KonzernR § 304 AktG Rn. 24 m.w.N.

<sup>215</sup> Vgl. Hasbach, A., 2020, DB, S. 806, 807 m.w.N.

<sup>216</sup> Vgl. Dötsch, E., EL 95 - 02/2019, in D/P/M, § 16 KStG Tz. 50

(4) In Fällen, in denen neben dem aktienrechtlichen Mindestbetrag i. S. d. § 304 Absatz 2 Satz 1 AktG weitere, gewinnabhängige Ausgleichszahlungen zwar vereinbart sind, die variablen Betragskomponenten aber z. B. wegen eines niedrigen oder negativen Ergebnisses der Organgesellschaft in einem konkreten Wirtschaftsjahr nicht zu leisten sind und auch tatsächlich nicht geleistet werden, kommt § 14 Absatz 2 Satz 1 KStG für dieses Wirtschaftsjahr nicht zur Anwendung. In solchen Fällen bestimmt sich allein nach § 14 Absatz 1 KStG und § 16 KStG, dass die tatsächlich geleisteten Ausgleichszahlungen in der nach § 304 Absatz 2 Satz 1 AktG angeordneten Höhe unschädlich für die steuerliche Anerkennung der Organschaft sind.<sup>217</sup>

Das Hauptkriterium der körperschaftsteuerlichen Organschaft wird durch § 14 Abs. 1 KStG definiert. Folglich muss auch der § 14 Abs. 2 KStG an diesem anknüpfen.<sup>218</sup> An erster Stelle muss die Organschaft daher anerkannt werden und ein zusätzlich variabler Ausgleich überhaupt zur Debatte stehen. Falls die Gewinnabführung nicht der steuerlichen Hilfestellung des § 14 Abs. 2 KStG bedarf, erübrigt sich auch die Anwendung ebendieses.<sup>219</sup>

Daran anknüpfend können manche Wirtschaftsjahre nicht die prognostizierten Gewinne aufweisen. Außenstehende Gesellschafter erhalten aufgrund ausbleibender Gewinne keinen variablen Ausgleichs- bzw. Gewinnanteil. Der Grund, weswegen die Randnummern drei und vier des BMF-Schreibens vom 04.03.2020 nebenstehend sind, wird hier erneut deutlich. Die Voraussetzungen des § 14 Abs. 1 Satz 1 KStG sind zwar erfüllt, aber der Anwendung des § 14 Abs. 2 KStG bedarf es nicht.<sup>220</sup> Gleichermaßen kann in profitableren Wirtschaftsjahren wieder auf die Fiktion des § 14 Abs. 2 KStG zurückgegriffen werden.<sup>221</sup> Eine abweichende Regelung würde auch der Geschäftspraxis der Wirtschaft widersprechen. Es kann nicht nur profitable Wirtschaftsjahre geben. Die Nutzung des § 14 Abs. 2 KStG generell an Profitabilität zu knüpfen, ist daher nicht realistisch und die Auslegung des BMF sehr pragmatisch.

In der Vergangenheit wurde eine Aberkennung der Organschaft im Falle eines variablen Ausgleichs bei Verlusten vermutet.<sup>222</sup> Somit wurde schon vor dem hier diskutierten BMF-Schreiben die Frage gestellt, ob der Paragraph dementsprechend auszulegen sei. Die aktuelle Auslegung durch die Finanzverwaltung nimmt die zuvor ausgeübte Kritik auf, sodass

<sup>217</sup> BMF-Schreiben v. 04.03.2020, BStBl. I 2020, S. 256 Rn. 3-4

<sup>218</sup> Vgl. Hasbach, A., 2020, DB, S. 806, 808

<sup>219</sup> Vgl. Brühl, M., Weiss, M., 2020, BB, S. 1436, 1437 und Hasbach, A., 2020, DB, S. 806, 808

<sup>220</sup> Vgl. Hasbach, A., 2020, DB, S. 806, 808 und Zimmermann, F., 2020, DK, S. 181, 182

<sup>221</sup> Vgl. Dötsch, E., Pung, A., EL 99 - 06/2020, in D/P/M, § 14 KStG Tz. 679/6b

<sup>222</sup> Vgl. Brühl, M., Weiss, M., 2018, BB, S. 2135, 2139 und Nürnberg, P., 2018, NWB, S. 2856, 2860

nun der mehrheitlich gesehene Zweck erfasst ist.<sup>223</sup> Lediglich auf Basis weniger bzw. gar nicht erfolgreicher Jahren darf eine Organschaft nicht scheitern. Der Zweck der Gewinn- und Verlustübernahme wäre nicht erfüllt.

### 5.1.3 Nullausgleich (Rn. 5)

Zum Ausgleichsanspruch i. S. d. § 14 Abs. 2 KStG i. V. m. § 304 Abs. 2 AktG bezieht die Finanzverwaltung wie folgt Stellung:

„(5) Der Anwendungsbereich des § 14 Absatz 2 KStG ist eröffnet, wenn die Vereinbarung zu Ausgleichszahlungen keine Festbetragskomponente i. S. d. § 304 Absatz 2 Satz 1 AktG enthält, sondern die Ausgleichszahlungen nach dem Gewinn des Organträgers bemessen werden (variable Ausgleichszahlung i. S. d. § 304 Absatz 2 Satz 2 AktG). Der mindestens zugesicherte Betrag i. S. d. § 304 Absatz 2 Satz 1 AktG beläuft sich in diesem Fall auf null. Somit geht der Gesamtbetrag der Ausgleichszahlungen über diesen Betrag hinaus und unterliegt in voller Höhe der betragsmäßigen Begrenzung nach § 14 Absatz 2 Satz 2 KStG; siehe hierzu Randnummer 6.“<sup>224</sup>

Über diese Auslegung besteht in der Literatur Uneinigkeit.<sup>225</sup> Die herrschende ablehnende Meinung sieht den § 304 Abs. 2 Satz 2 AktG vom § 14 Abs. 2 KStG nicht erfasst und bezieht sich damit explizit auf den Gesetzeswortlaut.<sup>226</sup> Diese Sichtweise hat Gewicht, weil § 14 Abs. 2 Satz 1 KStG augenscheinlich § 304 Abs. 2 Satz 2 AktG nicht erwähnt.

Die in § 304 Abs. 2 Satz 1 und Satz 2 AktG definierten Ausgleichsvarianten sind gleichwertig.<sup>227</sup> Ein vereinbarter Nullausgleich ist nicht mit dem Fehlen eines Ausgleichs gleichzusetzen.<sup>228</sup> Daraus folgt, dass der Festbetrag nicht Null entspricht, weil er an erster Stelle nicht vereinbart wurde.<sup>229</sup> Die außenstehenden Gesellschafter erhalten daher in diesem Fall

<sup>223</sup> Vgl. Brühl, M., Weiss, M., 2020, BB, S. 1436, 1437 und Hasbach, A., 2020, DB, S. 806, 808 als auch Zimmermann, F., 2020, DK, S. 182

<sup>224</sup> BMF-Schreiben v. 04.03.2020, BStBl. I 2020, S. 256 Rn. 5

<sup>225</sup> Vgl. Gegen diese Auslegung: Brühl, M., Weiss, M., 2020, BB, S. 1436, 1437 f. und Frotscher, G., 06/2020, in F/D § 14 KStG Rz. 365d und Hasbach, A., 2020, DB, S. 806, 808 und Zimmermann, F., 2020, DK, S. 181, 183; für diese Auslegung: Dötsch, E., Pung, A., EL 99 - 06/2020, in D/P/M, § 14 KStG Tz. 679/7

<sup>226</sup> Vgl. Hasbach, A., 2020, DB, S. 806, 808 und Zimmermann, F., 2020, DK, S. 181, 183

<sup>227</sup> Vgl. Emmerich V., 2019, in Emmerich/Habersack Aktien- und GmbH KonzernR § 304 AktG Rn. 54 m.w.N.

<sup>228</sup> Vgl. BGH v. 13.02.2006, II ZR 392/03, DStZ 2006, S. 423, Leitsatz und Wagner, J., 2019, in Prinz/Witt Steuerliche Organschaft, Rz. 15.20

<sup>229</sup> Vgl. Hasbach, A., 2020, DB, S. 806, 808 und Zimmermann, F., 2020, DK, S. 181, 184

lediglich einen variablen Ausgleich. Fraglich ist daher, warum die Ausgleichszahlung den Maßstäben des § 14 Abs. 2 KStG unterworfen wird, obwohl sie eigentlich nur ein Fall des § 14 Abs. 1 Satz 1 KStG ist.<sup>230</sup> Falls versucht werden sollte, den variablen Ausgleich im Rahmen von § 14 Abs. 2 KStG anzuwenden, geht dies mit einer Begrenzung auf den fiktiven Gewinnanteil i. S. d. § 14 Abs. 2 Satz 2 KStG einher. Problematisch ist hierbei maßgeblich die Missachtung des Minderheitsgesellschafterschutzes.<sup>231</sup> Beim variablen Ausgleich ist stets auf die Dividende des Organträgers an die Mehrheitsgesellschafter oder aber auf den Jahresüberschuss des Organträgers abzustellen (s. Kapitel 4.2.2). Im Anschluss wird dieser Betrag auf die prozentuale Beteiligung umgerechnet. (s. Kapitel 4.2.2). Eine Deckelung ist daher beim Sicherungsinstrument des variablen Ausgleichs nicht vorgesehen, weshalb diese Möglichkeit ausscheidet.<sup>232</sup>

Die Mindermeinung der Literatur schließt sich der Verwaltungsauffassung an.<sup>233</sup> Nach dieser Auffassung wird der zugesicherte Betrag auf Null festgesetzt und der darüber hinausgehende Ausgleich ist in vollem Umfang ein Fall des § 14 Abs. 2 KStG, wobei Basis dafür die Höchstbetragsregelung nach § 14 Abs. 2 Satz 2 KStG ist.<sup>234</sup> Folglich greift der § 14 Abs. 2 Satz 1 KStG mit Bezugnahme zu § 14 Abs. 2 Satz 2 KStG immer, sobald kein Festbetrag vereinbart wurde. Eine hieran anknüpfende Interpretationsmöglichkeit wäre, dass die Finanzverwaltung Strukturen negieren möchte, die versuchen, die Rechtsprechung<sup>235</sup> durch Kettenorganschaften zu umgehen.<sup>236</sup> Eine Kettenorganschaft besteht aus zwei Organkreisen. Der Organträger des *unteren* Organkreises ist gleichzeitig Organgesellschaft des *oberen* Organkreises.<sup>237</sup> Dadurch wird das Ergebnis der *unteren* Organschaft an die *Obere* abgeführt.<sup>238</sup> Die Finanzverwaltung rückt das Privileg der Organschaft dadurch erneut in den Vordergrund, was zunächst auch sinnhaft erscheint. Die oberste Gesellschaft in dieser Kettenorganschaft hat jedoch keinen Vorteil, wenn sie lediglich Minderheitsgesellschafterin an einer Gesellschaft ist, die wiederum außenstehende Gesellschafterin an der Organgesellschaft des *unteren* Organkreises ist. Die *oberste* Organträgerin wäre dahingehend nicht als außenstehender Gesellschafter zu qualifizieren. Folglich wäre eine solche Struktur aufgrund der mittelbaren Beteiligung auch ohne § 14 Abs. 2 KStG zu negieren.

---

<sup>230</sup> Vgl. Hasbach, A., 2020, DB, S. 806, 808 f.

<sup>231</sup> Vgl. Hasbach, A., 2020, DB, S. 806, 808

<sup>232</sup> Vgl. Hasbach, A., 2020, DB, S. 806, 808

<sup>233</sup> Vgl. BMF-Schreiben v. 04.03.2020, BStBl. I 2020, S. 256 Rn. 5 und Dötsch, E., Pung, A., EL 99 - 06/2020, in D/P/M, § 14 KStG Tz. 679/7

<sup>234</sup> Vgl. Dötsch, E., Pung, A., EL 99 - 06/2020, in D/P/M, § 14 KStG Tz. 679/7

<sup>235</sup> Vgl. BFH v. 10.05.2017, I R 93/15, BStBl. II 2019, S. 278

<sup>236</sup> Vgl. Brühl, M., Weiss, M., 2020, BB, S. 1436, 1437 mit Verweis Jäckel, K-U., Schwarz, K., 2018, DStR, S. 433, 439

<sup>237</sup> Vgl. Drüen. K.-D., 2019, in Prinz/Witt Steuerliche Organschaft, Rz. 4.37 m.w.N.

<sup>238</sup> Vgl. Drüen. K.-D., 2019, in Prinz/Witt Steuerliche Organschaft, Rz. 4.37 m.w.N.

Ein weiterer präziser zu untersuchender Punkt ist die Kombination aus festem und variablem Ausgleich im Falle eines zu niedrigen Festausgleichs.<sup>239</sup> Wenn der Festbetrag i. S. d. § 304 Abs. 2 Satz 1 AktG hinter dem vereinbarten Betrag zurückbleibt, aber dennoch ein variabler Anteil gezahlt wird, ist der Anwendungsbereich von § 14 Abs. 2 Satz 1 KStG eröffnet.<sup>240</sup> Wichtig ist hierbei, dass der Höchstbetrag von § 14 Abs. 2 Satz 2 KStG nicht überschritten wird. Dennoch ist dies i. S. d. Einführung des § 14 Abs. 2 KStG, weil diese Zusage unabhängig vom Festausgleich getätigt wurde und als zusätzliche Komponente zu verstehen ist. Folglich ist der Kerngedanke von § 14 Abs. 2 KStG erfüllt.

Im Ergebnis überzeugen die Mindermeinungen aus Literatur und Finanzverwaltung nicht. Grundzüge der Organschaftsregeln werden hier nicht beachtet. Die herrschende Meinung bringt diesbezüglich nachvollziehbarere Argumente, warum die Randnummer fünf kritisch zu hinterfragen ist. Es sticht hierbei besonders heraus, dass der Wortlaut des § 14 Abs. 2 Satz 1 KStG in dieser Thematik eindeutig ist und dass der gesellschaftsrechtliche Ausgleichsanspruch auf zwei gleichwertigen Sicherungsinstrumenten basiert. Die Finanzverwaltung hat das Hauptkriterium der Organschaft (§ 14 Abs. 1 Satz 1 KStG) in Form der Gesamtgewinnabführung durch diese Auslegung in den Hintergrund gerückt. Die Gesetzesnovation, die als Rettung der Organschaften bei kombiniertem fixem und variablem Ausgleich gilt, soll schlichtweg nicht den von der Finanzverwaltung erfassten Sachverhalten Abhilfe schaffen. Dies ist von Relevanz, da die organschaftsnegierenden Urteile eine Kombination aus fixem und variablem Ausgleich monierten, was eine Auslegung in Bezug auf einen rein variablen Ausgleich obsolet wirken lässt.

Darüber hinaus hätte eine Auslegung bzw. Stellungnahme hinsichtlich der Anwendbarkeit des § 14 Abs. 2 KStG in Bezug auf GmbHs zur Lösung der in Kapitel vier erläuterten Problematik beigetragen.<sup>241</sup> Grundsätzlich gilt es dennoch, die im BMF-Schreiben beschriebenen Statuten ausnahmslos zu berücksichtigen.<sup>242</sup> Primär sollte dies beachtet werden, wenn ein über das Aktienrecht vereinbarter Ausgleich bei einer GmbH gezahlt wird. Die gesamte Organschaft durch einen - bei Nichtbeachtung - fehlerhaften EAV zu gefährden, steht nicht im Interesse des Unternehmens. Alternativ sollte beim Finanzamt eine verbindliche Auskunft gemäß § 89 AO eingeholt werden, um nicht die gesamte Organschaft zu gefährden.<sup>243</sup>

---

<sup>239</sup> Vgl. Hasbach, A., 2020, DB, S. 806, 809

<sup>240</sup> Vgl. Hasbach, A., 2019, DStR, S. 81, 83 f. und Hasbach, A., 2020, DB, S. 806, 809

<sup>241</sup> Vgl. Brühl, M., Weiss, M., 2020, BB, S. 1436, 1437

<sup>242</sup> Vgl. Brühl, M., Weiss, M., 2020, BB, S. 1436, 1438

<sup>243</sup> Vgl. Wagner, J., 2019, in Prinz/Witt Steuerliche Organschaft, Rz. 15.42

## 5.2 Höchstbetrag der Ausgleichszahlungen (Rn. 6 - 12)

Im Folgenden wird die Sichtweise der Finanzverwaltung in Bezug auf den Höchstbetrag der Ausgleichszahlungen i. S. d. § 14 Abs. 2 Satz 2 KStG erläutert.

### 5.2.1 Bezugsgröße (Rn. 6)

Zur Bemessung des fiktiven Gewinnanteils des außenstehenden Minderheitsgesellschafters äußert sich die Finanzverwaltung wie folgt:

„(6) Als Bezugsgröße für den fiktiven Gewinnanteil eines außenstehenden Gesellschafters i. S. d. § 14 Absatz 2 Satz 2 KStG ist stets auf den Gesamtgewinn der Organgesellschaft abzustellen.“<sup>244</sup>

Diese vom BMF vertretende Auffassung trifft in der Literatur auf Zuspruch.<sup>245</sup> Das auch zurecht, weil der außenstehende Gesellschafter an der Organgesellschaft Anteile hält und durch den EAV nicht schlechter als ohne gestellt werden darf. Sein Stimmrecht gilt nämlich für das gesamte Unternehmen, selbst wenn er nur aus einer Sparte von zwei Sparten Gewinnen erhält (s. Kapitel 3.4.1).

### 5.2.2 Disquotale Gewinnausschüttung und Tracking-Stocks (Rn. 7-8)

Die folgenden beiden Randnummern sind zusammenhängend zu betrachten, da Tracking-Stock-Strukturen Ausprägungen der disquotalen Gewinnverteilung sind. Zu diesen Strukturen in der Organschaft bezieht das BMF wie folgt Stellung:

„(7) Der Höchstbetrag der Ausgleichszahlungen bemisst sich ausschließlich nach dem Gewinnanteil, der dem Anteil am gezeichneten Kapital entspricht, und kann durch vertragliche Vereinbarung einer disquotalen Gewinnverteilung nicht beeinflusst werden.

(8) Soweit mit einem außenstehenden Gesellschafter Ausgleichszahlungen vereinbart werden, die sich z. B. an dem Ergebnis einer einzelnen (gewinnträchtigen) Sparte orientieren, ist dies für die Prüfung der Begrenzung der steuerlich anzuerkennenden Ausgleichszahlungen im Rahmen des § 14 Absatz 2 Satz 2 KStG unbeachtlich. Auch in diesen Fällen ist als Ausgangsgröße bei der

---

<sup>244</sup> BMF-Schreiben v. 04.03.2020, BStBl. I 2020, S. 256 Rn. 6

<sup>245</sup> Vgl. Hasbach, A., 2020, DB, S. 806, 809

Berechnung des fiktiven Gewinnanteils auf den Gesamtgewinn der Organgesellschaft (d. h. die Gesamtsumme aller Spartergebnisse) abzustellen.“<sup>246</sup>

Diese Auslegung bricht mit der in Kapitel drei erläuterten Finanzverwaltungsauffassung zum Thema der disquotalen Gewinnausschüttungen.<sup>247</sup> Neben dieses Bruchs ist ebenfalls ein Auseinanderfallen der Auffassungen in der Literatur zu konstatieren.<sup>248</sup> Der Wortlaut des § 14 Abs. 2 Satz 2 KStG wird von der herrschenden Meinung in den Vordergrund gerückt.<sup>249</sup> Gemäß ebendieses ist lediglich auf die quotale Gewinnbeteiligung abzustellen.

Die gegenläufige Meinung thematisiert insbesondere die Möglichkeit der inkongruenten Ausschüttung, insoweit außenstehende Gesellschafter - unter Berücksichtigung des möglichen Höchstbetrags - weiterhin aus Tracking-Stock-Strukturen Ausgleichszahlungen erhalten. Grundlage dafür ist die zivilrechtliche Wirksamkeit dieser disquotalen Ausschüttungen, wodurch der Wortlaut des § 14 Abs. 2 Satz 2 KStG nicht durchbrochen wird.<sup>250</sup> Diese Mindermeinung stützt sich in Bezug auf den Nullausgleich<sup>251</sup> auf den Gesetzeswortlaut des § 14 Abs. 2 Satz 1 KStG (s.o.). Weshalb der strikte Wortlaut in Bezug auf die Randnummern sieben bis acht weniger Gewicht haben soll, ist nicht schlüssig. In diesem Sachverhalt kann der Wortlaut auf der einen Seite nicht oberstes Gebot und auf der anderen Seite zu vernachlässigen sein. Neben der zivilrechtlichen Wirksamkeit der disquotalen Gewinnverteilung lässt der Wortlaut der Gesetzesnovation keinerlei Zweifel.

Die Finanzverwaltung und die herrschende Literaturmeinung legen die Vorschrift sehr nah am Wortlaut aus, was mit dem wegweisenden BFH-Urteil<sup>252</sup> im Einklang steht, das vorderst für die Neuschöpfung des § 14 Abs. 2 KStG durch den Gesetzgeber verantwortlich war. Im Leitsatz ebendieses Urteils wird von einem „(...) vermeintlichen (...)“<sup>253</sup> Gewinnanteil an der Organgesellschaft gesprochen. Aufgrund allein dieser Formulierung bedarf es lediglich der quotalen und nicht einer hypothetischen Betrachtung.

---

<sup>246</sup> BMF-Schreiben v. 04.03.2020, BStBl. I 2020, S. 256 Rn. 7-8

<sup>247</sup> Vgl. BMF-Schreiben v. 17.12.2013, BStBl. I 2014, S. 63

<sup>248</sup> Vgl. für diese Auslegung: Brühl, M., Weiss, M., 2020, BB, S. 1436, 1438 und Dötsch, E., Pung, A., EL 99 - 06/2020, in D/P/M, § 14 KStG Tz. 679/11 als auch Frotscher, G., 06/2020, in F/D § 14 KStG Rz. 365f und Jauch, J., 2019, DK, S. 220, 224 f. und Schiffers, J., 2019, DStZ, S. 79, 81; gegen diese Auslegung: Hasbach, A., 2020, DB, S. 806, 809 und Hasbach, A., 2019, DStR, S. 81, 85

<sup>249</sup> Vgl. Frotscher, G., 06/2020, in F/D § 14 KStG Rz. 365f und Jauch, J., 2019, DK, S. 220, 224 f.

<sup>250</sup> Vgl. zu diesem Absatz Hasbach, A., 2020, DB, S. 806, 809 und Hasbach, A., 2019, DStR, S. 81, 85

<sup>251</sup> Vgl. BMF-Schreiben v. 04.03.2020, BStBl. I 2020, S. 256 Rn. 5

<sup>252</sup> Vgl. BFH v. 10.05.2017, I R 93/15, BStBl. II 2019, S. 278

<sup>253</sup> BFH v. 10.05.2017, I R 93/15, BStBl. II 2019, S. 278, 1. Leitsatz

Hervorzuheben ist allerdings dennoch der Bruch mit der zuvor herrschenden Verwaltungspraxis.<sup>254</sup> Disquotale Ausschüttungen sind im Allgemeinen durch das BMF-Schreiben vom 17.12.2013 gedeckt worden und Gestaltungsmodelle haben sich darauf verlassen.<sup>255</sup> Außenstehende Minderheitsgesellschafter hatten sogar die Möglichkeit, als Investoren tätig zu werden,<sup>256</sup> was die Innovationsleistung vorantreibt und somit zu höheren Erträgen führen kann (s. Kapitel 3.4.2). Durch diesen Bruch wird ersichtlich, dass die Organschaft ein sehr hohes Steuerprivileg darstellt, was nicht missbraucht werden darf.

In dem in Kapitel 3.5.2 erläuterten Beispiel wird deutlich, dass ein Minderheitsgesellschafter lediglich die Profite aus der profitablen Sparte abschöpfen kann, ohne das Risiko, Verluste tragen zu müssen. Diese Gestaltung ist grundsätzlich möglich, aber die Folgen für die Organschaft sind nicht vertretbar. Falls die disquotale Verteilung aus diesem Beispiel noch signifikanter ausfällt, könnte die Ergebnisabführung an den Organträger geringer als der Anteil des außenstehenden Gesellschafters ausfallen. Die Voraussetzungen zur Begründung einer Organschaft gemäß § 14 Abs. 1 Nr. 1 KStG wären kumulativ in Frage zu stellen, was eben nicht den Schutzzweck des Minderheitsgesellschafters erfüllt.<sup>257</sup>

Letztendlich ist die Auslegung durch die Finanzverwaltung nachvollziehbar und folgerichtig. Für die Beratungspraxis und die Wirtschaft ist diese Auffassung allerdings eher störend, weil die Minderheitsgesellschafter nicht mehr im selben Umfang wie zuvor privilegiert werden, indem die Möglichkeit der Gewinnabsaugung abgeschafft wird. Dies ist allerdings schlüssig, da der BFH in beiden Urteilen<sup>258</sup> über eine Ausgleichszahlung mit der Folge einer asynchronen Gewinnverteilung zu Ungunsten des Organträgers gegen die Anerkennung der Organschaft entschied. Folglich legt die Finanzverwaltung den § 14 Abs. 2 KStG nah an den BFH-Urteilen aus, wodurch die Wahrscheinlichkeit, dass ein Finanzgericht diese Randnummern negiert, sehr gering ist.

Hinzuweisen ist allerdings darauf, dass der kommunale Querverbund keine Berücksichtigung in § 14 Abs. 2 KStG gefunden hat.<sup>259</sup> Der Bundesrat sprach sich dafür aus, dass Kommunen hinsichtlich ihrer Versorgungsaufgaben weiterhin unterstützt werden sollen und überdies die Tracking-Stock-Strukturen nutzen können sollen.<sup>260</sup> Dieser Vorschlag sollte als Satz vier zum § 14 Abs. 2 KStG hinzugefügt werden, was aber nicht umgesetzt

---

<sup>254</sup> Vgl. BMF-Schreiben v. 17.12.2013, BStBl. I 2014, S. 63

<sup>255</sup> Vgl. Schiffers, J., 2019, DStZ, S. 79, 80

<sup>256</sup> Vgl. Nürnberg, P., 2018, NWB, S. 2856, 2860

<sup>257</sup> Vgl. Jauch, J., 2019, DK, S. 220, 225

<sup>258</sup> Vgl. BFH v. 04.03.2009, I R 1/08, BStBl. II 2010, S. 407 und BFH v. 10.05.2017, I R 93/15, BStBl. II 2019, S. 278

<sup>259</sup> Vgl. Brühl, M., Weiss, M., 2020, BB, S. 1436, 1438 und Hasbach, A., 2020, DB, S. 806, 809 f.

<sup>260</sup> Vgl. BR-Drucksache 372/18 (Beschluss), 2018, S. 12

wurde.<sup>261</sup> Die öffentliche Hand zu unterstützen und gleichzeitig den privaten Strukturen Tracking-Stock-Modelle zu verbieten, kann nicht im Einklang stehen. Fakt bleibt jedoch, dass bislang vorherrschende Strukturen im öffentlichen Bereich gegebenenfalls angepasst werden müssen (s. Kapitel 6.1).

---

<sup>261</sup> Vgl. Hasbach, A., 2020, DB, S. 806, 810

### 5.2.3 Fiktiver Ausschüttungsbetrag (Rn. 9 - 11)

Die Randnummern 9 - 11 des BMF-Schreibens können folgendermaßen zusammengefasst werden:

|   |  |
|---|--|
|   | Jahresüberschuss der Organgesellschaft   |
| - | Zuführungen in gesetzliche Rücklagen   |
| - | Zuführungen in andere Gewinnrücklagen i. S. d. § 272 Abs. 3 HGB  |
| - | Ausschüttungsgespernte Beträge (z. B. nach § 253 Abs. 6 HGB)   |
| - | Fiktive Ertragsteuerbeträge (KSt, GewSt), die ohne Bestehen der Organschaft auf Ebene der Organgesellschaft entstanden wären. Soweit Steuerumlagen den Jahresüberschuss der Organgesellschaft gemindert bzw. erhöht haben, sind diese Beträge im Rahmen der Ermittlung der fiktiven Ertragsteuerbelastung der Organgesellschaft gegenzurechnen bzw. einzubeziehen. |
| + | Auflösung von in organschaftlicher Zeit gebildeten Rücklagen   |
| + | Ausgleichszahlungen an außenstehende Gesellschafter, soweit sie den Jahresüberschuss gemindert haben   |
| + | KSt-Beträge auf Ausgleichszahlungen nach § 16 KStG, soweit sie den Jahresüberschuss gemindert haben  |
| = | Ausschüttbarer Gewinn i. S. d. § 14 Abs. 2 Satz 2 KStG   |

*Tabelle 4: Berechnung ausschüttbarer Gewinn (§ 14 Abs. 2 Satz 2 KStG)*

*Quelle: Zimmermann, F., 2020, DK, S. 181, 183*

Diese Finanzverwaltungs Auffassung muss anhand zwei verschiedener Standpunkte differenziert betrachtet werden.<sup>262</sup> Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass ein Bezug auf den Gewinnanteil stattfinden muss, der ohne EAV an den außenstehenden Gesellschafter zahlbar gewesen wäre.<sup>263</sup>

Eine Möglichkeit, diesen Gewinnanteil zu berechnen, ergibt sich wie folgt: Die Finanzverwaltung unterstellt, dass die Organgesellschaft so betrachtet werden müsse, als ob die Organschaft nicht bestehe und auf Basis dieser Alleinstellung die Berechnung durchführbar

<sup>262</sup> Vgl. Dötsch, E., Pung, A., EL 99 - 06/2020, in D/P/M, § 14 KStG Tz. 679/13 m.w.N.

<sup>263</sup> Vgl. Hasbach, A., 2020, DB, S. 806, 810 und Jauch, J., 2019, DK, S. 220, 221

sei.<sup>264</sup> Daran anknüpfend sind die Beträge erst auszuschütten, wenn diese einer - in diesem Fall fiktiven - Steuerbelastung unterlegen haben.<sup>265</sup> Der Wortlaut des § 14 Abs. 2 Satz 2 KStG unterstellt ebenfalls den Wegfall der Organschaft, weil jene ohne einen EAV nicht bestehen kann.<sup>266</sup> Diese Sichtweise untermauert die *stand-alone*-Betrachtung.

Dieser Berechnungsmöglichkeit wird entgegengehalten, dass lediglich die Ergebnisabführungsverpflichtung, aber nicht die gesamte Organschaft, außer Acht zu lassen ist.<sup>267</sup> Basis dafür bietet die Gesetzesbegründung, in der hervorgehoben wird, dass der außenstehende Gesellschafter nicht von einer Ergebnisabführung der Organgesellschaft an den Organträger benachteiligt werden darf.<sup>268</sup>

Zusammenfassend wird also entweder die gesamte Organschaft außer Acht gelassen oder lediglich die Ergebnisabführung nicht beachtet. Dies ist von Bedeutung, weil die Betrachtung der fiktiven Ertragsteuerbeträge jeweils nur einer der beiden Annahmen folgen kann.<sup>269</sup> Bei der ersten Variante greift eine Körperschaft- bzw. Gewerbesteuerfiktion, die den Jahresüberschuss der Organgesellschaft entsprechend schmälert.<sup>270</sup> Die Gegenvariante lässt diese fiktiven Aufwendungen und Erträge außer Acht, weil lediglich das Ergebnis nach Steuern zur Ausschüttung qualifiziert ist.<sup>271</sup> Daran anknüpfend ist die Ausgleichszahlung bereits gemäß § 16 KStG der Besteuerung unterworfen, was einer weiteren Steuerbelastung die Grundlage entzieht.<sup>272</sup> Auch eine Zahlung durch den Organträger führt zu einer Versteuerung der Ausgleichszahlung durch die Organgesellschaft, weshalb die Zahlstelle darauf keinen Einfluss nehmen kann.<sup>273</sup> Für die Körperschaftsteuer ist dieser Umstand eindeutig. Differenzierter muss dieser Sachverhalt bei der Gewerbesteuer betrachtet werden, weil es keine analoge Gewerbesteuerregelung zu § 16 KStG gibt.<sup>274</sup> Der Organträger ist für die Ausgleichszahlung in gewerbesteuerlicher Hinsicht verantwortlich.<sup>275</sup> In

---

<sup>264</sup> Vgl. BMF-Schreiben v. 04.03.2020, BStBl. I 2020, S. 256 Rn. 9

<sup>265</sup> Vgl. Brühl, M., Weiss, M., 2018, BB, S. 2135, 2139

<sup>266</sup> Vgl. Brühl, M., Weiss, M., 2020, BB, S. 1436, 1439

<sup>267</sup> Vgl. Hasbach, A., 2020, DB, S. 806, 810 und Jauch, J., 2019, DK, S. 220, 221 als auch Zimmermann, F., 2020, DK, S. 181, 184

<sup>268</sup> Vgl. BT-Drucksache 19/4455, S. 52

<sup>269</sup> Vgl. Dötsch, E., Pung, A., EL 99 - 06/2020, in D/P/M, § 14 KStG Tz. 679/15

<sup>270</sup> Vgl. Brühl, M., Weiss, M., 2018, BB, S. 2135, 2139 und Frotscher, G., 06/2020, in F/D § 14 KStG Rz. 365h

<sup>271</sup> Vgl. Hasbach, A., 2020, DB, S. 806, 810 und Jauch, J., 2019, DK, S. 220, 221 als auch Zimmermann, F., 2020, DK, S. 181, 184

<sup>272</sup> Vgl. Jauch, J., 2019, DK, S. 220, 221

<sup>273</sup> Vgl. Jauch, J., 2019, DK, S. 220, 221

<sup>274</sup> Vgl. Jauch, J., 2019, DK, S. 220, 221

<sup>275</sup> Vgl. Jauch, J., 2019, DK, S. 220, 221 m.w.N.

dem hier vorliegenden Sachverhalt ist der fiktive Gewinnanteil gemäß § 14 Abs. 2 KStG eben nicht zu ermitteln, was auch die Gewerbesteuerermittlung erübrigt.<sup>276</sup>

Die von der Finanzverwaltung geforderte Alleinstellungsmethode inklusive Ermittlung fiktiver Körperschaft- und Gewerbesteuer steigert die Anwendungskomplexität des § 14 Abs. 2 KStG.<sup>277</sup> Mit dieser Auslegung hat die Finanzverwaltung eine weitere Hürde in der Organschaftsbesteuerung geschaffen, die vermeidbar gewesen wäre. Ausführungen zur Berechnungsgenauigkeit des fiktiven Ertragsteueraufwands formuliert die Finanzbehörde nicht, was ebenfalls nicht zur hürdenlosen Anwendung beiträgt.<sup>278</sup> Nichtsdestotrotz sollte der Ertragsteueraufwand, auch wenn jener fiktiv ist, für den Höchstbetrag berechnet werden. Andernfalls besteht die Gefahr, die Organschaft scheitern zu lassen.<sup>279</sup> Für die Ertragsteuerberechnung genügt als Bemessungsgrundlage der nach §§ 14 - 17 KStG bzw. nach § 2 Abs. 2 Satz 2 GewStG dem Organträger zuzurechnende Betrag, weil hier das Kriterium der vernünftigen kaufmännischen Beurteilung erfüllt ist.<sup>280</sup>

Aufgrund dieser Anwendungskomplexität ist die Finanzverwaltungsauffassung im Punkte fiktive Ertragsteuern zu kritisieren. Die Anwendung wird undurchschaubarer und damit fehleranfälliger. Es muss jedoch ebenfalls betrachtet werden, dass diese Auslegung die strenge BFH-Rechtsprechung würdigt. Folglich wird auch hier den Richter\*innen weniger Angriffsfläche geboten, diese Auslegung zu negieren.

Bezüglich der Bildung und Auflösung der Rücklagen zur Berechnung des ausschüttbaren Gewinns gilt es zu konstatieren, dass der Mehrheitsgesellschafter (Organträger) Rücklagenbildungen bzw. Rücklagenauflösungen lenken kann.<sup>281</sup> Summa summarum kann durch diese Systematik das Ergebnis verfälscht werden, was nicht den Zweck des neuen Paragraphen hinsichtlich des Manipulationsabbaus deckt.<sup>282</sup> Die Bemessungsgrundlage soll daher der Jahresgewinn der Organgesellschaft ohne die Berücksichtigung von Rücklagen sein.<sup>283</sup> Auf der anderen Seite muss der Minderheitsgesellschafter gemäß § 14 Abs. 2 Satz 2 KStG ohne bestehenden EAV behandelt werden, wodurch Rücklagen und ausschüttungsgesperrte Beträge nicht bestehen und daher gekürzt werden müssen.<sup>284</sup> Problematisch bei der Überlegung des Manipulationspotentials ist § 14 Abs. 1 Nr. 4 KStG. Gemäß

---

<sup>276</sup> Vgl. Hasbach, A., 2020, DB, S. 806, 810 und Hasbach, A., 2019, DStR, S. 81, 85

<sup>277</sup> Vgl. Dötsch, E., Pung, A., EL 99 - 06/2020, in D/P/M, § 14 KStG Tz. 679/16

<sup>278</sup> Vgl. Hasbach, A., 2020, DB, S. 806, 810

<sup>279</sup> Vgl. Hasbach, A., 2020, DB, S. 806, 810

<sup>280</sup> Vgl. Hasbach, A., 2020, DB, S. 806, 810 f.

<sup>281</sup> Vgl. Frotscher, G., 06/2020, in F/D § 14 KStG Rz. 365f

<sup>282</sup> Vgl. Frotscher, G., 06/2020, in F/D § 14 KStG Rz. 365f

<sup>283</sup> Vgl. Frotscher, G., 06/2020, in F/D § 14 KStG Rz. 365f m.w.N.

<sup>284</sup> Vgl. Hasbach, A., 2020, DB, S. 806, 810 und Jauch, J., 2019, DK, S. 220, 222f.

dieses Paragraphen lassen sich Rücklagen nämlich nicht in beliebiger Höhe bilden, sondern nur im Rahmen vernünftiger kaufmännischer Betrachtung, worauf auch der Vertreter der Mindermeinung hinweist.<sup>285</sup> Folglich hat es seine Richtigkeit, die Rücklagen und ausschüttungsgesperrten Beträge herauszurechnen.

Ausgleichszahlungen an außenstehende Gesellschafter inklusive Körperschaftsteuerzahlungen, die sich auf jene beziehen, gilt es im Fall der Gewinnminderung herauszurechnen.<sup>286</sup> Aufgrund des Prinzips von § 16 KStG ist dieser Rechenschritt nachvollziehbar.

Die Auflösung von Rücklagen während der Organschaft sind hinzuzurechnen, weil jene den Gewinn beeinflussen.<sup>287</sup> Grund dafür ist das Beispiel in Form vororganschaftlicher Rücklagen, die an die Gesellschafter ausgeschüttet und daher nicht abgeführt werden können.<sup>288</sup> Vororganschaftlichen Rücklagen wird dadurch der Charakter einer Ausgleichszahlung nicht zu Teil, weshalb § 14 Abs. 2 KStG nicht einschlägig ist und der fiktive Gewinnanteil nicht beeinflusst wird.<sup>289</sup> Folglich ist diesem Rechenschritt zuzustimmen.

Die Auslegung der Finanzverwaltung definiert Berechnungsschritte, die unbedingt durchgeführt werden müssen. Naheliegende Berechnungsoptionen werden jedoch in dem BMF-Schreiben nicht beleuchtet. Beispielweise wird ein vorvertraglicher Verlustvortrag von der Finanzverwaltung nicht in die Berechnung miteinbezogen.<sup>290</sup> Diese Nichteinbeziehung hat auch seine Richtigkeit, da sonst der § 301 AktG nicht erfüllt worden wäre.<sup>291</sup> Die Einbeziehung bzw. der Ausschluss eines solchen praxisrelevanten Sachverhalts wäre wünschenswert gewesen. Die gleiche Situation ist bei der Auflösung der Kapitalrücklage vorzufinden. Diese darf ebenfalls nicht den Gewinnanteil gemäß § 14 Abs. 2 Satz 2 KStG schmälern.<sup>292</sup> Darüber hinaus wird auch die Thematik der latenten Steuern ausgespart. Gerade in Bezug auf die Brutto- oder Nettobetrachtung sind diese von Relevanz.<sup>293</sup>

Bei der Bruttobetrachtung werden die aktiven oder passiven latenten Steuern beim Organträger bilanziert, wohingegen bei der Nettobetrachtung die Bilanzierung bei der Organgesellschaft stattfindet.<sup>294</sup>

---

<sup>285</sup> Vgl. Frotscher, G., 06/2020, in F/D § 14 KStG Rz. 365f

<sup>286</sup> Vgl. Frotscher, G., 06/2020, in F/D § 14 KStG Rz. 365f und Hasbach, A., 2020, DB, S. 806, 810

<sup>287</sup> Vgl. Hasbach, A., 2020, DB, S. 806, 810 und Jauch, J., 2019, DK, S. 220, 222

<sup>288</sup> Vgl. Hasbach, A., 2020, DB, S. 806, 810 m.w.N.

<sup>289</sup> Vgl. Hasbach, A., 2020, DB, S. 806, 810

<sup>290</sup> Vgl. BMF-Schreiben v. 04.03.2020, BStBl. I 2020, S. 256 Rn. 9-11

<sup>291</sup> Vgl. Hasbach, A., 2019, DStR, S. 81, 86 und Jauch, J., 2019, DK, S. 220, 222

<sup>292</sup> Vgl. BFH v. 08.08.2001, I R 25/00, BStBl. II 2003, S. 923 und Emmerich V., 2019, in Emmerich/Habersack Aktien- und GmbH KonzernR § 301 AktG Rn. 32

<sup>293</sup> Vgl. Dötsch, E., Pung, A., EL 99 - 06/2020, in D/P/M, § 14 KStG Tz. 679/16

<sup>294</sup> Vgl. Dötsch, E., Pung, A., EL 96 - 06/2019, in D/P/M, § 14 KStG Tz. 399 und Jauch, J., 2019, DK, S. 220, 223

Latente Steuern entstehen durch unterschiedliche Bewertungsansätze in der Handels- und Steuerbilanz, wobei passive latente Steuern für eine Zahlungsbelastung und aktive latente Steuern zu einer Zahlungsentlastung führen.<sup>295</sup> Grundsätzlich steht es der jeweiligen Gesellschaft frei, welche Methode sie wählt, aber eine direkte Beeinflussung des § 14 Abs. 2 Satz 2 KStG geht mit der Wahl einher.<sup>296</sup> Die bereits erläuterte Thematik der Mehr- und Minderabführungen wird durch dieses Konstrukt erneut aufgegriffen. Das BMF-Schreiben vom 04.03.2020 tätigt jedoch keinerlei Ausführungen zur Behandlung latenter Steuern. Folglich wird den Steuerpflichtigen eine (ungeregelte) Wahl gelassen, welche Methode sie anwenden können. Sie haben sich darauf zu verlassen, dass die Brutto- oder Nettobetrachtung im Einklang mit dem Gewinnanteil ohne bestehenden EAV steht. Das Schweigen der Finanzverwaltung ist somit als Würdigung beider Möglichkeiten anzusehen.

Summa summarum führt das BMF keine negierenden Auslegungen zu den Randnummern neun bis elf an, um sich selbst weiterhin einen gewissen Ermessungsspielraum bzgl. der Akzeptanz einer Organschaft zu gewähren. Die Steuerpflichtigen sollten sich daher gut überlegen, ob sie einen Berechnungsweg im EAV festschreiben wollen.<sup>297</sup> Der Vorteil, keinen Berechnungsweg festzuschreiben, ist die Anwendbarkeit des § 14 Abs. 2 Satz 1 KStG. Eine höher als vereinbart ausfallende Zahlung an den außenstehenden Gesellschafter ist über diesen Weg unschädlich. Ohne § 14 Abs. 2 Satz 1 KStG würde dieser Sachverhalt eine vGA von der Organgesellschaft an den Minderheitsgesellschafter oder eine vE, falls der Organträger den Ausgleichanspruch schuldet, in seine Organgesellschaft darstellen.<sup>298</sup> Wenn bereits vorher ersichtlich ist, dass die Kombination aus fixem und variablem Anteil die prozentuale Beteiligung rein rechnerisch nicht überschreiten, kann ein Berechnungsschema sinnvoll sein.

#### **5.2.4 Höchstbetragsermittlung im Wirtschaftsjahr (Rn. 12)**

In der Vergangenheit herrschte Uneinigkeit über eine wirtschaftsjahr- oder periodenbezogene Anwendbarkeit des § 14 Abs. 2 Satz 2 KStG.<sup>299</sup> Die Finanzverwaltung äußert sich zu dieser Thematik wie folgt:

„(12) Die Ermittlung des Höchstbetrages i. S. d. § 14 Absatz 2 Satz 2 KStG ist für jedes Wirtschaftsjahr gesondert vorzunehmen. Soweit in einem

<sup>295</sup> Vgl. Dötsch, E., Pung, A., EL 96 - 06/2019, in D/P/M, § 14 KStG Tz. 399

<sup>296</sup> Vgl. Jauch, J., 2019, DK, S. 220, 223

<sup>297</sup> Vgl. Brühl, M., Weiss, M., 2020, BB, S. 1436, 1439

<sup>298</sup> Vgl. Brühl, M., Weiss, M., 2020, BB, S. 1436, 1439

<sup>299</sup> Vgl. Brühl, M., Weiss, M., 2018, BB, S. 2135, 2139 und Hasbach, A., 2019, DStR, S. 81, 85

Wirtschaftsjahr die an den außenstehenden Gesellschafter insgesamt geleisteten Ausgleichszahlungen (Summe aus dem Festbetrag nach § 304 Absatz 2 Satz 1 AktG und den darüber hinausgehenden Beträgen) geringer sind als dessen fiktiver Gewinnanteil i. S. d. § 14 Absatz 2 Satz 2 KStG, kann der nicht voll ausgeschöpfte Teil des Höchstbetrages nicht in die Ermittlung des Höchstbetrages für die folgenden Wirtschaftsjahre einbezogen werden.“<sup>300</sup>

Diese wirtschaftsjahrbezogene Auslegung trifft in der Literatur grundsätzlich auf Zustimmung.<sup>301</sup> Der Gesetzeswortlaut von § 14 Abs. 2 Satz 2 KStG definiert das jeweilige Wirtschaftsjahr, in dem der außenstehende Gesellschafter seine Ausgleichszahlung aus fixem und variablem Anteil erhalten hat. Falls die Summe beider Ausgleichszahlungsanteile nun hinter den Möglichkeiten des fiktiven Gewinnanteils zurückbleibt, so kann diese Differenz nicht in das nächste Wirtschaftsjahr vorgetragen werden.<sup>302</sup> Gleichwohl ein solcher Vortrag in der Gestaltungsberatung große Zustimmung finden würde, ist der Gesetzeswortlaut eindeutig und lässt keinen Raum für eine periodenübergreifende Betrachtung.<sup>303</sup>

Die Mindermeinung führt diesbezüglich aus, dass Rücklagen beispielsweise im Wirtschaftsjahr 01 gebildet und im Folgejahr dann aufgelöst werden können, was mit der wirtschaftsjahrbezogenen Betrachtung wieder im Einklang steht.<sup>304</sup> Das Risiko, dass die gesamte Organschaft durch § 14 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 KStG scheitert, ist jedoch sehr hoch. Der Mindermeinung ist aufgrund des Risikos nicht zuzustimmen. Darüber hinaus wird über diesen Weg versucht, die wirtschaftsjahrbezogene Betrachtung zu unterwandern, was das zuständige Finanzamt höchstwahrscheinlich nicht akzeptieren wird.

Als Resultat der wirtschaftsjahrbezogenen Betrachtungsweise muss neben der Gewinnabführung auch die Verlustübernahme durch den Organträger thematisiert werden. Analog zur Gewinnabführung darf der fiktive Gewinnanteil durch Verluste nicht gemindert werden.<sup>305</sup> Dieser Umstand dürfte hauptsächlich für den Organträger relevant sein. Gäbe es diese Regelung nicht, könnte der fiktive Gewinnanteil über diesen Weg geschmälert werden und im Extremfall sogar die Kombination aus fixer und variabler Ausgleichszahlung unterschreiten. Folglich erhalte der außenstehende Gesellschafter legal im Rahmen des § 14

---

<sup>300</sup> BMF-Schreiben v. 04.03.2020, BStBl. I 2020, S. 256 Rn. 12

<sup>301</sup> Vgl. Brühl, M., Weiss, M., 2020, BB, S. 1436, 1439 und Dötsch, E., Pung, A., EL 99 - 06/2020, in D/P/M, § 14 KStG Tz. 679/17 und Hasbach, A., 2020, DB, S. 806, 811 als auch Jauch, J., 2019, DK, S. 220, 223

<sup>302</sup> Vgl. Dötsch, E., Pung, A., EL 99 - 06/2020, in D/P/M, § 14 KStG Tz. 679/17 und Jauch, J., 2019, DK, S. 220, 223

<sup>303</sup> Vgl. Brühl, M., Weiss, M., 2020, BB, S. 1436, 1439

<sup>304</sup> Vgl. Frotscher, G., 06/2020, in F/D § 14 KStG Rz. 365g

<sup>305</sup> Vgl. Dötsch, E., Pung, A., EL 99 - 06/2020, in D/P/M, § 14 KStG Tz. 679/17 und Jauch, J., 2019, DK, S. 220, 223 und Walter, W., 08/2020, in Bott/Walter § 16 KStG Rz. 12.5

Abs. 2 Satz 2 KStG weniger, als ihm zustünde, sobald die Organgesellschaft wieder Gewinne verzeichnen kann.

Die Finanzverwaltung und die herrschende Meinung setzen hier beide den Wortlaut in den Fokus, was eine plausible und sichere Variante, die Novation des § 14 Abs. 2 KStG auszuliegen, darstellt. Der Mindermeinung zu folgen birgt schlichtweg ein zu hohes Risiko, die steuerliche Anerkennung der Organschaft nicht zu erlangen.

Vom BMF-Schreiben wird allerdings nicht die Konstellation erfasst, in dem der variable Anteil in einem Wirtschaftsjahr zu hoch ist und dieser dann in einem späteren Wirtschaftsjahr geltend gemacht wird, weil dort der fiktive Gewinnanteil nicht überschritten wird.<sup>306</sup> Im Hinblick auf die Beschränkung der vereinbarten und geleisteten Ausgleichszahlungen (s. Kapitel 5.1.2) kann eine solche Übereinkunft getroffen werden, weil die zu hohe Zahlung eben nicht im ursprünglichen Wirtschaftsjahr geleistet wurde.<sup>307</sup> Es sollte dabei mit Bedacht vorgegangen werden, sodass der Zeitpunkt der Leistung genau bestimmbar ist.<sup>308</sup> Andernfalls funktioniert diese Verschiebung nicht, da die Gefahr besteht, dass der übersteigende Teil nicht dem passenden Wirtschaftsjahr zugeordnet wird.

### 5.3 Kaufmannstest (Rn. 13)

Zum sogenannten Kaufmannstest äußert sich das BMF wie folgt:

„(13) Mit dem Kaufmannstest soll verhindert werden, dass die besonderen Voraussetzungen der Sondervorschriften für die Organschaft - insbesondere das Erfordernis der Gesamtgewinnabführung - zweck- und systemwidrig durch die Vereinbarung von Ausgleichszahlungen in beliebiger Höhe unterlaufen werden können. Insbesondere rein steuerlich motivierte variable Ausgleichszahlungen, bei denen es an einer sachlichen Begründung fehlt, sind schädlich für die steuerliche Anerkennung der Organschaft. Sofern Organträger und Minderheitsgesellschafter nicht in einem Näheverhältnis zueinanderstehen, wird es in der Regel aufgrund des bestehenden Interessengegensatzes sachliche Gründe für die Vereinbarung der zusätzlichen Ausgleichszahlung geben, sodass der Kaufmannstest regelmäßig einer steuerlichen Anerkennung der Organschaft nicht entgegensteht.“<sup>309</sup>

<sup>306</sup> Vgl. Belcke, U., Westermann, E., 2019, BB, S. 1885, 1887

<sup>307</sup> Vgl. Brühl, M., Weiss, M., 2020, BB, S. 1436, 1439

<sup>308</sup> Vgl. Krumm, M., EL 154 - 07/2020, in Blümich § 16 KStG Rn. 22 m.w.N.

<sup>309</sup> BMF-Schreiben v. 04.03.2020, BStBl. I 2020, S. 256 Rn. 13

In der Gesetzesbegründung von § 14 Abs. 2 KStG wird dargelegt, dass durch die Einführung von Satz 3 Missbrauch vermieden werden soll. Sobald der Organträger ein Interesse an hohen, zum fixen Ausgleich zusätzlichen Ausgleichszahlungen hat, sind diese, und dadurch die Organschaft, durch den Kaufmannstest zu negieren. Dies wäre z. B. der Fall, wenn der Organträger mittelbar beherrschend auf den Minderheitsgesellschafter einwirken könnte.<sup>310</sup>

Der Kaufmannstest stellt die Finanzbehörden vor große Hürden, wenn eine Organschaft aufgrund dieser an § 14 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 KStG orientierten Norm scheitern soll.<sup>311</sup> Basis dafür bietet die bisherige Rechtsprechung<sup>312</sup>, die seitens der Finanzverwaltung mit dieser Auslegung weiterhin gewürdigt wird.<sup>313</sup> Einziges Kriterium ist das Näheverhältnis, was in der Praxis leicht belegbar sein wird, wodurch die Wahrscheinlichkeit, eine Organschaft aufgrund des Kaufmannstests scheitern zu lassen, sehr gering ausfällt.<sup>314</sup> Vielmehr kann der Kaufmannstest als (geringfügig wirksame) Drohung verstanden werden, wodurch die Steuerpflichtigen daran erinnert werden, dass sie das Privileg der Organschaft nutzen dürfen.<sup>315</sup>

Insgesamt spielt der Kaufmannstest eine untergeordnete Rolle. Bei Betrachtung des Beispiels aus Kapitel 3.5.2 wird ersichtlich, dass der Minderheitsgesellschafter keinerlei Bezug zum Organträger aufweist. Wie bereits geschildert, sind einige Tracking-Stock-Modelle entsprechend aufgebaut, was die nicht vorhandene praktische Bedeutung des Kaufmannstests untermauert.

#### **5.4 Rechtsfolgen (Rn. 14 - 15)**

Die Rechtsfolgen des BMF-Schreibens lassen sich folgendermaßen zusammenfassen: Sobald der zulässige Höchstbetrag i. S. d. § 14 Abs. 2 Satz 2 KStG nicht überschritten wird, wird eine Gesamtgewinnabführung fingiert. Unter Voraussetzung der übrigen Organschaftskriterien muss die Organgesellschaft gemäß § 16 KStG diese Ausgleichszahlung multipliziert mit 20/17 versteuern.<sup>316</sup> Sobald der Höchstbetrag nach § 14 Abs. 2 Satz 2 KStG von den insgesamt gezahlten Ausgleichszahlungen überschritten wird, wird die

---

<sup>310</sup> Vgl. zu diesem Absatz BT-Drucksache 19/5595, S. 56

<sup>311</sup> Vgl. Brühl, M., Weiss, M., 2018, BB, S. 2135, 2139

<sup>312</sup> Vgl. BFH v. 29.10.1980, I R 61/77, BStBl. II 1981, S. 336

<sup>313</sup> Vgl. Brühl, M., Weiss, M., 2018, BB, S. 2135, 2139

<sup>314</sup> Vgl. Dötsch, E., Pung, A., EL 99 - 06/2020, in D/P/M, § 14 KStG Tz. 679/20 und Frotscher, G., 06/2020, in F/D § 14 KStG Rz. 365I als auch Krumm, M., EL 154 - 07/2020, in Blümich § 14 KStG Rn. 140b

<sup>315</sup> Vgl. Krumm, M., EL 154 - 07/2020, in Blümich § 14 KStG Rn. 140b und Walter, W., 08/2018, in Bott/Walter § 16 KStG Rz. 12.6

<sup>316</sup> Vgl. BMF-Schreiben v. 04.03.2020, BStBl. I 2020, S. 256 Rn. 14

Organschaft steuerlich nicht anerkannt und die Folgen gemäß R 14.5 Absatz 8 KStR 2015 sind anzuwenden.<sup>317</sup>

Die Ausführungen zu den Rechtsfolgen sind eindeutig. Unterschieden werden muss zwischen einer zu hohen Ausgleichszahlung binnen der ersten fünf Jahre des EAV und einer danach.<sup>318</sup> Wird beispielsweise eine zu hohe Ausgleichszahlung im vierten Jahr der steuerlichen Wirksamkeit der Organschaft gezahlt, so ist die gesamte Organschaft von Anfang an gescheitert.<sup>319</sup> Wird jene erst im siebten Jahr getätigt, dann ist die Organschaft auch nur im siebten Jahr steuerlich nicht anzuerkennen.<sup>320</sup> Als Folge für beide Situationen greift die zuvor beschriebene vGA im Rahmen der gescheiterten Organschaft (s. Kapitel 2.2.4). Eine Heilungsmöglichkeit gemäß § 14 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 Satz 4 a) - c) KStG gibt es in diesem Fall nicht, weil eine falsche Gewinnabführung nichts mit fehlerhaften Bilanzansätzen gemein hat.<sup>321</sup>

---

<sup>317</sup> Vgl. BMF-Schreiben v. 04.03.2020, BStBl. I 2020, S. 256 Rn. 15

<sup>318</sup> Vgl. R 14.5 Absatz 8 KStR 2015

<sup>319</sup> Vgl. R 14.5 Absatz 8 Nr. 1 KStR 2015

<sup>320</sup> Vgl. R 14.5 Absatz 8 Nr. 2 KStR 2015

<sup>321</sup> Vgl. Dötsch, E., Pung, A., EL 99 - 06/2020, in D/P/M, § 14 KStG Tz. 679/23

## 6 Resultat

### 6.1 Folgen des BMF-Schreibens zu § 14 Abs. 2 KStG

Die Neuregelung des § 14 Abs. 2 KStG und das damit einhergehende BMF-Schreiben vom 04.03.2020 bieten Anlass, sich mit der zukünftigen Handhabung der Organschaft auseinanderzusetzen.

Unbeantwortet bleibt die Frage des über das Handelsrecht hinausgehenden Ausgleichs in Bezug auf die Ausgleichszahlung an den außenstehenden Gesellschafter. Aufgrund des Gestaltungspotentials liegt dabei das Augenmerk primär auf der vGA.<sup>322</sup> R 14.6 Abs. 4 Satz 4 KStR 2015 definiert dabei, dass eine vGA an den außenstehenden Gesellschafter als vorweggenommene Gewinnabführung zu sehen ist. Inwieweit diese Richtlinie die Anwendung von § 14 Abs. 2 KStG beeinträchtigt, führt das hier diskutierte BMF-Schreiben nicht aus. Relevant ist die vGA vornehmlich, weil der fiktive Gewinnanteil (§ 14 Abs. 2 Satz 2 KStG) durch jene signifikant verändert werden kann.<sup>323</sup> Dazu folgende Schilderung:

Die Beeinflussung durch eine vGA wird möglich, wenn eine zusätzliche stille Beteiligung des Minderheitsgesellschafters in der profitablen Sparte für eine Beeinflussung des fiktiven Gewinnanteils gemäß § 14 Abs. 2 Satz 2 KStG sorgt. Zuerst wird in diesem Fall der Anwendungsbereich von § 14 Abs. 2 Satz 1 KStG eröffnet, weil zusätzlich zu einem fixen Ausgleich der Minderheitsgesellschaftler die variable Ausschüttung aus der stillen Beteiligung erhält. Im nächsten Schritt stimmt der fiktive Gewinnanteil jedoch nicht mehr, da die Kombination aus vGA und fixer Ausgleichszahlung diesen überschreiten. Als Folge scheitert die Organschaft.<sup>324</sup>

Darüber hinaus ist die Gewinnabführungsverpflichtung der Organgesellschaft an den Organträger i. S. d. § 14 Abs. 1 Satz 1 KStG durch eine frei bestimmbare Aufteilung, wie bei der vGA, beeinflusst<sup>325</sup>. Folglich scheitert die Organschaft entweder an dem einen oder dem anderen Paragraphen.

Grundsätzlich gilt es, § 14 Abs. 2 KStG immer in Verbindung mit § 16 KStG zu sehen, aber umgekehrt sind nicht alle Fälle des § 16 KStG unter § 14 Abs. 2 KStG zu subsumieren.<sup>326</sup>

<sup>322</sup> Vgl. Dötsch, E., Pung, A., EL 99 - 06/2020, in D/P/M, § 14 KStG Tz. 679/5 und Frotscher, G., 06/2020, in F/D § 14 KStG Rz. 365e als auch Jauch, J., 2019, DK, S. 220, 223 f.

<sup>323</sup> Vgl. Jauch, J., 2019, DK, S. 220, 224 und Neumann, S., 2020, in Gosch § 16 KStG Rn. 14

<sup>324</sup> Vgl. zu diesem Absatz Jauch, J., 2019, DK, S. 220, 224

<sup>325</sup> Vgl. Hasbach, A., 2020, DB, S. 806, 812 und Neumann, S., 2020, in Gosch § 16 KStG Rn. 14

<sup>326</sup> Vgl. Dötsch, E., Pung, A., EL 99 - 06/2020, in D/P/M, § 14 KStG Tz. 679/5 und Jauch, J., 2019, DK, S. 224

Die im BFH-Urteil<sup>327</sup> stets thematisierte vollständige Gewinnabführung kann durch eine vGA jedenfalls nicht eingehalten werden. Auch wenn die Finanzverwaltung nicht gesondert auf diese Thematik hinweist, sollten solche Gestaltungen unterlassen werden.

Des Weiteren wurde eine Übergangsregelung gemäß § 34 Abs. 6d KStG<sup>328</sup> geschaffen, durch die alle bisherigen Ergebnisabführungsverträge bis einschließlich 2021 nicht angepasst werden müssen.<sup>329</sup> Besonderheit in diesem Zusammenhang ist die Option, eine Kündigung aus wichtigem Grund vornehmen zu können. Folglich scheitert die Organschaft nicht aufgrund einer frühzeitigen Beendigung und § 14 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 Satz 2 KStG ist einschlägig. Darüber hinaus werden auf Basis von § 34 Abs. 6d Satz 4 KStG bislang anerkannten Organschaften Anpassungen i. S. d. § 14 Abs. 2 KStG ohne einen Neuabschluss zugestanden. Diese Karenzzeit gilt jedoch nur für Organschaften, die bereits vor dem 01.08.2018 anerkannt wurden.<sup>330</sup>

Diese Übergangsregelung ist bei genauerer Betrachtung großzügig, obgleich der zeitliche Verlauf eine andere Schlussfolgerung zu Tage bringen könnte. Für die Steuerpflichtigen gab es längere Zeit keine Sicherheit. Rückwirkend seit dem 01.08.2018 gilt § 14 Abs. 2 KStG, aber erst im März 2020 erfolgte die Auslegung durch die Finanzverwaltung. Diese Verzögerung kombiniert mit den teilweise fraglichen Auslegungen seitens der Finanzverwaltung, insbesondere zu den Themen Nullausgleich und Ermittlung des fiktiven Gewinnanteils, sorgt für Zugzwang bei den Steuerpflichtigen. Hier wäre eine eindeutigere und zeitnahe Auslegung wünschenswert gewesen. Letztlich müssen die Steuerpflichtigen möglichst schnell entsprechende Anpassungen vornehmen. Da sich die Anpassung(en) hauptsächlich an die Klauseln im Rahmen des zusätzlichen Ausgleichs richtet, sollte dies jedoch machbar sein.

## **6.2 Beispiel eines EAV im Rahmen des § 14 Abs. 2 KStG**

Mit dem BMF-Schreiben vom 04.03.2020 zu § 14 Abs. 2 KStG besteht für eine Organschaften Anpassungsbedarf. Wie eine EAV-Anpassung im Einzelnen durchzuführen sein kann, wird im Folgenden nähergebracht.

Zunächst verpflichtet sich der Organträger, da er zivilrechtlicher Schuldner der Ausgleichszahlung ist, dem Minderheitsgesellschafter der Organgesellschaft einen kombinierten fixen

---

<sup>327</sup> Vgl. BFH v. 10.05.2017, I R 93/15, BStBl. II 2019, S. 278 Rn. 19 m.w.N.

<sup>328</sup> Ehemals § 34 Abs. 6b KStG (s. Einleitung)

<sup>329</sup> Vgl. Frotscher, G., 06/2020, in F/D § 14 KStG Rz. 365n

<sup>330</sup> Vgl. Schiffers, J., 2019, DStZ, S. 79, 82

und variablen Ausgleich zu zahlen.<sup>331</sup> Im nächsten Schritt wird der fixe Ausgleich gemäß § 304 Abs. 2 Satz 1 AktG definiert. Diesen Ausgleich gilt es, alle fünf Jahre auf seine Angemessenheit zu überprüfen. Grundsätzlich soll der fixe Ausgleich 2/3 der Kombination aus beiden Komponenten ausmachen. Hierbei orientiert sich der 2/3-Ausgleich am Ertragswertverfahren (bisherige Ertragslage und künftige Ertragsaussichten).<sup>332</sup>

Der variable Ausgleich wird anteilig auf den Nennwert des vom Außenstehenden gehaltenen Anteils definiert. Der fixe Ausgleich wirkt auf die variable Zahlung nicht ein. Darüber hinaus kann ein Schema mit den durchzuführenden Berechnungen ergänzt werden.<sup>333</sup> Dieses Schema sollte, wenn überhaupt, den Ausführungen in den Randnummern neun - elf gleichen.<sup>334</sup> Da durch die Hinzuziehung des Nennwerts keine disquotalen Vereinbarungen getroffen werden, sondern lediglich im Rahmen der Beteiligung zusätzlich ausgezahlt wird, steht diese Gestaltung im Einklang mit der Auslegung der Finanzverwaltung. Für den Fall eines negativen zusätzlichen Ausgleichs wird dieser mit positiven Beträgen in der Zukunft verrechnet. Wichtig ist dabei, dass auf keinen Fall eine Verrechnung mit dem fixen Ausgleich erfolgen darf.<sup>335</sup>

Die (beiden) Ausgleichsgleichzahlungen sind, analog zu der Ergebnisabführung bzw. -übernahme, zum Bilanzstichtag der Organgesellschaft fällig.<sup>336</sup> Falls durch Betriebsprüfungen höhere oder niedrigere Ertragsteuerkomponenten festgestellt werden sollten, soll die Ausgleichszahlung ohne Anfall von Zinsen i. S. v. § 233a AO erneut berechnet werden.<sup>337</sup>

Die Organgesellschaft soll als Zahlstelle des Organträgers fungieren. Dazu bezahlt sie ihrem Minderheitsgesellschafter aus den abzuführenden Mitteln an den Organträger die Ausgleichszahlungen.<sup>338</sup> Für mögliche Differenzbeträge kommt der Organträger auf. Fällig wird die fixe Ausgleichszahlung erstmalig für das vollendete Geschäftsjahr, in dem der Vertrag besteht. Bei einem Rumpfwirtschaftsjahr wird der fixe Ausgleich zeitanteilig gezahlt. Daran anknüpfend soll vereinbart werden, dass der variable Ausgleich nur im Rahmen der Gültigkeit des Vertrages bezahlt wird.<sup>339</sup>

---

<sup>331</sup> Vgl. Anlage 1, § 4 Abs. 1

<sup>332</sup> Vgl. Anlage 1, § 4 Abs. 1

<sup>333</sup> Vgl. Anlage 1, § 4 Abs. 2

<sup>334</sup> Vgl. Anlage 1, § 4 Abs. 2 a) - e)

<sup>335</sup> Vgl. Anlage 1, § 4 Abs. 2

<sup>336</sup> Vgl. Anlage 1, § 4 Abs. 3

<sup>337</sup> Vgl. Anlage 1, § 4 Abs. 4

<sup>338</sup> Vgl. Anlage 1, § 4 Abs. 5

<sup>339</sup> Vgl. Anlage 1, § 4 Abs. 6

Falls das Stammkapital aus Gesellschaftsmitteln erhöht wird, berührt dies den Prozentsatz des fixen Ausgleichs, aber der Gesamtbetrag bleibt weiterhin erhalten.<sup>340</sup> Wenn die Organgesellschaft das Stammkapital durch Bar- oder Sacheinlagen erhöht und dabei den außenstehenden Gesellschaftern ein Bezugsrecht gewährt wird, muss dies in die Berechnung der Ausgleichszahlungen aufgenommen werden.<sup>341</sup> Einen weiteren Ausgleich erhält der Minderheitsgesellschafter nicht.<sup>342</sup>

### 6.3 Gestaltungen

Das BMF-Schreiben vom 04.03.2020 sorgt in der Praxis für Anpassungsbedarf, wie die bisherigen Ausführungen aufgezeigt haben. Nebst Anpassungen sind auch alternative Gestaltungen möglich. Im Folgenden werden einige Varianten beleuchtet.

Eine mögliche Gestaltungsoption richtet sich primär an kommunale Gesellschaften im Organschaftsverbund mit einem privaten Minderheitsgesellschafter. Dieser soll weiterhin an der Gewinnsparte durch eine atypische stille Beteiligung partizipieren.<sup>343</sup> Im Ergebnis liegt ein zur GmbH & Co. KG ähnlicher Aufbau vor, bei dem der atypische stille Gesellschafter im Gesellschaftsvertrag geregelte Rechte zugesprochen bekommt.<sup>344</sup> Bei einer atypisch stillen Beteiligung trägt der atypisch stille Gesellschafter zusätzlich zu seinem (stillen) Gewinnanteil ein Verlustrisiko mit.<sup>345</sup> Alleinstehend betrachtet wird eine solche Konstruktion von den Finanzbehörden aufgrund der Nähe zu einer Mitunternehmerschaft nicht als Organgesellschaft anerkannt.<sup>346</sup> Durch Negierung einer Organschaft kann auch die Verlustverrechnung mit den defizitären Sparten gemäß § 15 Satz 1 Nr. 5 KStG nicht länger erfolgen.<sup>347</sup> Falls jedoch das Ziel im Erhalt einer disquotalen Minderheitsbeteiligung besteht, so gibt es diese Möglichkeit: Dem kommunalen Gesellschafter muss eine atypisch stille Beteiligung an der defizitären Sparte gewährt werden, wodurch eine Verlustverrechnung der Sparten wieder möglich ist.<sup>348</sup>

Im Gegenzug kann der Minderheitsgesellschafter eine atypisch stille Beteiligung an der profitablen Sparte erhalten. Diese Umstrukturierung muss allerdings wohl überlegt sein,

---

<sup>340</sup> Vgl. Anlage 1, § 4 Abs. 7

<sup>341</sup> Vgl. Anlage 1, § 4 Abs. 8

<sup>342</sup> Vgl. Anlage 1, § 4 Abs. 9

<sup>343</sup> Vgl. Schiffers, J., 2019, DStZ, S. 79, 82

<sup>344</sup> Vgl. Kessler, W., Risse, R., Egelhof, J., 2018, in Kessler/Kröner/Köhler Konzernsteuerrecht § 2 Rn. 295 f.

<sup>345</sup> Vgl. Gosch, D., 2020 in Gosch § 8 KStG, Rn. 1231 m.w.N.

<sup>346</sup> Vgl. BMF-Schreiben v. 20.08.2015, BStBl. I 2015, S. 649

<sup>347</sup> Vgl. Jauch, J., 2019, DK, S. 220, 225

<sup>348</sup> Vgl. BMF-Schreiben v. 21.06.2017, BStBl. I 2017, S. 880 und Jauch, J., 2019, DK, S. 220, 225

weil die Gefahr besteht, den EAV und damit die Organshaft ohne triftigen Grund zu beenden. Wenn die Organshaft weiterhin bestehen soll, entfällt diese Möglichkeit.

Eine weitere Gestaltungsoption kann die Abspaltung sein. Für eine Abspaltung muss gemäß § 15 Abs. 1 UmwStG ein Teilbetrieb (inklusive wesentlicher Betriebsgrundlagen) vorliegen und auf Behaltfristen nach § 15 Abs. 2 Satz 5 UmwStG geachtet werden.<sup>349</sup> Eine wohl überlegte Planung ist aufgrund der fünfjährigen Behaltfristen notwendig. Da die Sparten jeweils für sich allein bestehen können, ist die Voraussetzung des Teilbetriebs ebenfalls unproblematisch. Der defizitäre Teil der Kapitalgesellschaft wird nun auf eine neue Kapitalgesellschaft abgespalten, an der der Organträger alleinig beteiligt ist. Folglich befindet sich in der *alten* Organgesellschaft nur noch die profitable Sparte, wodurch spartenbezogene Ausschüttungsabreden zu Gunsten des Minderheitsgesellschafts obsolet sind.<sup>350</sup> Mit der neuen Kapitalgesellschaft begründet der Organträger eine weitere Organshaft und auf Ebene des Organträgers werden die abgeführten Ergebnisse entsprechend verrechnet.<sup>351</sup> Über diesen Weg bleibt die Organshaft erhalten, wird jedoch an entscheidender Stelle modifiziert. Bei dieser Gestaltung gilt es, den eventuellen Anfall von GrESt bei Abspaltung eines Teilbetriebs auf eine neue Kapitalgesellschaft zu beachten.<sup>352</sup> Grundsätzlich dürfte der Nutzen dieser Lösung die entstehenden Kosten rechtfertigen, da eine gescheiterte oder nicht mehr praktikable Organshaft deutlich negativere Folgen mit sich bringt.

Eine weitere Option besteht in der Gewährung von Genussrechten. Diese stehen jedoch analog zu der bereits beschriebenen vGA, wobei über das Aktienrecht hinausgehende Zahlungen in § 14 Abs. 2 KStG miteinbezogen werden.<sup>353</sup> Im Ergebnis würde die Organshaft an diesen Genussrechten mit Eigenkapitalcharakter scheitern. Diese Möglichkeit ist daher nicht zu empfehlen.

Konträr zu vGA steht die vE. Über die vE kann der Organträger den fiktiven Gewinnanteil im Rahmen der Rechtsprechung gestalten.<sup>354</sup> Dazu folgendes Beispiel:

Der außenstehende Minderheitsgesellschafter erhält eine fixe Ausgleichszahlung (§ 304 Abs. 2 Satz 1 AktG) und einen zusätzlichen variablen Anteil entsprechend seiner Beteiligung. Die Ausgleichszahlung zahlt der Organträger. Durch die Verrechnung zweier Sparten ist das Gesamtergebnis der Organgesellschaft einen Monat vor Ende des Wirtschaftsjahres Null. Der Organträger entschließt sich nun, den Verlust der defizitären Sparte auszugleichen, wodurch der Jahresüberschuss signifikant ansteigt. Folglich steigert sich ebenfalls

---

<sup>349</sup> Vgl. Rödder, T., 2018, in Kessler/Kröner/Köhler Konzernsteuerrecht § 8 Rn. 821

<sup>350</sup> Vgl. Jauch, J., 2019, DK, S. 220, 226

<sup>351</sup> Vgl. Jauch, J., 2019, DK, S. 220, 226

<sup>352</sup> Vgl. Jauch, J., 2019, DK, S. 220, 226

<sup>353</sup> Vgl. Jauch, J., 2019, DK, S. 220, 226

<sup>354</sup> Vgl. BFH v. 15.03.2017, I 67/15, BFH/NV 2017, S. 1276

der mögliche Höchstbetrag des Minderheitsgesellschafters gemäß § 14 Abs. 2 Satz 2 KStG. Die vE muss gemäß § 8 Abs. 3 Satz 2 KStG außerbilanziell gekürzt werden und der Organträger muss einen passiven Ausgleichsposten aufgrund der Mehrabführung bilden. Die Organgesellschaft wendet § 16 KStG mit der 20/17-Versteuerung an und der außenstehende Gesellschafter muss die vE entsprechend seiner Rechtsform (§ 8b KStG oder § 3 Nr. 40 EStG) versteuern.<sup>355</sup>

Gemein haben diese Methode und die vGA, dass sie den Jahresüberschuss und damit den Höchstbetrag i. S. d. § 14 Abs. 2 Satz 2 KStG beeinflussen. Im Fall der vGA wird allerdings vorab ausgeschüttet und dadurch nicht der gesamte Gewinn abgeführt. Bei der vE wird lediglich ein Verlust ausgeglichen, was nicht mit den Regeln der Organschaft kollidiert.<sup>356</sup> Durch die aufwendige Handhabung (Korrektur bzw. Versteuerung bei drei Gesellschaften) ist allerdings zweifelhaft, ob diese Variante in der Praxis umgesetzt werden wird.

Summa summarum gilt für alle Gestaltungen zu konstatieren, dass auch kommunalen Strukturen trotz ihres Versorgungscharakters die Auswirkungen des weitreichenden BFH-Urteils<sup>357</sup> zu tragen haben. Für die privatwirtschaftlichen Strukturen gilt es zu hinterfragen, ob die disquotale Gewinnabsaugung im Verhältnis zu einer Organschaft in den Vordergrund gerückt werden soll. Durch das oftmals angesprochene Steuerprivileg der Organschaft und der Schaffung eines Kompromisses in Form von § 14 Abs. 2 KStG sollte die körperschaftsteuerliche Organschaft nicht ausgenutzt werden. Dies wird auch bei allen beschriebenen Gestaltungsoptionen ersichtlich, indem Tracking-Stock-Modelle nicht ohne weiteres mit der körperschaftsteuerlichen Organschaft kombiniert werden können. Durch die Gesetzesnovation und insbesondere durch die Höchstbetragsregelung haben aber sowohl Kommunen als auch privatwirtschaftliche Unternehmen die Möglichkeit, innerhalb der Gesetzesregeln ihren zusätzlichen Ausgleich zu regeln. Die neue Gesetzesregelung zu unterwandern, ist daher nicht ratsam.

#### **6.4 Zusammenfassung**

Die Neuregelung von § 14 Abs. 2 KStG hat abermals neue Fragen hinsichtlich der körperschaftsteuerlichen Organschaft aufgeworfen. Die kritischen Stellen der Auslegung durch die Finanzverwaltung rund um den Nullausgleich und die fiktive Gewinnberechnung wurden in dieser Arbeit entsprechend hervorgehoben.

---

<sup>355</sup> Vgl. zu diesem Beispiel Jauch, J., 2019, DK, S. 220, 226

<sup>356</sup> Vgl. Jauch, J., 2019, DK, S. 220, 226 f.

<sup>357</sup> Vgl. BFH v. 10.05.2017, I R 93/15, BStBl. II 2019, S. 278

Nebst der Fragwürdigkeit der Sichtweise der Finanzverwaltung dieser Themengebiete sind die dadurch entstandenen Hürden nicht zu leugnen. Auf der einen Seite ist die Finanzverwaltung daran interessiert, dass ihre Auslegung nicht durch ein Finanzgericht oder den BFH negiert wird. Auf der anderen Seite sind diese Ausführungen im BMF-Schreiben teilweise zu komplex oder zweifelhaft, als dass sie zweckdienlich sein könnten.

Der BFH und die Finanzverwaltungen tätigen, wie darlegt, keine Ausführungen zu der GmbH als Organgesellschaft in Bezug auf Ausgleichszahlungen. Dies wäre aber angebracht, denn in der Praxis ist die GmbH die am meisten gewählte Rechtsform.<sup>358</sup> Statistisch gesehen übersteigen die Organschaften anhand des Gesamtbetrags der Einkünfte die Gesellschaften ohne Organschaft signifikant.<sup>359</sup> Es ist daher zu vermuten, dass die Organschaft durch höchstrichterliche Rechtsprechung auf ein steuerrechtliches Podest gestellt wurde, was auch folgerichtig ist. Das Trennungsprinzip ist im Körperschaftsteuerrecht fest verankert<sup>360</sup> und die damit einhergehenden Vorteile, wie z. B. die Haftungsbeschränkung, sind auch nicht von der Hand zu weisen. Deutschland muss aber weiterhin als Wirtschaftsstandort attraktiv bleiben. Durch das beständig kapitalistisch orientierte Agieren der Unternehmen ist der Innovationsinput in prosperierenden Sparten unerlässlich (s. Kapitel 3.4.2). Eine Würdigung dieses Umstands wäre für die Wirtschaft wünschenswert gewesen. Inkongruente Ausschüttungen zu negieren, kann nicht im Sinne der Wettbewerbsfähigkeit sein. Trotzdem ist nachvollziehbar, dass die Richter\*innen im Rahmen der steuerrechtlichen Vorschriften der Organschaft entsprechend geurteilt haben. Folglich legt die Finanzverwaltung ihre Interpretation sehr nah an den Urteilen aus. Die Wirtschaft ist allerdings maßgeblich leidtragend. Ohne die Neuschaffung des § 14 Abs. 2 KStG wäre die Situation jedoch noch prekärer und dramatischer für die Steuerpflichtigen. Alles in allem ist daher diese Neuregelung zu begrüßen und die Auslegung der Finanzverwaltung hat bis auf die geschilderten Punkte für mehr Klarheit gesorgt.

---

<sup>358</sup> Vgl. Statistisches Bundesamt, 2020, S. 17

<sup>359</sup> Vgl. Statistisches Bundesamt, 2020, S. 7

<sup>360</sup> Vgl. Dinkelbach, A., 2019, S. 467



gen sind auf Verlangen des Organträgers aufzulösen und zum Ausgleich eines Jahresfehlbetrages zu verwenden oder als Gewinn abzuführen.

- (3) Die Abführung von Beträgen aus der Auflösung von Gewinn- und Kapitalrücklagen nach § 272 Abs. 2 Nr. 4 HGB sowie von anderen Gewinnrücklagen, welche vor Beginn dieses Vertrages gebildet wurden, ist ausgeschlossen. Der Organträger kann eine Vorabführung von Gewinnen verlangen, wenn und soweit dies gesetzlich zulässig ist.
- (4) Der Anspruch auf Gewinnabführung entsteht zum Ende des Geschäftsjahres der Organgesellschaft und wird zu diesem Zeitpunkt fällig.

## § 2

### Verlustübernahme

- (1) Der Organträger ist entsprechend den Vorschriften des § 302 AktG in der jeweils geltenden Fassung verpflichtet, jeden während der Vertragsdauer sonst entstehenden Jahresfehlbetrag auszugleichen.
- (2) § 1 Abs. 4 gilt entsprechend.

## § 3

Beginn, Dauer und Kündigung

- (1) Dieser Vertrag bedarf der Genehmigung durch die Gesellschafterversammlungen der Organgesellschaft und des Organträgers.
- (2) Der Vertrag wird erst wirksam, wenn sein Bestehen in das Handelsregister des Sitzes der Organgesellschaft eingetragen worden ist. Die Verpflichtungen zur Gewinnabführung (§ 1) und zur Verlustübernahme (§ 2) entstehen rückwirkend zum Beginn des Geschäftsjahres der Organgesellschaft, in dem dieser Vertrag in das Handelsregister eingetragen wird.
- (3) Der Vertrag ist auf unbestimmte Zeit geschlossen. Er kann ordentlich mit einer Frist von einem Jahr zum Ende eines jeden Geschäftsjahres der Organgesellschaft schriftlich gekündigt werden, erstmals jedoch zum Ablauf des Geschäftsjahres der Organgesellschaft, das mindestens fünf volle Zeitjahre nach dem Beginn des Geschäftsjahres endet, in dem der Vertrag wirksam geworden ist. § 297 Abs. 2 AktG bleibt unberührt.
- (4) Das Recht zur Kündigung aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist bleibt unberührt. Der Organträger ist insbesondere zur

Kündigung aus wichtigem Grund berechtigt, wenn er

1. nicht mehr mit der Mehrheit an der Organgesellschaft beteiligt ist,
  2. sämtliche Anteile oder jedenfalls Anteile an der Organgesellschaft in der Höhe eines Gesamtnennbetrages veräußert oder überträgt mit der Folge, dass die Voraussetzungen der finanziellen Eingliederung der Organgesellschaft in den Organträger nach den jeweils geltenden steuerrechtlichen Vorgaben nicht mehr vorliegen,
  3. die Organbeteiligung einbringt,
  4. oder die Organgesellschaft umgewandelt, verschmolzen, gespalten oder liquidiert werden.
- (5) Wenn der Vertrag endet, hat der Organträger den Gläubigern der Organgesellschaft entsprechend § 303 AktG in der jeweils gültigen Fassung Sicherheiten zu leisten.

#### § 4

##### Ausgleichszahlung an außenstehende Gesellschafter

- (1) Der Organträger verpflichtet sich, den außenstehenden Gesellschaftern der Organgesellschaft für

jedes volle Geschäftsjahr, für das dieser Vertrag gilt, erstmals für das Geschäftsjahr der Organgesellschaft, in dem dieser Vertrag in das Handelsregister eingetragen wird, eine Ausgleichszahlung zu leisten, die sich wie folgt berechnet:

60 % des rechnerischen Nominalwertes des von den außenstehenden Gesellschaftern gehaltenen Geschäftsanteile (Mindestausgleich gemäß § 304 Abs. 2 Satz 1 AktG) zuzüglich eines variablen Ausgleichs.

Der Mindestausgleich ist nach jeweils fünf Jahren auf seine Angemessenheit hin zu überprüfen und ggf. mit Wirkung für die Zukunft anzupassen. Dabei hat sich die Höhe der Ausgleichszahlung an der bisherigen Ertragslage der Organgesellschaft und ihren künftigen Ertragsaussichten zu orientieren. Der Mindestausgleich soll im Durchschnitt mehrerer Jahre mindestens  $\frac{2}{3}$  der gesamten Ausgleichszahlung ausmachen.

- (2) Der variable Ausgleich im Sinne des vorstehenden Satzes ist der Betrag, der sich aufgrund der nachfolgenden Berechnung ergibt und anteilig (im Verhältnis zum Gesamtnennwert der Geschäftsanteile am Schluss des jeweiligen Geschäftsjahres der Organgesellschaft) auf den Nennwert der von den

außenstehenden Gesellschaftern gehaltenen Geschäftsanteilen entfällt, abzüglich des Mindestausgleichs nach § 4 Abs. 1:

- a) Jahresüberschuss im Sinne des § 275 Abs. 2 Ziffer 20 HGB bzw. § 275 Abs. 3 Ziffer 19 HGB des jeweiligen Geschäftsjahres der Organgesellschaft vor Gewinnabführung, Ausgleichszahlungen, Ertragsteuern und Ertragssteuerumlagen,
- b) abzüglich der in dem Jahresabschluss des jeweiligen Geschäftsjahres der Organgesellschaft ausgewiesenen Einstellungen in Gewinnrücklagen,
- c) zuzüglich der in dem Jahresabschluss des jeweiligen Geschäftsjahres der Organgesellschaft ausgewiesenen Entnahmen aus Gewinnrücklage,
- d) abzüglich einer Gewerbesteuerumlage oder der tatsächlich geschuldeten Gewerbesteuer,
- e) abzüglich eines Betrages, der der Belastung durch Ertragsteuern mit Ausnahme der Gewerbesteuer (derzeit also der Körperschaftsteuer- und Solidaritätszuschlagsbelastung) entspricht, die bei der Organgesellschaft für

das jeweilige Geschäftsjahr entsteht oder entstehen würde, falls für das betreffende Geschäftsjahr der Organgesellschaft keine steuerliche Organshaft mit dem Organträger bezüglich der jeweiligen Steuerart besteht oder bestehen würde, jedoch mit der Maßgabe, dass für die Berechnung der Ertragssteuerbelastung die Gewerbesteuer zugrunde gelegt wird, die die Organgesellschaft aufgrund eines Umlagevertrages oder – falls tatsächlich keine gewerbesteuerliche Organshaft besteht – kraft Gesetzes tatsächlich schuldet.

Die Berechnung des Betrages gemäß d) und e) erfolgt unter der Annahme der Vollausschüttung unter Außerachtlassung der steuerlichen Vorschriften, die nur im Falle einer steuerlichen Organshaft anwendbar sind. Sind die auf die Ausgleichszahlungen zu leistenden Ertragsteuern höher als der sich nach d) und e) ergebende Betrag, so sind an Stelle des sich nach d) und e) ergebenden Betrages die höheren, tatsächlichen auf die Ausgleichszahlung entfallenden Ertragsteuern als Abzugsposten anzusetzen. Für den Fall, dass der vorstehende Rechenschritt (Abs. 2) zu einem negativen Ergebnis führt, wird das Endergebnis auf neue Rechnung vorgetragen und mit künftigen

Ausgleichszahlungen nach diesem Absatz verrechnet. Eine Verrechnung mit Ausgleichszahlungen nach Abs. 1 ist ausgeschlossen.

- (3) Die Ausgleichszahlungen sind ebenso wie eine Gewinnabführung und ein Verlustausgleich mit dem Bilanzstichtag für das Geschäftsjahr der Organgesellschaft fällig.
- (4) Stellt sich für zurückliegende Jahre, insbesondere nach Abschluss von steuerlichen Außenprüfungen, eine andere Bemessungsgrundlage für die Ertragsteuern (derzeit Körperschaftsteuer, Gewerbesteuer und Solidaritätszuschlag) im Vergleich zu der bis dahin bei der Ermittlung des variablen Ausgleichs gemäß § 4 Abs. 2 d) und e) berücksichtigten Bemessungsgrundlage heraus, so führt die daraus resultierende rechnerische Erhöhung oder Verminderung der Ertragsteuern zu einer entsprechenden Erhöhung oder Verminderung der Abzugspositionen nach § 4 Abs. 2 d) und e). Diese Erhöhung oder Verminderung des Abzugspostens ist bei der Berechnung der Ausgleichszahlung für das Geschäftsjahr zu berücksichtigen, für das nach Bekanntwerden der Differenz als nächstens eine Ausgleichszahlung zu berechnen ist. Eine fiktive Verzinsung nach § 233a AO ist nicht zu berücksichtigen; nachweislich anfallende Zinsen nach § 233a AO werden berücksichtigt.

- (5) Unbeschadet der Garantie des Organträgers ist der an den außenstehenden Gesellschafter der Organgesellschaft zu zahlende Ausgleich im Sinne des § 304 AktG von der Organgesellschaft vorweg aus dem an den Organträger abzuführenden Gewinn zu zahlen. Reicht der abzuführende Gewinn hierzu nicht aus, wird der Organträger den Differenzbetrag der Organgesellschaft zur Verfügung stellen.
- (6) Die Ausgleichszahlung wird erstmalig für das volle Geschäftsjahr der Organgesellschaft gewährt, für das dieser Vertrag wirksam wird. Falls der Vertrag während eines Geschäftsjahres der Organgesellschaft endet oder die Organgesellschaft während der Dauer des Vertrages ein Rumpfgeschäftsjahr bildet, vermindert sich der Ausgleich nach Absatz 1 zeitanteilig. Der zusätzliche Ausgleich nach Abs. 2 wird nur für Zeiträume der Geltung des Vertrages bezahlt.
- (7) Im Falle der Erhöhung des Stammkapitals aus Gesellschaftsmitteln der Organgesellschaft vermindert sich der in Abs. 1 festgelegte Prozentsatz in der Weise, dass der Gesamtbetrag der festen Ausgleichszahlung gemäß Abs. 1 unverändert bleibt.
- (8) Falls das Stammkapital der Organgesellschaft durch Bar- oder Sacheinlagen unter Gewährung

eines Bezugsrechts an die außenstehenden Gesellschafter erhöht wird, gelten die Rechte aus diesem § 4 auch für die von den außenstehenden Gesellschaftern bezogenen Geschäftsanteile aus der Kapitalerhöhung.

- (9) Darüber hinaus erhalten die außenstehenden Gesellschafter kein weiteres Abfindungsangebot.

## § 5

### Schlussbestimmungen

- (1) Die Wirksamkeit dieses Vertrages wird von einer formwechselnden oder übertragenden Umwandlung des Organträgers oder der Organgesellschaft nach den Vorschriften des Umwandlungsgesetzes oder Umwandlungssteuergesetzes nicht berührt. Dies gilt nicht, falls die Organgesellschaft in oder auf eine Rechtsform umgewandelt wird, die nach zwingenden gesetzlichen Vorschriften nicht als beherrschtes Unternehmen Partei eines Vertrages im Sinne der §§ 291 ff. AktG sein kann.
- (2) Bei der Auslegung einzelner Bestimmungen dieses Vertrages sind die Vorgaben des § 14 KStG in der jeweils geltenden Fassung, gegebenenfalls entsprechende Nachfolgeregelungen heranzuziehen.

- (3) Dieser Vertrag enthält alle zwischen den Parteien getroffenen Vereinbarungen, die sich auf die Ergebnisübernahme beziehen. Nebenabreden bestehen insoweit nicht.
- (4) Zusätze und Abänderungen dieses Vertrages bedürfen der Schriftform, soweit nicht eine andere Form vorgeschrieben ist. Dies gilt auch für diese Schriftformklausel. Änderungen und Ergänzungen dieses Vertrages werden mit Eintragung im Handelsregister wirksam.
- (5) Sollten sich einzelne Bestimmungen dieses Vertrages als unwirksam, undurchführbar oder lückenhaft erweisen, wird hierdurch die Wirksamkeit der übrigen Bestimmungen nicht berührt. Statt einer unwirksamen oder undurchführbaren Bestimmung soll eine Bestimmung gelten, die dem wirtschaftlichen Ergebnis der unwirksamen oder undurchführbaren Bestimmung in zulässiger Weise am nächsten kommt. Statt einer lückenhaften Regelung soll eine Regelung gelten, die von den Parteien getroffen worden wäre, wenn sie die Regelungslücke erkannt hätten.

## 8 Literaturverzeichnis

- Abts, Dirk; Kremers, Janina, 2019, Die gesetzliche Regelung zur variablen Ausgleichszahlung in § 14 Abs. 2 KStG vor dem Hintergrund des steuerlichen Querverbunds, in StuB - Unternehmenssteuern und Bilanzen, Heft 11, Seiten 427-431
- Balmes, Frank; Graessner, Hans-Christoph, 2002, Steuerrechtliche Behandlung von Tracking Stocks, in DStR, Heft 20/21, Seiten, 838-841
- Belcke, Ulf Erik; Westermann, Eike Christian, 2019, Die Besteuerung öffentlicher Unternehmen: Praxisrelevante Hinweise zu Organschaftsgestaltungen, Breitbandausbau, Konzessionsabgaben sowie zu § 2b UStG und Kapitalertragsteuer, in Betriebs-Berater, Heft 33, Seiten 1885-1890
- Bott, Harald (Hrsg.); Walter, Wolfgang (Hrsg.), 2020, Körperschaftsteuergesetz Kommentar, Stollfuß Medien, Bonn
- Brühl, Manuel; Weiss, Martin, 2018, Ausgewählte ertragsteuerliche Aspekte des „Jahressteuergesetzes 2018“, in Betriebs-Berater, Heft 37, Seiten 2130-2140
- Brühl, Manuel; Weiss, Martin, 2020, Ertragsteuerliche Organschaft: Variable Ausgleichszahlungen an außenstehende Gesellschafter – BMF-Schreiben zu § 14 Abs. 2 KStG vom 4.3.2020, in Betriebs-Berater, Heft 26, Seiten 1436-1440
- Dinkelbach, Andreas, 2019, Ertragsteuern: Einkommensteuer, Körperschaftsteuer, Gewerbesteuer, 8., überarbeitete und aktualisierte Auflage, Springer Gabler, Wiesbaden
- Dötsch, Ewald (Hrsg.); Pung, Alexandra (Hrsg.); Möhlenbrock, Rolf (Hrsg.), 2020, Dötsch/Pung/Möhlenbrock (D/P/M): Kommentar zum KStG, UmwStG und EStG, Schäffer-Poeschel Verlag, Stuttgart
- Emmerich, Volker; Habersack, Mathias, 2020, Konzernrecht: ein Studienbuch, 11., völlig neu bearbeitete Auflage, C.H. Beck, München
- Emmerich, Volker; Habersack, Mathias; Schürnbrand, Jan, 2019, Aktien- und GmbH-Konzernrecht: Kommentar, 9. Auflage, C.H. Beck, München
- Eversberg, Horst, 2012, Steuerwirksame Verrechnung von Gewinnen und Verlusten der Städte und Gemeinden durch Betriebe gewerblicher Art als Organträger, in DStZ, Heft 8, Seiten 278-283

- Frotscher, Gerrit (Hrsg.); Drüen, Klaus-Dieter (Hrsg.), 2020, Kommentar zum Körperschaftsteuergesetz, Haufe-Verlag, Freiburg im Breisgau
- Goette, Wulf, (Hrsg.); Habersack Mathias (Hrsg.); Kalss, Susanne (Hrsg.), 2020, Münchner Kommentar zum Aktiengesetz, 5 . Auflage, C.H. Beck, München
- Gosch, Dietmar (Hrsg.), 2020, Körperschaftsteuergesetz: Kommentar, 4. völlig neubearbeitete Auflage, C.H. Beck, München
- Hasbach, Alexander, 2019, Ausgleichszahlungen an außenstehende Gesellschafter - Anmerkungen zu § 14 Abs. 2 KStG nF, in DStR, Heft 3, Seiten 81-88
- Hasbach, Alexander, 2020, Ausgleichszahlungen an außenstehende Gesellschafter nach § 14 Abs. 2 KStG - Anmerkungen zum BMF-Schreiben vom 04.03.2020, in Der Betrieb, Heft 16, Seiten 806-812
- Heuermann, Bernd (Hrsg.); Brandis, Peter (Hrsg.), 2020, Blümich: Einkommensteuergesetz, Körperschaftsteuergesetz, Gewerbesteuerengesetz: Kommentar, Verlag Franz Vahlen, München
- Hüffer, Uwe; Koch, Jens, 2020, Aktiengesetz: Kommentar, 14. Auflage, C.H. Beck, München
- Jäckel, Kai-Uwe; Schwarz, Karoline, 2018, Ausgleichszahlungen an Minderheitsgesellschafter - Sackgasse für den steuerlichen Querverbund?, in DStR, Heft 9, Seiten 433-440
- Jauch, Jakob, 2019, Organschaft im kommunalen Bereich: Die Regelung des § 14 Abs. 2 KStG i. d. F. des UStAVermG, in Der Konzern, Heft 5, Seiten 220-227
- Kamchen, Sven; Kling, Jan-Christopher, 2015, Disquotale Gewinnausschüttungen - Zivil- und steuerrechtliche Fragestellungen und Problemfelder, in NWB, Heft 12, Seiten 819-826
- Kessler, Wolfgang (Hrsg.); Kröner, Michael (Hrsg.); Köhler, Stefan (Hrsg.), 2018, Konzernsteuerrecht: national - international, 3., vollständig überarbeitete Auflage, C.H. Beck, München
- Maul, Manuel; Reinke, Marcel, 2020, Aktuelle Entwicklungen zum steuerlichen Querverbund - Möglichkeiten der Verlustverrechnung kommunaler Eigengesellschaften im Bereich Telekommunikation und Verkehr, in NWB, Nr. 24, Seiten 1770-1777

- Müller, Thomas; Detmering, Marcel; Lieber, Bettina, 2020, Die Organschaft: Körperschaftsteuerrecht, Gewerbesteuerrecht, Umsatzsteuerrecht, Grunderwerbsteuerrecht, 11., überarbeitete Auflage, NWB, Herne
- Niehus, Ulrich; Wilke, Helmuth, 2018, Die Besteuerung von Kapitalgesellschaften, 5., überarbeitete und aktualisierte Auflage, Schäffer-Poeschel Verlag, Stuttgart
- Nürnberg, Philip, 2018, Variable Ausgleichszahlungen gem. § 14 Abs. 2 KStG-E, in NWB, Nr. 39, Seiten 2856-2863
- Pörschke, Maik, 2017, Disquotale Gewinnausschüttungen bei der GmbH, in DER BETRIEB, Heft 21, Seiten 1165-1169
- Prinz, Ulrich (Hrsg.); Witt, Sven-Christian (Hrsg.), 2019, Steuerliche Organschaft, 2. Auflage, Otto Schmidt, Köln
- Prinz, Ulrich, 2001, Verbesserte steuerliche Rahmenbedingungen für Tracking Stock-Strukturen nach der Unternehmenssteuerreform 2001, in Finanz Rundschau, Heft 6, Seiten 285-288
- Prinz, Ulrich, 2018, Ertragsteuerliche Organschaft – Bestandsaufnahme, Systematik, Problembereiche, in Finanzrundschau, Heft 20, Seiten 916-925
- Prinz, Ulrich; Schürner, Carl Thomas, 2001, Rechnungslegung bei Tracking Stock-Strukturen in Deutschland - Grundfragen und Gestaltungsüberlegungen, in DStR, Seiten 759-768
- Prinz, Ulrich; Schürner, Carl Thomas, 2003, Tracking Stocks und Sachdividenden - ein neues Gestaltungsinstrument für spartenbezogene Gesellschaftsrechte?, in DStR, Seiten 181-189
- Schiffers, Joachim, 2018, Aktuelle Praxisfragen zur Spartenrechnung bei kommunalen Eigenesellschaften nach § 8 Abs. 9 KStG – Abgrenzung der Sparten, Spartenrechnung und Organschaft, in DStZ, Heft 12, Seiten 417-432
- Schiffers, Joachim, 2019, Aktuelle Fragen zur Besteuerung der öffentlichen Hand Ausgleichszahlungen an außenstehende Gesellschafter im steuerlichen Querverbund, Breitbandausbau, Beteiligung an PersGes und Kapitalertragsteuer bei Regiebetrieben, in DStZ, Heft 3, Seiten 79-92
- Statistisches Bundesamt (Destatis), 2020, Körperschaftsteuerstatistik 2015 - Fachserie 14 Reihe 7.2,

[https://www.destatis.de/DE/Themen/Staat/Steuern/Unternehmenssteuern/Publicationen/Downloads-Koerperschaftsteuern/koerperschaftsteuerstatistik-2140720157004.pdf;jsessionid=47932C05B6CE79131CE6C05951E5C86A.internet8742?\\_\\_blob=publicationFile](https://www.destatis.de/DE/Themen/Staat/Steuern/Unternehmenssteuern/Publicationen/Downloads-Koerperschaftsteuern/koerperschaftsteuerstatistik-2140720157004.pdf;jsessionid=47932C05B6CE79131CE6C05951E5C86A.internet8742?__blob=publicationFile), 21.01.2021

Tipke, Klaus; Lang, Joachim, 2020, Steuerrecht, 24., völlig überarbeitete Auflage 2020. Begr. von K. Tipke und J. Lang. Bearb. von R. Seer, et al., Otto Schmidt, Köln

Tonner, Martin, 2002, Zulässigkeit und Gestaltungsmöglichkeiten von Tracking Stocks nach dem deutschen Aktienrecht, in IStR, Heft 9, Seiten 317-324

Werner, Rüdiger, 2019, Die disquotale Verteilung von Gesellschafterrechten - Ein Überblick über gesellschaftsrechtliche Möglichkeiten und steuerliche Folgen, in NWB, Nr. 14, Seiten 959-967

Zimmermann, Florian, 2020, Das BMF-Schreiben vom 04.03.2020 zu § 14 Abs. 2 KStG: Ausgleichszahlungen an außenstehende Gesellschafter, in Der Konzern, Heft 5, Seiten 181-185

## **9 Verzeichnis der Verwaltungsanweisungen**

BMF-Schreiben vom 13.09.1991, Bemessung der Ausgleichszahlungen an die Minderheitsgesellschafter der Organschaft, DB, 1991, Heft 41, S. 2110-2111

BMF-Schreiben vom 07.12.2000, Inkongruente Gewinnausschüttungen; Anwendung des BFH-Urteils vom 19. August 1999 - I R 77/96 - (BStBl 2001 II S. 43), BStBl. I 2001, S. 47

BMF-Schreiben vom 20.04.2010, Ausgleichszahlungen an außen stehende Anteilseigner; Anwendung des BFH-Urteils vom 4. März 2009 - I R 1/08 - (BStBl II 2010 S. 407), BStBl. I 2010, S. 372

BMF-Schreiben vom 17.12.2013, Steuerliche Anerkennung inkongruenter Gewinnausschüttungen, BStBl. I 2014, S. 63

BMF-Schreiben vom 20.08.2015, Körperschaftsteuerliche Organschaft unter Beteiligung einer Kapitalgesellschaft, an der eine atypisch stille Beteiligung besteht. BStBl. I 2015, S. 649

BMF-Schreiben vom 21.06.2017, Beteiligung einer juristischen Person des öffentlichen Rechts an einer Personengesellschaft, BStBl. I 2017, S. 880

BMF-Schreiben vom 04.03.2020, Anwendungsfragen zu § 14 Absatz 2 KStG, BStBl. I 2020, S. 256

## **10 Rechtsprechungsverzeichnis**

- BFH, Urteil vom 29.10.1980, I R 61/77, BStBl. II 1981, S. 336, Zur Frage, wann die von der Organgesellschaft in ihrer Bilanz gebildeten freien Rücklagen bei vernünftiger kaufmännischer Beurteilung wirtschaftlich begründet sind
- BFH, Urteil vom 13.09.1989, I R 110/88, BFH/NV, 1989, Nr. 12, S. 52, Zum Begriff der wirtschaftlichen Eingliederung bei Organshaft
- BFH, Urteil vom 07.12.1994, I K 1/93, BStBl. II 1995, S. 175, Zur Zerlegung der Körperschaftsteuer nach § 2 Abs. 1 ZerlG - 2. Zum Begriff der „geschäftlichen Oberleitung“ i. S. des § 10 AO
- BFH, Urteil vom 30.07.1997, I R 7/97, BStBl. II 1998, S. 33, Zivilrechtliche Wirksamkeitserfordernisse von Ergebnisabführungsverträgen; belastende Drittwirkung von Billigkeitserlassen
- BFH, Urteil vom 19.08.1999, I R 77/96, BStBl. II 2001, S. 43, Inkongruente Gewinnausschüttung und Wiedereinlage kein Gestaltungsmissbrauch
- BFH, Urteil vom 08.08.2001, I R 25/00, BStBl. II 2003, S. 923, Eine in organschaftlicher Zeit gebildete und aufgelöste Kapitalrücklage kann an die Gesellschafter ausgeschüttet werden ("Leg-ein-Hol-zurück"); sie unterliegt nicht der Gewinnabführung
- BFH, Urteil vom 21.10.2010, IV R 21/07, BStBl. II 2014, S. 481, Kein ordnungsgemäß durchgeführter Ergebnisabführungsvertrag bei „vergessener“ Verrechnung mit vororganschaftlichen Verlusten
- BFH, Urteil vom 20.07.2016, I R 50/15, BStBl. II 2017, S. 230, Einwirkung abkommensrechtlicher Begriffsbestimmungen auf innerstaatliches Steuerrecht
- BFH, Urteil vom 15.03.2017, I R 67/15, BFH/NV, 2017, Nr. 9, S. 1276, Ertragszuschuss als organschaftliche Mehrabführung i. S. von § 27 Abs. 6 Satz 1 KStG
- BFH, Urteil vom 10.05.2017, I R 19/15, BStBl. II 2019, S. 81, Mindestlaufzeit eines Gewinnabführungsvertrags bei Körperschaftsteuerrechtlicher Organshaft
- BFH, Urteil vom 10.05.2017, I R 51/15, BStBl. II 2018, S. 30, Anerkennung einer Körperschaftsteuerrechtlichen Organshaft

BFH, Urteil vom 10.05.2017, I R 93/15, BStBl. II 2019, S. 278, Organschaft: Ausgleichszahlungen an Minderheitsgesellschafter; Verlustübernahmevereinbarung bei Änderung des Aktienrechts

BGH, Urteil vom 13.02.2006, II ZR 392/03, DStZ 2006, Nr. 12, S. 423, Sicherung außenstehender Aktionäre: Festsetzung eines sog. "Null-Ausgleichs" in einem Gewinnabführungsvertrag

FG Köln, Urteil vom 14.09.2016, 9 K 1560/14, DStZ 2017, Nr. 1, S. 8, Einkommensteuerliche Anerkennung einer inkongruenten Gewinnausschüttung

# Auswirkungen des Mauracher Entwurfs auf die Gesellschaft bürgerlichen Rechts – Neuerfindung oder bloße Korrektur des Personengesellschafts- rechts?

Bachelorarbeit

an der

FH Aachen

FB Wirtschaftswissenschaften

Wirtschaftsrecht (LL.B.)

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

Abgabedatum: 29. Juli 2021

vorgelegt von

Elena Hoß

aus Stolberg (Rhld.)

## Abstract

**Titel:** Auswirkungen des Mauracher Entwurfs auf die Gesellschaft bürgerlichen Rechts – Neuerfindung oder bloße Korrektur des Personengesellschaftsrechts?

**Verfasserin:** Elena Hoß

Seit dem Jahr 1900 hat sich das Gesellschaftsrecht im BGB kaum verändert. Insbesondere im Recht der GbR haben sich Praxis und Rechtsprechung immer weiter von dem entfernt, was im Gesetzestext geschrieben steht. Mit dem sogenannten MoPeG ist nun ein Gesetz auf dem Weg, welches das Personengesellschaftsrecht reformieren und auf den Kopf stellen soll.

Ziel der Arbeit ist es eine Bewertung dahingehend vorzunehmen, ob die neugefassten Vorschriften eine Verbesserung im Vergleich zur aktuellen Rechtslage bedeuten oder sogar bahnbrechende Neuerungen mit sich bringen.

Dazu werden sowohl die derzeitige Gesetzeslage als auch die geplanten Änderungen in Bezug auf verschiedene Themenkomplexe anhand der veröffentlichten Gesetzesentwürfe dargestellt und analysiert, um schließlich zu einer Stellungnahme zu gelangen. Im Fokus der Erarbeitung soll hierbei die Gesellschaft bürgerlichen Rechts stehen, welche die umfangreichsten Veränderungen erfährt.

Neben dem Reformbedarf und den Entwicklungsschritten des Gesetzgebungsverfahrens, werden insbesondere die gesetzliche Kodifizierung der Rechtsfähigkeit, die Abschaffung des Gesamthandsprinzips, die Einführung eines GbR-Registers, die Etablierung eines dem Aktienrecht nachempfundenen Beschlussmängelrechts und die Verhältnisse der Gesellschafter und Gesellschafterinnen untereinander, sowie zur Gesellschaft und zu Dritten näher beleuchtet und schließlich bewertet.

Die Erarbeitung zeigt, dass die Reform eine Gesetzeslage schafft, die wieder mit der Praxis und Rechtsprechung im Einklang steht. Insbesondere die Einführung des Gesellschaftsregisters für die GbR wird zukünftig für mehr Rechtssicherheit und Transparenz im Umgang mit der Gesellschaft sorgen. Eine allumfängliche Neuerfindung des Personengesellschaftsrechts findet im Rahmen der Reform allerdings nicht statt, dennoch begründet sie eine erhebliche Verbesserung gegenüber der aktuellen Rechtslage, welche über eine bloße Korrektur hinausgeht.

## Inhaltsverzeichnis

|   |    |
|---|----|
| Abkürzungsverzeichnis .....   | VI |
| A. Einleitung .....   | 1  |
| I. Zielsetzung und Vorgehensweise .....   | 1  |
| II. Aufbau der Bachelorarbeit .....   | 1  |
| B. Modernisierung des Personengesellschaftsrechts – Motivation und Entwicklungsschritte .....                   | 2  |
| I. Reformbedarf.....  | 2  |
| 1. Rechtshistorie der GbR .....   | 2  |
| 2. Zunehmende Diskrepanz zwischen Theorie und Praxis .....  | 3  |
| II. Entwicklungsschritte .....  | 3  |
| 1. 71. Deutscher Juristentag debattiert Reformbedarf.....   | 4  |
| 2. Aufnahme in den Koalitionsvertrag vom 12. März 2018.....   | 5  |
| 3. Mauracher Entwurf für ein Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts vom 20. April 2020 ..... | 5  |
| 4. Referenten- und Regierungsentwurf vom 19. November 2020 und 20. Januar 2021 .....                            | 6  |
| 5. Beschluss und geplantes Inkrafttreten .....  | 8  |
| C. Rechts- und Vermögensfähigkeit – Anpassung an praktische Bedürfnisse.....                                    | 8  |
| I. Gesetzliche Verankerung der Rechtsfähigkeit der GbR.....   | 8  |
| 1. Rechtsfähigkeit der GbR nach dem BGH-Urteil „ARGE Weißes Ross“ vom 29. Januar 2001 .....                     | 8  |
| 2. Der neue Dreiklang der GbR.....  | 9  |
| a) Außengesellschaft .....  | 9  |
| b) eGbR .....   | 10 |
| c) Innengesellschaft.....   | 10 |
| d) Systematik des neuen Titel 16 .....  | 11 |
| 3. Bewertung.....   | 11 |
| II. Abkehr vom Gesamthandsprinzip.....  | 12 |
| 1. Konzept der Gesamthand .....   | 12 |
| 2. Änderungen nach dem MoPeG .....  | 13 |
| 3. Bewertung.....   | 14 |
| D. Gesellschaftsregister – Nachbildung des Handelsregisters für mehr Transparenz in der GbR                     | 15 |

|      |   |    |
|------|---|----|
| I.   | Ziele .....   | 15 |
| II.  | Anmeldung und Inhalt der Eintragung .....   | 16 |
| III. | Wirkung der Eintragung .....  | 17 |
| 1.   | Entscheidung für ein Konglomerat verschiedener Konzepte.....                          | 17 |
| a)   | Mittelbare Eintragungspflicht .....   | 17 |
| b)   | Registrierungsanreize .....   | 18 |
| 2.   | Publizitätswirkung .....  | 18 |
| 3.   | Namenszusatz eingetragene Gesellschaft bürgerlichen Rechts.....                       | 19 |
| IV.  | Anwendung der HGB Firmengrundsätze .....  | 19 |
| V.   | Erleichterung eines Rechtsformwechsels.....   | 20 |
| VI.  | Bewertung.....  | 20 |
| E.   | Beschlussmängelrecht – Übernahme des aktienrechtlichen Modells .....                  | 24 |
| I.   | Aktuelle Rechtslage .....   | 24 |
| II.  | Änderungen nach dem Mauracher Entwurf .....   | 26 |
| 1.   | Beschlussfassung .....  | 26 |
| 2.   | Beschlussmängel.....  | 26 |
| a)   | Anfechtbarkeit und Nichtigkeit .....  | 26 |
| b)   | Anfechtungsklage.....   | 28 |
| c)   | Nichtigkeitsklage.....  | 29 |
| III. | Standortverlegung ins Handelsgesetzbuch – Änderungen nach dem Regierungsentwurf ..... | 29 |
| IV.  | Bewertung.....  | 31 |
| F.   | Innen- und Außenverhältnis – Nachjustierung der Personenverhältnisse .....            | 33 |
| I.   | Beibehaltung der Gesamtgeschäftsführungsbefugnis .....                                | 33 |
| 1.   | Aktuelle Rechtslage .....   | 33 |
| 2.   | Änderungen nach dem MoPeG .....   | 34 |
| 3.   | Bewertung.....  | 35 |
| II.  | Gesetzliche Statuierung einer modifizierten actio pro socio .....                     | 37 |
| 1.   | Aktuelle Rechtslage .....   | 37 |
| 2.   | Änderungen nach dem MoPeG .....   | 39 |
| 3.   | Bewertung.....  | 40 |
| III. | Wandel von Auflösungs- zu Ausscheidungsgründen .....                                  | 41 |
| 1.   | Aktuelle Rechtslage .....   | 41 |

|     |  |    |
|-----|--|----|
| 2.  | Änderungen nach dem MoPeG .....                                      | 41 |
| 3.  | Bewertung.....   | 42 |
| IV. | Entkopplung von Vertretungsmacht und Geschäftsführungsbefugnis ..... | 43 |
| 1.  | Aktuelle Rechtslage .....  | 43 |
| 2.  | Änderungen nach dem MoPeG .....                                      | 43 |
| 3.  | Bewertung.....   | 44 |
| V.  | Unbeschränkte Haftung nach dem Vorbild des § 128 HGB.....            | 46 |
| 1.  | Aktuelle Rechtslage .....  | 46 |
| 2.  | Änderungen nach dem MoPeG .....                                      | 47 |
| 3.  | Bewertung.....   | 48 |
| G.  | Fazit.....   | 49 |
|     | Literaturverzeichnis .....   | 51 |

## Abkürzungsverzeichnis

|              |  |
|--------------|--|
| ADHGB        | Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch  |
| AktG         | Aktiengesetz   |
| Art.         | Artikel  |
| BGB          | Bürgerliches Gesetzbuch  |
| BGH          | Bundesgerichtshof  |
| BMJV         | Bundesministerium der Justiz und für Verbraucher-<br>schutz  |
| bzw.         | beziehungsweise  |
| DAV          | Deutscher Anwaltverein   |
| e.V.         | Eingetragener Verein   |
| EGBGB        | Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch  |
| eGbR         | Eingetragene Gesellschaft bürgerlichen Rechts  |
| etc.         | et cetera  |
| GBO          | Grundbuchordnung   |
| GbR          | Gesellschaft bürgerlichen Rechts   |
| GenG         | Genossenschaftsgesetz  |
| Gesetz-E     | Gesetz in Fassung des Mauracher Entwurfs für ein Ge-<br>setz zur Modernisierung des Personengesellschafts-<br>rechts |
| Gesetz-RefE  | Gesetz in Fassung des Referentenentwurfs für ein Ge-<br>setz zur Modernisierung des Personengesellschafts-<br>rechts |
| Gesetz-RegE  | Gesetz in Fassung des Regierungsentwurfs für ein Ge-<br>setz zur Modernisierung des Personengesellschafts-<br>rechts |
| ggf.         | gegebenenfalls   |
| GmbH         | Gesellschaft mit beschränkter Haftung  |
| GmbH& Co. KG | Gesellschaft mit beschränkter Haftung und<br>Compagnie Kommanditgesellschaft   |
| GmbHG        | Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter<br>Haftung   |
| grds.        | grundsätzlich  |
| HGB          | Handelsgesetzbuch  |
| Hs.          | Halbsatz   |

|           |   |
|-----------|---|
| i.V.m.    | In Verbindung mit   |
| InsO      | Insolvenzordnung  |
| KG        | Kommanditgesellschaft   |
| MoMiG     | Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen         |
| MoPeG     | Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts                             |
| Nr.       | Nummer  |
| OHG       | Offene Handelsgesellschaft  |
| PartG     | Partnerschaftsgesellschaft  |
| PartG mbB | Partnerschaftsgesellschaft mit beschränkter Berufshaftung                             |
| PartGG    | Gesetz über Partnerschaftsgesellschaften Angehöriger Freier Berufe                    |
| RefE      | Referentenentwurf (für ein Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts) |
| RegE      | Regierungsentwurf (für ein Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts) |
| UG        | Unternehmergeellschaft  |
| UmwG      | Umwandlungsgesetz   |
| ZPO       | Zivilprozessordnung   |
| ZVG       | Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung                          |

## A. Einleitung

### I. Zielsetzung und Vorgehensweise

Am 20. April 2020 veröffentlichte das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz den sogenannten Mauracher Entwurf<sup>1</sup>, welcher das Recht der Personengesellschaften auf den Kopf stellen soll. Insbesondere das in den §§ 705 ff. BGB geregelte Recht der Gesellschaft bürgerlichen Rechts soll durch die geplante und bereits länger geforderte Reform teilweise elementare Veränderungen erfahren. Um ein möglichst aktuelles Bild zu den geplanten Änderungen zu vermitteln, wird hauptsächlich der derzeit neuste Entwurf zur Reform, der Regierungsentwurf<sup>2</sup> vom 20. Januar 2021, zur Bearbeitung herangezogen. Welcher Entwurf verwendet wird, ist entweder der gesetzten Fußnote oder dem Suffix der genannten gesetzlichen Vorschrift zu entnehmen. Regelungen nach dem Mauracher Entwurf<sup>3</sup> vom 20. April 2020 tragen den Suffix „-E“, Regelungen nach dem Referentenentwurf<sup>4</sup> vom 19. November 2020 tragen den Suffix „-RefE“ und Regelungen nach dem Regierungsentwurf<sup>5</sup> vom 20. Januar 2021 tragen den Suffix „-RegE“ (siehe auch *Abkürzungsverzeichnis*).

Ziel dieser Erarbeitung ist es die bereits veröffentlichten Entwürfe zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts zu analysieren, um schließlich bewerten zu können, ob die Reform eine Verbesserung gegenüber der aktuellen Rechtslage bietet oder sogar eine Neuerfindung des Gesellschaftsrechtes bedeutet. Um diese Bewertung in dieser Arbeit vornehmen zu können, erfolgt zunächst stets (falls vorhanden) die Darlegung der aktuellen Rechtslage zum jeweiligen Themenkomplex. Darauf folgend wird die laut Reform geplante Rechtslage erläutert, um schließlich einen Vergleich zwischen den Vorschriften ziehen zu können und zu einer Stellungnahme zu gelangen. Ein Anspruch der Arbeit ist zudem möglichst eng mit dem Gesetzestext und den Entwürfen sowie den dazugehörigen Begründungen zu arbeiten.

Da die geplante Reform sehr umfangreich ausgestaltet ist, soll der Fokus dieser Erarbeitung auf dem Recht der Gesellschaft bürgerlichen Rechts liegen, welches wie bereits erwähnt, die umfangreichsten Änderungen erfährt. Die Bachelorarbeit beansprucht allerdings keinen Anspruch auf Vollständigkeit.

### II. Aufbau der Bachelorarbeit

Zur Einleitung in den Themenkomplex werden zunächst die Anknüpfungspunkte der Reform aufgezeigt. Indem der Werdegang und die Entwicklung der GbR über das letzte Jahrhundert hinweg geschildert werden, wird im Vergleich zur heutigen Praxis der Reformbedarf des GbR-Rechts herausgestellt. Darauf folgend werden die einzelnen Entwicklungsschritte der Reform dargestellt.

Im Hauptteil der Bachelorarbeit werden schließlich jeweils einzelne Themenbereiche im Zusammenhang mit der GbR näher untersucht und bewertet. Dabei erfolgt eine

<sup>1</sup> *Bundesministerium für Justiz und Verbraucherschutz*, 2020, Mauracher Entwurf, Für eine Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts, <https://bit.ly/2TBfEay>, 17.5.2021.; Am 17.08.2021 ist das Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts (Personengesellschaftsrechtsmodernisierungsgesetz-MoPeG) v. 10.8.21 im Bundesgesetzblatt veröffentlicht worden (BGBl. I Nr. 53, 3435). Das Gesetz tritt am 1.1.24 in Kraft. Die vorliegende Arbeit ist auf dem Stand vom 29.07.2021 und bezieht sich ausschließlich auf den sog. Mauracher Entwurf.

<sup>2</sup> *Bundesregierung*, 2021, Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts, <https://bit.ly/3i0IE6q>, 25.7.2021.

<sup>3</sup> *Bundesministerium für Justiz und Verbraucherschutz*, 2020, Mauracher Entwurf, Für eine Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts, <https://bit.ly/2TBfEay>, 17.5.2021.

<sup>4</sup> *Bundesministerium für Justiz und Verbraucherschutz*, 2020, Referentenentwurf, Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts, <https://bit.ly/2SChGqQ>, 17.5.2021.

<sup>5</sup> *Bundesregierung*, 2021, Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts, <https://bit.ly/3i0IE6q>, 25.7.2021.

Unterteilung in vier größere Themenkomplexe. Zu Beginn stehen die Änderungen in Bezug auf elementare Grundzüge der GbR, namentlich zur Rechtsfähigkeit und zum Gesamthandsprinzip, im Fokus der Betrachtung. Es folgt eine Analyse des neuen Gesellschaftsregisters, welches der GbR eine Registrierungsmöglichkeit bietet und damit eine neue Form der Gesellschaft ins Leben ruft. An dritter Stelle steht das umgestellte Beschlussmängelrecht der Personen(handels)gesellschaften, welches dem aktienrechtlichen Anfechtungsmodell nachempfunden wurde. Schlussendlich widmet sich die Arbeit den Änderungen, die die Verhältnisse innerhalb der GbR und zu Dritten betreffen, darunter die Geschäftsführung, Gesellschafterklage, Vertretung und Gesellschafterhaftung. Die Erarbeitung schließt mit einem kurzen Fazit.

Die Bachelorarbeit befindet sich auf dem Stand des 15. Mai 2021.

## B. Modernisierung des Personengesellschaftsrechts – Motivation und Entwicklungsschritte

### I. Reformbedarf

#### 1. Rechtshistorie der GbR

Nach der Gründung des deutschen Reiches um 1871 begann der Gesetzgeber ein einheitliches deutsches Recht zu entwickeln und nahm sich zunächst dem BGB an.<sup>6</sup> Insbesondere *Levin Goldschmidt* versuchte die erste BGB-Kommission davon zu überzeugen, weiterhin das Handelsrecht vom bürgerlichen Recht zu trennen, sodass es schließlich zu einer parallelen Überarbeitung des HGB kam.<sup>7</sup> Bis zu diesem Zeitpunkt bildete die OHG, geregelt in den Art. 85-149 ADHGB (1861), den Grundtypus der Personengesellschaften, der als Gesellschaftszweck einen kaufmännischen Gewerbebetrieb voraussetzte.<sup>8</sup> Die Regelungen der OHG wurden abschließend geregelt, sodass sie als gesetzlicher Grundtypus der Personengesellschaften der GbR voraus ging.<sup>9</sup> Daneben gab es ebenfalls die sogenannte Gelegenheitsgesellschaft des gemeinen Rechts, welche in den Art. 266-270 ADHGB geregelt wurde.<sup>10</sup> Sie war ausgestaltet als reine Innengesellschaft und stand auch Nichtkaufleuten offen, obwohl sie als Handelsgeschäft galt.<sup>11</sup>

Die überarbeitete Fassung des HGB von 1897, die auf den zweiten Entwurf des BGB abgestimmt war, brachte schließlich wichtige Änderungen für das Gesellschaftsrecht.<sup>12</sup> Die allgemeine Gesellschaftsform der GbR wurde geschaffen und als Grundtyp der Gesellschaften deklariert.<sup>13</sup> Jedoch sollten die Regelungen der GbR lediglich subsidiär in Abgrenzung zum Handelsrecht zur Anwendung kommen, insofern Regelungslücken im Bereich der OHG oder KG auftraten.<sup>14</sup> Darüber hinaus entfiel die Gelegenheitsgesellschaft als eigener Gesellschaftstypus und wurde den Regelungen der BGB-Gesellschaft unterstellt.<sup>15</sup> Bei der Konzeption des BGB gingen die Verfasser:innen allerdings davon aus, dass aufgrund der umfangreichen Regelungen im Handelsgesetzbuch, der Anwendungsbereich für die GbR sehr gering ausfallen würde.<sup>16</sup> Bei der Ausgestaltung der GbR orientierten sich die Verfasser:innen zunächst am Prinzip der römisch-gemeinrechtlichen *societas*, welche als reine

<sup>6</sup> HKK-BGB/*Lepsius*, §§ 705-740 BGB, Rn. 7.

<sup>7</sup> HKK-BGB/*Lepsius*, §§ 705-740 BGB, Rn. 7.

<sup>8</sup> HKK-BGB/*Lepsius*, §§ 705-740 BGB, Rn. 5.

<sup>9</sup> HKK-BGB/*Lepsius*, §§ 705-740 BGB, Rn. 5.

<sup>10</sup> HKK-BGB/*Lepsius*, §§ 705-740 BGB, Rn. 6.

<sup>11</sup> HKK-BGB/*Lepsius*, §§ 705-740 BGB, Rn. 6.

<sup>12</sup> HKK-BGB/*Lepsius*, §§ 705-740 BGB, Rn. 7.

<sup>13</sup> HKK-BGB/*Lepsius*, §§ 705-740 BGB, Rn. 7.

<sup>14</sup> HKK-BGB/*Lepsius*, §§ 705-740 BGB, Rn. 3, 7.

<sup>15</sup> HKK-BGB/*Lepsius*, §§ 705-740 BGB, Rn. 7.

<sup>16</sup> HKK-BGB/*Lepsius*, §§ 705-740 BGB, Rn. 7.

Innengesellschaft ausgestaltet war.<sup>17</sup> Mit dem zweiten Entwurf des BGB entschieden sich die Verfasser:innen allerdings dafür die GbR (bzw. ihr Gesellschaftsvermögen) nach dem Prinzip der gesamten Hand zu organisieren (siehe *Kapitel C.II.1*), was dem neuen Typus der GbR innere Konsistenz verleihen sollte.<sup>18</sup> Das Gesamthandsprinzip wurde in Zuge dessen jedoch nur rudimentär durch Andeutungen seiner wesentlichen Grundsätze in den §§ 705 ff. BGB geregelt. Eine nähere Ausgestaltung sah der Gesetzgeber nicht vor, diese sollte vielmehr der Rechtsprechung und Praxis überlassen werden.<sup>19</sup>

## 2. Zunehmende Diskrepanz zwischen Theorie und Praxis

Seit dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches im Jahr 1900 hat sich im kodifizierten Recht der GbR kaum etwas verändert, auch wenn es in der Literatur andauernde Diskussionen zum Wesen der Personengesellschaften, ihrer Teilnahme am Rechtsverkehr, zum Verständnis des Gesamthandsprinzips und zur Gesellschafterhaftung gab.<sup>20</sup> Mit dem Laufe der Zeit entwickelte sich die GbR mit Unterstützung der Rechtsprechung immer weiter entlang der praktischen Bedürfnisse des Wirtschaftslebens zu einer Gesellschaft, die Gesellschafter:innen zum gemeinsamen Betrieb eines Unternehmens nutzten.<sup>21</sup> Für die heutzutage häufig auftretende Ausgestaltung als (rechtsfähige) Erwerbsgesellschaft, passen die an eine Innengesellschaft angelehnten Regelungen in den §§ 705 ff. BGB oftmals nicht mehr.<sup>22</sup> Vielfach kam und kommt es folglich regelmäßig insbesondere bei den Regelungen zur gemeinschaftlichen Geschäftsführung (§ 709 BGB) und Vertretung (§ 714 BGB) zu einer vertraglichen Abbedingung der gesetzlichen Vorschriften.<sup>23</sup>

Die richterliche Weiterentwicklung der GbR mündete schließlich in dem bahnbrechenden Urteil „ARGE Weißes Ross“ aus dem Jahr 2001<sup>24</sup>, welches die Rechts- und Parteifähigkeit der Außen-GbR anerkannte und die akzessorische Haftung der GbR-Gesellschafter:innen zur Gesellschaft nach dem Vorbild des Rechtes der OHG bestätigte (siehe *Kapitel C.I.1*).<sup>25</sup> Spätestens zu diesem Zeitpunkt hatten sich Praxis und Rechtsprechung weit von der ursprünglichen gesetzlichen Konzeption der GbR entfernt, welche auf einer Innengesellschaft ohne jegliche Haftungsregelung beruht. Mit der Anerkennung ihrer Rechtsfähigkeit, folgte schließlich im Jahr 2008 die Anerkennung der Grundbuchfähigkeit der GbR durch den BGH (zu den Folgen des Urteils siehe *Kapitel D.I*).<sup>26</sup>

Die Entwicklungen der letzten 20 Jahre zeigen, dass eine Reform insbesondere im Recht der GbR unabdingbar ist. Durch den, von der Rechtsprechung herbeigeführten grundlegenden Leitbildwandel der Gesellschaft, sind nicht nur Änderungen im BGB, sondern ebenfalls diverse Folgeanpassungen in randständigen Gesetzen notwendig, um erneut ein homogenes Bild der Gesellschaft zu erzeugen. Daneben stellt insbesondere das Publizitätsdefizit der grundbuchfähigen GbR, welches nur durch neue gesetzliche Regelungen angemessen gelöst werden kann, eine zunehmende Herausforderung im Sinne der Rechtssicherheit für den Rechtsverkehr dar (siehe *Kapitel D.I*).

## II. Entwicklungsschritte

Im Folgenden sollen die Entwicklungsschritte des Gesetzes zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts (MoPeG) beleuchtet werden.

<sup>17</sup> HKK-BGB/*Lepsius*, §§ 705-740 BGB, Rn. 15, Für nähere Ausführungen zur römischen *societas* siehe Rn. 47-50.

<sup>18</sup> HKK-BGB/*Lepsius*, §§ 705-740 BGB, Rn. 14 f.

<sup>19</sup> HKK-BGB/*Lepsius*, §§ 705-740 BGB, Rn. 15.

<sup>20</sup> HKK-BGB/*Lepsius*, §§ 705-740 BGB, Rn. 17-40.

<sup>21</sup> *Hippeli*, DZWIR 2020, 386 (387).

<sup>22</sup> *Hippeli*, DZWIR 2020, 386 (387).

<sup>23</sup> *Hippeli*, DZWIR 2020, 386 (387).

<sup>24</sup> BGH, Urteil vom 29.01.2001, II ZR 331/00 (Nürnberg), NJW, 1056.

<sup>25</sup> BGH, Urteil vom 29.01.2001, II ZR 331/00 (Nürnberg), NJW, 1056 (1056).

<sup>26</sup> BGH, Beschluss vom 04.12.2008, V ZB 74/08 (KG), NZG 2009, 137 (137).

## 1. 71. Deutscher Juristentag debattiert Reformbedarf

Der Deutsche Juristentag e.V., gegründet im Jahr 1860, ist ein deutscher eingetragener Verein mit ca. 5.000 Mitgliedern, der sich aus Juristen und Juristinnen verschiedenster Berufsgruppen zusammensetzen.<sup>27</sup> Ziel des Vereins ist laut § 2 Absatz 1 seiner Satzung

„auf wissenschaftlicher Grundlage die Notwendigkeit von Änderungen und Ergänzungen der deutschen und der europäischen Rechtsordnung zu untersuchen, der Öffentlichkeit Vorschläge zur Fortentwicklung des Rechts vorzulegen, auf Rechtsmissstände hinzuweisen und einen lebendigen Meinungsaustausch unter den Juristinnen und Juristen aller Berufsgruppen und Fachrichtungen herbeizuführen.“<sup>28</sup>

Um dieses Ziel zu erreichen, veranstaltet der Verein alle zwei Jahre in einer anderen deutschen Stadt den sogenannten „Deutschen Juristentag“, einen Kongress mit bis zu 3000 Teilnehmern.<sup>29</sup> In der Vereinsgeschichte brachten die Mitglieder so bereits ihre Expertise bei den ersten Entwürfen zum Bürgerlichen Gesetzbuch ein und halfen bei der Rückführung der NS-Gesetzgebung nach 1945.<sup>30</sup>

Zur Vorbereitung des 71. Deutschen Juristentags, der vom 13. bis 16. September 2016 in Essen stattfinden sollte, diskutierten die Ständige Deputation des Deutschen Juristentags und Vertreter:innen des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz bereits im November 2014 über die Themenauswahl für den zukünftigen Kongress.<sup>31</sup>

Die aufdrängende Reformbedürftigkeit des Personengesellschaftsrechts (siehe *Kapitel B.I*) ließ die wirtschaftsrechtliche Abteilung bereits zügig zu einer Entscheidung kommen. Grundlage für die Diskussion sollte die Fragestellung „Empfiehl sich eine grundlegende Reform des Personengesellschaftsrechts?“ bilden.<sup>32</sup> Das zugehörige Gutachten<sup>33</sup> schrieb Carsten Schäfer, welcher später auch Mitglied der Expertenkommission zur Erarbeitung des Mauracher Entwurfs wurde.

Im Rahmen der Diskussionen wurde die Reformbedürftigkeit des Personengesellschaftsrechts bejaht.<sup>34</sup> Unter anderem sprachen sich die Expert:innen für die Einführung eines Gesellschaftsregisters für die GbR<sup>35</sup>, die Einführung eines Beschlussmängelrechts nach aktienrechtlichem Vorbild für alle rechtsfähigen Personengesellschaften<sup>36</sup>, und die Etablierung der Einzelgeschäftsführungsbefugnis als gesetzlicher Grundfall für die GbR aus.<sup>37</sup> Darüber hinaus soll der für die GbR geltende Grundsatz „Auflösung der Gesellschaft vor Ausscheiden eines Gesellschafters“, umgekehrt werden in „Ausscheiden eines Gesellschafters vor

<sup>27</sup> *Deutscher Juristentag e.V.*, 2021, Über uns, <https://djt.de/djt-e-v/der-verein/ueber-uns/>, 5.5.2021.

<sup>28</sup> *Deutscher Juristentag e.V.*, 2002, Satzung, des Vereins Deutscher Juristentag e.V., [https://www.djt.de/wp-content/uploads/2020/03/djt\\_satzung.pdf](https://www.djt.de/wp-content/uploads/2020/03/djt_satzung.pdf), 5.5.2021, S. 5.

<sup>29</sup> *Deutscher Juristentag e.V.*, 2021, Über uns, <https://djt.de/djt-e-v/der-verein/ueber-uns/>, 5.5.2021.

<sup>30</sup> *Deutscher Juristentag e.V.*, 2021, Unsere Geschichte, <https://djt.de/djt-e-v/unsere-geschichte/>, 5.5.2021.

<sup>31</sup> *Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz*, 2020, Bericht über die Tätigkeit und den Gesetzentwurf der vom Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz eingesetzten Expertenkommission für die Modernisierung des Personengesellschaftsrechts, <https://bit.ly/3iJOdWA>, 8.5.2021, S. 4.

<sup>32</sup> *Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz*, 2020, Bericht über die Tätigkeit und den Gesetzentwurf der vom Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz eingesetzten Expertenkommission für die Modernisierung des Personengesellschaftsrechts, <https://bit.ly/3iJOdWA>, 8.5.2021, S. 4.

<sup>33</sup> Schäfer, *Empfiehl sich eine grundlegende Reform des Personengesellschaftsrechts?*

<sup>34</sup> *Ständige Deputation des Deutschen Juristentags*, Verhandlungen des 71. Deutschen Juristentages Band II/2 Sitzungsberichte (Diskussion und Beschlussfassung), S. O219.

<sup>35</sup> *Ständige Deputation des Deutschen Juristentags*, Verhandlungen des 71. Deutschen Juristentages Band II/2 Sitzungsberichte (Diskussion und Beschlussfassung), S. O219 f.

<sup>36</sup> *Ständige Deputation des Deutschen Juristentags*, Verhandlungen des 71. Deutschen Juristentages Band II/2 Sitzungsberichte (Diskussion und Beschlussfassung), S. O222.

<sup>37</sup> *Ständige Deputation des Deutschen Juristentags*, Verhandlungen des 71. Deutschen Juristentages Band II/2 Sitzungsberichte (Diskussion und Beschlussfassung), Beschluss 12, S. O221.

Auflösung der Gesellschaft“.<sup>38</sup> Zudem soll es laut den Abstimmungen des Deutschen Juristentages die Möglichkeit geben, die Vertretungsmacht der GbR-Vertreter:innen nach außen hin zu beschränken.<sup>39</sup>

## **2. Aufnahme in den Koalitionsvertrag vom 12. März 2018**

Nachdem der Reformbedarf des Personengesellschaftsrechts durch die Diskussionen im Rahmen des 71. Deutschen Juristentags bestätigt wurde<sup>40</sup>, entschied die aktuelle Bundesregierung bestehend aus CDU/CSU und SPD sich dem Thema anzunehmen.<sup>41</sup> In dem zwischen den Parteien geschlossenen Koalitionsvertrag vom 12. März 2018 verpflichteten sie sich folglich dazu eine Expertenkommission einzusetzen, die gesetzliche Vorschläge für eine grundlegende Reform erarbeiten sollte, sodass das Personengesellschaftsrecht den Anforderungen eines modernen und vielfältigen Wirtschaftslebens gerecht werde.<sup>42</sup>

Die Aufnahme in den Koalitionsvertrag brachte die teilweise langersehnte Reform nun ins Rollen, setzte ihr jedoch auch eine Grenze. Als definiertes Ziel, das in der Legislaturperiode erreicht und umgesetzt werden soll, ist die Erarbeitung zeitlich gebunden und limitiert.

## **3. Mauracher Entwurf für ein Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts vom 20. April 2020**

Nach der Vereinbarung im Koalitionsvertrag wurde schließlich im August 2018 die bereits erwähnte Expertenkommission vom Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz ins Leben gerufen. Der Auftrag der eingesetzten Experten und Expertinnen war es, bis zum Frühjahr 2020 einen Gesetzesentwurf zu erarbeiten, der die Aufnahme eines Gesetzgebungsverfahrens noch in der 19. Legislaturperiode ermöglicht.<sup>43</sup>

Der im Rahmen von acht Sitzungen, ergänzt durch zahlreiche Treffen der gebildeten Arbeitsgruppen, und einer viertägigen Abschlusstagung im März 2020<sup>44</sup>, erstellte Entwurf wurde schließlich am 20. April 2020 auf der Website des BMJV veröffentlicht.<sup>45</sup> Der sogenannte „Mauracher Entwurf für ein Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts“, welcher seinen Namen dem Ort der Abschlusstagung, dem Schloss Maurach, zu verdanken hat<sup>46</sup>, verfügt über 39 Artikel, welche die Neufassungen verschiedener Gesetze

<sup>38</sup> *Ständige Deputation des Deutschen Juristentags*, Verhandlungen des 71. Deutschen Juristentages Band II/2 Sitzungsberichte (Diskussion und Beschlussfassung), S. O222.

<sup>39</sup> *Ständige Deputation des Deutschen Juristentags*, Verhandlungen des 71. Deutschen Juristentages Band II/2 Sitzungsberichte (Diskussion und Beschlussfassung), S. O221.

<sup>40</sup> *Ständige Deputation des Deutschen Juristentags*, Verhandlungen des 71. Deutschen Juristentages Band II/2 Sitzungsberichte (Diskussion und Beschlussfassung), S. O219.

<sup>41</sup> *Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz*, 2020, Bericht über die Tätigkeit und den Gesetzesentwurf der vom Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz eingesetzten Expertenkommission für die Modernisierung des Personengesellschaftsrechts, <https://bit.ly/3iJOdWA>, 8.5.2021, S. 2.

<sup>42</sup> *CDU/CSU/SPD*, 2018, Ein neuer Aufbruch für Europa Eine neue Dynamik für Deutschland Ein neuer Zusammenhalt für unser Land, Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD 19. Legislaturperiode, <https://www.bundesregierung.de/resource/blob/975226/847984/5b8bc23590d4cb2892b31c987ad672b7/2018-03-14-koalitionsvertrag-data.pdf?download=1>, 7.5.2021, S. 131.

<sup>43</sup> *Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz*, 2020, Bericht über die Tätigkeit und den Gesetzesentwurf der vom Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz eingesetzten Expertenkommission für die Modernisierung des Personengesellschaftsrechts, <https://bit.ly/3iJOdWA>, 8.5.2021, S. 2.

<sup>44</sup> *Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz*, 2020, Bericht über die Tätigkeit und den Gesetzesentwurf der vom Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz eingesetzten Expertenkommission für die Modernisierung des Personengesellschaftsrechts, <https://bit.ly/3iJOdWA>, 8.5.2021, S 7 ff.

<sup>45</sup> *Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz*, 2020, Modernisierung des Personengesellschaftsrechts, <https://bit.ly/3wCEeGL>, 8.5.2021.

<sup>46</sup> *Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz*, 2020, Bericht über die Tätigkeit und den Gesetzesentwurf der vom Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz eingesetzten Expertenkommission für die Modernisierung des Personengesellschaftsrechts, <https://bit.ly/3iJOdWA>, 8.5.2021, S. 2.

und Verordnungen beinhalten.<sup>47</sup> Den neuen Paragrafen folgen in dem insgesamt 211 Seiten langen Dokument zusätzlich Begründungen und Anmerkungen der Expertenkommission zu den einzelnen Änderungen.<sup>48</sup>

Die wohl ausschlaggebendsten Entscheidungen sind die Einführung eines Registers für die Gesellschaft bürgerlichen Rechts, welches sich am Handelsregister orientiert, eine Kodifizierung des Beschlussmängelrechts nach aktienrechtlichem Vorbild, die Öffnung der Personenhandelsgesellschaften für Freiberufler:innen<sup>49</sup> und die Aufnahme der Rechtsfähigkeit der GbR ins BGB. Während an anderer Stelle eher punktuell gearbeitet wurde, erhalten die §§ 705 ff. BGB im Mauracher Entwurf<sup>50</sup> eine umfassende Neustrukturierung, was die GbR in den Mittelpunkt der Reform rücken lässt.

Inhaltlich ist die Expertenkommission demnach größtenteils den Empfehlungen des Deutschen Juristentags gefolgt. Dennoch sind einzelne Abweichungen erkennbar:

Das Partnerschaftsgesetz<sup>51</sup> soll nach dem Mauracher Entwurf bestehen bleiben. Laut Kommission genieße die Rechtsform einer PartG mbB eine hohe Akzeptanz in der Praxis und sei weiterhin trotz der Kopplung der beschränkten Haftung an Berufsfehler durch gewisse Vorteile von der GmbH & Co. KG abzugrenzen.<sup>52</sup> Darunter zählen das Fehlen einer Insolvenzantragspflicht, die Gewerbesteuerpflicht, die Unanwendbarkeit der Vorschriften über Handelsgeschäfte, sowie die fehlende Verpflichtung zur Offenlegung des Jahresabschlusses gemäß § 264a HGB i.V.m. § 325 HGB.<sup>53</sup> Aus diesem Grund sei von einer Abschaffung des PartGG abzusehen.<sup>54</sup>

#### **4. Referenten- und Regierungsentwurf vom 19. November 2020 und 20. Januar 2021**

Das BMJV hat im Falle der Modernisierung des Personengesellschaftsrechts einen durchaus besonderen Weg gewählt. Bereits Monate vor Einleitung des eigentlichen Gesetzgebungsverfahrens durch die Publikation eines Referentenentwurfs, wurde der Mauracher Entwurf der Öffentlichkeit zur Diskussion vorgelegt.<sup>55</sup> Der Literatur stand es offen, den Entwurf genau unter die Lupe zu nehmen und ihre Kritik sowie Verbesserungsvorschläge zum Ausdruck zu bringen, die dann bei der Erstellung des RefE berücksichtigt werden konnten.<sup>56</sup>

<sup>47</sup> *Bundesministerium für Justiz und Verbraucherschutz*, 2020, Mauracher Entwurf, Für eine Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts, <https://bit.ly/2TBfEay>, 17.5.2021, S. 2 f.

<sup>48</sup> *Bundesministerium für Justiz und Verbraucherschutz*, 2020, Mauracher Entwurf, Für eine Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts, <https://bit.ly/2TBfEay>, 17.5.2021, S. 67 ff.

<sup>49</sup> *Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz*, 2020, Bericht über die Tätigkeit und den Gesetzentwurf der vom Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz eingesetzten Expertenkommission für die Modernisierung des Personengesellschaftsrechts, <https://bit.ly/3iJodWA>, 8.5.2021, S. 2.

<sup>50</sup> *Bundesministerium für Justiz und Verbraucherschutz*, 2020, Mauracher Entwurf, Für eine Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts, <https://bit.ly/2TBfEay>, 17.5.2021.

<sup>51</sup> Im Rahmen einer Partnerschaftsgesellschaft können sich Angehörige Freier Berufe zusammenschließen, um ihre Berufe gemeinsam auszuüben (§ 1 I 1 PartGG). Sie üben kein Handelsgewerbe aus (§ 1 I 2 PartGG).

<sup>52</sup> *Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz*, 2020, Bericht über die Tätigkeit und den Gesetzentwurf der vom Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz eingesetzten Expertenkommission für die Modernisierung des Personengesellschaftsrechts, <https://bit.ly/3iJodWA>, 8.5.2021, S. 22.

<sup>53</sup> *Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz*, 2020, Bericht über die Tätigkeit und den Gesetzentwurf der vom Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz eingesetzten Expertenkommission für die Modernisierung des Personengesellschaftsrechts, <https://bit.ly/3iJodWA>, 8.5.2021, S. 22.

<sup>54</sup> *Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz*, 2020, Bericht über die Tätigkeit und den Gesetzentwurf der vom Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz eingesetzten Expertenkommission für die Modernisierung des Personengesellschaftsrechts, <https://bit.ly/3iJodWA>, 8.5.2021, S. 22.

<sup>55</sup> *Schollmeyer*, NZG 2021, 129 (130).

<sup>56</sup> *Schollmeyer*, NZG 2021, 129 (130).

Da der Mauracher Entwurf insgesamt zumindest im Kern auf große Zustimmung stieß<sup>57</sup>, ist es wenig überraschend, dass eine weitestgehende inhaltliche Übernahme in den am 19. November 2020 veröffentlichten Referentenentwurf erfolgte<sup>58</sup>, der auf der Internetseite des BMJV abrufbar ist.<sup>59</sup>

Dieser ist im Vergleich zum Mauracher Entwurf von 211 auf 351 Seiten gewachsen und enthält 150 verschiedene Artikel. Der deutliche Artikelanstieg resultiert hierbei aus Folgeanpassungen in aus gesellschaftsrechtlicher Sicht randständigen Gesetzen<sup>60</sup> wie zum Beispiel dem Pflanzenschutz- (Artikel 109 RefE) oder Chemikaliengesetz (Artikel 123 RefE). Wie auch in den genannten Artikeln sichtbar, handelt es sich vorwiegend um Änderungen, die auf die neue Rechtsfähigkeit der GbR zurückzuführen sind.

Unverändert zum Mauracher Entwurf steht die GbR weiterhin im Mittelpunkt der Betrachtung und soll auch zukünftig als Grundform aller Personengesellschaften dienen. Insgesamt verfolgt der RefE im Wesentlichen fünf Ziele, die eine grundlegende und systemkonforme Überarbeitung des Personengesellschaftsrechts anstreben<sup>61</sup>:

- > Konsolidierung des Rechts der Gesellschaft bürgerlichen Rechts
- > Modernisierung des Rechts der Personengesellschaften
- > Behebung des Publizitätsdefizits der Gesellschaft bürgerlichen Rechts
- > Flexibilisierung der Haftungsverhältnisse von Angehörigen Freier Berufe
- > Herstellung von Rechtssicherheit bei Beschlussmängelstreitigkeiten von Personengesellschaften<sup>62</sup>

Ob die genannten Ziele erreicht wurden, soll in den folgenden Kapiteln untersucht werden. Die Detailtiefe des Referentenentwurfs zeigt jedoch nicht zuletzt, dass an dem straffen Zeitplan des Gesetzgebers festgehalten werden soll.<sup>63</sup> Bis zum 16. November 2020 wurde den interessierten Kreisen die Gelegenheit gegeben zu dem Entwurf Stellung zu nehmen.<sup>64</sup> Die vierzehn abgegebenen Stellungnahmen verschiedenster Verbände, darunter der Deutsche Anwalt- und Notarverein, sind abrufbar auf der Internetseite des BMJV.<sup>65</sup>

Nach Beteiligung verschiedenster Verbände beschloss das Bundeskabinett am 20. Januar 2021 den Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts (MoPeG).<sup>66</sup> Der Gesetzesentwurf weicht inhaltlich nur geringfügig von dem Referentenentwurf ab, auf 356 Seiten finden sich nun 135 Artikel.<sup>67</sup> Der Artikelunterschied ist auf die Streichung und Auswechslung randständiger Gesetze zurückzuführen.<sup>68</sup>

<sup>57</sup> Exemplarisch genannt seien *Bachmann*, NZG 2020, 612 (619); *Heckschen*, NZG 2020, 761 (767); *Noack*, NZG 2020, 581 (585).

<sup>58</sup> *Bochmann*, BLJ 2020, 71 (71).

<sup>59</sup> *Bundesministerium für Justiz und Verbraucherschutz*, 2020, Referentenentwurf, Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts, <https://bit.ly/2SChGqQ>, 17.5.2021.

<sup>60</sup> *Bochmann*, BLJ 2020, 71 (72).

<sup>61</sup> *Bundesministerium für Justiz und Verbraucherschutz*, 2020, Referentenentwurf, Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts, <https://bit.ly/2SChGqQ>, 17.5.2021, S. 114.

<sup>62</sup> *Bundesministerium für Justiz und Verbraucherschutz*, 2020, Referentenentwurf, Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts, <https://bit.ly/2SChGqQ>, 17.5.2021, S. 114 ff.

<sup>63</sup> *Bochmann*, BLJ 2020, 71 (72).

<sup>64</sup> *Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz*, 2020, Mehr Rechtssicherheit für den Mittelstand, <https://bit.ly/2SapcJm>, 19.5.2021.

<sup>65</sup> *Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz*, 2021, Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts, <https://bit.ly/3gGKpmf>, 19.5.2021.

<sup>66</sup> *Fleischer*, DStR 2021, 430 (430).

<sup>67</sup> Vgl. *Bundesregierung*, 2021, Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts, <https://bit.ly/3i0IE6q>, 25.7.2021.

<sup>68</sup> Vgl. *Bundesministerium für Justiz und Verbraucherschutz*, 2020, Referentenentwurf, Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts, <https://bit.ly/2SChGqQ>, 17.5.2021; *Bundesregierung*, 2021, Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts, <https://bit.ly/3i0IE6q>, 25.7.2021.

## 5. Beschluss und geplantes Inkrafttreten

Nach derzeitiger Planung des Gesetzgebers soll die Reform bereits noch in der aktuellen Legislaturperiode verabschiedet werden.<sup>69</sup> Nichtsdestotrotz treten die neuen Regelungen des Entwurfs voraussichtlich erst zum 01.01.2023 in Kraft.<sup>70</sup> Eine gewisse Zeitspanne zwischen Beschluss und Inkrafttreten ist vorliegend notwendig, um den Gesellschaften einen Vorlauf zu bieten sich über die die Änderungen zu informieren und gegebenenfalls eine Anpassung der Gesellschaftsverträge vorzunehmen. Zudem kann insbesondere die Einrichtung des geplanten Gesellschaftsregisters nicht innerhalb weniger Tage erfolgen<sup>71</sup>, sodass die gewählte Spanne von ungefähr anderthalb Jahren als angemessen erscheint.

## C. Rechts- und Vermögensfähigkeit – Anpassung an praktische Bedürfnisse

Nachdem der Reformbedarf des Personengesellschaftsrechts offengelegt, und die einzelnen Entwicklungsschritte des Modernisierungsgesetzes dargelegt wurden, sollen nun im Vergleich zur aktuellen Rechtslage, die zukünftigen Regelungen des GbR-Rechts analysiert und bewertet werden. Zunächst werden die Rechts- und Vermögensfähigkeit der GbR näher betrachtet.

### I. Gesetzliche Verankerung der Rechtsfähigkeit der GbR

#### 1. Rechtsfähigkeit der GbR nach dem BGH-Urteil „ARGE Weißes Ross“ vom 29. Januar 2001

Wie bereits ausgeführt ist die GbR ursprünglich als nicht rechtsfähige Gesamthandsgemeinschaft konzipiert worden (siehe *Kapitel B.I.1*). Eine Vorschrift zur Rechts- oder Parteifähigkeit der GbR, ähnlich wie es in § 124 HGB für die OHG geregelt ist, findet sich in den §§ 705 ff. BGB dementsprechend nicht. Erst mit seinem Urteil „ARGE Weißes Ross“ vom 29. Januar 2001, revidierte der BGH die ursprüngliche Ausgestaltung des Gesetzgebers aus dem Jahr 1900<sup>72</sup>, und erklärte die Außen-GbR für rechtsfähig und infolgedessen auch für aktiv und passiv parteifähig im Sinne des § 50 ZPO. Rechtsfähig ist demnach eine GbR, insofern sie durch die Teilnahme am Rechtsverkehr eigene Rechte und Pflichten begründet.<sup>73</sup>

Der BGH begründete seine Entscheidung damit, dass die Außen-GbR hinreichend körperschaftlich organisiert und verselbstständigt sei.<sup>74</sup> Zudem würden bereits einige neuere gesetzliche Vorschriften auf die Rechtsfähigkeit der GbR hinweisen, indem sie die Kategorie der „rechtsfähigen Personengesellschaften“ einführen, unter welche auch die GbR gefasst wird (§§ 14 II BGB, 191 II Nr. 1 UmwG, 11 II Nr. 1 InsO).<sup>75</sup> Darüber hinaus sei kaum begründbar, warum und wie es bei der Umwandlung von einer GbR in eine OHG und umgekehrt zu einem Erwerb beziehungsweise zu einem Verlust der Rechtsfähigkeit kommen sollte.<sup>76</sup> Der genaue Zeitpunkt der Umwandlung sei des Weiteren oftmals nur schwer bestimmbar.<sup>77</sup> Ergänzend sei durch die nach außen bestehende Rechtssubjektivität der GbR am besten zu erklären, warum ein Mitgliederwechsel keinen Einfluss auf den Fortbestand

<sup>69</sup> Heckschen, GWR 2021, 1 (1).

<sup>70</sup> Bundesregierung, 2021, Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts, <https://bit.ly/3i0IE6q>, 25.7.2021, S. 110.

<sup>71</sup> Bundesregierung, 2021, Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts, <https://bit.ly/3i0IE6q>, 25.7.2021, S. 123.

<sup>72</sup> Pieronczyk, JURA - Juristische Ausbildung 43 (2021), 53.

<sup>73</sup> BGH, Urteil vom 29.01.2001, II ZR 331/00 (Nürnberg), NJW, 1056 (1056).

<sup>74</sup> Bitter/Heim, Gesellschaftsrecht, S. 174.

<sup>75</sup> BGH, Urteil vom 29.01.2001, II ZR 331/00 (Nürnberg), NJW, 1056 (1057 f.).

<sup>76</sup> BGH, Urteil vom 29.01.2001, II ZR 331/00 (Nürnberg), NJW, 1056 (1057).

<sup>77</sup> BGH, Urteil vom 29.01.2001, II ZR 331/00 (Nürnberg), NJW, 1056 (1057).

der mit der Gesellschaft bestehenden Rechtsverhältnisse haben soll.<sup>78</sup> Würde man strikt der traditionellen Auffassung folgen, so käme es dazu, dass Dauerschuldverhältnisse mit der Gesellschaft bei jedem Gesellschafterwechsel neu geschlossen, oder zumindest bestätigt werden müssten.<sup>79</sup> Zudem liefere sie keine zufriedenstellende Erklärung dafür, dass neu in die Gesellschaft eintretende Gesellschafter:innen mit dem Gesellschaftsvermögen für Altverbindlichkeiten haften würden.<sup>80</sup>

## 2. Der neue Dreiklang der GbR

Eines der wesentlichen Ziele des Entwurfes ist es, die tiefgreifenden Änderungen, die die Rechtsfortbildung im Rahmen des Grundsatzurteils „ARGE Weißes Ross“ hervorbrachte, auch entsprechend im Gesetz zu verankern.<sup>81</sup> Mit Einführung des § 705 II BGB-RegE stellt der Gesetzgeber die eigene Rechtspersönlichkeit der GbR klar und führt damit die durch die Rechtsprechung entwickelten Grundsätze fort.<sup>82</sup>

Fortan soll es drei verschiedene Ausgestaltungen der GbR geben: Eine rechtsfähige Außen-GbR (§§ 706 ff. BGB-RegE), eine nicht rechtsfähige Innen-GbR (§§ 740 ff. BGB-RegE) und eine im Gesellschaftsregister eingetragene Außen-GbR (§§ 707 ff. BGB).

### a) Außengesellschaft

Gemäß § 705 II 1. Hs. BGB-RegE kann die Gesellschaft „selbst Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen, wenn sie nach dem gemeinsamen Willen der Gesellschafter:innen am Rechtsverkehr teilnehmen soll“. Dies ist die neue Legaldefinition für die sogenannte rechtsfähige Gesellschaft. Im Rahmen des Mauracher Entwurfs kamen neben den Begriffen der rechtsfähigen und nicht rechtsfähigen Gesellschaft, ebenfalls die Begriffe Außen- und Innengesellschaft zur Anwendung (vgl. § 740a BGB-E). Mit der Weiterentwicklung des Entwurfs entschied sich der Gesetzgeber jedoch dazu nur noch ein Begriffspaar zu verwenden, sodass die bisher häufig verwendeten Begriffe Innen- und Außengesellschaft aus dem Gesetz gestrichen und ersetzt wurden.

Laut Definition kommt es für die Erlangung der Rechtsfähigkeit demnach allein auf den gemeinsamen Willen der Gesellschafter:innen an. Welche Anforderungen an den gemeinsamen Willen geknüpft sind, wird jedoch nicht näher erläutert.<sup>83</sup> Vielmehr sollen laut Entwurf die Gerichte entscheiden, ob im Einzelfall ein solcher vorliegt.<sup>84</sup> Abzustellen sei insbesondere auf den Gesellschaftsvertrag und die darin befindlichen Bestimmungen zur Identitätsausstattung (Name und Sitz, Handlungsorganisation, Haftungsverfassung).<sup>85</sup> Im Zweifel könne auch der Gesellschaftszweck für das Vorliegen eines gemeinsamen Willens sprechen, insofern es zu seiner Erfüllung einer Teilnahme am Rechtsverkehr bedürfte. Lediglich subsidiär könne dagegen die tatsächliche Teilnahme am Rechtsverkehr als Kriterium herangezogen werden (bloße Indizwirkung).<sup>86</sup> Auf eine gesetzliche Vermutungsregel zur Rechtsfähigkeit verzichtet der Gesetzgeber.<sup>87</sup>

<sup>78</sup> BGH, Urteil vom 29.01.2001, II ZR 331/00 (Nürnberg), NJW, 1056 (1057).

<sup>79</sup> BGH, Urteil vom 29.01.2001, II ZR 331/00 (Nürnberg), NJW, 1056 (1057).

<sup>80</sup> BGH, Urteil vom 29.01.2001, II ZR 331/00 (Nürnberg), NJW, 1056 (1057).

<sup>81</sup> *Armbrüster*, ZGR-Sonderheft 23 2020, 143-163 (144); *Noack*, NZG 2020, 581 (581).

<sup>82</sup> *Heckschen*, NZG 2020, 761 (762).

<sup>83</sup> *Armbrüster*, ZGR-Sonderheft 23 2020, 143-163 (148).

<sup>84</sup> *Bundesregierung*, 2021, Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts, <https://bit.ly/3i0IE6q>, 25.7.2021, S. 142.

<sup>85</sup> *Bundesregierung*, 2021, Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts, <https://bit.ly/3i0IE6q>, 25.7.2021, S. 142.

<sup>86</sup> *Bundesregierung*, 2021, Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts, <https://bit.ly/3i0IE6q>, 25.7.2021, S. 142.

<sup>87</sup> *Bundesregierung*, 2021, Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts, <https://bit.ly/3i0IE6q>, 25.7.2021, S. 142.

## b) eGbR

Neu im BGB ist nun auch die eingetragene Gesellschaft bürgerlichen Rechts (eGbR) zu finden (§§707 ff. BGB-RegE). Mit der Reform wird das sogenannte Gesellschaftsregister eingeführt, in welches sich die rechtsfähige GbR freiwillig eintragen lassen kann (§ 707 I BGB-RegE in Untertitel 2: Rechtsfähige Gesellschaft). Infolge der Eintragung ist sie gemäß § 707a I BGB-RegE dazu verpflichtet den genannten Namenszusatz „eGbR“ oder „eingetragene Gesellschaft bürgerlichen Rechts“ zu tragen.

Da die Registergerichte jedoch lediglich objektiv beurteilbare Aspekte überprüfen und somit keine Untersuchung hinsichtlich des gemeinsamen Willens der Gesellschafter:innen zur Teilnahme am Rechtsverkehr stattfindet, kann faktisch auch eine Innengesellschaft in das Register eingetragen werden.<sup>88</sup> Nach der Eintragung gilt die Gesellschaft jedoch in jedem Fall als rechtsfähig (§ 719 I BGB-RegE), sodass die Innengesellschaft sich spätestens mit Eintragung in eine Außengesellschaft umwandelt, wenn sich nicht bereits schon vorher durch Anmeldung zum Register ein gemeinsamer Wille zur Teilnahme am Rechtsverkehr zeigt.<sup>89</sup> Folglich kann die eGbR als Subkategorie der rechtsfähigen GbR (Außengesellschaft) verstanden werden.

Die spezifische Ausgestaltung des Gesellschaftsregisters, sowie die Vor- und Nachteile einer Eintragung sollen in *Kapitel D* diskutiert werden.

## c) Innengesellschaft

Dient die Gesellschaft den Gesellschaftern/ den Gesellschafterinnen lediglich zur Ausgestaltung ihres Rechtsverhältnisses untereinander und liegt kein gemeinsamer Wille zur Teilnahme am Rechtsverkehr vor, so handelt es sich gemäß § 705 II 2. Hs. BGB-RegE um eine nicht rechtsfähige Gesellschaft. Im Mauracher Entwurf gab es dagegen in § 705 II BGB-E noch keine eigene Legaldefinition für die nicht rechtsfähige Gesellschaft, sodass die Gesellschaft als Innengesellschaft klassifiziert wurde, insofern sie nicht die Definition der rechtsfähigen Gesellschaft erfüllte (§ 740 I BGB-E).

Die Regelungen zur Innengesellschaft in den §§ 740 ff. BGB-RegE sind kurz und verweisen in großen Teilen auf die für die rechtsfähige GbR geltenden Regelungen. Über § 740 II BGB-RegE wird das Kapitel 2 „Rechtsverhältnis der Gesellschafter untereinander und der Gesellschafter zur Gesellschaft“ mit Ausnahmen der §§ 712a, 713, 715b, 717 II BGB-RegE auf die nicht rechtsfähige GbR entsprechend angewandt. Im Mauracher Entwurf hatte der § 740 II BGB-E noch gänzlich auf den Untertitel 3 „Rechtsverhältnis der Gesellschafter untereinander und der Gesellschafter zur Gesellschaft“ verwiesen. Weiterhin verfügt die nicht rechtsfähige Gesellschaft über eigene Regelungen zur Beendigung der Gesellschaft (§ 740a BGB-RegE), zur Auseinandersetzung (§ 740b BGB-RegE) und zum Ausscheiden eines Gesellschafters bzw. einer Gesellschafterin (§ 740c BGB-RegE). Dies ist insbesondere darauf zurückzuführen, dass die Auflösungs- und Ausscheidungsgründe der rechtsfähigen GbR, an die der OHG angepasst wurden, während es für die Innengesellschaft bei den alten Regelungen bleiben soll (siehe *Kapitel F.III*).<sup>90</sup> Die Regelungen fallen dementsprechend auseinander, sodass eigene Vorschriften für die Innengesellschaft erforderlich sind. Gewisse Aspekte werden dennoch übernommen: Gemäß § 740 a III BGB-RegE finden auf die Beendigung der Gesellschaft die §§ 725, 726, 730, 732 und 734 I, II BGB-RegE, gemäß § 740b II BGB-RegE auf die Auseinandersetzung die §§ 736d II, IV, V, VI und 737 BGB-RegE

<sup>88</sup> Armbrüster, ZGR-Sonderheft 23 2020, 143-163 (157).

<sup>89</sup> Armbrüster, ZGR-Sonderheft 23 2020, 143-163 (157 f.).

<sup>90</sup> Bundesregierung, 2021, Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts, <https://bit.ly/3i0IE6q>, 25.7.2021, S. 223f.

und gemäß § 740c II BGB-RegE auf das Ausscheiden eines Gesellschafters oder einer Gesellschafterin die §§ 727, 728 und 728a BGB-RegE entsprechende Anwendung.

#### **d) Systematik des neuen Titel 16**

Während in der aktuellen Fassung keine Unterteilung existiert, verfügt der neue Titel 16 (§§ 705-740c BGB-RegE) des achten Abschnitts des zweiten Buches des BGB über drei Untertitel. Der erste Untertitel umfasst allgemeine Bestimmungen und beinhaltet § 705 BGB-RegE, der die Errichtung der Gesellschaft regelt (Absatz I) und die (nicht) rechtsfähige Gesellschaft definiert (Absatz II). Es folgen ein Untertitel zur rechtsfähigen (§§ 706-739 BGB-RegE) und ein Untertitel zur nicht rechtsfähigen Gesellschaft (§§ 740- 740c BGB-RegE). Anhand des Umfangs der Untertitel ist erkennbar, dass die rechtsfähige GbR die Grundform der Personengesellschaften bilden soll und daher auch ausführlich behandelt wird. Der Untertitel wird in weitere 6 Kapitel zu den folgenden Themenbereichen unterteilt: Sitz und Registrierung (§§ 706–707d BGB-RegE), Rechtsverhältnis der Gesellschafter:innen untereinander und der Gesellschafter:innen zur Gesellschaft (§§ 708–718 BGB-RegE), Rechtsverhältnis der Gesellschaft zu Dritten (§§ 719–722 BGB-RegE), Ausscheiden eines Gesellschafters/ einer Gesellschafterin (§§ 723–728b BGB-RegE), Auflösung der Gesellschaft (§§ 729–734 BGB-RegE) und schlussendlich Liquidation der Gesellschaft (§§ 735–739 BGB-RegE).

### **3. Bewertung**

Die gesetzliche Statuierung der Rechtsfähigkeit der GbR ist ausdrücklich zu begrüßen. Der Gesetzestext steht somit nach Jahren der Diskussion wieder im Einklang mit der Praxis und Rechtsfortbildung. Dennoch ist es sachgerecht weiterhin auch an einer nicht rechtsfähigen GbR festzuhalten. Die GbR nimmt in der Praxis viele Gestalten an und bildet die Grundform der Personengesellschaften, so sollte es weiterhin möglich sein eine Perspektive und einen Platz für verschiedene Gesellschaftskonzepte, insbesondere auch für eine nicht in den Rechtsverkehr tretende Gesellschaft zu bieten. So wird eine möglichst große Rechtssicherheit erreicht.

Dennoch bleibt nach wie vor die Abgrenzung zwischen rechtsfähiger und nicht rechtsfähiger Gesellschaft schwierig. Durch das Abstellen auf den gemeinsamen Willen der Gesellschafter:innen liegt kein objektiv beurteilbares Kriterium vor, vielmehr müssen im Zweifel erneut Gerichte zur Klärung und Auslegung des Sachverhaltes herangezogen werden.<sup>91</sup> Eine vom Gesetzgeber abgelehnte Vermutungsregel würde die Beurteilung jedoch deutlich erleichtern. Durch den Verzicht auf eine Vermutungsregel sollen in Zweifelsfällen die Gesellschafter:innen vor den strengeren Regelungen der Außengesellschaft geschützt werden.<sup>92</sup> Dennoch würde eine Vermutungsregel in vielen Fällen zu mehr Rechtssicherheit führen. Der Bundesrat schlug vor folgende Vermutungsregel in den Entwurf aufzunehmen:

„Ist der Gegenstand der Gesellschaft der Betrieb eines Unternehmens oder führen die Gesellschafter einen gemeinsamen Namen, so wird vermutet, dass die Gesellschaft nach dem gemeinsamen Willen der Gesellschafter am Rechtsverkehr teilnimmt.“<sup>93</sup>

Der Übernahme einer solchen Vermutungsregel ist zuzustimmen, sie erleichtert die Kategorisierung der GbR und schafft somit eine Verbesserung gegenüber der aktuellen Rechtslage.

<sup>91</sup> *Bundesregierung*, 2021, Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts, <https://bit.ly/3i0IE6q>, 25.7.2021, S. 142.

<sup>92</sup> *Deutscher Anwaltverein*, NZG 2020, 1133 (1134).

<sup>93</sup> *Bundestag-Drucksache*, 19/27635, <https://dserver.bundestag.de/btd/19/276/1927635.pdf>, 26.6.2021, S. 304.

Zu begrüßen ist dagegen die neue Ordnung des Titel 16. Durch Einführung von Untertiteln und Kapiteln wird Übersichtlichkeit geschaffen, die in der derzeitigen Fassung des BGB fehlt. Insbesondere die Unterteilung in Regelungen für die rechtsfähige und für die nicht rechtsfähige Gesellschaft ist gelungen. Sie schafft nicht nur eine räumliche, sondern auch eine optische Trennung der verschiedenen Ausgestaltungen der Gesellschaft bürgerlichen Rechts.

Wie bereits ausgeführt soll die eGbR, die an sie gestellten Anforderungen und die Wirkung einer Eintragung im Gesellschaftsregister in *Kapitel D* ausführlich diskutiert werden.

## **II. Abkehr vom Gesamthandsprinzip**

### **1. Konzept der Gesamthand**

Das Gesamthandsprinzip, welches maßgeblich die Vermögensordnung der GbR bestimmt<sup>94</sup>, ist in den §§ 718 und 719 BGB geregelt, die entwickelt wurden als die Rechtsfähigkeit der GbR noch nicht anerkannt war.<sup>95</sup>

Nach traditionellem Verständnis wurden Personengesellschaften nicht als Rechtssubjekte klassifiziert, weswegen lediglich ihre Gesellschafter:innen und nicht die Gesellschaft als Träger:innen von Rechten und Pflichten angesehen wurden.<sup>96</sup> Nach dieser Ansicht steht ihnen folglich das Gesellschaftsvermögen zur gesamten Hand zu.<sup>97</sup> Das sogenannte Gesamthandsvermögen stellt ein Sondervermögen der Gesellschafter:innen dar, welches von ihrem Privatvermögen zu trennen ist.<sup>98</sup>

So spricht § 718 BGB davon, dass das Gesellschaftsvermögen den Gesellschaftern und Gesellschafterinnen gemeinsam zusteht. In Konsequenz kann der/die Gesellschafter:in nicht über seinen/ihren Anteil an dem Gesellschaftsvermögen und den einzelnen dazu gehörenden Gegenständen verfügen (§ 719 I 1. Hs. BGB). Darüber hinaus kann er oder sie keine Teilung verlangen (§ 719 I 2. Hs. BGB). Ebenfalls nicht möglich ist eine Aufrechnung durch den Inhaber oder die Inhaberin einer Forderung gegen eine:n Gesellschafter:in gegen die Forderung der GbR (§ 719 II BGB).<sup>99</sup>

Da der Gesetzgeber jedoch nicht ausdrücklich das Gesamthandsprinzip ausgestaltet, sondern im Gesetz eher punktuell ein grobes Konstrukt andeutet, dessen Entwicklung er der Rechtsfortbildung und Praxis überließ, hat sich das umstrittene Verständnis der Gesamthand über die Jahre immer wieder verändert.<sup>100</sup>

Nach heutigem Verständnis, wesentlich beeinflusst durch die Anerkennung der (Teil-) Rechtsfähigkeit der Personengesellschaften, sind die Gesellschafter:innen am Gesellschaftsvermögen nur als Gesamthänder:innen über ihre jeweilige Mitgliedschaft beteiligt.<sup>101</sup> Das heißt das Zuordnungssubjekt des Gesellschaftsvermögens ist allein die rechtsfähige Gesellschaft als solche und nicht (mehr) die Gesellschafter:innen.<sup>102</sup> Weiterhin steht den Gesellschaftern und Gesellschafterinnen jedoch kein ihrer Beteiligung entsprechender Bruchteil am Gesellschaftsvermögen und dessen Gegenständen zu.<sup>103</sup> Insbesondere die Vorschriften zur Bruchteilsgemeinschaft in den §§ 741 ff. BGB finden keine entsprechende Anwendung.<sup>104</sup> Folglich kann nur die Gesellschaft, vertreten durch rechtsgeschäftliche oder

<sup>94</sup> Saenger, Gesellschaftsrecht, S. 45.

<sup>95</sup> Schäfer, Gesellschaftsrecht, S. 60.

<sup>96</sup> Bitter/Heim, Gesellschaftsrecht, S. 5; Saenger, Gesellschaftsrecht, S. 45.

<sup>97</sup> Bitter/Heim, Gesellschaftsrecht, S. 5.

<sup>98</sup> Bitter/Heim, Gesellschaftsrecht, S. 5.

<sup>99</sup> Mock, Gesellschaftsrecht, S. 77.

<sup>100</sup> Saenger, Gesellschaftsrecht, 45 f.

<sup>101</sup> Schäfer, Gesellschaftsrecht, S. 60.

<sup>102</sup> Saenger, Gesellschaftsrecht, S. 46.

<sup>103</sup> Schäfer, Gesellschaftsrecht, S. 60.

<sup>104</sup> Schäfer, Gesellschaftsrecht, S. 60.

organschaftliche Vertreter:innen, einzeln über Gegenstände bzw. das Gesellschaftsvermögen verfügen.<sup>105</sup> Möglich ist lediglich das Mitgliedschaftsrecht in Gänze zu übertragen.<sup>106</sup> Der BGH schloss sich der Idee des eigenständigen Mitgliedschaftsrechts im Jahr 2001 an.<sup>107</sup>

Die gesamthänderische Bindung wirkt sich ebenfalls auf das Zwangsvollstreckungsrecht aus, denn in das Gesellschaftsvermögen der GbR kann nur vollstreckt werden, wenn ein Urteil gegen alle ihre Gesellschafter:innen erwirkt wurde (§ 736 ZPO). Zudem kann der Anteil eines Gesellschafters oder einer Gesellschafterin an den einzelnen zu dem Gesellschaftsvermögen gehörenden Gegenständen nicht gepfändet werden (§ 859 I 2 ZPO).

Ein wesentlicher Unterschied zur juristischen Person besteht im Prinzip der An- und Abwachsung (738 BGB).<sup>108</sup> Scheidet ein:e Gesellschafter:in aus der Gesamthandsgemeinschaft aus, erlischt sein/ihr Mitgliedschaftsrecht (Abwachsung) und wird durch einen Abfindungsanspruch ersetzt (§ 738 I 2 BGB).<sup>109</sup> Infolgedessen wächst dieses den verbleibenden Gesellschaftern und Gesellschafterinnen der Gesellschaft zu (§ 738 I 1 BGB).<sup>110</sup>

## 2. Änderungen nach dem MoPeg

Der Gesetzgeber streicht §§ 718 und 719 BGB aus dem Gesetz und regelt neu in § 713 BGB-RegE, dass das Gesellschaftsvermögen nicht, wie noch in § 718 I BGB geregelt, den Gesellschaftern und Gesellschafterinnen als gemeinschaftliches Vermögen, sondern der Gesellschaft (§ 713 BGB-RegE) zusteht.<sup>111</sup> § 719 BGB, der von einer „gesamthänderischen Bindung“ spricht, bleibt ohne jeglichen Ersatz.<sup>112</sup>

Die Begründung im Entwurf stellt klar, dass dies das Aus für das „historisch überholte Gesamthandsprinzip“ bedeutet.<sup>113</sup> Im Übrigen soll auch die Innengesellschaft nicht mehr die Möglichkeit haben ein Gesamthandsvermögen zu bilden.<sup>114</sup> Der Gesetzgeber begründet dies damit, dass die nicht rechtsfähige Gesellschaft gemäß des § 740 I BGB-RegE kein eigenes Vermögen bilden kann, da dies voraussetze, dass mit der Gesellschaft selbst Rechtsgeschäfte geschlossen werden können.<sup>115</sup>

Im Einklang mit der Abschaffung des Gesamthandsprinzipes ist für die Zwangsvollstreckung in das Vermögen der Gesellschaft in Zukunft ein gegen sie gerichteter Vollstreckungstitel erforderlich (§ 722 I BGB-RegE). Aus diesem gegen die Gesellschaft gerichteten Vollstreckungstitel findet die Zwangsvollstreckung gegen die Gesellschafter:innen nicht statt (§ 722 II BGB-RegE).

An dem Prinzip der An- und Abwachsung beim Eintritt oder Austritt eines Gesellschafters oder einer Gesellschafterin hält der Gesetzgeber jedoch trotz der Abkehr vom Gesamthandsprinzip fest (§ 712 BGB-RegE). Der Gesetzgeber stellt klar, dass sich die neue Vorschrift im Gegensatz zu ihrem Vorgänger (§ 738 BGB) auf den Gesellschaftsanteil als Inbegriff der mitgliedschaftlichen Rechte und Pflichten und nicht auf den Anteil am Gesellschaftsvermögen beziehe, da mit Abschaffung der Gesamthand die Mitgliedschaft folglich

<sup>105</sup> Schäfer, Gesellschaftsrecht, S. 60.

<sup>106</sup> Saenger, Gesellschaftsrecht, S. 46.

<sup>107</sup> BGH, Urteil vom 29.01.2001, II ZR 331/00 (Nürnberg), NJW, 1056 (1058); Saenger, Gesellschaftsrecht, S. 46.

<sup>108</sup> Schäfer, Gesellschaftsrecht, S. 60.

<sup>109</sup> Saenger, Gesellschaftsrecht, S. 47.

<sup>110</sup> Saenger, Gesellschaftsrecht, S. 47.

<sup>111</sup> Bachmann, NZG 2020, 612 (615).

<sup>112</sup> Bachmann, NZG 2020, 612 (615).

<sup>113</sup> Bundesregierung, 2021, Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts, <https://bit.ly/3i0IE6q>, 25.7.2021, S. 169.

<sup>114</sup> Bundesregierung, 2021, Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts, <https://bit.ly/3i0IE6q>, 25.7.2021, S. 222.

<sup>115</sup> Bundesministerium für Justiz und Verbraucherschutz, 2020, Mauracher Entwurf, Für eine Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts, <https://bit.ly/2TBfEay>, 17.5.2021, S. 138.

keine Gesamthandsberechtigung am Gesellschaftsvermögen mehr vermittele.<sup>116</sup> Terminologisch gesehen ist es demnach zukünftig nicht mehr der „Anteil am Gesellschaftsvermögen“ (§ 738 I 1 BGB), sondern lediglich der „Anteil“, der den anderen zu- oder abwächst (§ 712 I, II BGB-RegE).<sup>117</sup> Des Weiteren wurde die Vorschrift nun als Auslegungsregel konzipiert („im Zweifel“ § 712 I, II BGB-RegE), sodass auch ohne vorrangige Abmachung im Gesellschaftsvertrag (§ 708 BGB-RegE), bei zum Beispiel dem Ausscheiden eines Gesellschafters oder einer Gesellschafterin, die Gesellschaft ohne Änderung der bisherigen Beteiligungsverhältnisse unter den übrigen Gesellschaftern und Gesellschafterinnen fortgesetzt werden könnte.<sup>118</sup>

### 3. Bewertung

Der Gesetzgeber bezeichnet das Gesamthandsprinzip richtigerweise als „historisch überholt“.<sup>119</sup> Selbst bei der Entwicklung der ursprünglichen Vorschriften waren sich die Entwickler:innen weder darüber einig, welches Wesen der Gesamthand zukommen sollte, noch welche Konsequenzen sie mit sich bringen würde.<sup>120</sup> Sicher ist jedoch, dass die ursprünglichen Überlegungen und im Übrigen auch der Gesetzestext nicht mehr zum heutigen Verständnis der Gesamthand passen.

So regelt § 718 I BGB ausdrücklich, dass das Gesellschaftsvermögen den Gesellschaftern und Gesellschafterinnen zuzuordnen ist. Wie bereits ausgeführt, hat sich jedoch spätestens mit der Anerkennung der Rechtsfähigkeit der Außen-GbR im Grundsatzurteil ARGE Weißes Ross<sup>121</sup> diese Ansicht geändert. Nach heutigem Verständnis wird das Gesellschaftsvermögen korrekterweise der Gesellschaft zugeordnet, da sie durch ihre Rechtsfähigkeit selbst Trägerin von Rechten und Pflichten sein kann.<sup>122</sup> Dies widerspricht eindeutig dem eigentlichen Grundkonzept der Gesamthand wonach lediglich die Gesellschafter:innen Träger:innen von Rechten und Pflichten sind (siehe Kapitel C.II.1).<sup>123</sup>

Die neue Interpretation der Gesamthand stellte demnach im Grunde bereits die Weichen für eine Abkehr von dem teilweise schwer vermittelbaren<sup>124</sup> Konzept. Auch im Ausland hat das Gesamthandsprinzip nur wenig Anklang gefunden.<sup>125</sup> Gravierende praktische Konsequenzen sind darüber hinaus mit der Abschaffung der Gesamthand nicht verbunden<sup>126</sup>, jedoch bedeutet sie einen gewissen Verlust an Strukturmerkmalen der Personengesellschaften.<sup>127</sup> Folglich rücken die Personengesellschaften näher an die Kapitalgesellschaften und damit an die juristische Person heran.<sup>128</sup> Wie *Bachmann* jedoch richtigerweise ausführt, muss dies keine negative Konsequenz darstellen.<sup>129</sup> Vielmehr eröffnet sich dadurch eine Möglichkeit in Zukunft neue Konzepte für die Personengesellschaften zuzulassen, die im Widerspruch zum Wesen der Gesamthand stehen (zum Beispiel Fremdorganschaft<sup>130</sup>,

<sup>116</sup> *Bundesregierung*, 2021, Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts, <https://bit.ly/3i0IE6q>, 25.7.2021, S. 166.

<sup>117</sup> *Bachmann*, NZG 2020, 612 (616).

<sup>118</sup> *Bochmann*, ZGR-Sonderheft 23 2020, 221 (241); *Bundesregierung*, 2021, Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts, <https://bit.ly/3i0IE6q>, 25.7.2021, S. 166f.

<sup>119</sup> *Bundesregierung*, 2021, Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts, <https://bit.ly/3i0IE6q>, 25.7.2021, S. 169.

<sup>120</sup> *Pieronczyk*, JURA - Juristische Ausbildung 43 (2021), 53 (55).

<sup>121</sup> BGH, Urteil vom 29.01.2001, II ZR 331/00 (Nürnberg), NJW, 1056.

<sup>122</sup> *Saenger*, Gesellschaftsrecht, S. 46.

<sup>123</sup> Hierzu kritisch: *Altmeyden*, NZG 2020, 822 (822).

<sup>124</sup> *Bachmann*, NZG 2020, 612 (615).

<sup>125</sup> *Fleischer*, DStR 2021, 430 (435).

<sup>126</sup> *Bachmann*, NZG 2020, 612 (615).

<sup>127</sup> *Oertzen/Reich Manfred*, ZEV 2021, 215 (215).

<sup>128</sup> *Pieronczyk*, JURA - Juristische Ausbildung 43 (2021), 53 (60).

<sup>129</sup> *Bachmann*, NZG 2020, 612 (615).

<sup>130</sup> Vorschlag für die Zulassung fremdorganschaftlicher Strukturen: *Scholz* 2020, 1044.

Einpersonengesellschaft, eigene Anteile).<sup>131</sup> In Konsequenz könnte die Personengesellschaft auf ein neues Level gehoben werden.

Kritisiert wird dagegen in der Literatur<sup>132</sup>, dass die Innengesellschaft in Zukunft kein (Gesamthands-)Vermögen mehr bilden können soll (§ 740 I BGB-RegE). Laut Entwurfsbegründung bestehe dafür kein praktisches Bedürfnis, da der Gesellschaftszweck auch mit Bruchteilsrechten verfolgt werden, oder ein:e Gesellschafter:in die Vermögensgegenstände für die anderen Gesellschafter:innen treuhänderischen halten könne.<sup>133</sup> Zudem sollen Privatgläubiger:innen der Gesellschafter:innen geschützt werden, denn sobald ein:e Gesellschafter:in einen Vermögensgegenstand in das Gesamthandsvermögen einbringt, sei es für den oder die Gläubiger:in nur unter erschwerten Bedingungen möglich in das Vermögen zu vollstrecken, da er/sie eine Pfändung des Gesellschaftsanteils und die Kündigung der Mitgliedschaft herbeiführen müsste.<sup>134</sup> Als wirklich problematisch hat sich diese Regelung in der Vergangenheit jedoch nicht gezeigt.<sup>135</sup> Dennoch schafft die Regelung zumindest eine klarere Linie zwischen Innen- und Außengesellschaft, denn die Bildung eigenen Vermögens weist demnach auf das Vorliegen einer Außengesellschaft hin.

## D. Gesellschaftsregister – Nachbildung des Handelsregisters für mehr Transparenz in der GbR

### I. Ziele

Ein großer Vorteil des deutschen Rechts im Vergleich zu nicht kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen ist, dass in Deutschland aufgrund des Handelsregisters unaufwändig die Existenz einer am Rechtsverkehr teilnehmenden Gesellschaft, sowie ihre Vertretungsverhältnisse überprüft werden können.<sup>136</sup> Eine Ausnahme bildet die GbR, die bislang dank fehlendem Register für Außenstehende nicht greifbar ist.<sup>137</sup> Jedes Geschäft mit einer GbR wird somit zum „Hoffnungsgeschäft“.<sup>138</sup>

Ein großes Problem stellt dies insbesondere im Rechtsverkehr mit Grundstücken dar. Da das Grundbuch über öffentlichen Glauben verfügt (§ 892 BGB) und eine rechtssichere Quelle darstellen soll, müssen alle zur Eintragung erforderlichen Erklärungen beurkundet werden (§ 29 I GBO). Ist eine mittlerweile als grundbuchfähig anerkannte<sup>139</sup> GbR beteiligt, müssten demnach bei jeder einzelnen Grundstücksverfügung erneut die Existenz und Vertretungsverhältnisse der Gesellschaft überprüft werden, um dem Anspruch eines korrekten Grundbuchs nachzukommen.<sup>140</sup> Dies ist ohne vorliegendes Register kaum durchführbar.<sup>141</sup>

Um die Handlungsfähigkeit der GbR dennoch herzustellen, hat der Gesetzgeber § 47 II GBO und § 899a BGB in die aktuelle Rechtsordnung integriert.<sup>142</sup> Die Regelungen sorgen dafür, dass alle Gesellschafter:innen der grundbesitzerwerbenden GbR im Grundbuch mit eingetragen werden müssen (§ 47 II GBO), wodurch eine Vermutungswirkung hinsichtlich

<sup>131</sup> *Bachmann*, NZG 2020, 612 (615).

<sup>132</sup> Exemplarisch genannt seien: *Bachmann*, NZG 2020, 612 (615f.); *Deutscher Anwaltverein*, NZG 2020, 1133 (1142); *Hippeli*, DZWIR 2020, 386 (391).

<sup>133</sup> *Bundesregierung*, 2021, Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts, <https://bit.ly/3i0IE6q>, 25.7.2021, S. 222.

<sup>134</sup> *Bundesregierung*, 2021, Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts, <https://bit.ly/3i0IE6q>, 25.7.2021, S. 222.

<sup>135</sup> *Bachmann*, NZG 2020, 612 (616).

<sup>136</sup> *Heckschen*, NZG 2020, 761 (762 f.).

<sup>137</sup> *Heckschen*, NZG 2020, 761 (763).

<sup>138</sup> *Heckschen*, NZG 2020, 761 (763).

<sup>139</sup> BGH, Beschluss vom 04.12.2008, V ZB 74/08 (KG), NZG 2009, 137 (137).

<sup>140</sup> *Reymann*, DNotZ 2021, 103 (104).

<sup>141</sup> *Reymann*, DNotZ 2021, 103 (104).

<sup>142</sup> *Herrler*, ZGR-Sonderheft 23 2020, 39-78 (42).

des Gesellschafterbestandes geschaffen wird (§ 899a BGB).<sup>143</sup> Die Anforderungen an die Nachweise, die eine GbR für die Eintragung eines Eigentumswechsels im Grundbuch erbringen muss<sup>144</sup>, sind jedoch äußerst gering. Für die Eintragung müssen lediglich die GbR und ihre Gesellschafter:innen in der notariellen Auflassungsverhandlung benannt sein und der/ die für die GbR Handelnde erklären, dass es sich bei den Benannten um die alleinigen Gesellschafter:innen der Gesellschaft handelt.<sup>145</sup> Weiterer Nachweise, beispielsweise bezüglich der Existenz der Gesellschaft oder innergesellschaftlicher Abmachungen, bedarf es nicht.<sup>146</sup> Somit bleiben trotz der Regelungen weiterhin Unsicherheiten bezüglich der tatsächlichen Gesellschafterverhältnisse bestehen.<sup>147</sup> Im Rahmen des § 899a BGB ist zudem umstritten, ob sich die Publizitätswirkung nur auf das dingliche Geschäft, oder auch auf die zugrundeliegende schuldrechtliche Vereinbarung erstreckt.<sup>148</sup> Die Einführung eines solchen „sachenrechtlich-dezentralen GbR-Registers“<sup>149</sup> im Grundbuch wurde darüber hinaus teilweise als Systembruch empfunden.<sup>150</sup> Im Übrigen verfügt nicht jede GbR über Grundbesitz, sodass durch das aktuelle System ohnehin nur ein limitiertes Maß an Transparenz erreichbar ist.<sup>151</sup>

Um die Transparenz zu steigern, das Publizitätsdefizit zu beheben und Überprüfungen hinsichtlich der Existenz und Gesellschafterverhältnisse der GbR zu vereinfachen, soll durch die geplante Reform das sogenannte Gesellschaftsregister, welches in den § 707 ff. BGB-RegE geregelt wird, eingeführt werden. Damit greift der Entwurf die Empfehlung des 71. Deutschen Juristentags auf.<sup>152</sup>

## II. Anmeldung und Inhalt der Eintragung

Zuständig für das Gesellschaftsregister soll, ähnlich wie beim Handels-, Vereins-, Genossenschafts- sowie Partnerschaftsregisters, das Amtsgericht sein, in dessen Bezirk die GbR ihren Sitz hat (§ 707 I BGB-RegE).<sup>153</sup> Die Anmeldung erfolgt parallel zum Handelsregister über einen Notar oder eine Notarin im elektronischen Wege (§ 707b Nr. 2 BGB-RegE i.V.m. § 12 I HGB)<sup>154</sup>, wodurch ein neues Geschäftsfeld für Notare und Notarinnen eröffnet wird.<sup>155</sup> Die Möglichkeit einer Online-Gründung wurde dagegen nicht in den Entwurf übernommen, da der noch umzusetzenden Digitalisierungsrichtlinie der EU (2019/1151) vom 20. Juni 2019 nicht vorgegriffen werden soll.<sup>156</sup>

Die anzugebenden Informationen decken sich im Wesentlichen mit denen des Handelsregisters (vgl. § 106 HGB). Nach § 707 II BGB-RegE muss die Anmeldung demnach den Namen, den Sitz und die Anschrift (innerhalb der EU) der Gesellschaft enthalten (§ 707 II Nr. 1 BGB-RegE). Darüber hinaus sind zu jedem Gesellschafter/ jeder Gesellschafterin folgende Angaben zu machen: Handelt es sich um eine natürliche Person, so sind ihr Name, Geburtsdatum und ihr Wohnort anzugeben (§ 707 II Nr. 2 a) BGB-RegE). Handelt es sich bei der Gesellschafterin jedoch um eine Gesellschaft, so sind ihre Firma/ ihr Name, die Rechtsform, der Sitz und ggf. das zuständige Register sowie ihre Registernummer

<sup>143</sup> *Reymann*, DNotZ 2021, 103 (104).

<sup>144</sup> BGH, Beschluss vom 28.04.2011, V ZB 194/10 (KG), NJW 2011, 1958 (1958).

<sup>145</sup> *Hippeli*, DZWIR 2020, 386 (388).

<sup>146</sup> *Hippeli*, DZWIR 2020, 386 (388).

<sup>147</sup> *Hippeli*, DZWIR 2020, 386 (388).

<sup>148</sup> BeckOK BGB/*Eckert*, § 899a BGB Rn. 5.

<sup>149</sup> *Reymann*, DNotZ 2021, 103 (104).

<sup>150</sup> *Reymann*, DNotZ 2021, 103 (104).

<sup>151</sup> *Hippeli*, DZWIR 2020, 386 (387f.).

<sup>152</sup> *Ständige Deputation des Deutschen Juristentags*, Verhandlungen des 71. Deutschen Juristentages Band II/2 Sitzungsberichte (Diskussion und Beschlussfassung), S. 0219 f.

<sup>153</sup> *Heckschen*, NZG 2020, 761 (763).

<sup>154</sup> *Heckschen*, NZG 2020, 761 (763).

<sup>155</sup> *Hippeli*, DZWIR 2020, 386 (390).

<sup>156</sup> *Bundesregierung*, 2021, Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts, <https://bit.ly/3i0IE6q>, 25.7.2021, S. 154; *Noack*, NZG 2020, 581 (582).

anzugeben (§707 II Nr. 2 b) BGB-RegE). Des Weiteren sind die Vertretungsverhältnisse offenzulegen (§ 707 II Nr. 3 BGB-RegE) und schlussendlich ist zu bestätigen, dass die Gesellschaft nicht bereits im Handels- oder Partnerschaftsregister eingetragen ist (§ 707 II Nr. 4 BGB-RegE).

Werden der Name, der Sitz, die Anschrift oder die Vertretungsverhältnisse der GbR verändert, so ist dies gemäß § 707 III 1 BGB-RegE zur Eintragung in das Gesellschaftsregister anzumelden. Ebenfalls einzutragende Tatsachen stellen das Ausscheiden, sowie der Eintritt eines neuen Gesellschafters/ einer neuen Gesellschafterin dar (§ 707 III 2 BGB-RegE). Solche Anmeldungen sind grundsätzlich durch sämtliche Gesellschafter:innen zu bewirken (§ 707 IV 1 BGB-RegE).

### III. Wirkung der Eintragung

#### 1. Entscheidung für ein Konglomerat verschiedener Konzepte

Mit Einführung des Gesellschaftsregisters stellt sich die Frage nach seiner Ausgestaltung. Zur Überwindung des Publizitätsproblems der GbR kommen zunächst drei verschiedene Konzepte in Betracht: Eine Eintragungspflicht (mit deklaratorischer Wirkung), ein uneingeschränktes Eintragungswahlrecht oder die Knüpfung der Rechtsfähigkeit der GbR an die Eintragung (konstitutive Wirkung).<sup>157</sup>

Im Ergebnis entschied sich die Kommission für keine der drei Möglichkeiten. Stattdessen wurde eine Art Mischform in den Entwurf aufgenommen, die im Folgenden genauer beleuchtet werden soll.

##### a) Mittelbare Eintragungspflicht

Laut § 707 I BGB-RegE sieht der Gesetzgeber grundsätzlich ein Eintragungswahlrecht für die GbR vor, welches durch positive Anreize (siehe *Kapitel*

Registrierungsanreize<sup>0</sup>) ergänzt wird.<sup>158</sup> Demnach soll der Eintragung keine konstitutive Wirkung zukommen. Dennoch ist dies nur die halbe Wahrheit, denn tatsächlich besteht je nach Sachverhalt ein faktischer Zwang zur Eintragung.

Der Entwurf folgt der Empfehlung des 71. Deutschen Juristentags<sup>159</sup>, welche vorsieht den Erwerb von in öffentlichen Registern einzutragenden Rechten an die Eintragung der GbR ins Gesellschaftsregister zu knüpfen. Die Registrierung wird demnach zukünftig verfahrensrechtliche Voraussetzung für den Erwerb von und die Verfügung über registrierte Rechte.<sup>160</sup> Folglich ist die Registrierung unter anderem erforderlich für die Eintragung in das Grundbuch (§ 47 II GBO-RegE), in das Aktienregister (§ 67 I 3 AktG-RegE) und die Gesellschafterliste (§ 40 I 3 GmbHG-RegE) einer GmbH.<sup>161</sup> Dasselbe gilt für die Umwandlung in eine andere Gesellschaftsform (§ 3 I Nr. 1, §191 I Nr. 1, II Nr. 1 UmwG-RegE, dazu ausführlich *Kapitel D.V*) und die verfahrensrechtliche Einleitung einer Zwangsversteigerung (§ 15 II ZVG-RegE).<sup>162</sup>

Gesellschaften bürgerlichen Rechts, die bereits beispielsweise im Grundbuch eingetragen sind, sind vorerst jedoch nicht gezwungen sich mit Inkrafttreten der Reform zum Gesellschaftsregister innerhalb einer gewissen Frist anzumelden.<sup>163</sup> Stattdessen gibt es eine

<sup>157</sup> Herrler, ZGR-Sonderheft 23 2020, 39-78 (46).

<sup>158</sup> Bundesregierung, 2021, Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts, <https://bit.ly/3i0IE6q>, 25.7.2021.

<sup>159</sup> Ständige Deputation des Deutschen Juristentags, Verhandlungen des 71. Deutschen Juristentages Band II/2 Sitzungsberichte (Diskussion und Beschlussfassung), S. O220.

<sup>160</sup> Herrler, ZGR-Sonderheft 23 2020, 39-78 (44).

<sup>161</sup> Lieder, ZRP 2021, 34 (34).

<sup>162</sup> Herrler, ZGR-Sonderheft 23 2020, 39-78 (44).

<sup>163</sup> Heckschen, NZG 2020, 761 (763).

Übergangsvorschrift geregelt in § 21 EGBGB-RegE, welche vorsieht, dass sobald eine Veränderung in Zusammenhang mit den registrierten Rechten erfolgen soll, zuvor eine Eintragung der involvierten GbR im Gesellschaftsregister stattfinden muss.<sup>164</sup>

Noch nicht geklärt ist dagegen, wie die Gesellschafter:innen zum Beispiel dem Grundbuchamt beweisen sollen, dass es sich bei der im Grundbuch eingetragenen GbR um dieselbe GbR handelt, die nun neu im Gesellschaftsregister vermerkt ist.<sup>165</sup> Dies ist im Grunde auch auf die jeweils anderen Sachverhalte zu übertragen.<sup>166</sup>

## **b) Registrierungsanreize**

Dadurch, dass sich der Gesetzgeber gegen eine Eintragungspflicht entschieden hat, möchte er durch gewisse Anreize dennoch möglichst viele GbRs dazu bewegen sich in das Gesellschaftsregister eintragen zu lassen.<sup>167</sup> Insbesondere zu nennen seien das in § 706 BGB-RegE geregelte Sitzwahlrecht und die Publizitätswirkung, die sich mit Eintragung ins Register entfaltet (dazu ausführlich *Kapitel D.III.2*).<sup>168</sup>

Durch das Sitzwahlrecht kann die eingetragene GbR einen vom Verwaltungssitz abweichenden Vertragssitz vereinbaren (§ 706 2 BGB-RegE). Der Verwaltungssitz ist der Ort, an dem die Geschäfte der Gesellschaft tatsächlich geführt werden (§ 706 1 BGB-RegE). Dies knüpft an die Regelungen, die schon bereits seit dem Inkrafttreten des Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) für die GmbH und AG gelten.<sup>169</sup> Über § 105 III bzw. § 161 II HGB gilt § 706 2 BGB-RegE entsprechend für die Personenhandelsgesellschaften, sodass auch sie zukünftig von dem Sitzwahlrecht Gebrauch machen können.<sup>170</sup> Inwiefern dies eine Auswirkung auf die Anwendung der Sitz- und Gründungstheorie hat, soll im Rahmen dieser Bachelorarbeit auf Grund der thematischen Ausrichtung nicht weitergehend analysiert werden.

Daneben rechnet der Gesetzgeber damit, dass der eingetragenen GbR im Vergleich zur nicht eingetragenen GbR ein größeres Vertrauen im Rechtsverkehr entgegengebracht werden wird.<sup>171</sup> Eine Eintragung könnte sich zum Beispiel in Zukunft positiv auf die Kreditwürdigkeit der GbR auswirken.<sup>172</sup> Denkbar wäre ebenfalls, dass ein:e Vertragspartner:in oder eine Bank vor Aufnahme der Geschäfte die vorherige Eintragung der GbR verlangt, um sich ihrer Identität und Existenz sicher zu sein.

Zu betonen sei jedoch, dass sobald die GbR ins Gesellschaftsregister eingetragen ist, eine Löschung der Gesellschaft nur nach den allgemeinen Vorschriften stattfinden kann (Liquidation, § 707a IV BGB-RegE). Es handelt sich demnach um eine finale Entscheidung.

## **2. Publizitätswirkung**

Wie bereits erwähnt, ist das Hauptziel der Einführung des Gesellschaftsregisters die Behebung des Publizitätsdefizits der GbR. Dies wird erreicht durch die entsprechende Anwendung des § 15 HGB (über § 707a III BGB-RegE), der Regelungen zur Publizität des Handelsregisters trifft. Drei verschiedene Fälle werden von der Norm erfasst:

<sup>164</sup> Heckschen, NZG 2020, 761 (763).

<sup>165</sup> Heckschen, NZG 2020, 761 (763).

<sup>166</sup> Beispielhaft zur Zwangsvollstreckung Heckschen/Nolting, BB 2020, 2256 (2256).

<sup>167</sup> Bundesregierung, 2021, Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts, <https://bit.ly/3i0IE6q>, 25.7.2021, S. 145.

<sup>168</sup> Bundesregierung, 2021, Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts, <https://bit.ly/3i0IE6q>, 25.7.2021, S. 145.

<sup>169</sup> Heckschen, NZG 2020, 761 (763).

<sup>170</sup> Heckschen, NZG 2020, 761 (763).

<sup>171</sup> Bundesregierung, 2021, Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts, <https://bit.ly/3i0IE6q>, 25.7.2021, S. 145.

<sup>172</sup> Bundesregierung, 2021, Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts, <https://bit.ly/3i0IE6q>, 25.7.2021, S. 145.

- > Nach Absatz 1 kann eine einzutragende Tatsache, die nicht eingetragen worden ist, Dritten auch nicht entgegengehalten werden (negative Publizitätswirkung).
- > Nach Absatz 2 müssen sich Dritte korrekt eingetragene Tatsachen grundsätzlich entgegenhalten lassen.
- > Nach Absatz 3 können sich Dritte bei unrichtiger Eintragung einer einzutragenden Tatsache auf diese auch berufen, solange sie die Unrichtigkeit nicht kannten (positive Publizitätswirkung).

Die Regelungen zeigen, Dritte sollen sich auf die Richtigkeit des Registers verlassen können. Sobald fehlerhafte oder keine Eintragungen vorliegen, geht dies zulasten der Gesellschaft (§ 15 I, III HGB). Im Gegenzug wird sie bei ordnungsgemäßem Vorgehen geschützt (§ 15 II HGB). Zu den einzutragenden Tatsachen gehören derweil nach § 707 III BGB-RegE Änderungen in Bezug auf den Sitz und die Anschrift der Gesellschaft, sowie in Bezug auf die Vertretungsbefugnis, den Eintritt oder das Ausscheiden eines Gesellschafters oder einer Gesellschafterin.

Durch den Verweis auf § 15 HGB wird schlussendlich auch der nach Anerkennung der Rechtsfähigkeit der GbR eingeführte § 899a BGB überflüssig, denn die Gesellschafter:innen der Gesellschaft werden zukünftig dem Gesellschaftsregister zu entnehmen sein.<sup>173</sup> Durch die Publizitätswirkung des Registers bedarf es keiner weiteren Gutgläubensvorschrift.<sup>174</sup> § 899a BGB wird durch den Entwurf gestrichen.<sup>175</sup>

### **3. Namenszusatz eingetragene Gesellschaft bürgerlichen Rechts**

Gemäß § 707a II BGB-RegE ist die registrierte Gesellschaft verpflichtet den Namenszusatz „eingetragene Gesellschaft bürgerlichen Rechts“ oder „eGbR“ zu tragen. Im Rahmen des Mauracher Entwurfs hatte dahingehend noch ein Wahlrecht bestanden (§ 707a III BGB-E). Die Änderung ist zu begrüßen, da somit für den Rechtsverkehr direkt ersichtlich ist, welche Art von GbR ihm gegenübertritt. Zudem erleidet die eGbR durch den Namenszusatz keinerlei Nachteile, sondern hebt im Gegenteil ihr Ansehen (vgl. *Kapitel D.III.1.b*). Zusätzlich führt die Verpflichtung zur Etablierung des Namenszusatzes und bewegt möglicherweise andere Gesellschaften bürgerlichen Rechts zur freiwilligen Eintragung.

### **IV. Anwendung der HGB Firmengrundsätze**

Mit Einführung des Gesellschaftsregisters werden zusätzlich die Firmengrundsätze aus dem HGB übernommen. Über § 707b Nr. 1 BGB-RegE kommen somit die §§ 18, 21-24, 30 und 37 HGB zur Anwendung.

Die Übernahme ist vorliegend notwendig, damit eingetragene GbRs klar voneinander unterschieden werden können. Gäbe es die Regelungen nicht, käme es im Zweifel zu ähnlichen oder identischen GbR-Namen, sodass erst durch weitere Abgleichungen und Überprüfungen ersichtlich wäre, welche Registereintragung zur (zum Beispiel) im Grundbuch eingetragenen Gesellschaft passt. Dadurch wäre die Funktion des Gesellschaftsregisters gestört und die gewünschte Publizitätswirkung verfehlt. Zur Rechtssicherheit trägt in diesem Kontext zudem die Verpflichtung zum Tragen des Namenszusatzes „eGbR“ bei, denn diese garantiert die Abgrenzung zu den nicht eingetragenen GbRs, die keinen HGB Grundsätzen unterliegen und demnach ebenso ähnliche bzw. identische Namen führen könnten.

<sup>173</sup> Hippeli, DZWIR 2020, 386 (390).

<sup>174</sup> Heckschen, NZG 2020, 761 (763).

<sup>175</sup> Bundesregierung, 2021, Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts, <https://bit.ly/3i0IE6q>, 25.7.2021, S. 31.

## V. Erleichterung eines Rechtsformwechsels

Neu im Recht der GbR ist der Statuswechsel in § 707c BGB-RegE. Statuswechsel meint „die Anmeldung zur Eintragung einer bereits in einem Register eingetragenen Gesellschaft unter einer anderen Rechtsform einer rechtsfähigen Personengesellschaft in ein anderes Register“ (§ 707c I BGB-RegE), also beispielsweise die Umwandlung einer eGbR in eine OHG und umgekehrt. Ein Wechsel von der eingetragenen zur nicht eingetragenen GbR ist dagegen nicht von der Vorschrift gedeckt (§ 707a IV BGB-RegE).<sup>176</sup> Der Statuswechsel ist demnach der Preis für die Einführung des Gesellschaftsregisters und für den Verzicht einer Zusammenfassung von GbR und OHG in einem Gesetz.<sup>177</sup>

Im Wesentlichen entsprechen die Verfahrensvorschriften denen des § 198 UmwG, jedoch benötigt es für den Statuswechsel nur eine einheitliche Anmeldung im bisherigen Register (§ 707c I, II BGB-RegE), während der Formwechsel nach § 198 UmwG zusätzlich eine solche im aufnehmenden Register benötigt.<sup>178</sup> Durch die einfache Anmeldung sollen Doppelintragungen vermieden und sichergestellt werden, dass die bislang eingetragene und die in dem anderen Register einzutragende Gesellschaft identisch sind.<sup>179</sup> Mit Anmeldung des Statuswechsels wird zudem im Register vermerkt, in welche Rechtsform die Gesellschaft wechselt (Statuswechselvermerk, § 707c II 1 BGB-RegE), sodass der Vorgang für den Rechtsverkehr nachzuvollziehen ist. Nicht zuletzt profitiert die Gesellschaft selbst von der Vereinfachung des Verfahrens.<sup>180</sup>

Um einen noch einfacheren Wechsel vor allem zwischen GbR und OHG zu ermöglichen, könnte alternativ eine Integration des Gesellschaftsregisters ins Handelsregister erfolgen, sodass nicht zwei verschiedene Register in dem Vorgang involviert wären.<sup>181</sup> Die Integration der eGbR ins Handelsregister bzw. eine Zusammenlegung mit der OHG wäre insbesondere im Hinblick auf ihre Gemeinsamkeiten durchaus denkbar. Lediglich eine gewisse Größenordnung und die Einzelgeschäftsführungsbefugnis trennen die eGbR noch von der OHG. Im Falle einer Fusion hätte kein neues Gesellschaftsregister konzipiert werden müssen, wodurch Zeit hätte eingespart werden können. Es bleibt abzuwarten, ob zukünftig eine Zusammenlegung erfolgen wird.

## VI. Bewertung

Die Einführung eines Gesellschaftsregisters ist im Grundsatz zunächst zu begrüßen. Wie bereits ausgeführt, sorgt eine Eintragung für Rechtssicherheit und Transparenz insbesondere für die Vertragspartner:innen der GbR. Nach der Anerkennung der Rechtsfähigkeit der GbR war es lange überfällig die Bedingungen für eine ordnungsgemäße und sichere Zusammenarbeit mit der Gesellschaft zu schaffen. Eine weiterhin lediglich dezentrale Dokumentation der Gesellschaftsdaten, beispielsweise im Grundbuch, muss ausscheiden, denn sie ist im Vergleich zu einer zentralen Erfassung der Daten im Gesellschaftsregister aufwändig und fehleranfällig, insbesondere wenn die Gesellschaft mehrfach in verschiedenen Registern aufgeführt wird. Zudem können sich die Gesellschafter:innen mit Eintragung ins Gesellschaftsregister auch im sonstigen Rechtsverkehr auf beispielsweise ihre Vertretungsbefugnis berufen, ohne diese ständig erneut nachweisen zu müssen. Darüber hinaus

<sup>176</sup> *Deutscher Anwaltverein*, NZG 2020, 1133 (1135).

<sup>177</sup> *Bachmann*, NZG 2020, 612 (615).

<sup>178</sup> *Bundesregierung*, 2021, Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts, <https://bit.ly/3i0IE6q>, 25.7.2021, S. 155; *Deutscher Anwaltverein*, NZG 2020, 1133 (1135).

<sup>179</sup> *Bundesregierung*, 2021, Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts, <https://bit.ly/3i0IE6q>, 25.7.2021, S. 155.

<sup>180</sup> *Bundesregierung*, 2021, Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts, <https://bit.ly/3i0IE6q>, 25.7.2021, S. 156.

<sup>181</sup> *Herrler*, ZGR-Sonderheft 23 2020, 39-78 (45).

ist es unverständlich, dass die Gesellschaft bürgerlichen Rechts, die häufig als Erwerbsgesellschaft dient, die einzige Personengesellschaft ohne Zugang zu einem Register ist.<sup>182</sup>

Wie dieses Register letztendlich ausgestaltet werden soll, ist dagegen zu diskutieren. Wie bereits erwähnt, gibt es mehrere Optionen für die Ausgestaltung eines solchen Registers, insbesondere im Hinblick auf die Freiwilligkeit und Wirkung der Eintragung. Sowohl freiwillige als auch verpflichtende Eintragungen mit deklaratorischer oder konstitutiver Wirkung kommen in Betracht.

Wenn man sich speziell die Ziele des Gesellschaftsregisters, nämlich die Schaffung von Transparenz und Publizität vor Augen führt, scheint eine Eintragungspflicht zunächst die naheliegendste Lösung zu sein. Durch die Eintragungspflicht wäre jede GbR registriert und damit die innergesellschaftlichen Verhältnisse für den Rechtsverkehr nachvollziehbar. Besonders im Hinblick auf eine uneingeschränkte freiwillige Eintragung ist dagegen zweifelhaft, wie das Publizitätsziel erreicht werden soll.

Es ist zu vermuten, dass sobald eine GbR stark im Bereich von registrierten Rechten involviert ist, sie sich im Laufe der Zeit selbstständig in das Gesellschaftsregister eintragen lassen würde.<sup>183</sup> Dadurch müssten Änderungen des Gesellschafterbestandes nicht mehr bei verschiedenen Registern (Grundbuch, Aktienregister, Gesellschafterliste), sondern lediglich beim Gesellschaftsregister gemeldet werden.<sup>184</sup> Somit werden Kosten und auch Zeit gespart. Ohne weitere Anreize, abgesehen von der Nachweiserleichterung hinsichtlich der Vertretungsbefugnisse der GbR, wird dieser Effekt jedoch nicht den Großteil der GbRs zu einer Eintragung bewegen. Um tatsächlich das Publizitätsdefizit der GbR zu beheben und die gewünschte Transparenz Wirkung des Gesellschaftsregisters zu entfalten, braucht es daher eine gewisse Art von Zwang oder weitreichendere Eintragungsanreize.

Der entscheidende Punkt bei der Beurteilung ist Vielseitigkeit der GbR. Auch, wenn eine Eintragungspflicht zur bestmöglichen Transparenz führt, ist sie nicht für jede Ausgestaltung der GbR ideal. Besonders im Hinblick darauf, dass die GbR auch als Auffanggesellschaft fungiert und Gelegenheitsgesellschaften umfasst, erscheint eine generelle Eintragungspflicht überschießend. Da diese Gesellschaften eher geringfügig am Rechtsverkehr teilnehmen bzw. meist keine Geschäfte von großer wirtschaftlicher Bedeutung abschließen, ist der Aufwand einer Registrierung unverhältnismäßig.<sup>185</sup> Im Vergleich zu einer Erwerbsgesellschaft ist der Bedarf für Transparenz deutlich geringer. Für die Gelegenheitsgesellschaft oder Innengesellschaft wäre ein Wahlrecht daher die bessere Lösung. Darüber hinaus wird seitens der Literatur kritisiert, dass insbesondere die Durchsetzung einer (generellen) Eintragungspflicht mit Zwangsmitteln nur mit sehr hohem Aufwand umzusetzen sei und zur Überforderung der Registergerichte führe.<sup>186</sup>

Denkbar wäre nun nach GbR-Formen zu unterscheiden, zum Beispiel eine Eintragungspflicht für die Außengesellschaft, ein Wahlrecht für die Innengesellschaft zu etablieren. Jedoch ist die Unterscheidung nicht immer eindeutig, da sie nicht an klare Faktoren oder tatsächliche Zahlen gebunden ist. Der Übergang kann folglich fließend sein, was Unsicherheiten bezüglich der Eintragungspflicht verursachen würde. Dies sollte vermieden werden. Es bliebe die Möglichkeit die Eintragungspflicht an Fakten zu binden, beispielsweise an die Höhe der Umsatzerlöse, des Jahresüberschusses<sup>187</sup>, der Bilanzsumme, oder an die

<sup>182</sup> *Hippeli*, DZWIR 2020, 386 (388).

<sup>183</sup> *Schäfer*, Empfiehlt sich eine grundlegende Reform des Personengesellschaftsrechts?, S. E69.

<sup>184</sup> *Schäfer*, Empfiehlt sich eine grundlegende Reform des Personengesellschaftsrechts?, S. E69.

<sup>185</sup> *Bundesregierung*, 2021, Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts, <https://bit.ly/3i0IE6q>, 25.7.2021, S. 144; *Herrler*, ZGR-Sonderheft 23 2020, 39-78 (47).

<sup>186</sup> *Herrler*, ZGR-Sonderheft 23 2020, 39-78 (48); *Knaier*, ZGR-Sonderheft 23 2020, 79 (84).

<sup>187</sup> *Herrler*, ZGR-Sonderheft 23 2020, 39-78 (48).

Mitarbeiteranzahl. Eine Kombination dieser Faktoren wäre ebenfalls möglich, ähnlich wie es im § 293 HGB innerhalb des Kontextes der Aufstellungspflicht eines Konzernabschlusses zu finden ist. Folglich fände entsprechend eine Unterscheidung nach Größe des Unternehmens statt. Dieses Bild ist zunächst stimmig, denn je größer ein Unternehmen ist, desto größer ist in der Regel auch der potenzielle Kunden-, beziehungsweise Vertragspartner:innen-Kreis und dementsprechend das Bedürfnis nach Transparenz. Zumindest wäre so eine trennscharfe Linie zwischen Eintragungspflicht und Wahlrecht gezogen.

Zuletzt wäre zu erwägen, die Gesellschaften aus eigener Motivation heraus zur Eintragung zu bewegen, ohne sie faktisch dazu zwingen zu müssen. Als potenzieller Anreiz kommt die Knüpfung der Eintragung an die Rechtsfähigkeit der Gesellschaft in Betracht. Dies ist wohl auch der größte Anreiz für eine Eintragung und ist geltende Rechtslage im französischen, als auch im österreichischen Rechtssystem.<sup>188</sup> Ob die Erlangung der Rechtsfähigkeit jedoch ausschließlich an die Eintragung geknüpft werden soll, ist fraglich. Der Gesetzgeber befürchtet, dass es dazu kommen könnte, dass die Gesellschaft in die Lage der GbR vor dem Urteil „ARGE Weißes Ross“<sup>189</sup> zurückversetzt wird.<sup>190</sup> Darüber hinaus kommt bisher lediglich bei Kapitalgesellschaften einer Registereintragung konstitutive Wirkung zu, weswegen eine solche Regelung im Recht der GbR zudem einen Systembruch darstellen würde.<sup>191</sup>

Schlussendlich nach Bewertung der einzelnen Konzepte, ist die im Entwurf geregelte Kombinationslösung als bester Kompromiss zu betrachten. Da insbesondere im Bereich der Registerrechte die Auswirkungen des Publizitätsdefizits der GbR (insbesondere Grundstücksverkehr) am gravierendsten sind, ist es zu begrüßen, dass zukünftig für einen Erwerb oder eine Änderung (etc.) dieser Rechte ein faktischer Eintragungszwang bestehen soll. Um darüber hinaus auch weitere Gesellschaften zur Eintragung zu bewegen, sind die gegebenen Registrierungsanreize ein passendes Mittel zum Zweck. Wie bereits erwähnt ist es wahrscheinlich, dass insbesondere, wenn die eGbR eine gewisse Anerkennung erlangt und auch der Rechtsverkehr die Vorteile eines Geschäftes mit der eingetragenen Gesellschaft erkennt, ein Trend zur Eintragung entsteht. Nichtsdestotrotz ist abzuwarten, ob sich der gewünschte von außen kommende Eintragungstrend auch tatsächlich einstellt. Um diese potenzielle Bewegung zu unterstützen und ein größeres Maß an Publizität zu erzeugen, wäre eine Ergänzung des Konzeptes um eine Eintragungspflicht für rechtsfähige GbRs einer gewissen Größe sinnvoll. Dabei sollten die ausschlaggebenden Werte (siehe oben) relativ hoch angesetzt werden, um nicht indirekt eine flächendeckende Eintragungspflicht zu erzeugen. Dies wäre eine effektive Ergänzung, da zum Beispiel, wie bereits angesprochen, besonders umsatzstarke Unternehmen auch vermutlich mit einer Großzahl von Verbrauchern und Verbraucherinnen oder sonstigen Teilnehmern und Teilnehmerinnen des Rechtsverkehrs in Verbindung stehen. Im Übrigen besteht dadurch ein erhöhter Bedarf für Transparenz, weswegen sich eine solche Regelung auch durchaus rechtfertigen ließe. Dennoch ist nicht zu leugnen, dass die Wirkung wohl auch begrenzt wäre, denn es ist davon auszugehen, dass insbesondere im Rechtsverkehr stark involvierte Gesellschaften von dem geplanten Eintragungswahlrecht Gebrauch machen werden.

In jedem Fall präsentiert sich jedoch die differenzierte Ausgestaltung als ein Konglomerat verschiedener Konzepte als beste Option für die vielfältige GbR und ihre unterschiedlichen Bedürfnisse. Das Konzept garantiert durch die faktische Eintragungspflicht im Falle des

<sup>188</sup> Herrler, ZGR-Sonderheft 23 2020, 39-78 (48).

<sup>189</sup> Vgl. BGH, Urteil vom 29.01.2001, II ZR 331/00 (Nürnberg), NJW, 1056.

<sup>190</sup> Bundesregierung, 2021, Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts, <https://bit.ly/3i0IE6q>, 25.7.2021, S. 145.

<sup>191</sup> Herrler, ZGR-Sonderheft 23 2020, 39-78 (49); Schäfer, Empfiehlt sich eine grundlegende Reform des Personengesellschaftsrechts?, S. E67.

Erwerbes eines registrierten Rechts ein gewisses Maß an Publizität, während kleinere Gelegenheitsgesellschaften auch ohne Eintragung bestehen können.

Kritisch zu beäugen ist jedoch, dass die Löschung der Gesellschaft aus dem Register nur durch die Auflösung der Gesellschaft möglich sein soll (Liquidation, § 707a IV BGB-RegE). Mit Eintragung tritt folglich eine Bindungswirkung ein.<sup>192</sup> Dies begründet der Gesetzgeber damit, dass eine einmal geschaffene Publizität auch für die Zukunft bestehen bleiben soll, denn eine möglichst umfassende Publizität sei letztendlich das angestrebte Ziel der Reform.<sup>193</sup> Zudem möchte er Missbrauchsgefahren vorbeugen, die damit verbunden seien, es den Gesellschaftern und Gesellschafterinnen einer in Vermögensverfall geratenen Gesellschaft auf Antrag hin zu gestatten die eingetragene Gesellschaft bürgerlichen Rechts außerhalb des dafür vorgesehenen Insolvenzverfahrens liquidationslos zu löschen (Firmenbestattung).<sup>194</sup> So ginge die durch das Gesellschaftsregister geschaffene Transparenz verloren und die GbR bzw. ihre Gesellschafter:innen seien erneut für ihre Gläubiger:innen nicht greifbar.<sup>195</sup>

Zunächst sind die vom Gesetzgeber vorgebrachten Argumente anzuerkennen, dennoch könnten durch die Bindungswirkung vor allem kleinere GbRs von der Eintragung abgehalten werden. Dies ist problematisch, denn speziell diese Gesellschaften müssen von einer Eintragung zunächst noch überzeugt werden. Darüber hinaus ist nicht damit zu rechnen, dass die Gesellschaften sich ständig ein- und austragen lassen würden. Wie der Entwurf auch anerkennt, kann zudem ein berechtigtes Interesse der Gesellschafter:innen daran bestehen, sich aus dem Register löschen zu lassen.<sup>196</sup> Dies könnte beispielsweise nach einem Gesellschafterwechsel (durch Erbfolge) der Fall sein, wenn die Informationen über die Identität der Gesellschafter:innen nicht mehr der Öffentlichkeit zugänglich gemacht werden sollen.<sup>197</sup> Erwähnenswert ist zuletzt, dass die Regelung eine gewisse Widersprüchlichkeit aufweist, denn wenn die GbR frei über ihre Eintragung entscheiden kann, sollte sie in Konsequenz auch frei über ihre Löschung entscheiden dürfen.<sup>198</sup> So wird es aktuell auch für den/die Kleingewerbetreibende:n in § 2 Satz 3 HGB geregelt. Um immerhin einen Gleichlauf zu schaffen, wird die HGB-Regelung zukünftig dem für das Gesellschaftsregister gewählten Modell angepasst (§ 107 II HGB-Reg).<sup>199</sup>

Um eine Löschung zur Bewahrung der Privatsphäre überflüssig werden zu lassen, könnte der Vorschlag des Deutschen Anwaltvereins aufgegriffen werden, auf das Erfordernis der Angabe des Wohnortes natürlicher Personen im Gesellschafts-, als auch im Handels- und Partnerschaftsregister zu verzichten.<sup>200</sup> Alternativ könne eine Zustelladresse angegeben werden, die die Erreichbarkeit weiterhin absichert, jedoch insbesondere die Ausspähung von (reichen) Gesellschaftern oder Gesellschafterinnen durch potenzielle Straftäter:innen erschwere.<sup>201</sup> Laut DAV seien die Personen durch Namen und Geburtsdatum ausreichend

<sup>192</sup> *Bundesregierung*, 2021, Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts, <https://bit.ly/3i0IE6q>, 25.7.2021, S. 151.

<sup>193</sup> *Bundesregierung*, 2021, Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts, <https://bit.ly/3i0IE6q>, 25.7.2021, S. 152.

<sup>194</sup> *Bundesregierung*, 2021, Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts, <https://bit.ly/3i0IE6q>, 25.7.2021, S. 152.

<sup>195</sup> *Bundesregierung*, 2021, Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts, <https://bit.ly/3i0IE6q>, 25.7.2021, S. 152.

<sup>196</sup> *Bundesregierung*, 2021, Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts, <https://bit.ly/3i0IE6q>, 25.7.2021, S. 151.

<sup>197</sup> *Deutscher Anwaltverein*, NZG 2020, 1133 (1135).

<sup>198</sup> *Deutscher Anwaltverein*, NZG 2020, 1133 (1135); *Heckschen*, NZG 2020, 761 (763).

<sup>199</sup> *Bundesregierung*, 2021, Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts, <https://bit.ly/3i0IE6q>, 25.7.2021, S. 151.

<sup>200</sup> *Deutscher Anwaltverein*, NZG 2020, 1133 (1134f.).

<sup>201</sup> *Deutscher Anwaltverein*, NZG 2020, 1133 (1135).

identifizierbar.<sup>202</sup> Ob nicht unter gewissen Umständen doch eine Löschungsmöglichkeit einzuräumen wäre, sollte vom Gesetzgeber in Erwägung gezogen werden.

Schlussendlich sollte noch dringend eine Ergänzung zur entsprechenden Anwendung des § 15 HGB in § 707a III BGB-RegE aufgenommen werden, damit sich die bezweckte Publizitätswirkung des Gesellschaftsregisters lückenlos entfalten kann. Da die Eintragung grundsätzlich freiwillig und nicht verpflichtend ist, handelt es sich bei sämtlichen Primärtatsachen (§ 707 II BGB-RegE) nicht um eintragungspflichtige, sondern lediglich um eintragungsfähige Tatsachen.<sup>203</sup> Folglich werden insbesondere § 15 I und III HGB nicht ausgelöst, da diese einzutragende Tatsachen voraussetzen.<sup>204</sup> Erst die Änderung einer Angabe würde demnach dazu führen, dass § 15 HGB Anwendung findet.<sup>205</sup> Eine Regelung, die die Publizitätswirkung auch auf Erstangaben erstreckt, ist daher zwingend zu ergänzen.

## E. Beschlussmängelrecht – Übernahme des aktienrechtlichen Modells

### I. Aktuelle Rechtslage

Die Willensbildung in der GbR erfolgt grundsätzlich durch Beschluss aller oder der jeweils zuständigen Gesellschafter:innen.<sup>206</sup> Die Grundlage für das Beschlussrecht bildet mangels weitergehender Vorschriften der § 709 BGB, der in Absatz I und II Grundsätze für das Zustandekommen von Gesellschafterbeschlüssen aufstellt.<sup>207</sup> Grundsätzlich sind sämtliche Gesellschafter:innen zur Stimmabgabe berechtigt, welches Stimmgewicht den einzelnen Gesellschaftern und Gesellschafterinnen zukommen soll können diese selbst im Gesellschaftsvertrag regeln, im Zweifel erhält jedoch jeder Gesellschafter bzw. jede Gesellschafterin dasselbe Stimmgewicht (§ 709 II BGB).<sup>208</sup> Eine Vertretung bei Stimmabgabe ist nur möglich, wenn der Gesellschaftsvertrag dies so ausdrücklich vorsieht oder die anderen Gesellschafter:innen dem zustimmen.<sup>209</sup> Ausnahmsweise kann ein:e Gesellschafter:in auch von der Stimmabgabe ausgeschlossen werden, wie beispielsweise durch § 712 oder § 715 BGB, wenn eine Maßnahme aus wichtigem Grund gegen ihn oder sie beschlossen werden soll.<sup>210</sup> In dem Fall soll der/die Gesellschafter:in nicht „Richter:in in eigener Sache“ spielen.<sup>211</sup>

Insgesamt wird die Materie jedoch kaum im Recht der GbR thematisiert, insbesondere fehlen Regelungen zur Gesellschafterversammlung, sowie für deren Zuständigkeiten und das zugehörige Verfahren.<sup>212</sup> Bei dem gesetzlichen Grundfall, der für einen Beschluss die Zustimmung aller Gesellschafter:innen erfordert (§ 709 I BGB), ist dies relativ unproblematisch.<sup>213</sup> Sobald jedoch, wie häufig in der Praxis vorkommend, die Gesellschafter:innen ein Mehrheitsmodell vereinbaren (§ 709 II BGB), stellt sich insbesondere bei dem Ausreichen von relativen Mehrheiten die Frage, wie man jedem Gesellschafter und jeder Gesellschafterin die Teilnahme an der Abstimmung ermöglichen kann.<sup>214</sup>

<sup>202</sup> *Deutscher Anwaltverein*, NZG 2020, 1133 (1135).

<sup>203</sup> *Geibel*, ZRP 2020, 137 (139).

<sup>204</sup> *Geibel*, ZRP 2020, 137 (139).

<sup>205</sup> *Geibel*, ZRP 2020, 137 (139).

<sup>206</sup> MüKo BGB/Schäfer, § 709 BGB Rn. 50; *Saenger*, Gesellschaftsrecht, S. 69.

<sup>207</sup> MüKo BGB/Schäfer, § 709 BGB Rn. 50.

<sup>208</sup> *Mock*, Gesellschaftsrecht, S. 60.

<sup>209</sup> *Mock*, Gesellschaftsrecht, S. 60; MüKo BGB/Schäfer, § 709 BGB Rn. 77.

<sup>210</sup> *Bitter/Heim*, Gesellschaftsrecht, 188 f.

<sup>211</sup> *Bitter/Heim*, Gesellschaftsrecht, S. 189.

<sup>212</sup> MüKo BGB/Schäfer, § 709 BGB Rn. 50.

<sup>213</sup> MüKo BGB/Schäfer, § 709 BGB Rn. 50.

<sup>214</sup> MüKo BGB/Schäfer, § 709 BGB Rn. 50.

Im Übrigen ist die uneingeschränkte Zulässigkeit von Mehrheitsklauseln stets umstritten.<sup>215</sup> In dem Zusammenhang wandte die Rechtsprechung<sup>216</sup> lange Zeit den Bestimmtheitsgrundsatz an, der dem Namen entsprechend eine gewisse Bestimmtheit der Klausel voraussetzte.<sup>217</sup> So musste der Gesellschaftsvertrag genau definieren, auf welche Beschlussgegenstände die Mehrheitsklausel anwendbar war.<sup>218</sup> Für allgemeine Mehrheitsklauseln bedeutete dies, dass höchstens Geschäftsführungsmaßnahmen oder gewöhnliche Beschlüsse abgedeckt waren, keinesfalls jedoch Grundlagengeschäfte.<sup>219</sup> So sollten die (Minderheits-)Gesellschafter:innen vor ungewollten Änderungen des Gesellschaftsvertrages geschützt werden.<sup>220</sup>

Dieses Konzept hat der BGH jedoch im weiteren Verlauf wieder aufgegeben.<sup>221</sup> Weiterhin sollen für die Auslegung von Mehrheitsklauseln ausschließlich die allgemeinen Auslegungsregeln herangezogen werden.<sup>222</sup> Dadurch könnte eine allgemeine (Global-)Mehrheitsklausel auch für zum Beispiel Grundlagengeschäfte gelten, solange keinerlei Platz für Ausnahmen und Zweifel gelassen wurde.<sup>223</sup>

Trotz formeller Legitimation kann ein Mehrheitsbeschluss dennoch materiell rechtlich unwirksam sein.<sup>224</sup> Durch die generelle Zulassung von Änderungen am Gesellschaftsvertrag durch Mehrheitsbeschlüsse sind insbesondere Minderheitsgesellschafter:innen im Nachteil. Sie sind damit noch schutzloser als Minderheitsgesellschafter:innen im Recht der Kapitalgesellschaften, welches zwingend eine Dreiviertelmehrheit für Vertragsänderungen vorsieht (§ 53 II GmbHG, §179 II AktG).<sup>225</sup> Schutz wird den Minderheitsgesellschaftern und Minderheitsgesellschafterinnen jedoch durch die Treuepflichten, den Grundsatz der Gleichbehandlung und die sogenannte Kernbereichslehre gewährleistet.<sup>226</sup>

Ist ein Gesellschaftsbeschluss aufgrund eines Verfahrensverstößes, oder wegen seines Inhalts fehlerhaft, führt dies nach herrschender Meinung *ipso iure* zu seiner Nichtigkeit beziehungsweise Unwirksamkeit.<sup>227</sup> Im Gegensatz zum Aktienrecht kennt das Personengesellschaftsrecht keine Unterscheidung zwischen nichtigen und anfechtbaren Beschlüssen<sup>228</sup>, eine analoge Anwendung des Aktienrechts kommt bislang nicht in Betracht.<sup>229</sup> Formelle Fehler führen allerdings nur zur Unwirksamkeit des Beschlusses, wenn sie kausal für das Abstimmungsergebnis waren.<sup>230</sup> Besteht kein Zusammenhang ist der Beschluss wirksam.<sup>231</sup>

Möchte ein:e Gesellschafter:in gegen den fehlerhaften Beschluss vorgehen, ist das Mittel zum Zweck die Erhebung einer auf die Unwirksamkeit des Beschlusses gerichtete Feststellungsklage nach § 256 I ZPO.<sup>232</sup> Eine Klagefrist gibt es nicht.<sup>233</sup> Die Klage ist gegen die

<sup>215</sup> Bitter/Heim, Gesellschaftsrecht, S. 190; Mock, Gesellschaftsrecht, S. 60

<sup>216</sup> BGH, Urteil vom 15.06.1987, II ZR 261/86 (Bremen), NJW 1988, 411 (412).

<sup>217</sup> Bitter/Heim, Gesellschaftsrecht, S. 190; Mock, Gesellschaftsrecht, S. 60

<sup>218</sup> Mock, Gesellschaftsrecht, S. 60.

<sup>219</sup> Bitter/Heim, Gesellschaftsrecht, S. 190; Mock, Gesellschaftsrecht, S. 60

<sup>220</sup> Mock, Gesellschaftsrecht, S. 60.

<sup>221</sup> BGH, Urteil vom 15.11.2011, II ZR 266/09 (KG), NZG 2012, 393 (394); BGH, Urteil vom 21.10.2014, II ZR 84/13, NJW 2015, 859 (859).

<sup>222</sup> Schäfer, Gesellschaftsrecht, 53 f.

<sup>223</sup> Bitter/Heim, Gesellschaftsrecht, S. 190.

<sup>224</sup> Bitter/Heim, Gesellschaftsrecht, S. 191.

<sup>225</sup> Schäfer, Gesellschaftsrecht, S. 54.

<sup>226</sup> Bitter/Heim, Gesellschaftsrecht, S. 191; Ausführlich zum Schutz der Minderheitsgesellschafter:innen:

Schäfer, Gesellschaftsrecht, S. 54–57.

<sup>227</sup> Schäfer, Gesellschaftsrecht, S. 57.

<sup>228</sup> Saenger, Gesellschaftsrecht, S. 73.

<sup>229</sup> Schäfer, Gesellschaftsrecht, S. 57.

<sup>230</sup> Bitter/Heim, Gesellschaftsrecht, S. 194.

<sup>231</sup> Bitter/Heim, Gesellschaftsrecht, S. 194.

<sup>232</sup> Schäfer, Gesellschaftsrecht, S. 57.

<sup>233</sup> Otte-Gräbener, BB 2020, 1295 (1297).

Mitgesellschafter:innen zu richten, sofern nicht der Gesellschaftsvertrag bestimmt, dass der Streit mit der Gesellschaft auszutragen ist.<sup>234</sup>

## **II. Änderungen nach dem Mauracher Entwurf**

### **1. Beschlussfassung**

Neu in § 714 BGB-E finden sich eigene Regelungen zur Beschlussfassung in der GbR. Nach Satz 1 soll im Grundsatz weiterhin die Zustimmung aller stimmberechtigten Mitglieder für einen Gesellschafterbeschluss erforderlich sein. Zudem stellt Satz 2 klar, dass Mehrheitsbeschlüsse können durch den Gesellschaftsvertrag uneingeschränkt zulässig sein<sup>235</sup>, im Zweifel auch, wenn es sich um Grundlagengeschäfte wie eine Vertragsänderung handelt. Im Ergebnis wird damit die Aufgabe des Bestimmtheitsgrundsatzes manifestiert.<sup>236</sup> Jedoch geht die Vorschrift sogar über die bisherige Rechtsprechung hinaus, da sie als Zweifelsregelung formuliert ist. Bisher kamen nur die Regelungen der allgemeinen Auslegung zur Anwendung, eine Zweifelsregelung gab es bislang nicht.<sup>237</sup> Ist im Gesellschaftsvertrag nichts Entgegenstehendes geregelt, genügt für einen Beschluss eine einfache Stimmenmehrheit.<sup>238</sup> Die Stimmkraft der Gesellschafter:innen bestimmt sich dabei nach dem Verhältnis der vereinbarten Werte der Beiträge, insofern keine Vereinbarung eines anderen Beteiligungsverhältnisses getroffen wurde (§ 709 III 1 BGB-E). Sind keine Werte vereinbart, bestimmt sich die Stimmkraft nach Köpfen der Gesellschafter:innen (§ 709 III 2 BGB-E).

Durch die gesetzlich uneingeschränkte Anerkennung von Mehrheitsklauseln geht die Kommission des Mauracher Entwurfs davon aus, dass zukünftig vermehrt Mehrheits-/ Minderheitskonflikte aufkommen werden und dass schlussendlich eine Verlagerung des Minderheitenschutzes auf die Ebene der materiellen Beschlusskontrolle erfolgen wird.<sup>239</sup> Darüber hinaus schweigt der Mauracher Entwurf weiterhin zum Beschlussverfahren und zum Zustandekommen eines Beschlusses.<sup>240</sup>

### **2. Beschlussmängel**

In den §§ 714a ff. BGB-E werden erstmals die Folgen von Beschlussmängeln geregelt. Über die Verweisungen in § 105 II, §161 II HGB-E und § 1 IV PartGG-E finden sie nicht nur auf die GbR, sondern auch auf die Personenhandelsgesellschaften und die Partnerschaftsgesellschaft Anwendung.<sup>241</sup>

#### **a) Anfechtbarkeit und Nichtigkeit**

Das neue Beschlussmängelrecht der GbR richtet sich nach dem sogenannten Anfechtungsmodell.<sup>242</sup> Vorbild für dieses System bildet das Recht der Aktiengesellschaft, welches in den §§ 241- 249 AktG zwischen Mängeln, aus denen per se die Nichtigkeit des Hauptversammlungsbeschlusses folgt und mangelbehafteten Beschlüssen unterscheidet, die erst

<sup>234</sup> BGH, Urteil vom 16.10.2012, II ZR 251/10 (KG), NZG 2013, 57 (58).

<sup>235</sup> Bundesministerium für Justiz und Verbraucherschutz, 2020, Mauracher Entwurf, Für eine Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts, <https://bit.ly/2TBfEay>, 17.5.2021, S. 88.

<sup>236</sup> Bundesministerium für Justiz und Verbraucherschutz, 2020, Mauracher Entwurf, Für eine Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts, <https://bit.ly/2TBfEay>, 17.5.2021, S. 89; Noack, NZG 2020, 581 (583).

<sup>237</sup> Drescher, ZGR-Sonderheft 23 2020, 115-136 (119).

<sup>238</sup> Bundesministerium für Justiz und Verbraucherschutz, 2020, Mauracher Entwurf, Für eine Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts, <https://bit.ly/2TBfEay>, 17.5.2021, S. 89.

<sup>239</sup> Bundesministerium für Justiz und Verbraucherschutz, 2020, Mauracher Entwurf, Für eine Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts, <https://bit.ly/2TBfEay>, 17.5.2021, S. 89.

<sup>240</sup> Bundesministerium für Justiz und Verbraucherschutz, 2020, Mauracher Entwurf, Für eine Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts, <https://bit.ly/2TBfEay>, 17.5.2021, S. 89.

<sup>241</sup> Bundesministerium für Justiz und Verbraucherschutz, 2020, Mauracher Entwurf, Für eine Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts, <https://bit.ly/2TBfEay>, 17.5.2021, S. 90.

<sup>242</sup> Bundesministerium für Justiz und Verbraucherschutz, 2020, Mauracher Entwurf, Für eine Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts, <https://bit.ly/2TBfEay>, 17.5.2021, S. 90.

durch eine befristete Anfechtungsklage gegen die Aktiengesellschaft vernichtet werden können.<sup>243</sup> Zukünftig soll folglich zwischen nichtigen und anfechtbaren Beschlüssen differenziert werden. Bereits der 71. Deutsche Juristentag hatte ein Beschlussmängelrecht, dass sich am aktienrechtlichen Modell orientiert, befürwortet.<sup>244</sup>

Gemäß § 714a I BGB-E<sup>245</sup> ist für den Fall, dass ein Beschluss das Gesetz oder den Gesellschaftsvertrag verletzt die Anfechtungsklage vorgesehen. Dagegen ist ein Gesellschafterbeschluss von Anfang an nichtig, wenn er durch seinen Inhalt Rechtsvorschriften verletzt, auf deren Einhaltung nicht verzichtet werden kann (§ 714a II Nr. 1 BGB-E), oder wenn er auf Anfechtungsklage durch Urteil rechtskräftig für nichtig erklärt worden ist (§ 714a II Nr. 2 BGB-E<sup>246</sup>). Zu den zwingenden Rechten nach § 714a II Nr. 1 BGB-E gehören Vorschriften, die die schutzwürdigen Belange der Gesellschaftsgläubiger:innen oder den unverzichtbaren Kernbereich der Mitgliedschaft jedes Gesellschafters/ jeder Gesellschafterin tangieren.<sup>247</sup> Letzteres gilt für absolut unentziehbare Rechte wie zum Beispiel das Informations-, Kontroll- und Kündigungsrecht, das Recht zur Teilnahme an Gesellschafterversammlungen einschließlich Rede- und Antragsrecht sowie für das Klagerecht gegen fehlerhafte Gesellschafterbeschlüsse.<sup>248</sup> Davon zu unterscheiden sind die relativ unentziehbaren Rechte, zum Beispiel Sonderrechte der Gesellschafter:innen, in die nicht ohne Zustimmung des betroffenen Gesellschafters/ der betroffenen Gesellschafterin eingegriffen werden darf.<sup>249</sup> Liegt ein Eingriff vor, so ist der getroffene Beschluss weder nichtig noch anfechtbar, sondern gilt als unwirksam. Der betroffene Gesellschafter oder die betroffene Gesellschafterin kann in diesem Fall dem Beschluss noch nachträglich zustimmen.<sup>250</sup> Näher wird die Kategorie der Beschlussunwirksamkeit jedoch nicht erläutert. Anfechtbarkeit und Nichtigkeit schließen sich gegenseitig aus.<sup>251</sup>

Im Gegensatz zum Aktienrecht (§ 242 AktG), ist ein nichtiger Beschluss nicht durch Ablauf einer Frist nach Registereintragung heilbar, da Gesellschafterbeschlüsse der Personengesellschaften nicht in die jeweiligen Register einzutragen sind.<sup>252</sup> Verfahrensmängel sollen laut des Mauracher Entwurfs lediglich die Anfechtbarkeit des Beschlusses zur Folge haben<sup>253</sup>, ähnlich sollte es sich bei Verletzungen der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht oder des Gleichbehandlungsgrundsatzes verhalten.<sup>254</sup>

Im Übrigen können sich die Gesellschafter:innen im Rahmen ihrer Gestaltungsfreiheit nach § 708 BGB-E weiterhin für die Anwendung des bisher geltenden Feststellungsmodell entscheiden.<sup>255</sup> Bleibt es bei dem neuen gesetzlichen Regelfall, so verdrängen Anfechtungs-

---

<sup>243</sup> Bundesministerium für Justiz und Verbraucherschutz, 2020, Mauracher Entwurf, Für eine Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts, <https://bit.ly/2TBfEay>, 17.5.2021, S. 90.

<sup>244</sup> Ständige Deputation des Deutschen Juristentags, Verhandlungen des 71. Deutschen Juristentages Band II/2 Sitzungsberichte (Diskussion und Beschlussfassung), S. O222.

<sup>245</sup> Entspricht § 243 I AktG

<sup>246</sup> Entspricht § 241 Nr. 5 AktG

<sup>247</sup> Bundesregierung, 2021, Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts, <https://bit.ly/3i0IE6q>, 25.7.2021, S. 270.

<sup>248</sup> Bundesregierung, 2021, Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts, <https://bit.ly/3i0IE6q>, 25.7.2021, S. 271.

<sup>249</sup> Bundesregierung, 2021, Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts, <https://bit.ly/3i0IE6q>, 25.7.2021, S. 271.

<sup>250</sup> Bundesregierung, 2021, Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts, <https://bit.ly/3i0IE6q>, 25.7.2021, S. 271.

<sup>251</sup> Fleischer, BB 2021, 386 (389).

<sup>252</sup> Heckschen, NZG 2020, 761 (764).

<sup>253</sup> Bundesministerium für Justiz und Verbraucherschutz, 2020, Mauracher Entwurf, Für eine Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts, <https://bit.ly/2TBfEay>, 17.5.2021, S. 91 f.

<sup>254</sup> Fleischer, BB 2021, 386 (389).

<sup>255</sup> Bundesministerium für Justiz und Verbraucherschutz, 2020, Mauracher Entwurf, Für eine Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts, <https://bit.ly/2TBfEay>, 17.5.2021, S. 91.

und Nichtigkeitsklage die Feststellungsklage nur innerhalb ihres Anwendungsbereiches.<sup>256</sup> Ist beispielsweise zweifelhaft, ob ein gewisses Beschlussergebnis überhaupt vorliegt, kommt somit weiterhin eine einfache Feststellungsklage in Betracht.<sup>257</sup>

## **b) Anfechtungsklage**

Möchte ein:e Gesellschafter:in nun die Fehlerhaftigkeit eines Beschlusses rügen, so sieht der Mauracher Entwurf vor, dass die Anfechtungsklage innerhalb von drei Monaten nach Bekanntgabe des Beschlusses gegenüber dem Gesellschafter oder der Gesellschafterin beziehungsweise nach seiner/ ihrer (anderweitigen) Kenntnisnahme zu erheben ist (§ 714c I 1, II 1. Hs. BGB-E). Wird ein:e Gesellschafter:in aus wichtigem Grund durch den Beschluss ausgeschlossen, kommt es lediglich auf den Zeitpunkt der Mitteilung an (§ 714c II 2. Hs. BGB-E). Für die Dauer von Vergleichsverhandlungen über die Wirksamkeit des Beschlusses zwischen dem/der anfechtungsbefugten Gesellschafter:in und der Gesellschaft wird die Klagefrist gehemmt (§ 714c III BGB-E). Das Aktienrecht fordert dagegen die Klageerhebung innerhalb eines Monats nach Beschlussfassung (§ 246 I AktG). Die gesetzliche Klagefrist im Personengesellschaftsrecht ist im Vergleich also deutlich länger<sup>258</sup>, jedoch kann sie durch eine Vereinbarung im Gesellschaftsvertrag auf bis zu einen Monat verkürzt werden (§ 714c I 2 BGB-E).

Erfolgt keine Klageerhebung, so gilt der Beschluss nach Fristablauf als endgültig wirksam, eine spätere Geltendmachung kommt nicht in Betracht.<sup>259</sup> Die Klage ist spätestens ausgeschlossen, wenn seit der Beschlussfassung zwei Jahre vergangen sind, die Vereinbarung einer kürzeren Frist ist unwirksam (§ 714c IV BGB-E). Anfechtungsbefugt ist jede:r Gesellschafter:in, der/die zum Zeitpunkt der Beschlussfassung der Gesellschaft angehört (§ 714b I BGB-E), ein späterer Verlust der Mitgliedschaft hat keine Auswirkung auf die Anfechtungsbefugnis, solange der/die Kläger:in ein berechtigtes Interesse an der Führung des Rechtsstreites hat (§ 714b II BGB-E). Dies wäre denkbar, wenn ein:e Gesellschafter:in durch den Beschluss aus der Gesellschaft ausgeschlossen wird.<sup>260</sup> Die Regelung ist im Vergleich zum Aktienrecht deutlich weiter gefasst, denn dort muss im Zeitpunkt der Klageerhebung die Mitgliedschaft noch fortbestehen.<sup>261</sup>

Das zuständige Gericht für die Anfechtungsklage soll gemäß § 714d I BGB-E ausschließlich das Landgericht, in dessen Bezirk die Gesellschaft ihren Sitz hat, sein. Die Klage ist gegen die Gesellschaft selbst zu richten. Ist der Kläger der einzige Vertreter bzw. die Klägerin die einzige Vertreterin der Gesellschaft, so wird diese im Prozess von den übrigen Gesellschaftern und Gesellschafterinnen gemeinsam vertreten (§ 714d II BGB-E). Wurde eine Klage erhoben, so muss die Gesellschaft die nicht am Rechtsstreit beteiligten Gesellschafter:innen unverzüglich über die Klageerhebung und die Lage des Rechtsstreites unterrichten und dies dem Gericht anzeigen (§ 714d III BGB-E). Erklärt das Urteil den Gesellschafterbeschluss für nichtig, so wirkt das Urteil gegen sämtliche Gesellschafter:innen (*inter omnes* Wirkung<sup>262</sup>, § 714d VI BGB-E<sup>263</sup>).

<sup>256</sup> Bundesministerium für Justiz und Verbraucherschutz, 2020, Mauracher Entwurf, Für eine Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts, <https://bit.ly/2TBfEay>, 17.5.2021, S. 91.

<sup>257</sup> Bundesministerium für Justiz und Verbraucherschutz, 2020, Mauracher Entwurf, Für eine Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts, <https://bit.ly/2TBfEay>, 17.5.2021, S. 91.

<sup>258</sup> Heckschen/Nolting, BB 2020, 2256 (2258).

<sup>259</sup> Heckschen/Nolting, BB 2020, 2256 (2258).

<sup>260</sup> Heckschen/Nolting, BB 2020, 2256 (2258).

<sup>261</sup> Fleischer, BB 2021, 386 (389).

<sup>262</sup> Träger/Happ, NZG 2021, 133 (136).

<sup>263</sup> Entspricht § 248 I 1 AktG

### c) Nichtigkeitsklage

Für die Nichtigkeitsklage finden nach § 714e BGB-E die Vorschriften über die Anfechtungsklage (§ 714b und § 714d BGB-E) mit Ausnahme der Klagefrist (§ 714c BGB-E) entsprechende Anwendung. Die Nichtigkeitsklage ist folglich im Gegensatz zur Anfechtungsklage nicht fristgebunden.<sup>264</sup> Ein Nichtigkeitsgrund kann demnach jederzeit geltend gemacht werden.<sup>265</sup> Mehrere Nichtigkeits- und Anfechtungsklagen sind gemäß § 714e 2 BGB-E zur gemeinsamen Verhandlung und Entscheidung zu verbinden.

§ 714a II 2 BGB-E stellt ergänzend klar, dass die Nichtigkeit auch auf andere Weise als durch Klage auf Feststellung der Nichtigkeit des Gesellschafterbeschlusses geltend gemacht werden kann, zum Beispiel im Rahmen einer Einrede, also durch Rechtsverteidigung gegen eine auf den nichtigen Beschluss gestützte Klage.<sup>266</sup>

### III. Standortverlegung ins Handelsgesetzbuch – Änderungen nach dem Regierungsentwurf

Eine der größten Veränderungen zwischen dem Mauracher und dem Referenten- bzw. Regierungsentwurf findet sich im Beschlussmängelrecht, denn dieses zieht vollständig vom Recht der GbR im BGB ins Handelsgesetzbuch um. Folglich soll es auch zukünftig für die GbR beim Feststellungsmodell bleiben, fehlerhafte Beschlüsse sind demnach nichtig bzw. unwirksam (siehe *Kapitel E.I.*).

In den § 109-115 HGB-RegE findet sich nun das neue Beschlussmängelrecht der OHG, welches über § 161 II HGB-RegE entsprechende Anwendung auf die KG findet. In den größten Teilen entsprechen die neuen Vorschriften dem, was zuvor in den §§ 714-714e BGB-E geregelt war, jedoch wurden im Zuge der Standortverlegung auch Ergänzungen und Änderungen vorgenommen.

Zunächst wird die Beschlussfassung ausführlicher geregelt als noch im Mauracher Entwurf (§ 109 HGB-RegE, § 714 BGB-E). § 109 HGB-RegE statuiert, dass die Beschlüsse der Gesellschafter:innen in Versammlungen gefasst werden (Absatz I), die durch jede:n Gesellschafter:in einberufen werden können (Absatz II Satz 1). Die Einberufung erfolgt durch formlose Einladung unter Ankündigung des Zwecks der Versammlung in angemessener Frist (§ 109 II 2 HGB-RegE). Dazu gehört die Angabe einer Tagesordnung, deren Detaillierungsgrad vom Beschlussgegenstand abhängt.<sup>267</sup> Die Frist muss ausreichend zur Vorbereitung der Versammlung sein, sodass die Fristlänge ebenfalls je nach Beschlussgegenstand variieren kann.<sup>268</sup>

Eine Versammlung liegt vor, wenn mehrere Personen zu einem bestimmten Zweck zusammenkommen, an welchem Ort das Treffen stattfindet spielt jedoch keine Rolle.<sup>269</sup> Daher können Beschlüsse nicht nur in Präsenzveranstaltungen, sondern auch in virtuellen Versammlungen, beispielsweise in Videokonferenzen, gefasst werden.<sup>270</sup> Die Gesellschafter:innen können jedoch auch eine vereinfachte Form der Beschlussfassung vereinbaren,

<sup>264</sup> Schulze/Schlütter-Lückel, jurisPR-HaGesR 2020 (4).

<sup>265</sup> Heckschen/Nolting, BB 2020, 2256 (2259).

<sup>266</sup> Bundesministerium für Justiz und Verbraucherschutz, 2020, Mauracher Entwurf, Für eine Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts, <https://bit.ly/2TBfEay>, 17.5.2021, S. 93.

<sup>267</sup> Bundesregierung, 2021, Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts, <https://bit.ly/3i0IE6q>, 25.7.2021, S. 266.

<sup>268</sup> Bundesregierung, 2021, Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts, <https://bit.ly/3i0IE6q>, 25.7.2021, S. 266.

<sup>269</sup> Bundesregierung, 2021, Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts, <https://bit.ly/3i0IE6q>, 25.7.2021, S. 266.

<sup>270</sup> Bundesregierung, 2021, Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts, <https://bit.ly/3i0IE6q>, 25.7.2021, S. 266.

zum Beispiel ein Umlaufverfahren auf schriftlichem Weg.<sup>271</sup> Das Zustandekommen eines Beschlusses bleibt weiterhin ungeregelt.<sup>272</sup>

Darüber hinaus wurde die Zweifelsregelung aus § 714 2 BGB-E wieder gestrichen, die statuierte, dass sich Mehrheitsklauseln im Zweifel auch auf Änderungen des Gesellschaftsvertrages erstrecken. Daher bleibt es weiterhin in Einklang mit der bisherigen Judikatur eine Auslegungsfrage, welche Beschlussgegenstände von der Mehrheitsklausel abgedeckt werden und ob auch Änderungen des Gesellschaftsvertrages inbegriffen sind.<sup>273</sup> Stattdessen wird nun eine Regelung zur Beschlussfähigkeit bei Mehrheitsklauseln ins Gesetz integriert, welche die Gesellschafterversammlung für beschlussfähig erklärt, insofern die anwesenden Gesellschafter:innen ohne Rücksicht auf ihre Stimmberechtigung, die für die Beschlussfassung erforderlichen Stimmen vorweisen (§ 109 IV BGB-RegE). Durch die Regelung wird bestätigt, dass sämtliche Gesellschafter:innen unabhängig von ihrer Stimmberechtigung an den Versammlungen teilnehmen können.<sup>274</sup>

Bezüglich der Anfechtungsbefugnis wird ergänzt, dass ein:e Gesellschafter:in auch dann anfechtungsbefugt ist, wenn sein oder ihr Rechtsvorgänger bzw. seine oder ihre Rechtsvorgängerin im Zeitpunkt der Beschlussfassung der Gesellschaft angehörte (§ 111 I HGB-RegE). Darüber hinaus soll die Klagefrist nur noch mit Bekanntgabe des Beschlusses gegenüber dem/der anfechtungsbefugten Gesellschafter:in beginnen (§ 112 II HGB-RegE). Ein Fristbeginn durch „anderweitige Kenntnis“, wie es noch im Mauracher Entwurf geregelt war (§ 714c II BGB-E), ist folglich nicht mehr vorgesehen. Somit müssen die Gesellschafter:innen (weiterhin) eigenständig für ein geregeltes Beschlussverfahren und eine ordentliche Dokumentation sorgen.<sup>275</sup> § 714c IV BGB-E zum Ausschluss der Klage zwei Jahre nach Beschlussfassung wurde ersatzlos gestrichen, sodass zukünftig Anfechtungsmängel grundsätzlich zeitlich unbeschränkt geltend gemacht werden können, solange die Klagefrist eingehalten wird.<sup>276</sup> Bei Extremfällen ist jedoch eine Korrektur über § 242 BGB denkbar.<sup>277</sup>

Neu im Entwurf findet sich § 115 HGB-RegE, der eine Verbindung von Anfechtungs- und Feststellungsklage vorsieht. Wendet sich folglich ein Gesellschafter oder eine Gesellschafterin gegen einen Beschluss, mit dem ein Beschlussvorschlag abgelehnt wurde, kann er oder sie seinen bzw. ihren Antrag auf Nichtigerklärung des ablehnenden Beschlusses mit dem Antrag verbinden, dass ein Beschluss festgestellt wird, der bei Annahme des Beschlussvorschlages rechtmäßig gefasst worden wäre (§ 115 1 HGB-RegE). Dabei finden gemäß § 115 2 HGB-RegE auf die Feststellungsklage die Vorschriften zur Anfechtungsklage entsprechende Anwendung.

Eine praktische Relevanz kann hierfür vorliegen, wenn ein Beschluss durch eine:n Versammlungsleiter:in förmlich festgestellt wird, mit dem ein Beschlussvorschlag zum Beispiel wegen eines Zählfehlers fälschlicherweise abgelehnt wird.<sup>278</sup> Ist jedoch streitig, ob und mit welchem Ergebnis ein Beschluss gefasst wurde, kommt nur die allgemeine Feststellungsklage nach § 256 I ZPO in Betracht.<sup>279</sup>

<sup>271</sup> Bundesregierung, 2021, Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts, <https://bit.ly/3i0IE6q>, 25.7.2021, S. 266.

<sup>272</sup> Bundesregierung, 2021, Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts, <https://bit.ly/3i0IE6q>, 25.7.2021, S. 266.

<sup>273</sup> Wicke, MittBayNot 2021, 103 (106).

<sup>274</sup> Bundesregierung, 2021, Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts, <https://bit.ly/3i0IE6q>, 25.7.2021, S. 267f. .

<sup>275</sup> Storz, GWR 2021, 5 (6f.).

<sup>276</sup> Tröger/Happ, NZG 2021, 133 (136).

<sup>277</sup> Tröger/Happ, NZG 2021, 133 (136).

<sup>278</sup> Bundesregierung, 2021, Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts, <https://bit.ly/3i0IE6q>, 25.7.2021, S. 278.

<sup>279</sup> Bundesregierung, 2021, Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts, <https://bit.ly/3i0IE6q>, 25.7.2021, S. 279; Fleischer, BB 2021, 386 (390).

#### IV. Bewertung

In der Literatur herrscht Uneinigkeit über die Notwendigkeit eines für die Personengesellschaft kodifizierten Beschlussmängelrechts in Form des aktienrechtlichen Anfechtungsmodells.<sup>280</sup> Im Verlauf der Entwicklung des MoPeG schwenkte der Gesetzgeber selbst um, sodass das besagte Anfechtungsmodell nun nur noch für die Personenhandelsgesellschaften, statt für alle Personengesellschaften, einschließlich GbR und PartG, zur Anwendung kommen soll. Der 71. Deutsche Juristentag hatte sich dagegen mit großer Mehrheit für die Einführung des aktienrechtlichen Anfechtungsmodells für alle rechtsfähigen Personengesellschaften ausgesprochen.<sup>281</sup>

Die Einführung der Klagefrist soll vor allem Rechtssicherheit schaffen<sup>282</sup>, da nach Ablauf der Frist keine Klageerhebung mehr erwartet werden muss und demnach auf die Wirksamkeit des (zunächst anfechtbaren) Beschlusses vertraut werden kann. Dies ist bei der unbefristeten Feststellungsklage nicht der Fall. Positiv zu bewerten ist, dass die Anfechtungsfrist für die Personengesellschaften mit drei Monaten (§ 714c I BGB-E, § 112 I HGB-RegE) deutlich länger ist als die einmonatige Frist im Aktienrecht (§ 246 I AktG). Grund hierfür ist die hohe Anzahl an Aktionären und Aktionärinnen, denn für die Aktiengesellschaft ist somit das Risiko einer Klage kaum überschaubar. Die schnelle Erlangung von Rechtssicherheit ist insbesondere im Hinblick auf die Größe des Unternehmens äußerst wichtig. Zudem ist es für die Aktionäre und Aktionärinnen aufgrund der Dokumentation der Beschlüsse (§ 130 AktG) müheloser gegen diese vorzugehen, da der Beschlussinhalt klar niedergeschrieben ist.<sup>283</sup> Für die Gesellschafter:innen der Personengesellschaften gestaltet sich dies deutlich schwerer, da die Beschlussfassung auch noch im Regierungsentwurf eher rudimentär geregelt wird (§ 109 HGB-RegE).

Darüber hinaus begünstigen die lange Frist, sowie die Hemmung der Klagefrist für Vergleichsverhandlungen (§ 112 III HGB-E) die außergerichtliche Klärung der Streitigkeiten, was zu einer Entlastung der Gerichte beitragen kann. Erfreulich ist zudem, dass der Zeitpunkt einer „anderweitigen Kenntniserlangung“ als möglicher Fristbeginn (§ 714c II 1. Hs. BGB-E) wieder aus dem Entwurf gestrichen wurde. Der Begriff ist undefiniert und somit wäre nicht eindeutig wie die besagte Kenntnis ausgestaltet sein müsste sowie welche Handlungen oder Informationen zu ihrer Erlangung ausreichen würden. Ein konkreter Zeitpunkt wäre zudem kaum zu bestimmen.<sup>284</sup> Eine präzise Unterrichtung der Gesellschafter:innen über die gefassten Beschlüsse sollte den Gesellschaften zudem zugemutet werden können.<sup>285</sup>

Zu begrüßen ist, dass im Vergleich zum Mauracher Entwurf die Vorschrift zur Beschlussfassung ergänzt worden ist. Der Mauracher Entwurf hatte noch davon abgesehen das Beschlussverfahren und das Zustandekommen eines Beschlusses weiter auszuführen, da sich die Vielzahl verschiedener Fallkonstellationen nicht angemessen in einer abstrakt-generellen Regelung abbilden ließe.<sup>286</sup> Wie der Gesetzgeber jedoch im späteren Verlauf richtigerweise erkannte, benötigt es dafür, dass das Anfechtungsmodell nicht ins Leere läuft, einen

<sup>280</sup> Hierzu kritisch: *Bachmann*, NZG 2020, 612 (613); *Drescher*, ZGR-Sonderheft 23 2020, 115-136 (135); Hierzu befürwortend: *Noack*, NZG 2020, 581 (583); *Otte-Gräbener*, BB 2020, 1295 (1297); *Tröger/Happ*, NZG 2021, 133 (140).

<sup>281</sup> *Ständige Deputation des Deutschen Juristentags*, Verhandlungen des 71. Deutschen Juristentages Band II/2 Sitzungsberichte (Diskussion und Beschlussfassung), S. O222.

<sup>282</sup> *Noack*, NZG 2020, 581 (583); *Otte-Gräbener*, BB 2020, 1295 (1297).

<sup>283</sup> *Heckschen/Nolting*, BB 2020, 2256 (2258).

<sup>284</sup> *Heckschen/Nolting*, BB 2020, 2256 (2258).

<sup>285</sup> *Heckschen/Nolting*, BB 2020, 2256 (2258).

<sup>286</sup> *Bundesministerium für Justiz und Verbraucherschutz*, 2020, Mauracher Entwurf, Für eine Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts, <https://bit.ly/2TBfEay>, 17.5.2021, S. 89.

gewissen Formalisierungsgrad der Beschlussfassung bzw. des Beschlussverfahrens.<sup>287</sup> Ohne jegliche Regelung, würden häufig bereits das Zustandekommen, als auch der Inhalt des Beschlusses in Frage gestellt werden.<sup>288</sup> Somit käme statt der Anfechtungsklage weiterhin die Feststellungsklage zur Anwendung.<sup>289</sup> Zwar wurden neue Regelungen zum Beschlussverfahren eingeführt, zum Zustandekommen eines Beschlusses schweigt der Gesetzgeber jedoch nach wie vor.

Entgegen der Ansicht des Gesetzgebers ist das Problem damit jedoch nicht vollständig gelöst. Vielmehr sollte im Sinne der Rechtssicherheit eine Vorschrift in den Entwurf übernommen werden, die die Gesellschafter:innen dazu anhält die Beschlussergebnisse zum Beispiel schriftlich festzuhalten und zu dokumentieren, ähnlich wie es in § 130 AktG für die Aktiengesellschaft vorgesehen ist.<sup>290</sup> Diese Niederschrift könnte für die Fixierung des Beschlussinhaltes im Rahmen einer Anfechtungsklage als ausreichend bestimmt werden, wodurch eine förmliche Beschlussfeststellung durch eine:n Versammlungsleiter:in oder Notar nicht erforderlich wäre.<sup>291</sup>

Laut dem Gesetzgeber setzt die Formalisierung der Beschlussfassung eine gewisse Professionalität der Gesellschaft voraus, welche lediglich bei den Personengesellschaften zu finden sei.<sup>292</sup> Der Entwurf zeigt sich in seinen Argumentationen jedoch teilweise widersprüchlich. So gibt er an, dass das Anfechtungsmodell auf dem Mehrheits-Minderheits-Konflikt basiert, sodass es grundsätzlich nicht von der Rechtsform der Personengesellschaft abhängig gemacht werden kann.<sup>293</sup> Die vermutete Häufung von Klagen durch die zunehmende Ausbreitung von Mehrheitsklauseln in den Gesellschaftsverträgen<sup>294</sup> würde im Übrigen ebenso sämtliche Formen der Personengesellschaft betreffen. Zudem wird ergänzt, dass die institutionellen Voraussetzungen des Anfechtungsmodells für alle rechtsfähigen Personengesellschaften gleichermaßen vorliegen.<sup>295</sup>

Grundsätzlich mag das Anfechtungsmodell für die Innen-GbR bzw. für eine Gelegenheitsgesellschaft aufgrund der einhergehenden Formalia überzogen wirken oder schlichtweg nicht notwendig sein, für nicht rechtsfähige Gesellschaften war die Anwendung des Anfechtungsmodells jedoch ohnehin nie vorgesehen.<sup>296</sup> Dennoch, insbesondere durch den Leitbildwandel der GbR zur auf Dauer angelegten, rechtsfähigen und im gewissen Maße auch professionelleren Gesellschaft, den der Gesetzgeber mit dem MoPeG anstrebt<sup>297</sup>, würde eine Statuierung des Beschlussmängelrechts im Recht der GbR durchaus Konsequenz zeigen. Schließlich soll sie die Grundform der Personengesellschaften bilden. Ob das Betreiben eines Handelsgewerbes zudem grundsätzlich eine Professionalität begründet, ist darüber hinaus fraglich. Der Gesetzgeber hat es gerade in der Hand durch gesetzliche Regelungen

<sup>287</sup> Bundesministerium für Justiz und Verbraucherschutz, 2020, Referentenentwurf, Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts, <https://bit.ly/2SChGqQ>, 17.5.2021, S. 127.

<sup>288</sup> Bochmann, BLJ 2020, 71 (78).

<sup>289</sup> Bochmann, BLJ 2020, 71 (78).

<sup>290</sup> Heckschen/Nolting, BB 2020, 2256 (2258).

<sup>291</sup> Lieder, ZRP 2021, 34 (35).

<sup>292</sup> Bundesministerium für Justiz und Verbraucherschutz, 2020, Referentenentwurf, Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts, <https://bit.ly/2SChGqQ>, 17.5.2021, S. 127.

<sup>293</sup> Bundesministerium für Justiz und Verbraucherschutz, 2020, Referentenentwurf, Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts, <https://bit.ly/2SChGqQ>, 17.5.2021, S. 127.

<sup>294</sup> Bundesministerium für Justiz und Verbraucherschutz, 2020, Mauracher Entwurf, Für eine Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts, <https://bit.ly/2TBfEay>, 17.5.2021, S. 89.

<sup>295</sup> Bundesministerium für Justiz und Verbraucherschutz, 2020, Referentenentwurf, Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts, <https://bit.ly/2SChGqQ>, 17.5.2021, S. 127.

<sup>296</sup> Bundesministerium für Justiz und Verbraucherschutz, 2020, Mauracher Entwurf, Für eine Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts, <https://bit.ly/2TBfEay>, 17.5.2021, S. 139.

<sup>297</sup> Bundesministerium für Justiz und Verbraucherschutz, 2020, Referentenentwurf, Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts, <https://bit.ly/2SChGqQ>, 17.5.2021, S. 120 ff.

die aktuell „fehlende Professionalität“ bei der Beschlussfassung in der GbR (und bei anderen Personengesellschaften) zu verbessern.<sup>298</sup>

Auch den Gesellschafter:innen einer rechtfähigen GbR ist zuzumuten, sich innerhalb von drei Monaten gegen einen fehlerhaften Beschluss zu behaupten.<sup>299</sup> Schließlich müssen sie durch die willentliche Teilnahme am Rechtsverkehr, ebenfalls damit rechnen, persönlich zur Haftung herangezogen zu werden.<sup>300</sup> Eine formlose Einladung von Mitgesellschaftern und Mitgesellschafterinnen zu einer Versammlung unter Ankündigung des Zwecks des Zusammenkommens mit angemessenen Vorlauf (§ 109 II HGB-RegE), scheint zudem auch für die GbR passend.<sup>301</sup> Insgesamt sollten einheitliche Regelungen für alle rechtfähigen Personengesellschaften getroffen werden, sodass eine Rückverlagerung des Beschlussmängelrechts ins Recht der GbR wünschenswert wäre.

Liegen Zweifel vor, ob eine flächendeckende Einführung des Anfechtungsmodells für die individuell ausgestalteten Personengesellschaften überhaupt notwendig oder gewünscht ist, sollte folglich weiterhin das Feststellungsmodell für sämtliche Gesellschaften gelten. Dieses sollte gesetzlich im Recht der GbR kodifiziert werden. Durch ein Wahlrecht für das Anfechtungsmodell, welches im Gesellschaftsvertrag ausgeübt werden könnte, könnte das Feststellungsmodell zusätzlich ergänzt werden. „Professionelle“ Gesellschaften könnten eine Wahl vornehmen und nach ihren Wünschen von dem Anfechtungsmodell profitieren. Dieses sollte ebenfalls gesetzlich im Recht der GbR geregelt werden sollte, sodass die Anpassungen des Modells auf die Bedürfnisse der Personengesellschaften, beispielsweise in Bezug auf die verlängerte Klagefrist, erhalten bleiben.

## F. Innen- und Außenverhältnis – Nachjustierung der Personenverhältnisse

### I. Beibehaltung der Gesamtgeschäftsführungsbefugnis

#### 1. Aktuelle Rechtslage

Unter Geschäftsführung versteht man „jede zur Förderung des Gesellschaftszwecks ausgeübte Tätigkeit, mit Ausnahme solcher Maßnahmen, die die Grundlagen der Geschäfte betreffen.“<sup>302</sup> Von einem Grundlagengeschäft spricht man, wenn das Geschäft insbesondere die Struktur oder Organisation der Gesellschaft betrifft.<sup>303</sup> Dies ist unter anderem der Fall bei einer Änderung des Gesellschaftsvertrages oder der Geschäftsführungsbefugnisse, einer Modifizierung des Gesellschaftszweckes, der Aufnahme neuer Gesellschafter:innen, einer Erhöhung der Beiträge<sup>304</sup>, einer Veräußerung von wesentlichem Gesellschaftsvermögen, einer Rechtsformänderung oder der Auflösung der Gesellschaft.<sup>305</sup> Zum Schutz der mit- und nicht geschäftsführenden Gesellschafter:innen muss bei solchen Geschäften die Zustimmung aller Gesellschafter:innen vorliegen.<sup>306</sup> Die Geschäftsführung ist im Rahmen der GbR zwingend durch die Gesellschafter:innen wahrzunehmen und kann von Dritten nicht gänzlich übernommen werden (Grundsatz der Selbstorganschaft).<sup>307</sup>

<sup>298</sup> *Lieder*, ZRP 2021, 34 (35).

<sup>299</sup> *Lieder*, ZRP 2021, 34 (35).

<sup>300</sup> *Lieder*, ZRP 2021, 34 (35).

<sup>301</sup> *Lieder*, ZRP 2021, 34 (35).

<sup>302</sup> *Bundesministerium für Justiz und Verbraucherschutz*, 2020, Mauracher Entwurf, Für eine Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts, <https://bit.ly/2TBfEay>, 17.5.2021, S. 99.

<sup>303</sup> *MüKo BGB/Schäfer*, § 709 BGB Rn. 10.

<sup>304</sup> *BeckOK BGB/Schöne*, § 709 BGB Rn. 17.

<sup>305</sup> *MüKo BGB/Schäfer*, § 709 BGB Rn. 11.

<sup>306</sup> *MüKo BGB/Schäfer*, § 709 BGB Rn. 10.

<sup>307</sup> BGH, Urteil vom 22.01.1962, II ZR 11/61 (Hamm), NJW 1962, 738 (738); BGH, Urteil vom 11.07.1960, II ZR 260/59 (München), NJW 1960, 1997 (1998).

Spezielle Voraussetzungen sind für die Geschäftsführerstellung nicht notwendig, da das Recht unmittelbar von der Gesellschaftererstellung abgeleitet und als Beitrag zur Förderung des Gesellschaftszwecks zu bewerten ist.<sup>308</sup> Sofern nichts anderes vereinbart ist, erhält der oder die Geschäftsführer:in daher in der Regel auch keine Vergütung für seine oder ihre Stellung.<sup>309</sup>

Die Geschäftsführung innerhalb der GbR ist in den §§ 709-713 BGB geregelt. Gemäß § 709 I BGB steht die Führung der Geschäfte grundsätzlich den Gesellschaftern und Gesellschafterinnen gemeinsam zu. Demnach ist für jedes Geschäft die Zustimmung aller Gesellschafter:innen notwendig. Da die §§ 709-713 BGB dispositiv sind, kann im Gesellschaftsvertrag auch Abweichendes vereinbart werden.<sup>310</sup> Folglich ist eine Beschränkung der Geschäftsführungsbefugnis auf bestimmte Geschäfte, beziehungsweise eine Aufteilung verschiedener Geschäftsbereiche auf mehrere Personen möglich.<sup>311</sup> Im Notfall steht auch einem oder einer von der Geschäftsführung ausgeschlossenen Gesellschafter:in nach allgemeiner Auffassung gemäß § 744 II BGB analog das Recht zu, Geschäftsführungsmaßnahmen für die Gesellschaft durchzuführen.<sup>312</sup> Nach dieser Vorschrift ist jeder Teilhaber der Bruchteilsgemeinschaft berechtigt, die zur Erhaltung des Gegenstands notwendigen Maßregeln ohne Zustimmung der anderen Teilhaber zu treffen (§ 744 II 1. Hs. BGB). Die Anwendbarkeit der Regelung ist allerdings nur in solchen Situationen zu bejahen, die ein sofortiges Handeln erfordern, zum Beispiel um den Fortbestand der Gesellschaft zu sichern oder einen Schaden für das Gesellschaftsvermögen zu verhindern.<sup>313</sup>

Gibt es mehrere Gesellschafter:innen mit Einzelgeschäftsführungsbefugnis, so können sie den Geschäften der anderen widersprechen (§ 711 1 BGB). Das betroffene Geschäft muss dann gemäß § 711 2 BGB unterlassen werden. Bei Missachtung macht sich der oder die Geschäftsführer:in im Innenverhältnis im Zweifel nach § 280 I BGB schadensersatzpflichtig.<sup>314</sup> Auf ein möglicherweise bestehendes Verhältnis zu Dritten hat der Widerspruch nach herrschender Meinung<sup>315</sup> jedoch keinen Einfluss.<sup>316</sup>

Der Umfang der Geschäftsführungsbefugnis wird in den §§ 709 ff. BGB nicht geregelt. Umfasst sind jedoch alle Handlungen, die dem Gesellschaftszweck dienen und ihn fördern.<sup>317</sup> Demzufolge fallen nahezu alle Aufgaben, die innerhalb der GbR aufkommen, in den Bereich der Geschäftsführung.<sup>318</sup>

## 2. Änderungen nach dem MoPeG

Die Geschäftsführung wird durch die Reform des Personengesellschaftsrechts nur minimal berührt. Die §§ 709-712 BGB werden nun zusammengefasst in § 715 Reg-E, überschrieben mit „Geschäftsführungsbefugnis“, geregelt. Inhaltlich hat sich innerhalb der Vorschrift im Vergleich zum Mauracher Entwurf nichts geändert. Lediglich die Reihenfolge der einzelnen Absätze wurde überarbeitet.

<sup>308</sup> BeckOK BGB/Schöne, § 709 BGB Rn. 10.

<sup>309</sup> BeckOK BGB/Schöne, § 709 BGB Rn. 14.

<sup>310</sup> BeckOK BGB/Schöne, § 709 BGB Rn. 11.

<sup>311</sup> BeckOK BGB/Schöne, § 709 BGB Rn. 22.

<sup>312</sup> BeckOK BGB/Schöne, § 709 BGB Rn. 26; BGH, Urteil vom 04.05.1955, IV ZR 185/54 (Schleswig), NJW 1955, 1027 (1028).

<sup>313</sup> BeckOK BGB/Schöne, § 709 BGB Rn. 26.

<sup>314</sup> BeckOK BGB/Schöne, § 711 BGB Rn. 7.

<sup>315</sup> BGH, Urteil vom 10.03.1955, II ZR 309/53 (Frankfurt a.M.), NJW 1955, 825 (825); BGH, Urteil vom 09.05.1974, II ZR 84/72 (Bamberg), NJW 1974, 1555 (1555); BGH, Urteil vom 19.06.2008, III ZR 46/06 (OLG Stuttgart), NJW-RR 2008, 1484 (1484).

<sup>316</sup> BeckOK BGB/Schöne, § 711 BGB Rn. 8.

<sup>317</sup> BeckOK BGB/Schöne, § 709 BGB Rn. 15.

<sup>318</sup> BeckOK BGB/Schöne, § 709 BGB Rn. 16.

Im ersten Absatz des § 715 Reg-E findet sich eine neue Vorschrift im Recht der GbR, die § 114 I HGB nachgebildet ist.<sup>319</sup> Sie statuiert, dass zur Führung der Geschäfte der Gesellschaft alle Gesellschafter:innen berechtigt und verpflichtet sind. Dieser Grundsatz gilt auch bisher, jedoch gehe dies laut dem Gesetzgeber nicht eindeutig genug aus den §§ 709 ff. BGB hervor, weswegen nun die Regelung in den Gesetzestext implementiert werden soll.<sup>320</sup> Durch die Betonung der Verpflichtung gegenüber der Gesellschaft sei zudem klar, dass die Geschäftsführer:innen stets im gesellschaftlichen Interesse handeln sollen und ihnen (ohne andere Absprache) grundsätzlich keine Vergütung zustehe.<sup>321</sup>

Weiterhin soll die Gesamtgeschäftsführung den gesetzlichen Grundfall bilden, sodass die Zustimmung aller Geschäftsführer:innen für die Vornahme eines Geschäftes erforderlich ist (§ 715 III BGB-RegE). Die Zustimmung aller Gesamtgeschäftsführungsbefugten ist nach neuer Regelung dagegen entbehrlich, insofern mit dem Aufschub (durch Zustimmungseinholung) eine Gefahr für das Gesellschaftsvermögen besteht (§ 715 III 3 2. Hs. BGB-RegE).

Wenn alle Geschäftsführer:innen verhindert sind an dem Geschäft mitzuwirken, kann im Zweifel auch ein nicht geschäftsführungsbefugter Gesellschafter oder eine nicht geschäftsführungsbefugte Gesellschafterin bei Gefährdung der Gesellschaft oder des Gesellschaftsvermögens durch Aufschub gemäß § 715a 1 BGB-RegE die sogenannte „Notgeschäftsführungsbefugnis“ wahrnehmen. Eine gegensätzliche Vereinbarung im Gesellschaftsvertrag ist unwirksam (§ 715a 2 BGB-RegE). Der § 715a BGB-RegE ersetzt demnach durch die gesetzliche Regelung der Notgeschäftsführungsbefugnis im Recht der GbR die analoge Anwendung des § 744 II BGB (siehe *Kapitel F.I.1*).<sup>322</sup>

Das Widerspruchsrecht der einzelgeschäftsführungsbefugten Gesellschafter:innen aus § 711 BGB ist in der neuen Fassung nahezu wortgleich in § 715 IV BGB-RegE zu finden.

Zusätzlich wird nun auch der Umfang der Geschäftsführungsbefugnis gesetzlich geregelt. Gemäß § 715 II BGB-RegE erstreckt sich die Befugnis auf alle Geschäfte, die die Teilnahme der Gesellschaft am Rechtsverkehr gewöhnlich mit sich bringt. Alles was darüber hinausgeht (auch Grundlagengeschäft) benötigt dagegen die Zustimmung aller Gesellschafter:innen (§ 715 II 2. Hs. BGB-RegE). Als außergewöhnliche Geschäfte sind in Zuge dessen

„Geschäftsführungsmaßnahmen anzusehen, die nach ihrem Inhalt und Zweck oder durch ihre Bedeutung und die mit ihr verbundenen Gefahr für die Gesellschafter über den Rahmen dessen hinausgeht, was die Teilnahme der Gesellschaft am Rechtsverkehr für gewöhnlich mit sich bringt (zum Beispiel Neuausrichtung der Geschäftspolitik durch Wechsel des Hauptvertragspartners, Bestellung einer Generalvollmacht).“<sup>323</sup>

### 3. Bewertung

Zunächst ist die neue Systematik der Geschäftsführungsregelungen zu begrüßen. Durch die Zusammenfassung der vorherigen §§ 709 ff. BGB in einen Paragraphen mit mehreren Absätzen wird Übersichtlichkeit geschaffen und der Gesetzestext entschlackt. Die Einbindung der Notgeschäftsführung und Gesellschafterklage in den §§ 715a und 715b BGB-RegE als eine Art Subkategorie, symbolisiert zudem passend den Zusammenhang zur Geschäftsführung.

<sup>319</sup> Bundesregierung, 2021, Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts, <https://bit.ly/3i0IE6q>, 25.7.2021, S. 172.

<sup>320</sup> Bundesregierung, 2021, Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts, <https://bit.ly/3i0IE6q>, 25.7.2021, S. 172.

<sup>321</sup> Bundesregierung, 2021, Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts, <https://bit.ly/3i0IE6q>, 25.7.2021, S. 172.

<sup>322</sup> Bundesregierung, 2021, Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts, <https://bit.ly/3i0IE6q>, 25.7.2021, S. 175.

<sup>323</sup> Bundesregierung, 2021, Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts, <https://bit.ly/3i0IE6q>, 25.7.2021, S. 173.

Die gesetzliche Implementierung einer Regelung zum Umfang (§ 715 II BGB-RegE) und zur Verpflichtung der Geschäftsführung (§ 715 I BGB-RegE) ist konsequent, da die aufgenommenen Grundsätze ohnehin in der Praxis bereits angewandt werden. Was bisher nur aus dem bestehenden Recht abgeleitet werden konnte, ist nun konkret nach dem Vorbild der §§ 114 I, 116 HGB auch im Recht der GbR zu finden.

Der Grundsatz der Gesamtgeschäftsführungsbefugnis wurde entgegen der Empfehlung des 71. Deutschen Juristentags, der eine Einzelgeschäftsführungsbefugnis für die GbR als Regelfall vorsah, beibehalten.<sup>324</sup> Die Vertretungs- und Geschäftsführungsbefugnis sollen sich laut Begründung des Gesetzesentwurfs zumindest im Grundfall decken.<sup>325</sup> Weiterhin sei die Gesamtgeschäftsführungsbefugnis die Grundform im Gesellschaftsrecht - die Einzelgeschäftsführungsbefugnis im Recht der OHG stelle dagegen lediglich eine Ausnahme dar, die durch die besonderen Bedürfnisse der Einfachheit und Schnelligkeit des Handelsverkehrs begründet werden könne.<sup>326</sup> Nach dem HGB könnten so Dritte mangels entgegenstehender Anhaltspunkte (zum Beispiel aus dem Handelsregister) von einer Einzelvertretungsbefugnis ausgehen und mit großer Wahrscheinlichkeit ein wirksames Geschäft mit dem oder der Gesellschafter:in abschließen.<sup>327</sup>

Diese Argumentation des Gesetzesentwurfs lässt sich jedoch auch auf die GbR übertragen. Besonders ohne das Bestehen eines Gesellschaftsregisters für die GbR, haben Dritte weder Einblick in die Geschäftsführungs- und Vertretungsverhältnisse der Gesellschaft, noch kennen sie die Gesamtanzahl der Gesellschafter:innen. Dritten bleibt somit keine andere Möglichkeit, als auf die Aussagen des angeblichen Vertreters oder der angeblichen Vertreterin zu vertrauen und nehmen unter Umständen in Kauf, dass sich der geschlossene Vertrag mangels Vertretungsbefugnis als unwirksam herausstellt. Eine Einzelbefugnis als Grundfall würde dahingehend im Vergleich zur Gesamtbefugnis einen größeren Schutz für Außenstehende bieten. Durch die geplante Einführung des Gesellschaftsregisters wird dieses Problem abgefangen, dennoch führt die Gesamtgeschäftsführungsbefugnis weiterhin zu einem Flexibilitätsverlust und verzögert gegebenenfalls den Vertragsschluss. Auch in der Praxis wird die Gesamtgeschäftsführungs-, beziehungsweise Gesamtvertretungsbefugnis häufig im Gesellschaftsvertrag abgedungen.<sup>328</sup>

Dennoch ist die GbR eine Gesellschaftsform, die weiterhin auch Gelegenheitsgesellschaften umfasst. Durch den gesetzlichen Grundfall der Einzelbefugnis, würden die Gesellschafter:innen im Zweifel ohne ihr Wissen verpflichtet. Unter Umständen wären sie sich nicht einmal der Gründung der GbR und den damit einhergehenden Konsequenzen bewusst.

Für den Fall einer Gelegenheitsgesellschaft beziehungsweise einer nicht professionell geführten GbR ist die gesetzliche (Auffang-)Lösung der Gesamtgeschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis daher sinnvoll gewählt.

Die Problematik besteht gerade darin, dass es drei verschiedene Ausführungen der GbR gibt, welche unterschiedliche Bedürfnisse und eine unterschiedliche Schutzwürdigkeit aufweisen.

<sup>324</sup> *Ständige Deputation des Deutschen Juristentags*, Verhandlungen des 71. Deutschen Juristentages Band II/2 Sitzungsberichte (Diskussion und Beschlussfassung), Beschluss 12, S. O221.

<sup>325</sup> *Bundesregierung*, 2021, Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts, <https://bit.ly/3i0IE6q>, 25.7.2021, S. 173.

<sup>326</sup> *Bundesregierung*, 2021, Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts, <https://bit.ly/3i0IE6q>, 25.7.2021, S. 173.

<sup>327</sup> *Bundesregierung*, 2021, Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts, <https://bit.ly/3i0IE6q>, 25.7.2021, S. 173.

<sup>328</sup> BeckOK BGB/*Schöne*, § 709 BGB Rn. 22.

Man könnte in Erwägung ziehen für die rechtsfähige GbR eine andere Regelung zu treffen und für sie die Einzelgeschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis als gesetzlichen Grundfall zu statuieren.<sup>329</sup> Dies ist jedoch kritisch zu beurteilen. Da ein Wechsel zwischen der rechtsfähigen und nicht rechtsfähigen GbR möglich und teilweise auch fließend ist, kann die unterschiedliche Behandlung zu Verwirrungen und Problemen führen. Insbesondere bei einem Wechsel zwischen den Formen wäre teilweise unklar, welche Regelungen zu welchem Zeitpunkt angewandt werden, beziehungsweise ob die Geschäftsführungs- und Vertretungsverhältnisse sich unbemerkt ändern könnten. Eine einheitliche Regel für die GbR ist daher vorzuziehen.

Darüber hinaus kann der § 715 III BGB-RegE abbedungen werden. Einer eGbR, die sich zum Gesellschaftsregister angemeldet hat, ist durchaus eine gewisse Professionalität zuzuschreiben.<sup>330</sup> Daher ist anzunehmen, dass die Gesellschafter:innen dazu in der Lage sind, eine eigene für die Gesellschaft passende Geschäfts- und Vertretungsregelung im Gesellschaftsvertrag zu integrieren.

Folglich ist es positiv zu bewerten, dass die Gesamtgeschäftsführungsbefugnis (und Gesamtvertretungsbefugnis) weiterhin den gesetzlichen Grundfall im Recht der GbR bilden soll.

Wie bereits zuvor ausgeführt ersetzt die Einführung der Notgeschäftsführung in § 715a BGB-RegE die analoge Anwendung des § 744 II BGB. Dies ist zu begrüßen. § 715a BGB-RegE ist präziser gefasst und auf die GbR zugeschnitten. Unstimmigkeiten in der Begründung der Analogie<sup>331</sup> zu § 744 II BGB können somit aufgelöst werden.<sup>332</sup>

## **II. Gesetzliche Statuierung einer modifizierten *actio pro socio***

### **1. Aktuelle Rechtslage**

Wie bereits im vorherigen Kapitel beschrieben, können die Geschäftsführungs- und Vertretungsverhältnisse individuell im Gesellschaftsvertrag geregelt werden. In Zuge dessen, wird häufig eine Einzelgeschäfts- beziehungsweise eine Einzelvertretungsbefugnis vereinbart, welche lediglich einzelne Gesellschafter:innen dazu berechtigt, Ansprüche für die Gesellschaft geltend zu machen. Handelt die zuständige Person nicht, hat dies auch Nachteile für die übrigen nichtberechtigten Gesellschafter:innen.<sup>333</sup> Der Gesellschaft entgehen wohlmöglich Vermögenswerte, was sich auch mittelbar auf den Wert der Anteile der Gesellschafter:innen an der Gesellschaft auswirkt.<sup>334</sup> Häufig tritt dieses Problem auf, wenn sich der durchzusetzende Anspruch gegen den/die Geschäftsführer:in richtet. In der Regel handelt es sich dabei um Schadensersatzansprüche.<sup>335</sup> Im Endeffekt müsste die Vertretung bzw. Geschäftsführung sich (indirekt) selbst verklagen, was diese aus Gründen des Eigenschutzes oftmals unterlassen.<sup>336</sup> Es kommt zu einem Interessenkonflikt zwischen den Interessen der Gesellschaft, und denen des geschäftsführenden Gesellschafter bzw. der geschäftsführenden Gesellschafterin.<sup>337</sup>

Die sogenannte „*actio pro socio*“ nimmt sich der Problematik eines nicht handelnden Gesellschafter/ einer nicht handelnden Gesellschafterin an. Sie wird definiert als „das Recht

<sup>329</sup> Lieder, ZGR-Sonderheft 23 2020, 169 (177).

<sup>330</sup> Lieder, ZGR-Sonderheft 23 2020, 169 (177).

<sup>331</sup> Vgl. Bengel, ZEV 2002, 484; Schirrmacher, NJW 2018, 3348.

<sup>332</sup> Bundesregierung, 2021, Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts, <https://bit.ly/3i0IE6q>, 25.7.2021, S. 175.

<sup>333</sup> Hippeli, GWR 2018, 61 (62).

<sup>334</sup> Hippeli, GWR 2018, 61 (62).

<sup>335</sup> Hippeli, GWR 2018, 61 (62).

<sup>336</sup> Hippeli, GWR 2018, 61 (63).

<sup>337</sup> Hippeli, GWR 2018, 61 (63).

jedes Gesellschafters, von Mitgesellchaftern Erfüllung ihrer Verpflichtungen gegenüber der Gesellschaft zu verlangen und im eigenen Namen Klage auf Leistung an die Gesellschaft zu erheben.“<sup>338</sup> Folglich geht es bei der *actio pro socio* um die Geltendmachung von Sozialansprüchen, welche von Ansprüchen der Gesellschaft gegen die Gesellschafter:innen aus vom Gesellschaftsvertrag unabhängigen Schuldverhältnissen zu differenzieren sind.<sup>339</sup> Zu den Sozialansprüchen gehören unter anderem Ansprüche auf Schadensersatz wegen Verletzung des Gesellschaftsvertrages (§ 280 I BGB), auf Verlustausgleich (§ 735 BGB), auf Beitragsleistung (§§ 705 f. BGB), aus der Geschäftsführung (§§ 713, 666, 667 BGB) und auf Rückzahlung unberechtigt entnommener Gewinne (§ 812 BGB).<sup>340</sup>

Gesetzlich ist die *actio pro socio* beziehungsweise die Gesellschafterklage nicht geregelt, obwohl die Rechtsfigur schon im römischen Recht mit dem Charakter einer Abrechnungs- und Liquidationsklage existierte.<sup>341</sup> Bereits zum Ende des 19. Jahrhunderts wurde sie vom Reichsoberhandelsgericht und Reichsgericht als Selbstverständlichkeit in das geltende Recht insbesondere der Personengesellschaften übernommen.<sup>342</sup> Auch der BGH führte diesen Grundsatz ohne Weiteres für die Zukunft fort.<sup>343</sup>

Umstritten bleibt jedoch bis heute die dogmatische Begründung der *actio pro socio*.<sup>344</sup> Nach einer Auffassung macht der/die klagende Gesellschafter:in ein Recht der Gesellschaft in Prozesstandschaft für diese im eigenen Namen geltend.<sup>345</sup> Nach anderer Auffassung setzt der/die Gesellschafter:in ein eigenes Recht aus dem Gesellschaftsvertrag für die Gesellschaft durch.<sup>346</sup> Aus praktischer Perspektive hat dieser Streit jedoch nahezu keine Auswirkungen.<sup>347</sup>

Nach beiden Ansichten soll die *actio pro socio* nur subsidiär zur Anwendung kommen.<sup>348</sup> Erst wenn die zuständige Person trotz Aufforderung pflichtwidrig nicht reagiert, oder von vorneherein eine solche Aufforderung als aussichtslos gilt, kann durch die Gesellschafterklage eingegriffen werden.<sup>349</sup> Darüber hinaus kann die *actio pro socio* nicht genutzt werden, insofern die Durchsetzung des Anspruchs der gesellschaftlichen Treuepflicht widerspricht.<sup>350</sup> Demnach müssen die Interessen der Gesellschaft gewahrt, und geschäftsschädigende Maßnahmen unterlassen werden.<sup>351</sup>

Nicht eindeutig geklärt ist bisher, ob es neben der Geltendmachung von Sozialansprüchen, auch eine Einzelklagebefugnis für Ansprüche aus Drittverhältnissen geben soll (sogenannte *actio pro societate*<sup>352</sup>).<sup>353</sup> Für die Personenhandelsgesellschaften hat der BGH dies im Gegensatz zur GbR verneint.<sup>354</sup> Begründet wird das abweichende Ergebnis unter anderem damit, dass „bei den Personenhandelsgesellschaften alle gesellschaftlichen Rechte und Pflichten der Gesellschaft selbst – und nicht der gesamten Hand – zugeordnet“<sup>355</sup> sind. Dennoch wird die aus § 432 BGB hergeleitete Einzelklagebefugnis für Ansprüche aus

<sup>338</sup> MüKo BGB/Schäfer, § 705 BGB Rn. 210.

<sup>339</sup> Hippeli, GWR 2018, 61 (62).

<sup>340</sup> Saenger, Gesellschaftsrecht, S. 76.

<sup>341</sup> Fleischer/Harzmeier, ZGR 2017, 239 (242).

<sup>342</sup> Fleischer/Harzmeier, ZGR 2017, 239 (247); Hippeli, GWR 2018, 61 (63).

<sup>343</sup> Fleischer/Harzmeier, ZGR 2017, 239 (247); Hippeli, GWR 2018, 61 (63).

<sup>344</sup> Saenger, Gesellschaftsrecht, S. 76.

<sup>345</sup> Saenger, Gesellschaftsrecht, S. 77.

<sup>346</sup> Saenger, Gesellschaftsrecht, S. 77.

<sup>347</sup> Saenger, Gesellschaftsrecht, S. 77.

<sup>348</sup> Saenger, Gesellschaftsrecht, S. 77.

<sup>349</sup> Saenger, Gesellschaftsrecht, S. 77.

<sup>350</sup> Saenger, Gesellschaftsrecht, S. 77.

<sup>351</sup> BGH, Versäumnisurteil vom 22.01.2019, II ZR 143/17 (OLG Köln), NZG 2019, 702 (702).

<sup>352</sup> Hippeli, GWR 2018, 61 (61).

<sup>353</sup> Fleischer/Harzmeier, ZGR 2017, 239 (250).

<sup>354</sup> BGH, Urteil vom 02.07.1973, II ZR 94/71 (Stuttgart), NJW 1973, 2198 (2199).

<sup>355</sup> BGH, Urteil vom 02.07.1973, II ZR 94/71 (Stuttgart), NJW 1973, 2198 (2199).

Drittverhältnissen auch für die GbR nicht ohne Weiteres bejaht.<sup>356</sup> Nicht ausgeschlossen ist die Einzelklagebefugnis,

„wenn der Gesellschafter an der Geltendmachung ein berechtigtes Interesse hat, wenn die anderen Gesellschafter die Einziehung der Forderung aus gesellschaftswidrigen Gründen verweigern und der Gesellschaftsschuldner an dem gesellschaftswidrigen Verhalten der anderen Gesellschafter beteiligt ist.“<sup>357</sup>

Die Befugnis ist demnach an strenge Bedingungen geknüpft. Im Fall eines Unterliegens im Prozess, muss zudem der/die klagende Gesellschafter:in die entstandenen Kosten tragen.<sup>358</sup> Um dem zu entgehen, kann laut Rechtsprechung jedoch auch eine dritte Person zum besonderen Vertreter bzw. zur besonderen Vertreterin in entsprechender Anwendung von §§ 46 Nr. 8 2. Hs. GmbHG, 147 II 1 AktG bestellt werden.<sup>359</sup> Da diese Person die Gesellschaft vertritt, trägt die Gesellschaft folglich auch das Kostenrisiko.<sup>360</sup>

## 2. Änderungen nach dem MoPeG

Das Konzept der *actio pro socio* bleibt inhaltlich bestehen, soll jedoch fester Bestandteil des Gesetzestexts werden. Aufgenommen wurde sie als „Gesellschafterklage“ in § 715b BGB-RegE, der aus vier Absätzen besteht.

Absatz I greift das inhaltliche Grundkonzept und die Voraussetzungen der Gesellschafterklage auf. Demnach kann jeder Gesellschafter und jede Gesellschafterin, einen auf dem Gesellschaftsverhältnis beruhenden Anspruch der Gesellschaft gegen einen anderen Gesellschafter bzw. gegen eine andere Gesellschafterin im eigenen Namen gerichtlich geltend machen, wenn der oder die dazu berufene Gesellschafter:in dies pflichtwidrig unterlässt (§ 715b I 1 BGB-RegE).

Der Gesetzesentwurf stellt klar, dass die Gesellschafterklage als Fall der gesetzlichen Prozessstandschaft zu verstehen ist.<sup>361</sup> Mit der Geltendmachung wird demnach eine Einziehungs- und Prozessführungsbefugnis des Gesellschafters/ der Gesellschafterin für die Gesellschaft begründet.<sup>362</sup> Die Frage nach der Rechtsnatur der *actio pro socio* wird folglich durch den Entwurf entschieden.

Darüber hinaus greift Absatz I in Satz 2 die Klagebefugnis für Drittansprüche auf. Sie setzt das Mitwirken des/ der Dritten an dem pflichtwidrigen Unterlassen des Gesellschafters oder der Gesellschafterin, bzw. seine/ihre Kenntnis von diesem Verhalten voraus (§ 715b I 2 BGB-RegE). Eine fahrlässige Unkenntnis genügt nicht.<sup>363</sup> Somit wird die von der Rechtsprechung entwickelte Bedingung in den Gesetzestext übernommen (siehe oben). Insgesamt werden die Rechtsgebilde der *actio pro socio* und *societate* nun also gemeinsam als ein Rechtsinstitut unter dem Begriff der Gesellschafterklage geregelt. Weiterhin soll es zudem möglich bleiben analog zu § 46 Nr. 8 2. Hs. GmbHG oder § 147 II 1 AktG einen besonderen Vertreter oder eine besondere Vertreterin zu bestellen.<sup>364</sup>

<sup>356</sup> BGH, Urteil vom 10.01.1963, II ZR 95/61 (KG), NJW 1963, 641 (641); BGH, Urteil vom 18.11.1999, IX ZR 153/98 (Hamm), NJW 2000, 734 (734); BGH, Urteil vom 19.06.2008, III ZR 46/06 (OLG Stuttgart), NZG, 588 (588).

<sup>357</sup> BGH, Urteil vom 10.01.1963, II ZR 95/61 (KG), NJW 1963, 641 (641).

<sup>358</sup> Grunewald, Gesellschaftsrecht, S. 37.

<sup>359</sup> BGH, Hinweisbeschluss vom 07.06.2010, II ZR 210/09 (OLG Bremen), NZG 2010 (1381).

<sup>360</sup> Grunewald, Gesellschaftsrecht, S. 37.

<sup>361</sup> Bundesregierung, 2021, Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts, <https://bit.ly/3i0IE6q>, 25.7.2021, S. 177.

<sup>362</sup> Bundesregierung, 2021, Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts, <https://bit.ly/3i0IE6q>, 25.7.2021, S. 177.

<sup>363</sup> Bundesregierung, 2021, Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts, <https://bit.ly/3i0IE6q>, 25.7.2021, S. 178.

<sup>364</sup> Bundesregierung, 2021, Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts, <https://bit.ly/3i0IE6q>, 25.7.2021, S. 177.

Eingeschränkt wird die Gesellschafterklage dadurch, dass sie nach den neuen Regelungen nur subsidiär zulässig sein soll.<sup>365</sup> Steht das pflichtwidrige Unterlassen in Zusammenhang mit einem Gesellschafterbeschluss, ist folglich das Recht des Gesellschafters/ der Gesellschafterin zur Geltendmachung eines Beschlussmangels vorrangig.<sup>366</sup> Dennoch soll aus Gründen der Prozessökonomie die Verbindung einer Beschlussmängel- und Gesellschafterklage ermöglicht werden.<sup>367</sup> Das Einzelklagerecht und das Recht zur Notgeschäftsführung (§ 715a BGB-RegE) sind nebeneinander anwendbar.<sup>368</sup>

Absatz II des § 715b-RegE stellt zudem klar, dass Beschränkungen oder ein Ausschluss des Klagerechts im Gesellschaftsvertrag unwirksam sind. Die Regelung wurde erst im Referentenentwurf aufgenommen, nachdem die Abdingbarkeit der Gesellschafterklage in der Literatur als zu „generös“<sup>369</sup> bezeichnet wurde.

Wird die Gesellschafterklage in Anspruch genommen, ist der/die klagende Gesellschafter:in dazu verpflichtet die Gesellschaft über die Erhebung der Klage und die Lage des Rechtsstreites zu unterrichten (§ 715b III 1 BGB-RegE). Sobald die Unterrichtung stattgefunden hat, ist dies dem Gericht anzuzeigen (§ 715b III 2 BGB-RegE). Insofern durch rechtskräftiges Urteil über den Anspruch entschieden worden ist, wirkt die Entscheidung für und gegen die Gesellschaft (§ 715b IV BGB-RegE).

### 3. Bewertung

Die gesetzliche Kodifizierung der *actio pro socio* war lange Zeit überfällig und ist daher positiv zu bewerten. Da das Rechtsgebilde ohnehin seit mehr als 100 Jahren in zumindest ähnlicher Form angewandt wird, ist es nur angemessen es in der Reform des Personengesellschaftsrechts zu berücksichtigen und den dogmatischen Streitigkeiten ein Ende zu setzen. Das Verständnis als Form der gesetzlichen Prozessstandschaft ist vorliegend die passendere Lösung. Insbesondere durch die Abschaffung des Gesamthandsprinzips und die Anerkennung der Rechtsfähigkeit der GbR wird die Stellung der Gesellschaft gestärkt und die Gesellschafterbindung aus dem Fokus gerückt.<sup>370</sup> Die Durchsetzung der Rechte für die Gesellschaft in Prozessstandschaft ist daher konsequenter als die Herleitung aus einem eigenen Recht des Gesellschafters bzw. der Gesellschafterin.

Fraglich ist jedoch, wann das Unterlassen der Geschäftsführung oder Vertretung als pflichtwidrig gilt. Da nichts Entgegenstehendes ersichtlich ist, trägt im Zweifel der/die Minderheitsgesellschafter:in die Beweislast.<sup>371</sup> Bisher war eine Sach- oder Zweckwidrigkeit der Nichtgeltendmachung und das Ablauf einer angemessenen Frist für die Anwendbarkeit der *actio pro socio* ausreichend (siehe *Kapitel F.II.1*).<sup>372</sup> Eine Ergänzung des Gesetzestexts um eine Regelung, die die Kriterien für die Zulassung der Klage weitergehend konkretisiert, wäre durchaus sinnvoll. Als Vorbild könnte § 148 I 2 (Nr. 2) AktG dienen.<sup>373</sup>

Die Ergänzung der *actio pro socio* durch die Einzelklagebefugnis bei Drittansprüchen mit zusätzlicher Voraussetzung ist zudem überzeugend. Durch die Mitwirkung oder Kenntnis des/ der Dritten an dem pflichtwidrigen Verhalten des Gesellschafters oder der

<sup>365</sup> Bundesregierung, 2021, Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts, <https://bit.ly/3i0IE6q>, 25.7.2021, S. 178.

<sup>366</sup> Bundesregierung, 2021, Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts, <https://bit.ly/3i0IE6q>, 25.7.2021, S. 178.

<sup>367</sup> Bundesregierung, 2021, Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts, <https://bit.ly/3i0IE6q>, 25.7.2021, S. 178.

<sup>368</sup> Bundesregierung, 2021, Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts, <https://bit.ly/3i0IE6q>, 25.7.2021, S. 177.

<sup>369</sup> Fleischer, ZGR-Sonderheft 23 2020, 1 (26).

<sup>370</sup> Fleischer, ZGR-Sonderheft 23 2020, 1 (26).

<sup>371</sup> Geibel, ZRP 2020, 137 (138).

<sup>372</sup> Geibel, ZRP 2020, 137 (138).

<sup>373</sup> Geibel, ZRP 2020, 137 (138).

Gesellschafterin, geht seine/ihre Schutzwürdigkeit verloren, da er/ sie meist von dem Unterlassen profitiert. Die Interessen des Minderheitsgesellschafters bzw. der Minderheitsgesellschaftlerin überwiegen, weswegen die Durchsetzung des Drittanspruchs möglich sein muss. Insbesondere durch die Annäherung von GbR und OHG ist nicht erkennbar, warum es für die Gesellschaftsformen weiterhin bezüglich der Einzelklagebefugnis bei Drittansprüchen unterschiedliche Regelungen geben sollte.

Damit die Gesellschafterklage auch zur Anwendung kommt, ist es zu begrüßen, dass der Absatz II des § 715b-RegE nachträglich durch den Referentenentwurf ergänzt worden ist. Er stellt ausdrücklich klar, dass eine Beschränkung der Gesellschafterklage unwirksam ist. Dennoch wäre es hilfreich ergänzend eine generelle Bestimmung zur Subsidiarität in den Gesetzestext aufzunehmen, welche bisher nur aus der im Entwurf enthaltenen Begründung hervorgeht. Die Anwendbarkeit des § 715b BGB-RegE wäre somit klarer definiert.

Im Übrigen ist die Unterrichtungspflicht des klagenden Gesellschafters/ der klagenden Gesellschaftlerin (§ 715b III BGB-RegE) in Hinsicht auf die Rechtskrafterstreckung des Urteils auf die Gesellschaft nach § 715b IV BGB-RegE sachgerecht.

### **III. Wandel von Auflösungs- zu Ausscheidungsgründen**

#### **1. Aktuelle Rechtslage**

Nach bestehender Rechtslage führen Diskontinuitäten auf Gesellschafterebene, darunter Tod (§ 727 BGB), Insolvenz (§ 728 II 1 BGB) und Kündigung durch den/die Gesellschafter:in (§ 723 BGB) oder seine:n Pfändungsgläubiger:in (§ 725 BGB), zur Auflösung der Gesellschaft.<sup>374</sup> Möchten die Gesellschafter:innen eine Auflösung verhindern und in genannten Fällen stattdessen ein Ausscheiden des betroffenen Gesellschafters/ der betroffenen Gesellschaftlerin vereinbaren, so bedarf es einer sogenannten Fortsetzungsklausel im Gesellschaftsvertrag (antizipierte Zustimmung, 736 I BGB) oder eines Zustimmungsbeschlusses aller Gesellschafter:innen, inklusive des/der Ausscheidenden.<sup>375</sup> Aufgrund der historischen Annahme, dass die Gesellschaft ein an die Person des Gesellschafters bzw. der Gesellschaftlerin gebundenes Vertragsverhältnis darstellt<sup>376</sup>, gilt der Grundsatz „Auflösung der Gesellschaft vor Ausscheiden eines Gesellschafters“.<sup>377</sup>

Wurde eine Fortsetzungsklausel für den Fall der Mitgliedschaftskündigung durch einen Gesellschafter oder durch eine Gesellschaftlerin vereinbart, so kann im Übrigen der Gesellschafter bzw. die Gesellschaftlerin, der/die das Kündigungsrecht begründete (§ 723 I 2 BGB), aus der Gesellschaft ausgeschlossen werden (§ 737 BGB).

Neben den personenbezogenen Gründen führen ebenso die Erreichung oder das Unmöglichwerden der Erreichung des Gesellschaftszwecks (§ 726 BGB), sowie die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Gesellschaft (§ 728 I BGB) zur Auflösung der GbR.

#### **2. Änderungen nach dem MoPeG**

Durch die Reform soll entsprechend der Empfehlung des 71. Deutschen Juristentags<sup>378</sup> der Grundsatz „Auflösung der Gesellschaft vor Ausscheiden eines Gesellschafters“ umgekehrt und in „Ausscheiden eines Gesellschafters vor Auflösung der Gesellschaft“ geändert

<sup>374</sup> Herrler, ZGR-Sonderheft 23 2020, 39-78 (73).

<sup>375</sup> Storz, GWR 2020, 257 (260).

<sup>376</sup> Bundesregierung, 2021, Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts, <https://bit.ly/3i0IE6q>, 25.7.2021, S. 195 f.

<sup>377</sup> Bundesregierung, 2021, Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts, <https://bit.ly/3i0IE6q>, 25.7.2021, S. 195 f.

<sup>378</sup> Ständige Deputation des Deutschen Juristentags, Verhandlungen des 71. Deutschen Juristentages Band II/2 Sitzungsberichte (Diskussion und Beschlussfassung), S. 0222.

werden.<sup>379</sup> Störungen auf Gesellschafterebene (§ 723 I Nr. 1-5 BGB-RegE) führen dann zukünftig nach gesetzlichem Regelfall nicht mehr zur Auflösung der Gesellschaft, sondern lediglich zum Ausscheiden des betroffenen Gesellschafters/ der betroffenen Gesellschafterin (§ 723 I BGB-RegE). Die Fortsetzungsklausel verliert damit ihre Bedeutung. Ist jedoch die Auflösung von den Gesellschaftern und Gesellschafterinnen gewünscht, kann weiterhin entsprechendes im Gesellschaftsvertrag vereinbart werden (§723 I BGB-RegE).

Es sei jedoch zu beachten, dass der Prinzipienwechsel von Ausscheidungs- zu Auflösungsgründen sich auf die rechtsfähige GbR beschränkt, denn § 740a BGB-RegE regelt gesondert die Auflösungsgründe für die Innengesellschaft, darunter auch Tod, Kündigung und Insolvenz (§ 740 I Nr. 3-6). Lediglich bei Ausschluss eines Gesellschafters oder einer Gesellschafterin aus wichtigem Grund, soll die Innengesellschaft auch ohne Fortsetzungsklausel, parallel zur Außengesellschaft, bestehen bleiben (§ 740c II i.V.m. § 727 BGB-RegE). Ein wichtiger Grund liegt gemäß § 727 2 BGB-RegE vor, wenn der Gesellschafter bzw. die Gesellschafterin eine ihm/ihr nach dem Gesellschaftsvertrag obliegende wesentliche Verpflichtung vorsätzlich oder grob fahrlässig verletzt hat, oder wenn ihm/ihr die Erfüllung einer solchen Pflicht unmöglich wird.

Der § 725 BGB-RegE ersetzt zukünftig die §§ 723 und 724 BGB und regelt die Kündigung der Mitgliedschaft durch den/die Gesellschafter:in. Im Vergleich zur aktuellen Gesetzeslage wurde das Gesetz um eine konkrete Kündigungsfrist von drei Monaten zum Ablauf des Kalenderjahres ergänzt (§ 725 I BGB-RegE). Die Kündigung der Mitgliedschaft durch eine:n Privatgläubiger:in des Gesellschafters oder der Gesellschafterin wird nun dagegen in § 726 BGB-RegE näher definiert. Die Kündigung der Mitgliedschaft ist nach dem Entwurf von der Kündigung der Gesellschaft abzugrenzen, welche weiterhin einen Auflösungs- und keinen Ausscheidungsgrund darstellt (§§ 729 I Nr. 3, 731 BGB-RegE).

Auch systematisch betrachtet wurden Änderungen vorgenommen. Die Auflösungsgründe sind nun getrennt von den Ausscheidungsgründen in einem eigenen Kapitel geregelt (§§ 729 ff. BGB-RegE). Die Aufteilung der Ausscheidungs- und Auflösungsgründe orientiert sich am bereits bestehenden Recht der OHG in den §§131 ff. HGB. Entsprechend zum HGB-Recht findet sich im Recht der GbR nun ebenfalls eine Norm für die Fortsetzung der Gesellschaft mit einem Erben oder einer Erbin.<sup>380</sup> Gemäß § 724 BGB-RegE kann der Erbe oder die Erbin die Einräumung einer Kommanditistenstellung und damit die Umwandlung der GbR in eine KG verlangen (Absatz 1). Weigern sich die Gesellschafter:innen, so steht dem Erben oder der Erbin nach Absatz 2 ein außerordentliches Kündigungsrecht zu.

### **3. Bewertung**

Zunächst ist zu begrüßen, dass die Unterbringung der Ausscheidungs- und Auflösungsgründe in getrennten Kapiteln stattfindet, so wird auch optisch eine klare Linie zwischen den verschiedenen Tatbeständen gezogen. In Kapitel 4 (§ 723 - § 728b BGB-RegE) finden sich demnach die Ausscheidungs- und in Kapitel 5 (§ 729 - § 734 BGB-RegE) die Auflösungsgründe der rechtsfähigen Gesellschaft. Auch die Liquidation erhält mit Kapitel 6 (§ 735 - § 739 BGB-RegE) ihren eigenen Platz, was erfreulich ist. Weiterhin trägt auch die Zusammenfassung der Ausscheidungs- bzw. Auflösungsgründe innerhalb eines Paragraphens zusätzlich zur Übersichtlichkeit der Kapitel bei.

Darüber hinaus ist die Umkehr des Grundsatzes „Auflösung vor Ausscheiden“ überzeugend. Gerade bei Betrachtung der Entwicklung der GbR zu einer rechtsfähigen Gesellschaft, die auch auf Dauer angelegt ist, ergibt es nur Sinn den Bestand des Unternehmens nicht von

<sup>379</sup> Bundesregierung, 2021, Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts, <https://bit.ly/3i0IE6q>, 25.7.2021, S. 195 f.

<sup>380</sup> Storz, GWR 2020, 257 (260).

Diskontinuitäten auf Gesellschafterebene abhängig zu machen. Zudem kann im Zweifel auch Entgegenstehendes im Gesellschaftsvertrag vereinbart oder ein Auflösungsbeschluss gefasst werden.

Konträr dazu ist die Situation in der Gelegenheitsgesellschaft jene, auf die die aktuelle Gesetzeslage ausgerichtet ist. Die Verbindung zwischen Gesellschafter:in und Gesellschaft bzw. unter den Gesellschaftern bzw. Gesellschafterinnen ist eng. Daher ist es sachgemäß, dass es für die Innengesellschaft bei der alten Regelungsstruktur bleibt. Für Innengesellschaften, die über ausdifferenzierte Gesellschaftsverträge und Vereinbarungen verfügen, mag die Lösung nicht passend sein, jedoch ist es ihnen dennoch ist es ihnen eher zuzumuten etwas Entgegenstehendes zu regeln als der Gelegenheitsgesellschaft, die sich ihrer Existenz möglicherweise gar nicht bewusst ist. Eine Unterscheidung auf Grundlage des Gesellschaftszwecks wäre wohl zudem nur äußerst schwer umsetzbar und im Gesetz abzubilden, weswegen eine Differenzierung nach Rechtsfähigkeit die bessere Alternative bildet. Eine Unterscheidung nach registrierter und nicht registrierter GbR wäre auch denkbar, dennoch ist wohl die gesetzliche Statuierung der Rechtsfähigkeit der ausschlaggebendere Punkt im Hinblick auf das Bestandsinteresse einer GbR.

#### **IV. Entkopplung von Vertretungsmacht und Geschäftsführungsbefugnis**

##### **1. Aktuelle Rechtslage**

Die Vertretung innerhalb der GbR ist in § 714 BGB geregelt. Danach ist ein Gesellschafter oder eine Gesellschafterin, dem/der laut Gesellschaftsvertrag die Befugnis zur Geschäftsführung zusteht, im Zweifel auch zur Vertretung der anderen Gesellschafter:innen Dritten gegenüber ermächtigt. Der Wortlaut ist weiterhin auf das Konzept einer Innengesellschaft ausgerichtet. Nach Anerkennung der Rechtsfähigkeit der Außen-GbR<sup>381</sup> müsste jedoch korrekterweise von der Vertretung der Gesellschaft die Rede sein.<sup>382</sup>

Faktisch besteht nach dem Wortlaut des § 714 BGB eine Kopplung zwischen Geschäftsführung und Vertretung. Wie bereits in *Kapitel F.I.1* beschrieben, bildet die Gesamtgeschäftsführungsbefugnis den gesetzlichen Grundfall der Geschäftsführung (§ 709 BGB). Durch die Anwendung von § 714 BGB gilt dies entsprechend für die Vertretung, weswegen die Gesamtvertretungsbefugnis äquivalent den gesetzlichen Grundfall der Vertretung bildet. Wie aus der Regelung hervorgeht, kann jedoch auch Entgegenstehendes im Gesellschaftsvertrag vereinbart werden. Geschäftsführung und Vertretung müssen folglich nicht übereinstimmen.

Eine Regelung zum Umfang der Vertretungsmacht, wie für die OHG in § 126 HGB geregelt, ist im Recht der GbR nicht zu finden. Ist nichts Spezielles im Gesellschaftsvertrag geregelt, so wird die in §714 gebildete Akzessorietät fortgeführt und der Umfang der Geschäftsführungsbefugnis wird auf die Vertretung übertragen.<sup>383</sup> Folglich werden Grundlagengeschäfte von der Vertretungsbefugnis nicht umfasst.<sup>384</sup> Eine Beschränkung der Vertretungsbefugnis ist zulässig, insofern der/ die Vertragspartner:in explizit darauf hingewiesen wird.<sup>385</sup>

##### **2. Änderungen nach dem MoPeG**

Die Vertretung der GbR wird nun in § 720 BGB-RegE im Rahmen von fünf Absätzen geregelt.

<sup>381</sup> Vgl. BGH, Urteil vom 29.01.2001, II ZR 331/00 (Nürnberg), NJW, 1056.

<sup>382</sup> Henssler/ Strohn *GesR/Servatius*, § 714 BGB Rn. 1.

<sup>383</sup> BeckOK BGB/*Schöne*, § 714 BGB Rn. 7.

<sup>384</sup> MüKo BGB/*Schäfer*, § 714 BGB Rn 25.

<sup>385</sup> *Bundesregierung*, 2021, Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts, <https://bit.ly/3i0IE6q>, 25.7.2021, S. 188.

Gemäß Absatz I sind zur Vertretung der Gesellschaft alle Gesellschafter:innen gemeinsam befugt, es sei denn der Gesellschaftsvertrag bestimmt etwas anderes. Die Akzessorietät zwischen Vertretung und Geschäftsführung wurde somit aufgehoben. Unabhängig von der Geschäftsführung bildet folglich die Gesamtvertretungsbefugnis weiterhin den gesetzlichen Grundfall.

Die gegenseitige Ermächtigung zur Vornahme bestimmter Geschäfte oder bestimmter Arten von Geschäften ist innerhalb der Gesamtvertretungsbefugten möglich (§ 720 II BGB-RegE). Der/die ermächtigte Gesamtvertreter:in ist dadurch in der Lage für alle Gesamtvertreter:innen zu handeln und die Gesellschaft wirksam organschaftlich zu vertreten.<sup>386</sup> Die Regelung des Absatz II ist dem geltenden § 125 II 2 HGB nachgebildet.<sup>387</sup>

Grundsätzlich erstreckt sich die Vertretungsbefugnis der Gesellschafter:innen auf alle Geschäfte der Gesellschaft (§ 720 III 1 BGB-RegE). Eine Beschränkung der Vertretungsmacht gegenüber Dritten soll, entgegen der Empfehlung des 71. Deutschen Juristentages<sup>388</sup>, nicht möglich sein (§ 720 III 2 BGB-RegE).

Muss gegenüber der Gesellschaft eine Willenserklärung abgegeben werden, so ist die Abgabe gegenüber einem der Vertretungsbefugten ausreichend (§ 720 V BGB-RegE). Die Regelung ist dem § 125 II 3 HGB nachempfunden.

Verhält sich ein:e Gesellschafter:in pflichtwidrig und liegt ein wichtiger Grund vor, so kann ihm/ihr sowohl seine/ihre Vertretungs- als auch Geschäftsführungsbefugnis im Zweifel teilweise oder vollständig entzogen werden (§§ 720 IV, 715 V BGB-RegE).

### 3. Bewertung

Zunächst ist die Unterbringung aller Vertretungsregelungen innerhalb eines Paragraphens zu begrüßen. Wie bereits im Fall der Geschäftsführungsregelungen schafft die Anordnung Übersichtlichkeit im Recht der GbR. Die Wahl einer Gesamtbefugnis als gesetzlicher Grundfall wurde bereits im Rahmen der Geschäftsführung diskutiert, darauf kann auch für die Vertretung verwiesen werden (siehe *Kapitel F.I.3*).

Dadurch, dass sich die Gesamtvertreter:innen gegenseitig ermächtigen können gewisse Geschäfte allein durchzuführen, beziehungsweise für alle Gesamtvertreter:innen handeln zu können (§ 720 II BGB-RegE), wird der Gesamtvertretung ein größeres Maß an Flexibilität verliehen. Zudem wird der Grundsatz der Höchstpersönlichkeit für die organschaftliche Vertretung gelockert.<sup>389</sup>

Diese Form der Vertretung ähnelt in gewisser Weise einer Einzelvertretung mit beschränkter Befugnis, die laut Entwurf unwirksam wäre. Bei der Einzelgeschäftsführungs- bzw. der Einzelvertretungsbefugnis sind mehrere Gesellschafter:innen zur Geschäftsführung oder Vertretung befugt, jedoch dürfen alle Befugten allein handeln (§ 711 BGB). Wichtig ist daher zu überprüfen, dass die Ermächtigungen nicht zu weitläufig ausgestaltet werden.

Fraglich ist, ob eine Eintragung dieser Ermächtigungen ins Gesellschaftsregister sinnvoll wäre. Der Nachweis einer vorliegenden Ermächtigung wäre erleichtert, da das geplante Gesellschaftsregister grundsätzlich für jeden einsehbar ist. Dennoch ist zu beachten, dass

<sup>386</sup> Bundesregierung, 2021, Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts, <https://bit.ly/3i0IE6q>, 25.7.2021, S. 188.

<sup>387</sup> Bundesregierung, 2021, Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts, <https://bit.ly/3i0IE6q>, 25.7.2021, S. 187.

<sup>388</sup> *Ständige Deputation des Deutschen Juristentags*, Verhandlungen des 71. Deutschen Juristentages Band II/2 Sitzungsberichte (Diskussion und Beschlussfassung), S. 0221.

<sup>389</sup> Bundesregierung, 2021, Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts, <https://bit.ly/3i0IE6q>, 25.7.2021, S. 188.

genannte Ermächtigungen sich schneller, unkomplizierter und öfter ändern (können) als das Grundkonzept der Vertretung der Gesellschaft. Der Aufwand der Eintragungen und Löschungen wäre demnach im Vergleich deutlich erhöht und nimmt der Gesellschaft dadurch die gerade geschaffene Flexibilität. Wie der Regierungsentwurf richtigerweise ausführt, ist durch den gesetzlich nicht definierten Umfang und die Individualität einer solchen Ermächtigung die Übersichtlichkeit des Registers gefährdet<sup>390</sup>, da für die Zweckerreichung der Geltungsbereich der Ermächtigung ausführlich dargelegt werden müsste. Von einer Eintragung(-spflicht) der Ermächtigung im Gesellschaftsregister ist demnach abzusehen.

Die wohl am kontroversesten diskutierte Frage im Rahmen der Vertretung ist, ob die Vertretungsmacht im Außenverhältnis beschränkbar sein soll.<sup>391</sup> Wie bereits ausgeführt, haben sich die Entwurfsentwickler:innen gegen eine solche Möglichkeit der beschränkten Vertretungsmacht entschieden (§ 720 III 2 BGB-RegE) und sind folglich nicht der Empfehlung des Deutschen Juristentags gefolgt.<sup>392</sup> Begründet wird dies damit, dass es den Vertragspartnern und Vertragspartnerinnen der GbR nicht zuzumuten sei, bei jedem Geschäft mit einer GbR das Ausmaß der Vertretungsbefugnis der gegenüberstehenden Person zu überprüfen.<sup>393</sup> Wie der *Deutsche Anwaltverein* jedoch richtig ausführt, hat das vorliegende Argument seine Schwächen.<sup>394</sup> Insofern der gesetzliche Grundfall einer Gesamtvertretung vorliegt, wovon der/die Vertragspartner:in zunächst bei keiner anderweitigen Information ausgehen muss, ist er/sie immer in der Position, gerade bei einer nicht eingetragenen GbR, die Gesellschafterverhältnisse genau zu überprüfen.<sup>395</sup> Wenn er/sie sich der Wirksamkeit des Geschäftes sicher sein will, muss stets klar sein wie viele Gesellschafter:innen der Gesellschaft angehören. Sobald nur ein:e Gesellschafter:in auftritt, muss zudem überprüft werden, ob diese:r gegebenenfalls einzelvertretungsbefugt ist oder eine Zustimmung oder Ermächtigung der Mitvertretungsbefugten vorliegt.<sup>396</sup> Eine "Informationspflicht" obliegt dem/der Vertragspartner:in demnach ohnehin.<sup>397</sup> Durch die Einführung des Gesellschaftsregisters wird dieser Prozess zudem im Vergleich zur aktuellen Rechtslage zusätzlich erleichtert.

Dennoch muss eine Differenzierung vorgenommen werden, denn die Unterscheidung, ob eine Gesellschaft nach dem Konzept der Gesamt- oder Einzelbefugnis operiert, fällt weitaus leichter als die exakten Zuständigkeitsgebiete eines beschränkten Einzelvertreters/ einer beschränkten Einzelvertreterin ausfindig zu machen. Darüber hinaus mag der Umfang der Vertretungsmacht nicht immer eindeutig sein.<sup>398</sup> Ob ein gewisses Geschäft umfasst ist, wird vielfach zweifelhaft sein, insbesondere wenn es sich um unerfahrene GbR-Gesellschafter:innen oder Vertragspartner:innen handelt. Dadurch dass die Vertretungsverhältnisse und damit auch die Beschränkungen nach aktueller Rechtslage kaum nachvollziehbar sind<sup>399</sup> und durch die Reform gerade eine Verbesserung der Transparenz stattfinden soll, muss die Möglichkeit einer beschränkbaren Vertretungsmacht zumindest für die nicht eingetragene GbR ausscheiden.

<sup>390</sup> *Bundesregierung*, 2021, Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts, <https://bit.ly/3i0IE6q>, 25.7.2021, S. 188.

<sup>391</sup> Exemplarisch genannt seien: *Deutscher Anwaltverein*, NZG 2020, 1133 (1139); *Fleischer*, ZGR-Sonderheft 23 2020, 1 (23); *Geibel*, ZRP 2020, 137 (139); *Lieder*, ZGR-Sonderheft 23 2020, 169 (185 ff.); *Wertenbruch*, NZG 2019, 407 (411 ff.).

<sup>392</sup> *Ständige Deputation des Deutschen Juristentags*, Verhandlungen des 71. Deutschen Juristentages Band II/2 Sitzungsberichte (Diskussion und Beschlussfassung), S. 0221.

<sup>393</sup> *Bundesregierung*, 2021, Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts, <https://bit.ly/3i0IE6q>, 25.7.2021, S. 188.

<sup>394</sup> *Deutscher Anwaltverein*, NZG 2020, 1133 (1139).

<sup>395</sup> *Deutscher Anwaltverein*, NZG 2020, 1133 (1139).

<sup>396</sup> *Deutscher Anwaltverein*, NZG 2020, 1133 (1139).

<sup>397</sup> *Deutscher Anwaltverein*, NZG 2020, 1133 (1139).

<sup>398</sup> *Wertenbruch*, NZG 2019, 407 (412).

<sup>399</sup> *Wertenbruch*, NZG 2019, 407 (412).

Selbst mit Eintragung ins Gesellschaftsregister ist eine Beschränkung weiterhin nur schwer nachvollziehbar, wodurch bei genauen Überprüfungen ebenfalls viel Zeit verloren gehen würde und somit Kosten entstehen.<sup>400</sup> Im Übrigen würde das Gesellschaftsregister an Übersichtlichkeit verlieren<sup>401</sup>, obwohl die Beschränkungsmöglichkeit durch Eintragung sicherlich einen Anreiz zur Eintragung bieten würde. Diese wäre aus Transparenzgründen für den Rechtsverkehr wünschenswert, dennoch bietet das Gesellschaftsregister bereits ausreichend viele Registrierungsanreize (siehe *Kapitel D.III.1.b*), sodass auch ohne die Möglichkeit der Vertretungsbeschränkung eine gewisse Registrierungsquote erreicht werden kann.

*Geibel* kritisiert zudem, dass die Gesellschafter nur bei dem Vorliegen einer Gesamtvertretung vor unbefugtem Vertreterhandeln geschützt seien.<sup>402</sup> Nach der neuen Haftungsregelung in § 721 BGB-RegE (siehe *Kapitel F.V.1*) haften die Gesellschafter nach Vereinbarung einer Einzelvertretung somit bei einer überschrittenen Befugnis unbeschränkt und persönlich, was laut *Geibel* für eine Handelsgesellschaft legitim, für die GbR jedoch je nach Erscheinungsform überschießend sei.<sup>403</sup> Besonders für Gelegenheitsgesellschaften und Gesellschaften, die sich ihrer Rechtsfähigkeit nicht bewusst sind, sei dies problematisch.<sup>404</sup>

Dagegen ist jedoch einzuwenden, dass speziell diese Gesellschaften in der Regel dem gesetzlichen Grundmodell der Gesamtvertretung folgen. Insofern die Gesellschafter:innen dazu in der Lage sind einen ordentlichen Gesellschaftsvertrag mit ausdifferenzierten Vertretungsregelungen (zum Beispiel Einzelbefugnis) zu schließen, müssen sie sich im Zweifel auch der Konsequenzen bewusst sein. Die Gesamtvertretung bietet folglich einen ausreichenden Schutz.

Der Entwurf ergänzt, dass die Unbeschränkbarkeit der Vertretungsbefugnis zudem ein allgemeines Prinzip des Gesellschaftsrechts darstelle, da sowohl in der OHG (§ 126 II HGB), Aktiengesellschaft (§ 82 I AktG), GmbH (§ 37 II GmbHG, als auch in der Genossenschaft (§ 27 II GenG) eine derartige Beschränkung gesetzlich unzulässig ist.<sup>405</sup> Dass dies in der GbR nun genauso geregelt werden soll, fördert dementsprechend ein harmonisches Gesellschaftssystem.

Eine Ausnahme bildet vorliegend der Verein, da die Vertretungsbefugnis seines Vorstandes gemäß § 26 I 3 BGB beschränkt werden kann.<sup>406</sup> Der Unterschied zur GbR ist jedoch, dass in ihrem gesetzlichen Grundfall eine Gesamtvertretungsbefugnis gilt, während aufgrund der teilweise sehr hohen und wechselnden Mitgliederanzahl in Vereinen eine Gesamtvertretung nicht praktikabel wäre. Wie bereits thematisiert ist die GbR dadurch im Vergleich zum Verein ausreichend geschützt.

Die Regelungen zur Vertretung der GbR verdienen demnach insgesamt Zustimmung.

## **V. Unbeschränkte Haftung nach dem Vorbild des § 128 HGB**

### **1. Aktuelle Rechtslage**

Bei der eigentlichen Konzeption der GbR als nicht rechtsfähige Innen- und Gelegenheitsgesellschaft, stellte sich nicht die Frage nach einer Haftung der Gesellschafter:innen. Erkennt man jedoch die Rechtsfähigkeit der Außen-GbR an, ist zu überlegen wie eine solche

<sup>400</sup> *Wertenbruch*, NZG 2019, 407 (412).

<sup>401</sup> *Wertenbruch*, NZG 2019, 407 (412).

<sup>402</sup> *Geibel*, ZRP 2020, 137 (139).

<sup>403</sup> *Geibel*, ZRP 2020, 137 (139).

<sup>404</sup> *Geibel*, ZRP 2020, 137 (139).

<sup>405</sup> *Bundesregierung*, 2021, Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts, <https://bit.ly/3i0IE6q>, 25.7.2021, S. 188; *Wertenbruch*, NZG 2019, 407 (412).

<sup>406</sup> *Wertenbruch*, NZG 2019, 407 (411).

Haftung der Gesellschafter:innen für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft ausgestaltet sein soll und wie sie ohne passende gesetzliche Regelungen zu begründen ist.<sup>407</sup>

Lange Zeit war dabei die sogenannte Doppelverpflichtungslehre vorherrschend.<sup>408</sup> Danach wird angenommen, dass der/die handelnde Geschäftsführer:in gleichzeitig als Vertreter:in für die GbR und für die jeweils einzelnen Gesellschafter:innen auftritt, sodass sowohl die Gesellschaft als auch die Gesellschafter:innen verpflichtet werden.<sup>409</sup> Aus einem Rechtsgeschäft resultiert folglich eine doppelte Verpflichtung.<sup>410</sup> Da unter anderem die Begründung der Haftung der Gesellschafter:innen für gesetzliche und Alt-Verbindlichkeiten schwer fiel, verwarf der BGH schließlich die Doppelverpflichtungslehre und ersetzte sie durch die sogenannte Akzessorietätstheorie.<sup>411</sup> Nach der Akzessorietätstheorie wird nur die rechtsfähige GbR als solche verpflichtet.<sup>412</sup> Die Gesellschafter:innen haften dann über eine analoge Anwendung von § 128 HGB akzessorisch zur Gesellschaft für ihre Verbindlichkeiten.<sup>413</sup> In Verbindung damit geht ebenso eine analoge Anwendung des § 129 HGB einher, wodurch sich der/die Gesellschafter:in auf die Einwendungen der Gesellschaft berufen kann.<sup>414</sup> Eine Beschränkung dieser Haftung durch beispielsweise ein Auftreten im Rechtsverkehr unter der Bezeichnung „Gesellschaft bürgerlichen Rechts mit beschränkter Haftung“ bzw. „GbRmbH“ ist im Übrigen laut BGH nicht möglich.<sup>415</sup> Seit dem Urteil des BGH vom 07.04.2003<sup>416</sup> steht für die Praxis zudem fest, dass ein:e in die Gesellschaft eintretender Gesellschafter bzw. eintretende Gesellschafterin analog zu § 130 HGB für alle vor seinem/ihrem Eintreten begründeten gesetzlichen und Alt-Verbindlichkeiten persönlich und als Gesamtschuldner:in mit den übrigen Gesellschaftern und Gesellschafterinnen einzustehen hat.<sup>417</sup>

## 2. Änderungen nach dem MoPeG

Die neuen Regelungen zur Gesellschafterhaftung finden sich in den §§ 721-721b BGB-RegE und sind im Wesentlichen den §§ 128-130 HGB nachgebildet. Der Normenkomplex greift somit die neuere Rechtsprechung zur unbeschränkten Gesellschafterhaftung analog zum OHG-Recht auf.<sup>418</sup> Die Regelungen gelten sowohl für die eingetragene als auch für die nicht eingetragene GbR.<sup>419</sup>

Gemäß § 721 BGB-RegE haften die Gesellschafter:innen für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft den Gläubigern und Gläubigerinnen als Gesamtschuldner:innen persönlich. Der Gesetzgeber stellt in Zuge dessen klar, dass eine entgegenstehende Vereinbarung Dritten gegenüber unwirksam ist (§721 2 BGB-RegE). Die Eintragung einer Haftungsbeschränkung im Gesellschaftsregister ist folglich nicht möglich, um über § 707a III 1 BGB-RegE in Verbindung mit § 15 II HGB an der Registerpublizität teilzunehmen.<sup>420</sup> Weiterhin möglich ist jedoch mit dem/der Gläubiger:in selbst eine haftungsbeschränkende oder -ausschließende

<sup>407</sup> Schäfer, Gesellschaftsrecht, S. 139.

<sup>408</sup> Schäfer, Gesellschaftsrecht, S. 140.

<sup>409</sup> Mock, Gesellschaftsrecht, 105 f; Schäfer, Gesellschaftsrecht, S. 140.

<sup>410</sup> Schäfer, Gesellschaftsrecht, S. 140.

<sup>411</sup> BGH, Urteil vom 29.01.2001, II ZR 331/00 (Nürnberg), NJW, 1056 (1056); Schäfer, Gesellschaftsrecht, S. 140.

<sup>412</sup> Bitter/Heim, Gesellschaftsrecht, S. 176.

<sup>413</sup> Bitter/Heim, Gesellschaftsrecht, S. 176.

<sup>414</sup> BGH, Urteil vom 03.04.2006, II ZR 40/05 (OLG Oldenburg), NZG 2006, 459 (459); Schäfer, Gesellschaftsrecht, S. 141.

<sup>415</sup> BGH, Urteil vom 27.09.1999, II ZR 371-98 (Jena), NJW 1999, 3483 (3483).

<sup>416</sup> BGH, Versäumnisurteil vom 07.04.2003, II ZR 56/02 (Hamm), NJW 2003, 1803 (1803).

<sup>417</sup> Bitter/Heim, Gesellschaftsrecht, S. 178.

<sup>418</sup> Bundesregierung, 2021, Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts, <https://bit.ly/3i0IE6q>, 25.7.2021.

<sup>419</sup> Bundesregierung, 2021, Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts, <https://bit.ly/3i0IE6q>, 25.7.2021.

<sup>420</sup> Pieronczyk, JURA - Juristische Ausbildung 43 (2021), 53 (59).

Vereinbarung zu treffen.<sup>421</sup> Inhaltlich soll die Haftung jegliche Arten von Gesellschaftsschulden umfassen, darunter zum Beispiel auch Schulden aus deliktischen Handlungen.<sup>422</sup> Eine Abkehr von den von der Rechtsprechung und dem Schrifttum bereits entwickelten Ausnahmen<sup>423</sup> etwa für Bauherrengemeinschaften, gemeinnützige Gesellschaften, Gelegenheitsgesellschaften und geschlossene Immobilienfonds bezweckt der Gesetzgeber mit der gesetzlichen Kodifikation der unbeschränkten Haftung jedoch nicht.<sup>424</sup>

§ 721b BGB-RegE regelt, dass die Gesellschafter:innen jegliche rechtsverhindernden und -vernichtenden Einwendungen und Einreden der Gesellschaft in einem gegen sie gerichteten Anspruch geltend machen können. Bisher konnten die Gesellschafter:innen die Leistung nur verweigern, wenn der Gesellschaft ein Anfechtungs- oder Aufrechnungsrecht zustand (§ 129 II, III HGB). § 721b II BGB-RegE erstreckt sich jedoch auf sämtliche Leistungsverweigerungsrechte, darunter auch Rücktritts- und Kündigungsrechte.<sup>425</sup>

§ 721a BGB-RegE ergänzt, dass § 721 und § 721b BGB-RegE auch auf eine:n in die Gesellschaft neu eintretenden Gesellschafter/ neu eintretende Gesellschafterin in dem Maße Anwendung finden, dass er oder sie auch für die vor seinem bzw. ihrem Eintritt begründeten Verbindlichkeiten haften muss. Eine entgegenstehende Vereinbarung ist hier ebenfalls unwirksam (§ 721a 2 BGB-RegE). Im Vergleich zum Wortlaut des § 130 HGB wurde die Bezugnahme auf die Firma gestrichen, da die Vorschrift auch auf nicht eingetragene Gesellschaften anzuwenden ist.<sup>426</sup>

Spiegelbildlich dazu findet sich in § 728b BGB-RegE eine Regelung zur Nachhaftung der Gesellschafter:innen nach ihrem Ausscheiden aus der Gesellschaft, welche den §§ 736 II und 160 HGB nachempfunden ist.<sup>427</sup> Für den Fristbeginn der 5-jährigen Nachhaftungsfrist (§ 728b I 1 BGB-RegE) kommt es auf den Zeitpunkt der Eintragung des Ausscheidens des Gesellschafters oder der Gesellschafterin im Gesellschaftsregister oder auf den Zeitpunkt der Kenntniserlangung des Gläubigers bzw. der Gläubigerin über das Ausscheiden des betroffenen Gesellschafters oder der betroffenen Gesellschafterin an (§ 728b I 2 BGB-RegE).

Parallel dazu verjähren die Ansprüche der Gesellschaft innerhalb von 5 Jahren nach ihrer Auflösung (§ 739 I BGB-RegE). Die Frist beginnt ebenfalls mit Eintragung des Erlöschens der Gesellschaft im Gesellschaftsregister oder wenn der/die Gläubiger:in von dem Erlöschen Kenntnis erlangt (§ 739 II BGB-RegE).

### 3. Bewertung

Teilweise kritisiert wird die allumfängliche Haftung der GbR-Gesellschafter:innen und der Ausschluss der Möglichkeit einer Haftungsbeschränkung. Angeführt wird, dass die Regelungen, insbesondere für die Gelegenheitsgesellschaft und Sonderkonstellationen der GbR, zu weitreichend oder nicht differenziert genug seien.<sup>428</sup> Dies mag vielleicht stimmen, jedoch stellte der Gesetzgeber wie bereits erwähnt klar, dass die Rechtsprechung zu Sonderkonstellationen der GbR, wie zum Beispiel der Bauherrengemeinschaft, weiterhin

<sup>421</sup> *Bundesregierung*, 2021, Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts, <https://bit.ly/3i0IE6q>, 25.7.2021, S. 190.

<sup>422</sup> *Bundesregierung*, 2021, Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts, <https://bit.ly/3i0IE6q>, 25.7.2021, S. 191 f.; *Pieronczyk*, JURA - Juristische Ausbildung 43 (2021), 53 (59).

<sup>423</sup> Vgl. BGH, Urteil vom 21.01.2002, II ZR 2/00 (Bamberg), NJW 2002, 1642; BGH, Urteil vom 21.07.2003, II ZR 387/02 (Karlsruhe), JuS 2003, 1230.

<sup>424</sup> *Bundesregierung*, 2021, Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts, <https://bit.ly/3i0IE6q>, 25.7.2021, S. 190.

<sup>425</sup> *Bundesregierung*, 2021, Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts, <https://bit.ly/3i0IE6q>, 25.7.2021, S. 194; *Heckschen/Nolting*, BB 2020, 2256 (2261).

<sup>426</sup> *Pieronczyk*, JURA - Juristische Ausbildung 43 (2021), 53 (61).

<sup>427</sup> *Pieronczyk*, JURA - Juristische Ausbildung 43 (2021), 53 (61).

<sup>428</sup> *Bachmann*, NZG 2020, 612 (616 f.); *Deutscher Anwaltverein*, NZG 2020, 1133 (1139); *Geibel*, ZRP 2020, 137 (140).

anwendbar bleiben soll. Erweise sich bei der Abwägung der Interessen von Gesellschaftsgläubigern/ Gesellschaftsgläubigerinnen und Gesellschaftern bzw. Gesellschafterinnen die unbeschränkte Gesellschafterhaftung folglich als unangemessen, so könne daher auf andere adäquate Haftungsmodelle zurückgegriffen werden, wie beispielsweise eine Haftung nach Kopfteilen oder eine anteilige Haftung (etc.).<sup>429</sup> Der Normenkomplex sei dementsprechend nicht als abschließende Regelung zu verstehen.<sup>430</sup> Dies ist auch sachgerecht, denn ein derart differenziertes Haftungssystem wäre nur schwer in den Gesetzestext integrierbar. Eine allgemeinere Kodifizierung ist daher vorzugswürdig.

Darüber hinaus verfügt die GbR im Gegensatz zu den Kapitalgesellschaften über kein Mindestkapital, das die Gläubiger:innen schützen würde und dadurch eine Haftungsbeschränkung der Gesellschafter:innen rechtfertigt.<sup>431</sup> Zudem besteht mit der Unternehmergesellschaft (UG) eine Gesellschaftsform, bei der mit bereits nur einem Euro Startkapital eine Haftungsbeschränkung möglich ist (§§ 5 II i.V.m. 5a I GmbHG). Dass die mit der UG einhergehenden Erfordernisse, wie die einer Notareteiligung, der Steuerpflichten, der Kapitalkontrolle und der Buchführung zwar für die Gesellschafter:innen teilweise lästig sind, mag zutreffen, jedoch ist dies dann der Preis, der für eine Haftungsbeschränkung gezahlt werden muss.<sup>432</sup>

Ergänzen könnte man dagegen in den §§ 728b und 739 BGB-RegE eine Höchstfrist zur Nachhaftung eines Gesellschafters oder einer Gesellschafterin nach seinem bzw. ihrem Ausscheiden oder der Auflösung der Gesellschaft. Insbesondere für nicht eingetragene GbRs birgt die positive Kenntnis der Gläubiger:innen einen unsicheren Anknüpfungspunkt für den Fristbeginn.<sup>433</sup> Denkbar wäre stattdessen auch eine grob fahrlässige Kenntnis des Gläubigers oder der Gläubigerin für ausreichend anzuerkennen oder die Nachhaftung zusätzlich endgültig, unabhängig von einer Kenntnis, auf beispielsweise 10 Jahre zu beschränken.<sup>434</sup>

## G. Fazit

Nachdem sich über ein Jahrhundert lang im Recht der Gesellschaft bürgerlichen Rechts nahezu nichts verändert hat, versetzt das Gesetz zur Modernisierung der Personengesellschaften die Vorschriften in den §§ 705 ff. schlussendlich ins neue Jahrtausend. Spätestens seit dem Urteil „ARGE Weißes Ross“<sup>435</sup> war eine Reform unabdingbar, um erneut die Praxis und Rechtsprechung mit dem geschriebenen Wort in Einklang zu bringen.

Die gesetzliche Kodifizierung der Rechtsfähigkeit und die daraus resultierenden Folgeänderungen schaffen Rechtssicherheit für die GbR, welche sich über die letzten Jahrzehnte weg von einer subsidiären Auffanggesellschaft, hin zu dem Leitbild einer auf Dauer angelegten Erwerbsgesellschaft entwickelt hat. Daneben verspricht insbesondere die Einführung des Gesellschaftsregisters einen deutlichen Fortschritt im Sinne der Nachvollziehbarkeit von Existenz und Identität der Gesellschaft gegenüber der aktuellen Rechtslage ohne jegliche Eintragungsmöglichkeit. Obwohl die Expertenkommission lediglich anderthalb Jahre zur Fertigstellung des Mauracher Entwurfs zur Verfügung hatte, ist der Entwurf sehr

<sup>429</sup> *Bundesregierung*, 2021, Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts, <https://bit.ly/3i0IE6q>, 25.7.2021, S. 190.

<sup>430</sup> *Bundesregierung*, 2021, Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts, <https://bit.ly/3i0IE6q>, 25.7.2021, S. 190 f.

<sup>431</sup> *Bundesregierung*, 2021, Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts, <https://bit.ly/3i0IE6q>, 25.7.2021, S. 191.

<sup>432</sup> *Pieronczyk*, JURA - Juristische Ausbildung 43 (2021), 53 (60).

<sup>433</sup> *Deutscher Anwaltverein*, NZG 2020, 1133 (1141).

<sup>434</sup> *Deutscher Anwaltverein*, NZG 2020, 1133 (1141).

<sup>435</sup> BGH, Urteil vom 29.01.2001, II ZR 331/00 (Nürnberg), NJW, 1056.

umfangreich gestaltet, und trägt ohne Zweifel, trotz einiger innerhalb der Bachelorarbeit herausgearbeiteter Kritikpunkte, zu einer Verbesserung der Rechtslage bei.

Fraglich ist jedoch, ob es mit mehr Freiraum und vor allem mehr Zeit nicht eine noch umfangreichere Reform gegeben hätte oder zumindest intensiver darüber diskutiert worden wäre. Im Zusammenhang mit der Reform stand ebenfalls die Überlegung im Raum das Personengesellschaftsrecht vollkommen neu auszugestalten, beispielsweise durch die Abschaffung des Kaufmannsbegriffes und die Einführung eines Unternehmensgesetzbuches nach österreichischem Vorbild.<sup>436</sup> Mit einer knappen Mehrheit lehnte der Deutsche Juristentag eine systemimmanente Reform unter der grundsätzlichen Beibehaltung der Unterscheidung zwischen GbR, den Handelsgesellschaften und der Partnerschaftsgesellschaft sogar ab.<sup>437</sup> Im Hinblick auf die vorliegenden zeitlichen Umstände wäre eine solche Systemumstellung jedoch nur schwer umsetzbar gewesen. Es ist davon auszugehen, dass bei der Setzung eines unrealistischen Ziels im Zweifel sogar die ganze Reform geplatzt wäre.

Vielmehr musste es dementsprechend darum gehen, das Vorhandene zu verbessern als es tatsächlich vollkommen neu zu erfinden. Dies geht auch aus den Verhandlungen der eingesetzten Expertenkommission hervor, welche sich bereits in der ersten Sitzung einstimmig, nicht zuletzt aus zeitlichen Gründen, gegen die Etablierung eines neu zu entwickelnden Unternehmerbegriffs nach österreichischem Vorbild entschied.<sup>438</sup>

---

<sup>436</sup> Schäfer, *Empfiehl sich eine grundlegende Reform des Personengesellschaftsrechts?*, S. E 31 ff; Ausführlich zur Reform des österreichischen Gesellschaftsrechts: *Fleischer/Heinrich/Pendl*, NZG 2016, 1001.

<sup>437</sup> *Ständige Deputation des Deutschen Juristentags*, Verhandlungen des 71. Deutschen Juristentages Band II/2 Sitzungsberichte (Diskussion und Beschlussfassung), S. O 219.

<sup>438</sup> *Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz*, 2020, Bericht über die Tätigkeit und den Gesetzentwurf der vom Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz eingesetzten Expertenkommission für die Modernisierung des Personengesellschaftsrechts, <https://bit.ly/3iJ0dWA>, 8.5.2021, S. 7.

## Literaturverzeichnis

- Altmeyden, Holger*, Kritischer Zwischenruf zum „Mauracher Entwurf“, NZG 2020, S. 822.
- Armbrüster, Christian*, Außen und Innengesellschaft, in: Modernisierung des Personengesellschaftsrechts, Der Mauracher Entwurf in der Fachdiskussion, hrsg. von Alfred Bergmann u.a., Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht/ZGR - Sonderheft 23, Berlin, Boston 2020, 143-163.
- Bachmann, Gregor*, Zum Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts (MoPeG), NZG 2020, S. 612.
- Beck'sche Online Kommentare Bürgerliches Gesetzbuch, 57. Aufl., 2021, München, C.H.Beck (zit.: BeckOK BGB/Eckert, Schöne).
- Bengel, Manfred*, Die Notgeschäftsführung bei der Gesellschaft bürgerlichen Rechts und bei der Erbengemeinschaft, ZEV 2002, S. 484.
- Bergmann u.a., Alfred* (Hrsg.), Modernisierung des Personengesellschaftsrechts, Der Mauracher Entwurf in der Fachdiskussion, Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht/ZGR - Sonderheft 23, Berlin, Boston 2020.
- Bitter, Georg/Heim, Sebastian*: Gesellschaftsrecht, 4. Aufl., Vahlen Jura Lehr- und Fallbuch, Franz Vahlen, München 2018.
- Bochmann, Christian*, Vom Mauracher Entwurf zum Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz, BLJ 2020, S. 71.
- Bochmann, Christian*, Gesellschafterwechsel, Ausscheiden und Auflösung im Mauracher Entwurf, in: Modernisierung des Personengesellschaftsrechts, Der Mauracher Entwurf in der Fachdiskussion, hrsg. von Alfred Bergmann u.a., Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht/ZGR - Sonderheft 23, Berlin, Boston 2020, 221 ff.
- Deutscher Anwaltverein*, Stellungnahme durch den Ausschuss Handelsrecht unter Mitwirkung der Ausschüsse Anwaltsnotariat und Berufsrecht zum Mauracher Entwurf für ein Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts (MoPeG), NZG 2020, S. 1133.
- Drescher, Ingo*, Beschlussmängelrecht, in: Modernisierung des Personengesellschaftsrechts, Der Mauracher Entwurf in der Fachdiskussion, hrsg. von Alfred Bergmann u.a., Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht/ZGR - Sonderheft 23, Berlin, Boston 2020, 115-136.
- Fleischer, Holger*, Annäherungen an den Mauracher Entwurf für ein Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts, in: Modernisierung des Personengesellschaftsrechts, Der Mauracher Entwurf in der Fachdiskussion, hrsg. von Alfred Bergmann u.a., Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht/ZGR - Sonderheft 23, Berlin, Boston 2020, 1 ff.
- Fleischer, Holger*, Ein Rundflug über das OHG-Recht im Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts, BB 2021, S. 386.
- Fleischer, Holger*, Ein Rundgang durch den Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts, DStR 2021, S. 430.
- Fleischer, Holger/Harzmeier, Lars*, Die actio pro socio im Personengesellschaftsrecht, ZGR 2017, S. 239.

- Fleischer, Holger/Heinrich, Elke/Pendl, Matthias*, Reform der österreichischen Gesellschaft bürgerlichen Rechts – ein Vorbild für Deutschland?, NZG 2016, S. 1001.
- Geibel, Stefan*, Mauracher Entwurf zum Personengesellschaftsrecht, Ein Gesetzgebungsvorschlag mit gewissen Widersprüchen, ZRP 2020, S. 137.
- Gesellschaftsrecht, BGB, PartGG, HGB, GmbHG, AktG, DCGK, GenG, UmwG, InsO, AnfG, IntGesR, Beck'sche Kurz-Kommentare, Band 62, 5. Aufl., 2021, München, C.H.Beck (zit.: Henssler/ Strohn GesR/*Servatius*).
- Grunewald, Barbara*: Gesellschaftsrecht, 11. Aufl., Mohr Siebeck Lehrbuch, Mohr Siebeck, Tübingen 2020.
- Heckschen, Heribert*, Nächster Schritt zur Reform des Personengesellschaftsrechts genommen – Referentenentwurf zum MoPeG vorgestellt, GWR 2021, S. 1.
- Heckschen, Heribert*, Der so genannte „Mauracher Entwurf“ – ein positiver Schritt zur Reform des Personengesellschaftsrechts, NZG 2020, S. 761.
- Heckschen, Heribert/Nolting, Ekkehard*, Reform des Personengesellschaftsrechts – Berichtigungsbedarf bei Teilfragen, BB 2020, S. 2256.
- Herrler, Sebastian*, Das neue Gesellschaftsregister, in: Modernisierung des Personengesellschaftsrechts, Der Mauracher Entwurf in der Fachdiskussion, hrsg. von Alfred Bergmann u.a., Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht/ZGR - Sonderheft 23, Berlin, Boston 2020, 39-78.
- Hippeli, Michael*, Zur Rechtsfigur der actio pro societate – Anerkennung der kleinen Schwester der actio pro socio, GWR 2018, S. 61.
- Hippeli, Michael*, Zur avisierten Reform des Personengesellschaftsrechts, DZWIR 2020, S. 386.
- Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, 2013, Tübingen, Mohr Siebeck (zit.: HKK-BGB/*Lepsius*).
- Knaier, Ralf*, Bericht über die Diskussion, in: Modernisierung des Personengesellschaftsrechts, Der Mauracher Entwurf in der Fachdiskussion, hrsg. von Alfred Bergmann u.a., Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht/ZGR - Sonderheft 23, Berlin, Boston 2020, 79 ff.
- Lieder, Jan*, Geschäftsführung und Vertretung im modernisierten Personengesellschaftsrecht, in: Modernisierung des Personengesellschaftsrechts, Der Mauracher Entwurf in der Fachdiskussion, hrsg. von Alfred Bergmann u.a., Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht/ZGR - Sonderheft 23, Berlin, Boston 2020, 169 ff.
- Lieder, Jan*, Modernisierung des Personengesellschaftsrechts, Der Regierungsentwurf des MoPeG in der rechtspolitischen Analyse, ZRP 2021, S. 34.
- Mock, Sebastian*: Gesellschaftsrecht, Grundlagen, Recht der Personengesellschaften, Grundzüge des Kapitalgesellschaftsrechts, 2. Aufl., Lernbücher Jura, C.H. Beck, München 2019.
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 8. Aufl., 2020, München, C.H.Beck (zit.: MüKo BGB/*Schäfer*).
- Noack, Max*, Von Maurach in die Welt – Der Gesetzentwurf der Expertenkommission zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts im Überblick, NZG 2020, S. 581.

- Oertzen, Christian/Reich Manfred*, Auswirkungen des Regierungsentwurfs zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts auf das Erbschaft- und Schenkungsteuerrecht, ZEV 2021, S. 215.
- Otte-Gräbener, Sabine*, Umfassende Modernisierung des Personengesellschaftsrechts – Entwurf der Expertenkommission, BB 2020, S. 1295.
- Pieronczyk, Marc-Christian*, Der »Mauracher Entwurf« zur Reform des Personengesellschaftsrechts – worauf Studenten und Referendare vorbereitet sein müssen, JURA - Juristische Ausbildung 43 (2021), S. 53.
- Reymann, Christoph*, Die GbR im Grundbuch – Auf dem Weg vom ERVGBG zum sog. MoPeG, DNotZ 2021, S. 103.
- Saenger, Ingo*: Gesellschaftsrecht, 5. Aufl., Academia Iuris Lehrbücher der Rechtswissenschaft, Verlag Franz Vahlen, München 2020.
- Schäfer, Carsten*: Empfiehlt sich eine grundlegende Reform des Personengesellschaftsrechts?, Gutachten E zum 71. Deutschen Juristentag, Verhandlungen des 71. Deutschen Juristentages Gutachten, Band Teil E, Verlag C.H. Beck, München 2016.
- Schäfer, Carsten*: Gesellschaftsrecht, 5. Aufl., Grundrisse des Rechts, C.H. Beck, München 2018.
- Schirmmayer, Carsten*, Notgeschäftsführung in der Personengesellschaft, NJW 2018, S. 3348.
- Schollmeyer, Eberhard*, Fünf Ziele und ein Weg, Der Regierungsentwurf für das MoPeG liegt vor, NZG 2021, S. 129.
- Scholz, Philipp*, Der Grundsatz der Selbstorganschaft in der Reform des Personengesellschaftsrechts, Ein Vorschlag für die Zulassung fremdorganschaftlicher Strukturen auf Grundlage des „Mauracher Entwurfs“ 2020, S. 1044.
- Schulze, Jörn-Christian/Schlütter-Lückel, Carolin*, Mauracher Entwurf zur Reform des Personengesellschaftsrechts - ein Überblick, jurisPR-HaGesR 2020.
- Ständige Deputation des Deutschen Juristentags*: Verhandlungen des 71. Deutschen Juristentages Band II/2 Sitzungsberichte (Diskussion und Beschlussfassung), Essen 2016, Verlag C.H. Beck, München 2017.
- Storz, Johanna*, Der Mauracher Entwurf für ein Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts (MoPeG), GWR 2020, S. 257.
- Storz, Johanna*, Der Referentenentwurf für ein Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts – Ein Überblick über die Änderungen und Ergänzungen zum Mauracher Entwurf, GWR 2021, S. 5.
- Tröger, Tobias/Happ, Benedikt*, Unzulängliche Institutionenbildung im Beschlussmängelrecht der Personengesellschaft, NZG 2021, S. 133.
- Wertenbruch, Johannes*, Die Vertretung der GbR in der Reform des Personengesellschaftsrechts, NZG 2019, S. 407.
- Wicke, Hartmut*, Mehrheitsklauseln und unentziehbare Rechte nach Rechtsprechung und MoPeG, Zugleich Anmerkung zu BGH, Urteil vom 13.10.2020, II ZR 359/18, Mitt-BayNot 2021, S. 103.

# Befristung von Arbeitsverhältnissen – Rechtliche Rahmenbedingungen und arbeits- marktpolitische Chancen und Risiken

Bachelorarbeit

an der

FH Aachen  
Fachbereich Wirtschaftswissenschaften  
Wirtschaftsrecht (LL.B.)  
Erstprüfer: Herr Prof. Dr. Klaus Olbertz  
Abgabedatum: 24. Juli 2021

vorgelegt von

Franziska Gotzens  
aus Aachen

## Abstract

Befristete Arbeitsverhältnisse stellen einen festen Bestandteil des Arbeitsmarktes dar, wobei sie insbesondere im Bereich der Neueinstellungen häufig anzutreffen sind. Allerdings bringt der Abschluss von befristeten Arbeitsverhältnissen eine Vielzahl von Herausforderungen für den Arbeitgeber mit sich, worunter u. a. die Kettenbefristung sowie das Vorbeschäftigungsverbot fallen. Werden die Herausforderungen der Befristung nicht ausreichend berücksichtigt, kann dies dazu führen, dass die Befristung rechtsunwirksam ist. Dies hat gemäß § 16 TzBfG wiederum eine Entfristung des Arbeitsvertrags zur Folge, wodurch das befristete Arbeitsverhältnis als unbefristetes Arbeitsverhältnis gilt.

Zur Vermeidung einer solchen Entfristung ist es erforderlich, dass die Arbeitgeberposition mit den zu beachtenden Besonderheiten von Befristungen vertraut ist. Demzufolge verfolgt die vorliegende Abschlussarbeit, unter dem Thema „Befristung von Arbeitsverhältnissen – Rechtliche Rahmenbedingungen und arbeitsmarktpolitische Chancen und Risiken“ verfasst von Franziska Gotzens, das Ziel, Arbeitgebern hinsichtlich des Abschlusses von befristeten Arbeitsverhältnissen einen Überblick zu verschaffen. Angesichts dessen werden die verschiedenen Befristungsmöglichkeiten und ihre Anwendungsvoraussetzungen herausgearbeitet sowie die mit Befristungen einhergehenden Problemstellungen thematisiert.

Hinsichtlich der Zielsetzung, Arbeitgebern bezüglich befristeter Arbeitsverhältnisse einen Überblick zu verschaffen, wird das Thema der Befristung mit statistischen Erkenntnissen und der Herausstellung der arbeitsmarktpolitischen Bedeutsamkeit von befristeten Arbeitsverhältnissen eingeleitet. Anschließend werden die rechtlichen Rahmenbedingungen von Befristungen ausgeführt, wobei insbesondere auf die Befristung mit Sachgrund gemäß § 14 Abs. 1 TzBfG als auch auf die sachgrundlose Befristung i. S. d. § 14 Abs. 2 TzBfG eingegangen wird. Die Ausführungen zu dieser Thematik basieren auf einer rein literarischen Untersuchung.

Aus den Untersuchungen wird ersichtlich, dass dem Arbeitgeber durch den Abschluss befristeter Arbeitsverhältnisse diverse Vorteile zugutekommen. Dazu zählt u. a. die Tatsache, dass befristete Arbeitsverträge mit Ablauf der Befristung ohne Ausspruch einer Kündigung enden, sodass die Kündigungsvorschriften in diesen Fällen nicht zum Tragen kommen. Problematisch ist jedoch das in § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG enthaltene Vorbeschäftigungsverbot, dessen Tragweite noch einige Unklarheiten aufweist. Folglich ist den Arbeitgebern zu raten, sich bereits bei Vertragsanbahnung fachliche Unterstützung einzuholen, um die Rechtsunwirksamkeit der Befristung zu vermeiden.

## Inhaltsverzeichnis

|  |    |
|--|----|
| Abkürzungsverzeichnis .....  | V  |
| A. Einleitung .....  | 1  |
| B. Arbeitsmarktpolitische Chancen und Risiken befristeter Arbeitsverhältnisse.....                     | 2  |
| I. Statistische Erkenntnisse zur Befristungshäufigkeit.....  | 2  |
| II. Arbeitsmarktpolitische Chancen .....   | 4  |
| III. Arbeitsmarktpolitische Risiken .....  | 5  |
| IV. Fazit .....  | 6  |
| C. Rechtliche Rahmenbedingungen befristeter Arbeitsverhältnisse .....                                  | 6  |
| I. Tatsächlicher und verfassungsrechtlicher Hintergrund befristeter Arbeitsverträge ....               | 6  |
| 1. Widerstreitende grundrechtlich geschützte Interessen .....  | 6  |
| a) Grundsatz der Vertragsfreiheit .....  | 7  |
| b) Kollision von grundrechtlich geschützten Arbeitgeber- und<br>Arbitnehmerinteressen .....            | 7  |
| c) Angemessen ausgestalteter Befristungsschutz.....  | 7  |
| II. Entwicklung des Befristungsrechts.....   | 8  |
| III. Allgemeine Vorschriften des Teilzeit- und Befristungsgesetzes .....                               | 10 |
| IV. Befristung mit sachlichem Grund nach § 14 Abs. 1 TzBfG .....                                       | 11 |
| 1. Gesetzlich geregelte Befristungsgründe .....  | 11 |
| a) § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 TzBfG: Vorübergehender betrieblicher Bedarf.....                           | 11 |
| b) § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 TzBfG: Befristung im Anschluss an eine Ausbildung<br>oder ein Studium..... | 12 |
| c) § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 TzBfG: Vertretung eines anderen Arbeitnehmers.....                         | 13 |
| d) § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 TzBfG: Eigenart der Arbeitsleistung .....                                  | 14 |
| e) § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 5 TzBfG: Befristung zur Erprobung .....                                      | 16 |
| f) § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 6 TzBfG: In der Person des Arbeitnehmers liegende<br>Gründe .....            | 16 |
| g) § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 7 TzBfG: Arbeitnehmer wird aus Haushaltsmitteln<br>vergütet .....            | 17 |
| h) § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 8 TzBfG: Befristung beruht auf einem gerichtlichen<br>Vergleich .....        | 19 |
| 2. Sonstige sachliche Gründe i. S. v. § 14 Abs. 1 Satz 1 TzBfG.....                                    | 19 |
| 3. Abweichende tarifvertragliche Regelungen .....  | 20 |
| 4. Kettenbefristungen .....  | 20 |
| 6. Auflösende Bedingung .....  | 22 |
| V. Befristung ohne sachlichen Grund nach § 14 Abs. 2 TzBfG .....                                       | 23 |

|  |    |
|--|----|
| 1. Grundsätze .....  | 23 |
| 2. Vorbeschäftigungsverbot .....                                     | 24 |
| 3. Existenzgründerprivileg .....                                     | 27 |
| 4. Sachgrundlose Befristung mit älteren Arbeitnehmern .....          | 28 |
| 5. Abweichende tarifvertragliche Regelungen .....                    | 30 |
| VI. Sonderfälle der Befristung .....                                 | 31 |
| 1. Probearbeitsverhältnis .....                                      | 31 |
| 2. Berufsausbildungsverhältnis .....                                 | 33 |
| 3. Mutterschutz und Elternzeit .....                                 | 35 |
| 4. Befristete Arbeitsverträge mit Leiharbeitnehmern .....            | 37 |
| 5. Befristung nach dem Wissenschaftszeitvertragsgesetz .....         | 38 |
| 6. Befristung von Ärzten in der Weiterbildung .....                  | 41 |
| VII. Rechtsfolgen bei rechtswirksamer/ -unwirksamer Befristung ..... | 43 |
| 1. Rechtsfolge bei rechtsunwirksamer Befristung .....                | 43 |
| 2. Rechtsfolge bei rechtswirksamer Befristung .....                  | 44 |
| IX. Beteiligungsrechte des Betriebsrats .....                        | 47 |
| X. Entfristungsklage .....   | 48 |
| D. Fazit .....   | 50 |
| Literaturverzeichnis .....   | VI |

## Abkürzungsverzeichnis

|          |                              |
|----------|------------------------------|
| aF       | alte Fassung                 |
| Alt.     | Alternative                  |
| Arg. ex  | argumentum ex (Argument aus) |
| Et al.   | und andere                   |
| h. M.    | herrschende Meinung          |
| Hs.      | Halbsatz                     |
| i. d. R. | in der Regel                 |
| i. H. v. | in Höhe von                  |
| i. S. d. | im Sinne des                 |
| i. V. m. | in Verbindung mit            |
| StRspr   | ständige Rechtsprechung      |
| u. a.    | unter anderem                |

## A. Einleitung

Grundsätzlich können Arbeitgeber und Arbeitnehmer frei entscheiden, ob sie überhaupt einen Arbeitsvertrag miteinander eingehen (Abschlussfreiheit), wie sie diesen Arbeitsvertrag inhaltlich ausgestalten (Gestaltungsfreiheit) und in welcher Form sie den Arbeitsvertrag abschließen.<sup>1</sup> Grundlage für diese Berechtigungen bildet die in §§ 241 Abs. 2, 311 Abs. 1 BGB normierte Vertragsfreiheit<sup>2</sup> und die Privatautonomie, welche in Art. 12 Abs. 1, Art. 2 Abs. 1 GG verfassungsrechtlich verankert sind.<sup>3</sup> Sodann können die Arbeitsvertragsparteien anstatt unbefristeter Arbeitsverträge auch befristete Arbeitsverträge abschließen.<sup>4</sup> Allerdings gilt die Vertragsfreiheit nicht ausnahmslos, sondern findet gemäß § 105 Satz 1 GewO ihre Grenzen in entgegenstehenden zwingenden gesetzlichen Regelungen, anwendbaren Tarifverträgen, Betriebsvereinbarungen oder Rechtsprechungen. Für die Regelung von befristeten Arbeitsverhältnissen sind gemäß § 620 Abs. 1 i. V. m. Abs. 3 BGB die Vorschriften des Teilzeit- und Befristungsgesetzes (TzBfG) maßgeblich.<sup>5</sup>

Nach der Legaldefinition des § 3 Abs. 1 Satz 1 TzBfG liegt ein befristetes Arbeitsverhältnis vor, wenn es für eine bestimmte Zeitdauer geschlossen wurde und nach Ablauf dieser Zeit automatisch endet, ohne dass es den Ausspruch einer Kündigung bedarf.<sup>6</sup> Demzufolge sind die Kündigungsschutzbestimmungen auf befristete Arbeitsverhältnisse grundsätzlich nicht anzuwenden.<sup>7</sup> Das Gesetz differenziert gemäß § 3 Abs. 1 Satz 2 TzBfG zwischen Zeit- und Zweckbefristungen. Die Differenzierung zwischen den beiden Befristungsformen ist von ausschlaggebender Bedeutung, da nicht alle Regelungen des TzBfG sowohl für zeit- als auch für zweckbefristete Arbeitsverhältnisse gelten.<sup>8</sup> Zugleich sind i. V. m. § 21 TzBfG zahlreiche Vorschriften auf auflösend bedingt geschlossene Arbeitsverhältnisse anwendbar. Des Weiteren bezieht sich das TzBfG nicht auf die Befristung einzelner Vertragsbedingungen, wie z. B. die Befristung von veränderten Arbeitszeiten.<sup>9</sup>

Das Ziel der vorliegenden Abschlussarbeit ist es, Arbeitgebern einen Überblick hinsichtlich des Abschlusses von befristeten Arbeitsverhältnissen zu vermitteln. Angesichts dessen werden u. a. die verschiedenen Befristungsmöglichkeiten aufgezeigt und gleichzeitig wird auf die Anwendungsvoraussetzungen der jeweiligen Befristungen hingewiesen, als auch auf die mit Befristungen einhergehenden Problemstellungen aufmerksam macht. Aus diesem Grund ist die Abschlussarbeit arbeitgebernah ausgestaltet und orientiert sich besonders an den Interessen der Unternehmen.

Die vorliegende Arbeit basiert auf einer rein literarischen Untersuchung und ist in zwei Kapitel aufgliedert. Im ersten Kapitel wird zunächst die arbeitsmarktpolitische Bedeutung von befristeten Arbeitsverhältnissen durch die Erschließung statistischer Daten zur Befristungshäufigkeit verdeutlicht und es werden die positiven sowie negativen Auswirkungen herausgestellt, die sich durch den Abschluss eines befristeten Arbeitsvertrags für Arbeitgeber und Arbeitnehmer ergeben. Das zweite Kapitel dieser Arbeit befasst sich mit den rechtlichen Rahmenbedingungen befristeter Arbeitsverhältnisse. Dieses Kapitel macht den

<sup>1</sup> Schaub/Linck, Arbeitsrechts-Handbuch, §31 Rn. 2.

<sup>2</sup> Moll/Bengelsdorf, Aufhebungsvertrag, § 49 Rn. 1.

<sup>3</sup> Roth, Tätigkeitsbezug als Sachgrund der Befristung des Arbeitsvertrags, S. 56.

<sup>4</sup> Löwisch/Caspers/Klumpp, Arbeitsrecht, § 19 Rn. 827.

<sup>5</sup> Löwisch/Caspers/Klumpp, Arbeitsrecht, § 19 Rn. 827.

<sup>6</sup> Löwisch/Caspers/Klumpp, Arbeitsrecht, § 19 Rn. 827.

<sup>7</sup> Schaub/Koch, Arbeitsrecht von A-Z, Befristeter Arbeitsvertrag, I. Rechtsgrundlagen.

<sup>8</sup> ErfK/Müller-Glöge, TzBfG, § 3 Rn. 9.

<sup>9</sup> StRspr, z. B. BAG, Urteil vom 25.4.2018 – 7 AZR 520/16, NZA 2018, 1061 (1062); BAG, Urteil vom 24.2.2016 – 7 AZR 253/14, NZA 2016, 814 (816).

Großteil der Arbeit aus, da es zum einen auf den Hintergrund und die rechtliche Entwicklung befristeter Arbeitsverhältnisse Bezug nimmt, als auch die Besonderheiten der einzelnen Befristungsnormen konkretisiert. Dabei wird insbesondere auf die Befristung mit Sachgrund gemäß § 14 Abs. 1 TzBfG sowie auf die Befristung ohne Sachgrund § 14 Abs. 2, 2a und 3 TzBfG eingegangen und es werden die mit ihnen einhergehenden Besonderheiten und Herausforderungen für den Arbeitgeber, wie z. B. die Kettenbefristung und das Vorbeschäftigungsverbot, herausgearbeitet. Darüber hinaus werden innerhalb dieser Arbeit auch Sonderfälle der Befristung, die nicht im TzBfG geregelt sind, ausgeführt und ihre Anwendung erläutert. Im letzten Teil dieser Arbeit werden die Rechtsfolgen der wirksamen und unwirksamen Befristung betrachtet und es wird auf die damit zusammenhängenden möglichen Hindernisse eingegangen, gefolgt von einer Ausführung der zu berücksichtigenden Beteiligungsrechte des Betriebsrats und der prozessualen Geltendmachung eines wirksam befristeten Arbeitsvertrags.

Zur besseren Lesbarkeit der Abschlussarbeit, wird das generische Maskulinum verwendet, wobei alle Geschlechter gleichermaßen gemeint sind.

## B. Arbeitsmarktpolitische Chancen und Risiken befristeter Arbeitsverhältnisse

### I. Statistische Erkenntnisse zur Befristungshäufigkeit

Jüngste Angaben des Nürnberger Instituts für Arbeitsmarkt- und Berufsforschung (IAB)<sup>10</sup> ergaben, dass sich in dem Jahr 2019 rund 2,8 Millionen Menschen<sup>11</sup> in Deutschland in einem befristeten Beschäftigungsverhältnis befanden.<sup>12</sup> Das entspricht etwa 7,2 Prozent der betrieblichen Gesamtbeschäftigung.<sup>13</sup> Über einen Beobachtungszeitraum seit Mitte der 1990er Jahre ist der prozentuale Anteil an befristeten Beschäftigungsverhältnissen von 3,9 Prozent (1996) fortlaufend angestiegen, wobei der höchste Wert i. H. v. 8,3 Prozent in den Jahren 2017 und 2018 generiert wurde.<sup>14</sup> Von den im Jahr 2019 bestehenden befristeten Arbeitsverhältnissen sind annähernd zwei Drittel ohne Befristungsgrund und etwas weniger als ein Drittel mit Befristungsgrund zustande gekommen.<sup>15</sup>

Des Weiteren kam es im Jahr 2019 zu rund 4 Millionen sozialversicherungspflichtigen<sup>16</sup> Neueinstellungen, von denen näherungsweise 1,3 Millionen Einstellungen befristet abgeschlossen wurden.<sup>17</sup> Das entspricht in etwa 32 Prozent aller Neueinstellungen.<sup>18</sup> Dabei fällt auf, dass der Befristungsanteil der Neueinstellungen mit ca. 32 Prozent deutlich über dem Befristungsanteil der betrieblichen Gesamtbeschäftigung, mit etwa 7,2 Prozent, liegt.<sup>19</sup> Die

<sup>10</sup> Hiermit sind die jüngsten Angaben Stand April 2021 gemeint.

<sup>11</sup> Exklusive Auszubildende.

<sup>12</sup> Hohendanner, Christian, 2020, Befristete Beschäftigung in Deutschland 1996-2019, Tabelle 1a, <https://bit.ly/3jzQl3u>, 11.04.2021.

<sup>13</sup> Hohendanner, Christian, 2020, Befristete Beschäftigung in Deutschland 1996-2019, Tabelle 1a, <https://bit.ly/3jzQl3u>, 11.04.2021.

<sup>14</sup> Hohendanner, Christian, 2020, Befristete Beschäftigung in Deutschland 1996-2019, Tabelle 1a, <https://bit.ly/3jzQl3u>, 11.04.2021.

<sup>15</sup> Hohendanner, Christian, 2020, Befristete Beschäftigung in Deutschland 1996-2019, Tabelle 1a, <https://bit.ly/3jzQl3u>, 11.04.2021.

<sup>16</sup> Exklusive Auszubildende und Mini-Jobs.

<sup>17</sup> Bossler et al., IAB 2020, 2 (2).

<sup>18</sup> Bossler et al., IAB 2020, 2 (2).

<sup>19</sup> Müller et al., IAB-Forschungsbericht 16 (2017), 12 (55).

Ursache für diese Diskrepanz resultiert daraus, dass ein wesentlicher Teil der befristet geschlossenen Neueinstellungen zu einem späteren Zeitpunkt entfristet werden.<sup>20</sup> Nachweislich wurden im ersten Halbjahr 2019 rund 44 Prozent der befristeten Beschäftigungsverhältnisse in unbefristete Beschäftigungsverhältnisse umgewandelt,<sup>21</sup> wobei die meisten Umwandlungen aus zuvor geschlossenen sachgrundlosen Befristungen hervorgehen.<sup>22</sup> Die Anzahl dieser Umwandlungen von befristeten zu unbefristeten Beschäftigungsverhältnissen verlief in den vergangenen Jahren weitestgehend konstant mit einer geringfügig steigenden Tendenz.<sup>23</sup> Der Befristungsanteil der Neueinstellungen weist hingegen in der Vergangenheit einige Schwankungen auf, die jedoch insgesamt betrachtet stabil verlaufen.<sup>24</sup> Überdies zeigt eine Differenzierung der befristeten Neueinstellungen nach dem Geschlecht im Jahr 2019 lediglich geringe Abweichungen auf.<sup>25</sup> So wurden im Jahr 2019 36 Prozent der neu eingestellten Frauen befristet und 32 Prozent der neu eingestellten Männer, sodass zwischen den beiden Prozentwerten eine Diskrepanz von 4 Prozentpunkten liegt.<sup>26</sup> Über den Beobachtungszeitraum der letzten fünf Jahre gesehen liegt der prozentuale Anteil der befristeten Neueinstellungen bei Frauen durchschnittlich 7 Prozentpunkte höher als bei Männern.<sup>27</sup> Eine Eingruppierung der sozialversicherungspflichtig befristeten Neueinstellungen in Altersgruppen legt dar, dass die Gruppe der Arbeitnehmer unter 25 Jahren über den Zeitraum seit dem Jahr 2001 durchschnittlich am häufigsten befristet wurden.<sup>28</sup> Auffällig ist auch, dass Befristungen prozentual häufiger im Öffentlichen Dienst als in der Privatwirtschaft vorkommen.<sup>29</sup> So waren im Jahr 2019 6,9 Prozent aller Beschäftigungsverhältnisse im Öffentlichen Dienst befristet, wohingegen in der Privatwirtschaft 6,3 Prozent der Beschäftigten einen befristeten Arbeitsvertrag hatten.<sup>30</sup> Die meisten befristeten Beschäftigungsverhältnisse befanden sich jedoch im Dritten (Nonprofit-) Sektor, in dem ganze 13 Prozent der Gesamtbeschäftigten befristet angestellt waren.<sup>31</sup>

Darüber hinaus geben die jüngsten Angaben der IAB-Stellenerhebung 2020 einen Einblick, aus welchen Motiven Arbeitgeber befristete Neueinstellungen mit einem Sachgrund abschließen.<sup>32</sup> Die Befragung ergab u. a., dass ganze 34 Prozent der befristeten Neueinstellungen zur Vertretung eines anderen Arbeitnehmers dienen und 22 Prozent der Befristungen aus Gründen zeitlich begrenzter Haushaltsmittel resultieren.<sup>33</sup> Zudem wurden, wie bereits erläutert, im ersten Halbjahr 2019 rund 44 Prozent der befristeten Beschäftigungsverhältnisse entfristet.<sup>34</sup> Im selben Zeitraum sind ca. 25 Prozent des befristeten Personals

<sup>20</sup> Müller et al., IAB-Forschungsbericht 16 (2017), 12 (55).

<sup>21</sup> Hohendanner, Christian, 2020, Befristete Beschäftigung in Deutschland 1996-2019, Tabelle 1a, <https://bit.ly/3jzQl3u>, 11.04.2021.

<sup>22</sup> Eckert, DStR 37 (2018), 1923 (1923).

<sup>23</sup> Müller et al, IAB-Forschungsbericht 16 (2017), 12 (55).

<sup>24</sup> Bossler et al., IAB 2020, 2 (2).

<sup>25</sup> Bossler et al., IAB 2020, 2 (3).

<sup>26</sup> Bossler et al., IAB 2020, 2 (3).

<sup>27</sup> Bossler et al., IAB 2020, 2 (3).

<sup>28</sup> Bossler et al., IAB 2020, 2 (4).

<sup>29</sup> Hohendanner, Christian, 2020, Befristete Beschäftigung in Deutschland 1996-2019, Tabelle 2a, <https://bit.ly/3jzQl3u>, 11.04.2021.

<sup>30</sup> Hohendanner, Christian, 2020, Befristete Beschäftigung in Deutschland 1996-2019, Tabelle 2a, <https://bit.ly/3jzQl3u>, 11.04.2021.

<sup>31</sup> Hohendanner, Christian, 2020, Befristete Beschäftigung in Deutschland 1996-2019, Tabelle 2a, <https://bit.ly/3jzQl3u>, 11.04.2021.

<sup>32</sup> Bossler et al., IAB 2020, 2 (5).

<sup>33</sup> Bossler et al., IAB 2020, 2 (5).

<sup>34</sup> Hohendanner, Christian, 2020, Befristete Beschäftigung in Deutschland 1996-2019, Tabelle 1a, <https://bit.ly/3jzQl3u>, 11.04.2021.

abgegangen, von denen u. a. 10 Prozent auf ausgelaufene Befristungen zurückzuführen sind und 23,8 Prozent auf Arbeitgeberkündigungen.<sup>35</sup>

In der Europäischen Union lag der Anteil befristet Beschäftigter nach den Zahlen des Statistischen Amtes der Europäischen Union (Eurostat) im Jahr 2019 ab einem Alter von 25 Jahren durchschnittlich bei 10,7 Prozent.<sup>36</sup> Dieselbe Referenzgröße wies in Deutschland eine Befristungsquote von 7,4 Prozent auf und lag damit unter dem Befristungsdurchschnitt der Europäischen Union.<sup>37</sup>

Schließlich stellt sich die Frage, ob die Corona-Pandemie ab dem zweiten Quartal 2020 durch die mit ihr einhergehende wirtschaftliche Unsicherheit zu einer Erhöhung der Befristungshäufigkeit geführt hat.<sup>38</sup> In Anbetracht dessen, dass die Veranlassung der Arbeitgeber befristete Arbeitsverträge abzuschließen häufig auf eine unsichere Wirtschaftslage zurückzuführen ist, war hinsichtlich der Corona-Pandemie eine Erhöhung der Befristungshäufigkeit zu erwarten.<sup>39</sup> Entgegen dieser Erwartungen ist der Befristungsanteil der Neueinstellungen 2020 jedoch nicht angestiegen.<sup>40</sup> Dieser Umstand resultiert daraus, dass stattdessen die Neueinstellungen in den Betrieben insgesamt verringert wurden.<sup>41</sup>

## II. Arbeitsmarktpolitische Chancen

Befristete Arbeitsverhältnisse bringen sowohl für Arbeitgeber als auch für Arbeitnehmer einige Vorteile mit sich.<sup>42</sup> Die Arbeitgeber profitieren davon, ihren Personalbedarf flexibler an die Veränderungen der Nachfrage ihrer Güter und Dienstleistungen, sowie an Erneuerungen der Arbeitsprozesse durch technischen Fortschritt anpassen zu können, wodurch sie die Möglichkeit erhalten ihre Lohnkosten an das Produktivitätslevel anzugleichen.<sup>43</sup> Durch diese Kostenoptimierung kann das Unternehmen höhere Profite erzielen.<sup>44</sup> Darüber hinaus bleiben den Arbeitgebern bei befristeten Arbeitsverträgen solche Kosten erspart, die ihnen bei einer Arbeitsvertragskündigung durch den allgemeinen oder tarifvertraglich erweiterten Kündigungsschutz anfallen könnten.<sup>45</sup> Die hohe Anzahl der Übernahmen von befristeten Beschäftigten weist darauf hin, dass einstweilige Befristungen häufig auch als eine Art verlängerte Probezeit fungieren.<sup>46</sup> Sie bieten den Arbeitgebern gelegentlich die Möglichkeit, neue Arbeitnehmer auch nach Ablauf der gesetzlichen Probezeit von sechs Monaten noch genauer kennenzulernen und auf ihre Eignung hin zu prüfen, ohne dass sie mit ihnen eine unbefristete Beschäftigung eingehen müssen.<sup>47</sup> Vor allem bei komplexen und weitestgehend unbestimmten Anforderungen ist es vorab nicht immer möglich festzustellen, ob ein Bewerber die nötigen Fähigkeiten aufweist, um den Anforderungen der Stelle

<sup>35</sup> Hohendanner, Christian, 2020, Befristete Beschäftigung in Deutschland 1996-2019, Tabelle 1a; 4a, <https://bit.ly/3jzQl3u>, 11.04.2021.

<sup>36</sup> Eurostat, 2021, Arbeitnehmer mit befristetem Arbeitsvertrag nach Geschlecht, Alter und Hauptgrund, <https://bit.ly/2TiINYv>, 09.04.2021.

<sup>37</sup> Eurostat, 2021, Arbeitnehmer mit befristetem Arbeitsvertrag nach Geschlecht, Alter und Hauptgrund, <https://bit.ly/2TiINYv>, 09.04.2021.

<sup>38</sup> Seils/Emmler, WSI Policy Brief (54) 2021, 3 (5).

<sup>39</sup> Hohendanner, IAB-Kurzbericht 14 (2010), 1 (1); Seils/Emmler, WSI Policy Brief (54) 2021, 3 (5).

<sup>40</sup> Seils/Emmler, WSI Policy Brief (54) 2021, 3 (5).

<sup>41</sup> Seils/Emmler, WSI Policy Brief (54) 2021, 3 (5).

<sup>42</sup> Giesecke/Groß, KZfSS 1 (2002), 85 (87).

<sup>43</sup> Giesecke/Groß, KZfSS 1 (2002), 85 (87).

<sup>44</sup> Giesecke/Groß, KZfSS 1 (2002), 85 (87).

<sup>45</sup> Hohendanner, IAB-Kurzbericht 14 (2010), 1 (1).

<sup>46</sup> Hering, MPIfG 1 (2019), 3 (3).

<sup>47</sup> Hohendanner, IAB-Kurzbericht 16 (2018), 1 (1).

gerecht zu werden.<sup>48</sup> Als Nebeneffekt kann diese „verlängerte Probezeit“ dazu führen, dass die Arbeitnehmer ein höheres Engagement aufwenden, um den Arbeitgeber von ihren Fähigkeiten und ihrer Eignung zu überzeugen.<sup>49</sup> Zusätzlich bietet das Inaussichtstellen einer Umwandlung von einem befristeten in ein unbefristetes Beschäftigungsverhältnis den Beschäftigten den Anreiz Höchstleistungen zu erbringen.<sup>50</sup> Darüber hinaus vereinfachen Befristungen u. a. die temporäre Einstellung für Saisonarbeiten, zeitlich begrenzte Projekte und Aufträge.<sup>51</sup> Zudem werden befristete Arbeitsverhältnisse aus Flexibilitätsgründen für die Vertretungen von Mitarbeitern verwendet, wenn diese infolge von Krankheit, Eltern- und Pflegezeit oder anderen Gründen für eine längere Zeit nicht einsetzbar sind.<sup>52</sup>

Auch Arbeitnehmer können von befristeten Arbeitsverhältnissen profitieren.<sup>53</sup> Die gewonnene Flexibilität der Arbeitgeber kann dazu führen, dass auch Bewerber mit einem geringeren Maß an Qualifikation die Chance auf eine Einstellung erhalten, die weder durch herausragende Bildungszertifikate noch auf Grund anderer besonderer Merkmale eine erhöhte Produktivität vorweisen können.<sup>54</sup> Das folgt daraus, dass die Befristung den Arbeitgebern die Möglichkeit eröffnet, die Job-Kompatibilität dieser Arbeitnehmer nach der Einstellung zu testen, ohne mit ihnen direkt einen unbefristeten Arbeitsvertrag vereinbaren zu müssen.<sup>55</sup> Somit kann geringe Arbeitsplatzsicherheit letztendlich dazu beitragen, dass auch schwer vermittelbare Arbeitssuchende eine Chance erhalten, ihre Fähigkeiten unter Beweis zu stellen.<sup>56</sup> Das wiederum erhöht ihre Erfolgsaussicht auf eine Arbeitsstelle und verschafft ihnen einen Zugang zum Arbeitsmarkt, wovon die Volkswirtschaft insgesamt profitiert.<sup>57</sup>

### III. Arbeitsmarktpolitische Risiken

Neben den Vorteilen bringen befristete Arbeitsverhältnisse auch mehrere Risiken mit sich.<sup>58</sup> Aus Arbeitnehmersicht implizieren Befristungen drohende Arbeitslosigkeit und Planungsunsicherheit.<sup>59</sup> Insbesondere in einem konjunkturellen Abschwung steigt bei den betroffenen Arbeitnehmern die Angst, dass ihr befristeter Arbeitsvertrag womöglich nicht verlängert wird und sie demzufolge ihren Arbeitsplatz verlieren könnten.<sup>60</sup> Diese ständige Unsicherheit über das Fortbestehen der Arbeitsstelle verhindert ein planbares und existenzsicheres Leben der Betroffenen und kann sich schlussendlich negativ auf die Gesundheit der betroffenen Arbeitnehmer auswirken und dazu führen, dass sich die Familienplanung nach hinten verschiebt oder ganz verworfen wird.<sup>61</sup>

Auch Arbeitgeber gehen durch Befristungen Risiken ein.<sup>62</sup> Zum einen führt eine größere Anzahl an befristet Beschäftigten im Unternehmen zu einem ständigen Austausch der Be-

<sup>48</sup> Gürtzgen/Kubis/Küfner, IAB-Kurzbericht 17 (2019), 2 (3).

<sup>49</sup> Bossler/Grunau, Applied Economics Letters 14 (2019), 1148-1152 zit. nach Gürtzgen/Kubis/Küfner, IAB-Kurzbericht 17 (2019), 2 (3).

<sup>50</sup> Bossler/Grunau, Applied Economics Letters 14 (2019), 1148-1152 zit. nach Gürtzgen/Kubis/Küfner, IAB-Kurzbericht 17 (2019), 2 (3).

<sup>51</sup> Hohendanner, IAB-Kurzbericht 16 (2018), 1 (2).

<sup>52</sup> Hohendanner, IAB-Kurzbericht 16 (2018), 1 (2).

<sup>53</sup> Hohendanner, IAB-Kurzbericht 16 (2018), 1 (1).

<sup>54</sup> Giesecke/Groß, KZfSS 1 (2002), 85 (87).

<sup>55</sup> Giesecke/Groß, KZfSS 1 (2002), 85 (87).

<sup>56</sup> Hohendanner, IAB-Kurzbericht 16 (2018), 1 (1).

<sup>57</sup> Giesecke/Groß, KZfSS 1 (2002), 85 (87).

<sup>58</sup> Gürtzgen/Kubis/Küfner, IAB-Kurzbericht 17 (2019), 2 (3).

<sup>59</sup> Hohendanner, IAB-Kurzbericht 16 (2018), 1 (1).

<sup>60</sup> Hohendanner, IAB-Kurzbericht 14 (2010), 1 (1).

<sup>61</sup> Hohendanner, IAB-Kurzbericht 16 (2018), 1 (1).

<sup>62</sup> Gürtzgen/Kubis/Küfner, IAB-Kurzbericht 17 (2019), 2 (3).

legschaft und verursacht eine hohe Fluktuationsrate, wodurch dem Unternehmen wiederum ein höherer Planungsaufwand entsteht.<sup>63</sup> Zudem bewirkt dieser ständige Wechsel der Belegschaft ein höheres Maß an Einarbeitungsaufwand, sowie eine gewisse Planungsunsicherheit, da die Qualität der zukünftigen Bewerber für die frei werdenden Arbeitsplätze im Voraus nicht bekannt ist.<sup>64</sup> Ebenso besteht die Gefahr, dass gutausgebildete potentielle Bewerber aufgrund der Befristung des Arbeitsvertrags das Interesse an dem Beschäftigungsverhältnis verlieren und somit von einer Bewerbung absehen.<sup>65</sup>

#### IV. Fazit

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Arbeitgeberinteressen bei einem Beschäftigungsverhältnis, welche flexible Personalgestaltung bezüglich Personalauf- sowie Abbau bevorzugen, nicht mit den Interessen der Arbeitnehmer, denen ihre Arbeitsplatzsicherheit wichtig ist, übereinstimmen.<sup>66</sup> Trotzdem können sich befristete Beschäftigungsverhältnisse für Arbeitgeber als auch für Arbeitnehmer positiv auswirken, wobei die Anzahl der Arbeitgebervorteile die der Arbeitnehmer deutlich übersteigt.<sup>67</sup> Gesamtwirtschaftlich bieten befristete Arbeitsverhältnisse den Vorteil, Arbeitssuchende schneller wieder auf dem Arbeitsmarkt zu vermitteln und auch Langzeitarbeitslosen eine optimistischere Aussicht auf einen Beschäftigungseinstieg zu ermöglichen.<sup>68</sup> Diese verbesserte Eingliederungsperspektive der Arbeitslosen verhindert, dass sie vollständig aus der Erwerbstätigkeit ausrangiert werden und auf Kosten des Staates leben, ohne einen wirtschaftlichen Mehrwert zu leisten.<sup>69</sup> Schlussendlich sind befristete Beschäftigungsverhältnisse für diejenigen vorteilhaft, die wahrscheinlich keinen unbefristeten Arbeitsvertrag bekommen würden und somit nicht die Möglichkeit hätten, ihre Eignung unter Beweis zu stellen.<sup>70</sup> Für Arbeitssuchende, die es auch ohne Befristung in eine Beschäftigung geschafft hätten, wirkt sich eine Befristung dagegen eher nachteilig aus.<sup>71</sup>

### C. Rechtliche Rahmenbedingungen befristeter Arbeitsverhältnisse

#### I. Tatsächlicher und verfassungsrechtlicher Hintergrund befristeter Arbeitsverträge

##### 1. Widerstreitende grundrechtlich geschützte Interessen

Befristete Arbeitsverträge sind das Ergebnis unterschiedlich aufeinandertreffender Interessenlagen.<sup>72</sup> Zum einen stehen sich die Interessen von Arbeitgebern und Arbeitnehmern gegenüber, welche beide auf grundrechtliche Positionen gestützt werden können und zum anderen fallen auch die sozialpolitischen Anliegen des Staates sowie die Bedürfnisse der Arbeitssuchenden ins Gewicht.<sup>73</sup>

<sup>63</sup> Gürtzgen/Kubis/Küfner, IAB-Kurzbericht 17 (2019), 2 (3).

<sup>64</sup> Fritsch/Schank, Sozialer Fortschritt 9 (2005), 211-220 zit. nach Gürtzgen/Kubis/Küfner, IAB-Kurzbericht 17 (2019), 2 (3).

<sup>65</sup> Gürtzgen/Kubis/Küfner, IAB-Kurzbericht 17 (2019), 2 (3).

<sup>66</sup> Hohendanner, IAB-Kurzbericht 16 (2018), 1 (2).

<sup>67</sup> Hohendanner, IAB-Kurzbericht 16 (2018), 1 (2).

<sup>68</sup> Boockmann, Arbeitspapier 121 (2006), 7 (36).

<sup>69</sup> Boockmann, Arbeitspapier 121 (2006), 7 (36).

<sup>70</sup> Giesecke/Groß, KZfSS 1 (2002), 85 (106).

<sup>71</sup> Giesecke/Groß, KZfSS 1 (2002), 85 (106).

<sup>72</sup> Roth, Tätigkeitsbezug als Sachgrund der Befristung des Arbeitsvertrags, S. 56.

<sup>73</sup> Roth, Tätigkeitsbezug als Sachgrund der Befristung des Arbeitsvertrags, S. 56.

### a) Grundsatz der Vertragsfreiheit

Gemäß § 620 Abs. 1 BGB endet das Dienstverhältnis seit dem 1. Januar 1900 mit dem Ablauf der Zeit, für die es eingegangen ist.<sup>74</sup> § 620 Abs. 1 BGB stützt sich dabei auf den in §§ 241 Abs. 2, 311 Abs. 1 BGB normierten Grundsatz der Vertragsfreiheit und auf die Privatautonomie, welche in Art. 12 Abs. 1, Art. 2 Abs. 1 GG ihre verfassungsrechtliche Verankerung finden.<sup>75</sup> Aus diesen beiden Grundsätzen ergibt sich das Recht, Verträge frei zu schließen und aufzulösen sowie die Freiheit den Vertragsinhalt nach Belieben zu gestalten, sofern dabei die zivilrechtliche Ordnung eingehalten wird.<sup>76</sup>

### b) Kollision von grundrechtlich geschützten Arbeitgeber- und Arbeitnehmerinteressen

Flexibilität und Wirtschaftlichkeit gehören gemäß Art. 2 Abs. 1, Art. 12 Abs. 1, Art. 14 Abs. 1 GG und Art. 16 GRCh zur grundrechtlich geschützten unternehmerischen Freiheit des Arbeitgebers, wonach dieser berechtigt ist, seine unternehmerischen Handlungen rein wirtschaftlich auszugestalten, sodass wiederum auch die Befristung von Arbeitsverträgen ermöglicht wird.<sup>77</sup> Demgegenüber stehen die Bestandsschutz- und Existenzsicherungsinteressen der Arbeitnehmerschaft, welche durch Art. 12 Abs. 1 GG, Art. 15 GRCh geschützt werden.<sup>78</sup> Nur in Ausnahmefällen wird ein Arbeitnehmer eine Befristung dem unbefristeten Arbeitsverhältnis vorziehen, weil unbefristete Arbeitsverträge dem Arbeitnehmer im Gegensatz zu befristeten Arbeitsverträgen Planungssicherheit bieten, die er für den Schutz seiner wirtschaftlichen und sozialen Existenz benötigt.<sup>79</sup>

### c) Angemessen ausgestalteter Befristungsschutz

Der Arbeitgeber ist dem Arbeitnehmer in seiner Stellung in den meisten Fällen überlegen.<sup>80</sup> Die grenzenlose Ausübung der Vertragsfreiheit würde somit dazu führen, dass der Arbeitgeber seine Interessen auf Kosten der Arbeitnehmer hinsichtlich der Vertragsverhandlung durchsetzt.<sup>81</sup> Um dies zu unterbinden, wird den staatlichen Institutionen (Art. 1 Abs. 3 GG) die Befähigung eingeräumt, die Vertragsfreiheit adäquat zu begrenzen.<sup>82</sup> Die staatliche Aufgabe liegt folglich darin, die grundrechtlich geschützten Interessen der unterlegenen Arbeitnehmerschaft zu wahren, ohne hierbei die ebenfalls grundrechtlich geschützten Flexibilität- und Wirtschaftlichkeitsinteressen der Arbeitgeber zu sehr einzuschränken.<sup>83</sup> Letztendlich verschafft dieser Schutz dem Arbeitnehmer keine generelle Bestandsgarantie auf seinen Arbeitsplatz, sondern dem Arbeitgeber soll immer noch die Möglichkeit geboten werden, Arbeitsplätze aufgrund privater Dispositionen freisetzen zu können.<sup>84</sup> Folglich besteht die Aufgabe des Staates darin, dem Arbeitnehmer gemäß Art. 12 Abs. 1 GG einen moderaten Mindestbestandsschutz einzuräumen.<sup>85</sup> Dieser Mindestbestandsschutz wird

<sup>74</sup> Bürgerliches Gesetzbuch vom 18.8.1896 (RGBl. 1896, Nr. 21, S. 195).

<sup>75</sup> Roth, Tätigkeitsbezug als Sachgrund der Befristung des Arbeitsvertrags, S. 56.

<sup>76</sup> Grundgesetz-Kommentar/*Di Fabio*, 92. EL August 2020, GG, Art. 2 Abs. 1, Rn. 101.

<sup>77</sup> Roth, Tätigkeitsbezug als Sachgrund der Befristung des Arbeitsvertrags, S. 57-58.

<sup>78</sup> Roth, Tätigkeitsbezug als Sachgrund der Befristung des Arbeitsvertrags, S. 58.

<sup>79</sup> Hohendanner, IAB-Kurzbericht 16 (2018), 1 (1).

<sup>80</sup> Roth, Tätigkeitsbezug als Sachgrund der Befristung des Arbeitsvertrags, S. 60.

<sup>81</sup> BVerfG, Beschluss vom 6.6.2018, 1 BvL 7/14, 1 BvR 1375/14, NZA 2018, 774 (776).

<sup>82</sup> Roth, Tätigkeitsbezug als Sachgrund der Befristung des Arbeitsvertrags, S. 60.

<sup>83</sup> Linsenmaier, RdA 2012, 193 (194).

<sup>84</sup> Linsenmaier, RdA 2012, 193 (194).

<sup>85</sup> Linsenmaier, RdA 2012, 193 (194).

größtenteils durch das TzBfG umgesetzt, welches in erster Linie Befristungsschutzrecht darstellt (vgl. § 22 Abs. 1 TzBfG).<sup>86</sup>

## II. Entwicklung des Befristungsrechts

Das Befristungsrecht war abgesehen von § 620 BGB, der lange Zeit als einzige gesetzliche Regelung für die Befristung von Arbeitsverträgen herangezogen wurde, überwiegend Richterrecht, bis das Befristungsrecht schließlich im Jahre 1985 stellenweise durch das Beschäftigungsförderungsgesetz (BeschFG) kodifiziert wurde und nachfolgend im Jahr 2001 durch die Errichtung des TzBfG eine feste gesetzliche Grundlage bekam.<sup>87</sup>

Im Jahr 1928 schuf das Reichsarbeitsgericht (RAG) die „Theorie von der subjektiven Umgehung kündigungsschutzrechtlicher Vorschriften“, die in Kettenarbeitsverträgen enthaltene Befristungen für unwirksam erklärte, wenn der Arbeitgeber sie zur vorsätzlichen Umgehung des Kündigungsschutzes einsetzen wollte.<sup>88</sup> Das BAG kam 1954 zu dem Schluss, dass der subjektive Wille, den Kündigungsschutz umgehen zu wollen, als Bewertungsmaßstab nicht genügt.<sup>89</sup> Dem nachkommend ersetzte der große Senat des BAG im Jahr 1960 die „Theorie von der subjektiven Umgehung kündigungsschutzrechtlicher Vorschriften“ durch die „objektive Funktionswidrigkeit der Befristung“.<sup>90</sup> Danach waren arbeitsvertragliche Befristungen nur rechtswirksam, soweit sie auf einen verständigen sachlich gerechtfertigten Grund gestützt werden konnten.<sup>91</sup> Solch ein Grund war etwa bei Arbeitsverträgen zur Probe, bei Aushilfsarbeitsverträgen und bei Arbeitsverträgen im Saisongewerbe sowie mit Künstlern denkbar.<sup>92</sup> Einige Jahre nachfolgend am 1. Mai 1985 trat das BeschFG in Kraft und etablierte die sachgrundlosen Befristungen in die Arbeitsmarktpolitik.<sup>93</sup> Gemäß § 1 Abs. 1 BeschFG 1985 konnte eine Befristung zukünftig einmalig ohne einen sachlichen Grund erfolgen, vorausgesetzt sie überschritt die maximale Befristungsdauer von 18 Monaten nicht und wurde entweder mit einem neu eingestellten Arbeitnehmer oder mit einem sich unmittelbar zuvor in der Berufsausbildung befindenden Arbeitnehmer geschlossen, der vorübergehend nur befristet weiterbeschäftigt werden konnte, weil kein Arbeitsplatz für einen unbefristet einzustellenden Arbeitnehmer zur Verfügung stand.<sup>94</sup> Nur in den Fällen, in denen der Arbeitnehmer mit demselben Arbeitgeber bereits zuvor ein befristetes oder unbefristetes Beschäftigungsverhältnis eingegangen war und dieses in einem engen sachlichen Zusammenhang mit dem gegenwärtigen Beschäftigungsverhältnis stand, lag keine Neueinstellung i. S. d. § 1 BeschFG vor.<sup>95</sup> Dieser enge sachliche Zusammenhang wurde vermutet, wenn das vorherige Arbeitsverhältnis weniger als vier Monate zurücklag.<sup>96</sup> In neu gegründeten Kleinunternehmen belief sich die Befristungshöchstdauer auf zwei Jahre.<sup>97</sup>

Das am 1. Oktober 1996 in Kraft getretene Arbeitsrechtliche Gesetz zur Förderung von Wachstum und Beschäftigung beinhaltete in Art. 4 ein Änderungsgesetz zu § 1 BeschFG

<sup>86</sup> Roth, Tätigkeitsbezug als Sachgrund der Befristung des Arbeitsvertrags, S. 61.

<sup>87</sup> Linsenmaier, RdA 2019, 157 (159).

<sup>88</sup> Ascheid/Preis/Schmidt/Backhaus, TzBfG, § 14 Rn. 2.

<sup>89</sup> BAG, Urteil vom 21.10.1954, 2 AZR 25/53, NJW 1955, 78 (80).

<sup>90</sup> Junker, EuZA 1 (2013), 3 (3).

<sup>91</sup> BAG, Beschluss vom 12.10.1960, GS 1/59, NJW 1961, 798 (799).

<sup>92</sup> BAG, Beschluss vom 12.10.1960, GS 1/59, NJW 1961, 798 (799).

<sup>93</sup> Junker, EuZA 1 (2013), 3 (4).

<sup>94</sup> Bundesgesetzblatt vom 26.4.1985 (BGBl. 1985, Teil 1, S. 710).

<sup>95</sup> Bundesgesetzblatt vom 26.4.1985 (BGBl. 1985, Teil 1, S. 710).

<sup>96</sup> Ascheid/Preis/Schmidt/Backhaus, TzBfG, § 14 Rn. 497.

<sup>97</sup> Ascheid/Preis/Schmidt/Backhaus, TzBfG, § 14 Rn. 497.

1985.<sup>98</sup> Danach wurden in § 1 Abs. 1 BeschFG 1996 die beiden unterschiedlichen Höchstdauern der sachgrundlos zulässigen Befristungen von 18 und 24 Monaten auf einheitliche 24 Monate angeglichen und zusätzlich eine dreimalige Verlängerung der Befristungen innerhalb der Höchstdauer von zwei Jahren ermöglicht.<sup>99</sup> Die Regelung in § 1 Abs. 3 BeschFG 1996 führte zum Missbrauch der Arbeitnehmer durch die Arbeitgeber, da diese Vorschrift, ebenso wie die ihr vorangegangene Regelung, eine sachgrundlose Befristung gemäß § 1 Abs. 1 BeschFG 1996 nur ausschloss, soweit eine vorherige Beschäftigung mit demselben Arbeitgeber in keinem engen sachlichen Zusammenhang mit dem nachfolgenden Arbeitsvertrag stand.<sup>100</sup> Dieser Zusammenhang wurde gemäß § 1 Abs. 3 Satz 2 BeschFG grundsätzlich nach dem Ablauf von vier Monaten nicht mehr vermutet.<sup>101</sup> Diese Vermutung konnte jedoch widerlegt werden, wenn die Gesamtbetrachtung aller Umstände einen engen sachlichen Zusammenhang der Beschäftigungen aufzeigte.<sup>102</sup> Der enge sachliche Zusammenhang zwischen dem vorherigen und dem nachfolgenden Arbeitsvertrag mit demselben Arbeitgeber wurde nach der Rechtsprechung des BAG ab einer dazwischen liegenden Zeitspanne von mehr als dem Doppelten der vier Monate bis auf Ausnahmen nicht mehr bejaht<sup>103</sup>, sodass dem Arbeitgeber die erneute Befristung eines zuvor beschäftigten Arbeitnehmers nach dem Ablauf von acht Monaten wieder möglich war.<sup>104</sup> Des Weiteren wurde den Arbeitgebern gemäß § 1 Abs. 3 BeschFG die Möglichkeit eröffnet, einen sachgrundlos befristeten Arbeitsvertrag nach § 1 Abs. 1 BeschFG unmittelbar an einen mit Sachgrund befristeten Arbeitsvertrag anfügen, da es sich in solch einem Fall um zwei verschiedene Befristungsarten handelte, die in keinem engen sachlichen Zusammenhang i. S. d. § 1 Abs. 3 Satz 1 BeschFG standen.<sup>105</sup> Nach bereits mehreren Verlängerungen wurde das BeschFG schlussendlich zeitgleich mit dem Inkrafttreten des TzBfG am 1. Januar 2001 aufgehoben.<sup>106</sup> Zusätzlich wurde der § 620 BGB um den Absatz 3 erweitert, der ausdrücklich darauf hinweist, dass für befristete Arbeitsverträge das TzBfG einschlägig ist.<sup>107</sup>

Die Implementierung des TzBfG diene der Umsetzung der Richtlinie 1999/70/EG<sup>108</sup> und war bezüglich des zu erreichenden Ziels für die Mitgliedstaaten gemäß Art. 288 Abs. 3 AEUV (Art. 249 Abs. 3 EGV a.F.) verbindlich ins nationale Recht umzusetzen.<sup>109</sup> Die europäischen Sozialpartner als Interessenvertreter der europäischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer setzten am 18. März 1999 die Rahmenbedingungen über befristete Arbeitsverträge fest, welche sodann in Form der Richtlinie des Rates zu der EGB-UNICE-CEEP-Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge (1999/70/EG) vom 28. Juni 1999 durchgesetzt wurden.<sup>110</sup> Gemäß § 1 dieser Rahmenvereinbarung soll die Anwendung des Grundsatzes der Nichtdiskriminierung die Qualität befristeter Arbeitsverhältnisse verbessern und der Missbrauch durch aufeinanderfolgende befristete Arbeitsverhältnisse verhindert werden.<sup>111</sup> Diese Ver-

<sup>98</sup> Bundesgesetzblatt vom 25.9.1996 (BGBl. 1996, Teil 1 Nr. 48, S. 1478).

<sup>99</sup> Bundesgesetzblatt vom 25.9.1996 (BGBl. 1996, Teil 1 Nr. 48, S. 1478).

<sup>100</sup> Ascheid/Preis/Schmidt/Backhaus, TzBfG, § 14 Rn. 527.

<sup>101</sup> Bundesgesetzblatt vom 25.9.1996 (BGBl. 1996, Teil 1 Nr. 48, S. 1478).

<sup>102</sup> BAG, Urteil vom 25.4.2001, 7 AZR 376/00, NZA 2001, 1384 (1385).

<sup>103</sup> BAG, Urteil vom 25.4.2001, 7 AZR 376/00, NZA 2001, 1384 (1385).

<sup>104</sup> Ascheid/Preis/Schmidt/Backhaus, TzBfG, § 14 Rn. 527.

<sup>105</sup> Hrach, NZA 2019, 436 (436).

<sup>106</sup> Bundesgesetzblatt vom 21.12.2000 (BGBl. 2000, Nr. 59, S. 1970).

<sup>107</sup> Roth, Tätigkeitsbezug als Sachgrund der Befristung des Arbeitsvertrags, S. 74.

<sup>108</sup> Schaub/Koch, Arbeitsrechts-Handbuch, §38 Rn. 4.

<sup>109</sup> Roth, Tätigkeitsbezug als Sachgrund der Befristung des Arbeitsvertrags, S. 77.

<sup>110</sup> Schaub/Koch, Arbeitsrechts-Handbuch, §38 Rn. 3.

<sup>111</sup> Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften vom 10.7.1999 (ABl. L 175, S. 46).

einbarung gilt für befristet beschäftigte Arbeitnehmer nach § 2 Nr. 1 der Rahmenvereinbarung.<sup>112</sup> Darunter fallen gemäß § 3 Nr. 1 der Rahmenvereinbarung alle Personen, die einen direkt mit dem Arbeitgeber geschlossenen Arbeitsvertrag haben und bei deren Verträgen das Ende durch objektive Bedingungen festgelegt wurde.<sup>113</sup> Die ausschlaggebende Bestimmung für das Befristungsrecht ist in § 5 der Rahmenvereinbarung erfasst.<sup>114</sup> Danach werden die Mitgliedstaaten gemäß § 5 Nr. 1 der Rahmenvereinbarung zur Vermeidung des Missbrauchs durch aufeinanderfolgend befristete Arbeitsverträge verpflichtet, bei fehlenden gleichwertigen gesetzlichen Maßnahmen zur Missbrauchsvermeidung, eine oder mehrere der unter dieser Vorschrift aufgelisteten Maßnahmen umzusetzen.<sup>115</sup> Zu den in § 5 Nr. 1 der Rahmenvereinbarung aufgelisteten Maßnahmen zählt die Festlegung sachlicher Gründe, welche die Verlängerung solcher Arbeitsverträge rechtfertigen (§ 5 Nr. 1 a)) sowie die Bestimmung einer zulässigen Höchstdauer aufeinanderfolgender Arbeitsverträge (§ 5 Nr. 1 b)) als auch die Festsetzung einer zulässigen Zahl der Verlängerungen solcher Arbeitsverträge (§ 5 Nr. 1 c)).<sup>116</sup> Folglich konnten die Mitgliedstaaten selbst entscheiden, ob sie diese Maßnahmen heranziehen oder eigene gleichwertige gesetzliche Maßnahmen zur Erreichung des allgemeinen Ziels der Missbrauchsvermeidung festsetzen.<sup>117</sup> Die Bundesrepublik Deutschland entschied sich auf dieser Grundlage für die Errichtung ihrer eigenen gesetzlichen Regelungen in Form des TzBfG.<sup>118</sup>

### III. Allgemeine Vorschriften des Teilzeit- und Befristungsgesetzes

Das TzBfG umfasst die Regelung von Teilzeitarbeit sowie die Bestimmungen für befristete Arbeitsverträge.<sup>119</sup> Gemäß der Legaldefinition in § 3 Abs. 1 Satz 1 TzBfG ist ein Arbeitnehmer befristet beschäftigt, wenn sein Arbeitsvertrag auf bestimmte Zeit geschlossen wurde. Das Gesetz unterscheidet an dieser Stelle zwischen Zeit- und Zweckbefristung, § 3 Abs. 1 Satz 2 TzBfG. Eine Zeitbefristung liegt nach § 15 Abs. 1 TzBfG vor, wenn die Beendigung des Arbeitsvertrags nach einer kalendermäßig vereinbarten Zeit eintritt. Hingegen besteht eine Zweckbefristung gemäß § 15 Abs. 2 TzBfG, wenn der befristete Arbeitsvertrag mit Erreichen des Zwecks, für den er eingegangen wurde, endet. Die Unterscheidung der beiden Befristungsformen ist bedeutsam, da § 14 Abs. 2 und Abs. 2a TzBfG ausschließlich auf kalendermäßig befristete Arbeitsverträge Anwendung finden und § 15 Abs. 2 TzBfG nur auf zweckmäßig befristete Arbeitsverträge.<sup>120</sup> Die Sachgrundbefristung gemäß § 14 Abs. 1 TzBfG gilt wiederum für beide Befristungsformen.<sup>121</sup> Die Zeitbefristung bedarf für ihre Wirksamkeit eines kalendermäßig festgesetzten Datums oder einer im Arbeitsvertrag angegebenen Vertragsdauer (z. B. 24 Monate), welche zumindest durch Auslegung ermittelbar sein müssen.<sup>122</sup> Im Fall einer Zweckbefristung endet das Arbeitsverhältnis mit dem Eintritt eines von den Parteien als feststehend, aber zeitlich unbestimmbar erachtenden Ereignisses.<sup>123</sup> Zudem ist es auch möglich die beiden Befristungsformen, Zeit- und Zweckbefristung, zu kombinieren, indem z. B. die Befristung mit der derzeit unbestimmbaren Rückkehr

<sup>112</sup> Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften vom 10.7.1999 (ABl. L 175, S. 46).

<sup>113</sup> Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften vom 10.7.1999 (ABl. L 175, S. 46).

<sup>114</sup> *Ascheid/Preis/Schmidt/Backhaus*, TzBfG, Einführung Rn. 9.

<sup>115</sup> Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften vom 10.7.1999 (ABl. L 175, S. 47).

<sup>116</sup> Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften vom 10.7.1999 (ABl. L 175, S. 47).

<sup>117</sup> *Ascheid/Preis/Schmidt/Backhaus*, TzBfG, Einführung Rn. 9.

<sup>118</sup> *Schaub/Koch*, Arbeitsrechts-Handbuch, §38 Rn. 4.

<sup>119</sup> Im Folgenden wird nur auf die Befristungsregelungen eingegangen, nicht auf die Bestimmungen zur Teilzeitarbeit.

<sup>120</sup> *ErfK/Müller-Glöge*, TzBfG, § 3 Rn. 9.

<sup>121</sup> *ErfK/Müller-Glöge*, TzBfG, § 3 Rn. 9.

<sup>122</sup> *MHdB ArbR/Wank*, TzBfG, 4. Aufl., § 103 Rn. 15.

<sup>123</sup> BAG, Urteil vom 29.6.2011 – 7 AZR 6/10, NZA 2011, 1346 (1347).

eines Mitarbeiters endet (Zweckbefristung), aber zusätzlich eine zeitliche Höchstbefristung festgelegt wird (Zeitbefristung), nach der das befristete Arbeitsverhältnis spätestens endet.<sup>124</sup> Des Weiteren besteht bezüglich des Abschlusses von befristeten Arbeitsverträgen ein Schriftformerfordernis, das in § 14 Abs. 4 TzBfG, §§ 126 Abs. 1 BGB seine gesetzliche Grundlage findet.<sup>125</sup> Dieses Schriftformerfordernis beschränkt sich lediglich auf die Befristungsabrede an sich und umfasst somit nicht den Grund der Befristung und den restlichen Inhalt des Arbeitsvertrags.<sup>126</sup> Allerdings verpflichtet der § 2 NachwG den Arbeitgeber befristet beschäftigten Arbeitnehmern die wesentlichen Vertragsbedingungen schriftlich mitzuteilen.<sup>127</sup> Der wesentliche Inhalt ergibt sich aus § 2 Abs. 1 Nr. 3 NachwG, wonach der Arbeitgeber daran gebunden ist Arbeitnehmern innerhalb eines Monats nach vereinbartem Arbeitsbeginn die vorhersehbare Dauer bei einer kalendermäßigen Befristung oder den Zweck bei einer zweckbestimmten Befristung schriftlich zu erklären.<sup>128</sup> Zudem beinhaltet das TzBfG ein in § 4 und § 5 TzBfG niedergeschriebenes Benachteiligungs- und Diskriminierungsverbot von befristeten Arbeitnehmern, das sich an den im Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz genannten Gründen orientiert.<sup>129</sup> Als Vergleichsmaßstab werden nach § 3 Abs. 2 Satz 1 TzBfG unbefristet beschäftigte Arbeitnehmer desselben Betriebs mit der gleichen oder einer ähnlichen Tätigkeit herangezogen. Eine Schlechterstellung der befristeten Arbeitnehmer ist gemäß § 4 Abs. 2 Satz 1 TzBfG nur zulässig, wenn sie durch sachliche Gründe gerechtfertigt ist.

#### IV. Befristung mit sachlichem Grund nach § 14 Abs. 1 TzBfG

##### 1. Gesetzlich geregelte Befristungsgründe

Gemäß § 14 Abs. 1 Satz 1 TzBfG ist die Befristung eines Arbeitsvertrags nur zulässig, wenn sie durch einen sachlichen Grund gerechtfertigt ist. Ein solcher sachlicher Grund liegt insbesondere vor, wenn einer der im Katalog des § 14 Abs. 1 Satz 2 TzBfG genannten Sachgründe gegeben ist, wobei diese Aufzählung nicht abschließend ist.<sup>130</sup>

##### a) § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 TzBfG: Vorübergehender betrieblicher Bedarf

Ein vorübergehender Beschäftigungsbedarf kann etwa durch einen temporären Anstieg des unternehmerischen Arbeitspensums im Bereich der Daueraufgaben, als auch durch zeitlich begrenzte Projekte oder Zusatzaufgaben begründet werden, die das vorhandene Stammpersonal allein nicht decken kann.<sup>131</sup> Darüber hinaus kann ein vorübergehender betrieblicher Bedarf auch bei saisonabhängigen Beschäftigungen<sup>132</sup> oder für die Zeit des Bestehens eines Betriebes bis zu seiner schon festgelegten Stilllegung gegeben sein.<sup>133</sup> Die wesentliche Aufgabe des Arbeitgebers liegt darin, zum Zeitpunkt des Abschlusses des befristeten Arbeitsvertrags die Entwicklung des vorübergehend erhöhten Beschäftigungsbedarfs zu prognostizieren und dabei so konkret wie möglich zu sein, da eine unsichere Prognose keinen vorübergehenden betrieblichen Bedarf begründet.<sup>134</sup> Dabei wird die Zulässigkeit des

<sup>124</sup> BAG, Urteil vom 18.6.2008 – 7 AZR 214/07, NZA 2009, 35 (36).

<sup>125</sup> Schaub/Koch, Arbeitsrechts-Handbuch, §38 Rn. 70.

<sup>126</sup> Ascheid/Preis/Schmidt/Backhaus, TzBfG, § 14 Rn. 698.

<sup>127</sup> ErfK/Müller-Glöge, TzBfG, § 14 Rn. 120.

<sup>128</sup> ErfK/Müller-Glöge, TzBfG, § 14 Rn. 120.

<sup>129</sup> Schaub/Koch, Arbeitsrechts-Handbuch, §38 Rn. 70.

<sup>130</sup> Löwisch/Caspers/Klumpp, Arbeitsrecht, § 19 Rn. 840.

<sup>131</sup> BAG, Urteil vom 16.1.2018 – 7 AZR 21/16, NZA 2018, 663 (664).

<sup>132</sup> BAG, Urteil vom 29.1.1987 – 2 AZR 109/86, NZA 1987, 627 (627).

<sup>133</sup> BAG, Urteil vom 3.12.1997 – 7 AZR 651/96, NZA 1998, 1000 (1000).

<sup>134</sup> BAG, Urteil vom 17.3.2010 – 7 AZR 640/08, NZA 2010, 633 (634).

§ 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 TzBfG nicht dadurch beeinträchtigt, dass der Beschäftigungsbedarf über den prognostizierten Bedarfszeitraum hinaus anhält.<sup>135</sup> Eine über den prognostizierten Zeitraum hinausgehende Befristung steht der Beschäftigung nur entgegen, wenn eine sinnvolle sachlich begründete Mitarbeit des befristeten Arbeitnehmers nicht mehr vorstellbar ist.<sup>136</sup> Entscheidend für die Anwendbarkeit des § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 TzBfG ist, dass der Arbeitgeber bei seiner Prognose zu dem Schluss kommt, den erhöhten Beschäftigungsbedarf mit hinreichender Sicherheit und nicht nur möglicherweise zu benötigen.<sup>137</sup> Daneben muss prognostiziert werden, dass der benötigte Beschäftigungsbedarf nur zeitweise und nicht dauerhaft erforderlich ist.<sup>138</sup> Allerdings indiziert eine beträchtlich über die prognostizierte Laufzeit hinaus fortbestehende Geltungsdauer der Befristung, dass der Befristungsgrund nur als Vorwand dient, den Arbeitnehmer länger befristet zu können.<sup>139</sup> Nebstdem ist eine auf die subjektive Betrachtungsweise des Arbeitgebers gründende Prognose nicht ausreichend, vielmehr ist die Prognose mittels objektiver Kriterien anzufertigen.<sup>140</sup> Des Weiteren liegt es im freien Ermessen des Arbeitgebers, ob er die zeitweise zusätzliche Arbeit dem neu eingestellten Arbeitnehmer aufträgt oder ob er den Betriebsablauf anders organisiert.<sup>141</sup>

Am häufigsten kommt § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 TzBfG bei Unternehmen zur Anwendung, deren Beschäftigungsbedarf saisonal variiert.<sup>142</sup> Das ist vor allem bei Saison- und Kampagnenbetrieben der Fall.<sup>143</sup> Grundsätzlich bedingt die Wirksamkeit der Befristung keine Wiedereinstellungszusage des Arbeitgebers für die nächste Saison, es sei denn der Arbeitgeber hat diesbezüglich gegenüber dem Arbeitnehmer ein besonderes Vertrauen begründet.<sup>144</sup> Hierzu musste der Arbeitnehmer nach den Grundsätzen von Treu und Glauben (§ 242 BGB) fest damit rechnen dürfen, wieder eingestellt zu werden.<sup>145</sup><sup>146</sup>

#### **b) § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 TzBfG: Befristung im Anschluss an eine Ausbildung oder ein Studium**

Die Befristung im Anschluss an eine Ausbildung oder ein Studium ist zulässig, wenn sie dazu dient, den Übergang des Arbeitnehmers in eine Anschlussbeschäftigung zu erleichtert.<sup>147</sup> Aufgrund dessen, dass ein Arbeitsvertrag im Anschluss an eine Ausbildung oder ein Studium nach § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG ohne das Erfordernis eines Sachgrundes bis zu einer Dauer von zwei Jahren befristet werden kann, wird i. d. R. vorzugsweise auf diese Vorschrift zurückgegriffen.<sup>148</sup> Zumal ein Ausbildungsverhältnis kraft Gesetzes nicht als Arbeitsverhältnis angesehen wird und demnach für das in § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG normierte Vorbeschäftigungsverbot unschädlich ist.<sup>149</sup> Praktische Bedeutung erhält der § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 TzBfG in solchen Fällen, in denen bereits vor oder während der Ausbildung

<sup>135</sup> MüKo/Hesse, TzBfG, § 14 Rn. 22.

<sup>136</sup> BAG, Urteil vom 20.2.2008 – 7 AZR 950/06, NZA-RR 2009, 288 (288).

<sup>137</sup> BAG, Urteil vom 17.3.2010 – 7 AZR 640/08, NZA 2010, 633 (634).

<sup>138</sup> BAG, Urteil vom 17.3.2010 – 7 AZR 640/08, NZA 2010, 633 (634).

<sup>139</sup> BAG, Urteil vom 29.7.2009 – 7 AZR 907/07, AP TzBfG § 14 Nr. 65.

<sup>140</sup> BAG, Urteil vom 28.3.2001 – 7 AZR 701/99, NZA 2002, 666 (668).

<sup>141</sup> MüKo/Hesse, TzBfG, § 14 Rn. 22.

<sup>142</sup> ErfK/Müller-Glöge, TzBfG, § 14 Rn. 26.

<sup>143</sup> ErfK/Müller-Glöge, TzBfG, § 14 Rn. 26-27.

<sup>144</sup> BAG, Urteil vom 29.1.1987 – 2 AZR 109/86, NZA 1987, 627 (628).

<sup>145</sup> BAG, Urteil vom 29.1.1987 – 2 AZR 109/86, NZA 1987, 627 (628).

<sup>146</sup> Hierzu ausführlich siehe ErfK/Müller-Glöge, TzBfG, § 14 Rn. 23-28 sowie MüKo/Hesse, TzBfG, § 14 Rn. 22-27.

<sup>147</sup> BeckOK/Bayreuther, TzBfG, § 14 Rn. 33.

<sup>148</sup> Moll/Plum, TzBfG, § 41 Rn. 55.

<sup>149</sup> BAG, Urteil vom 21.9.2011 – 7 AZR 375/10, NZA 2012, 255 (256).

oder des Studiums zwischen denselben Arbeitsvertragsparteien bereits ein Arbeitsverhältnis gemäß § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG bestand, oder anderenfalls eine Anschlussbeschäftigung nach der Ausbildung oder dem Studium länger als zwei Jahre befristet wird.<sup>150</sup> Dabei ist zu beachten, dass auf § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 TzBfG nur die Befristung des ersten Arbeitsvertrags gestützt werden kann, den der Arbeitnehmer im Anschluss an seine Ausbildung oder sein Studium abschließt<sup>151</sup>, wobei die Klärung der Frage nach der Handhabbarkeit von Gelegenheitsjobs unberührt bleibt.<sup>152</sup> Fraglich ist, für wie lange nach dem Abschluss der Ausbildung oder des Studiums noch von „im Anschluss“ gesprochen werden kann.<sup>153</sup> Eine Ansicht in der rechtswissenschaftlichen Literatur geht von drei bis sechs Monaten aus.<sup>154</sup> Aus dem Gesetz sowie aus der Rechtsprechung lässt sich allerdings keine zeitlich bestimmte Höchstgrenze entnehmen.<sup>155</sup> Der Gesetzeszweck, den Berufseinstieg der Absolventen zu fördern, spricht allerdings eher für eine weite Auslegung des Wortlauts „im Anschluss“.<sup>156</sup> Darüber hinaus verlangt § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 TzBfG von der Anschlussbefristung die Übergangserleichterung in eine weitere Beschäftigung. Allerdings ist dieser Tatbestand bereits erfüllt, wenn die bloße Chance auf eine nachfolgende Beschäftigung auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt verbessert wird.<sup>157</sup> Die Frage, wie lange eine Beschäftigung gemäß § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 TzBfG befristet werden darf, ist umstritten und bislang höchstrichterlich nicht entschieden.<sup>158</sup> Der einen Auffassung in der rechtswissenschaftlichen Literatur zufolge ist die Befristungsdauer eher kurz bemessen, um potenziellen Missbrauch zulasten der Arbeitnehmer zu vermeiden.<sup>159</sup> Demnach soll die zulässige Befristungsdauer eines Arbeitsvertrags von § 14 Abs. 2 Satz 1 TzBfG ableitbar sein.<sup>160</sup> Eine hiervon abweichende Ansicht in der Literatur geht davon aus, dass sich die zulässige Befristungsdauer aus den Umständen des Einzelfalls ergibt, wobei die individuellen Vorkenntnisse des Arbeitnehmers als auch die Situation des spezifischen Arbeitsmarktes heranzuziehen sind.<sup>161</sup> Danach soll die Befristung von Akademikern für eine Dauer von drei bis mehr Jahren zulässig sein, darauf stützend, dass das Gesetz eine Befristung von Ärzten in der Weiterbildung bis zu acht Jahren erlaubt.<sup>162</sup>

### **c) § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 TzBfG: Vertretung eines anderen Arbeitnehmers**

Ein sachlicher Grund für die Befristung eines Arbeitsvertrags liegt gemäß § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 TzBfG vor, wenn der Arbeitnehmer zur Vertretung eines anderen Arbeitnehmers beschäftigt wird. Der Grund für die Befristung ergibt sich daraus, dass der Arbeitgeber infolge des zeitweiligen Ausfalls eines Mitarbeiters, mit dessen Rückkehr er rechnet, einen vorübergehenden Bedarf an der Beschäftigung eines anderen Arbeitnehmers hat.<sup>163</sup> Demzu-

<sup>150</sup> ErfK/Müller-Glöge, TzBfG, § 14 Rn. 29.

<sup>151</sup> BAG, Urteil vom 10.10.2007 – 7 AZR 795/06, NZA 2008, 295 (297).

<sup>152</sup> BAG, Urteil vom 24.8.2011 – 7 AZR 368/10, AP TzBfG § 14 Nr. 85.

<sup>153</sup> Ascheid/Preis/Schmidt/Backhaus, TzBfG, § 14 Rn. 125.

<sup>154</sup> ErfK/Müller-Glöge, TzBfG, § 14 Rn. 32.

<sup>155</sup> Ascheid/Preis/Schmidt/Backhaus, TzBfG, § 14 Rn. 125.

<sup>156</sup> BeckOK/Bayreuther, TzBfG, § 14 Rn. 38.

<sup>157</sup> BeckOK/Bayreuther, TzBfG, § 14 Rn. 39.

<sup>158</sup> Moll/Plum, TzBfG, § 41 Rn. 58.

<sup>159</sup> Ascheid/Preis/Schmidt/Backhaus TzBfG § 14 Rn. 91.

<sup>160</sup> Moll/Plum, TzBfG, § 41 Rn. 58.

<sup>161</sup> ErfK/Müller-Glöge TzBfG § 14 Rn. 33.

<sup>162</sup> ErfK/Müller-Glöge TzBfG § 14 Rn. 33.

<sup>163</sup> MüKo/Hesse, TzBfG, § 14 Rn. 35.

folge besteht von vornherein lediglich ein zeitlich begrenzter Bedarf an der Vertretungsleistung.<sup>164</sup> Zu den typischen Vertretungsfällen zählen u. a. die Vertretung aufgrund Krankheit oder Beurlaubung eines Mitarbeiters.<sup>165</sup> Die Befristungsabrede kann sowohl als Zeit- oder Zweckbefristung, sowie auch als Kombination dieser beiden Befristungsformen geschlossen werden.<sup>166</sup> Des Weiteren ist die Vorschrift nicht nur für die Vertretung eines Arbeitnehmers, sondern auch auf die eines Beamten anwendbar.<sup>167</sup> Zudem kann die Vertretung nicht nur unmittelbar, sondern auch mittelbar erfolgen.<sup>168</sup> Bei der mittelbaren Vertretung ist das Erfordernis eines Kausalzusammenhangs zu beachten, wonach die Vertretungskette zwischen dem Vertretenen und dem Vertreter nachvollziehbar sein muss, so dass sich der Bedarf der Vertretung auf die Abwesenheit des zeitweise ausfallenden Mitarbeiters zurückführen lässt.<sup>169</sup> Einer Dokumentation der Vertretungskette bedarf es grundsätzlich nur, wenn der Vertreter einen Arbeitsplatz zugeschrieben bekommt, den der vertretene Mitarbeiter nie innehatte (virtuelle Vertretung).<sup>170</sup> Dies kann z. B. durch einen Passus im Arbeitsvertrag umgesetzt werden.<sup>171</sup> Die Laufzeit sowie der zeitliche Umfang des befristeten Arbeitsvertrags müssen nicht zu dem voraussichtlichen Vertretungsbedarf kongruent sein.<sup>172</sup> Der § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 TzBfG verlangt zudem eine zur Zeit des Vertragschlusses durchgeführte Prognose des Arbeitgebers dahingehend, ob eine Rückkehr des vertretenen Mitarbeiters zu erwarten ist, ohne dabei den Zeitpunkt dieser Rückkehr bestimmen zu müssen.<sup>173</sup> Zugleich ist die Prognose nicht darauf ausgerichtet, dass nach der Rückkehr des vertretenen Mitarbeiters der betriebliche Bedarf für die Beschäftigung des Vertreters mit hinreichender Sicherheit entfallen muss, so wie es in § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 TzBfG vorausgesetzt wird.<sup>174</sup> Darüber hinaus wird auch bei mehrfacher Krankheits- oder Urlaubsvertretung angenommen, dass der vertretene Mitarbeiter wieder an seinen Arbeitsplatz zurückkehrt.<sup>175</sup> Ausschließlich in den Fällen, in denen der Arbeitgeber anlässlich ihm vorliegender Informationen erhebliche Zweifel an der Rückkehr des Mitarbeiters haben muss, kann dies als Vorwand indiziert werden, um die Befristung auf einen sachlichen Grund stützen zu können.<sup>176</sup>

Schließlich gestattet der § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 TzBfG die Anwendung von Kettenbefristungen, indem er sie grundsätzlich zulässt.<sup>177</sup> Jedoch geht mit ihnen die Problematik des Rechtsmissbrauchs einher.<sup>178</sup> Bezüglich weiterer Ausführungen zu dieser Thematik ist auf Kapitel C. IV. 4. zu verweisen.

#### **d) § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 TzBfG: Eigenart der Arbeitsleistung**

Die Eigenart der Arbeitsleistung kann die Befristung des Arbeitsvertrags gemäß § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 TzBfG rechtfertigen, wenn die Arbeitsleistung über Besonderheiten verfügt,

<sup>164</sup> BAG, Urteil vom 11.2.2015 – 7 AZR 113/13, NZA 2015, 617 (619).

<sup>165</sup> ErfK/Müller-Glöge, TzBfG, § 14 Rn. 34.

<sup>166</sup> BeckOK/Bayreuther, TzBfG, § 14 Rn. 40.

<sup>167</sup> BAG, Urteil vom 25.3.2009 – 7 AZR 34/08, NJW 2009, 3180 (3181).

<sup>168</sup> Löwisch/Caspers/Klumpp, Arbeitsrecht, § 19 Rn. 840.

<sup>169</sup> BAG, Urteil vom 6.11.2013 – 7 AZR 96/12, NZA 2014, 430 (432).

<sup>170</sup> MüKo/Hesse, TzBfG, § 14 Rn. 37.

<sup>171</sup> MüKo/Hesse, TzBfG, § 14 Rn. 37.

<sup>172</sup> Moll/Plum, TzBfG, § 41 Rn. 62.

<sup>173</sup> BAG, Urteil vom 22.11.1995 – 7 AZR 252/95, NZA 1996, 878 (879).

<sup>174</sup> BAG, Urteil vom 24.8.2016 – 7 AZR 41/15, NZA 2017, 307 (309).

<sup>175</sup> BAG, Urteil vom 2.7.2003 – 7 AZR 529/02, NZA 2004, 1055 (1056).

<sup>176</sup> BAG, Urteil vom 2.7.2003 – 7 AZR 529/02, NZA 2004, 1055 (1056).

<sup>177</sup> MüKo/Hesse, TzBfG, § 14 Rn. 38.

<sup>178</sup> MüKo/Hesse, TzBfG, § 14 Rn. 38.

die ein objektiv berechtigtes Interesse der Vertragsparteien, insbesondere des Arbeitgebers, aufweisen, anstelle eines unbefristeten lediglich einen befristeten Arbeitsvertrag abzuschließen.<sup>179</sup> Welche Eigenarten der Arbeitsleistung von § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 TzBfG erfasst werden, nennt die Vorschrift nicht, sodass es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff handelt.<sup>180</sup> Die ständige Rechtsprechung verlangt eine Abwägung der beiderseitigen Interessen des Arbeitgebers und Arbeitnehmers als Bestandteil der Sachgrundprüfung.<sup>181</sup> Im Hinblick auf die Zulässigkeit des Sachgrundes muss die Arbeitsleistung Besonderheiten aufweisen, die das durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützte Bestandsschutzinteresse des Arbeitnehmers an einer unbefristeten Beschäftigung überwiegen.<sup>182</sup> Solche Besonderheiten können durch sog. Verschleißtatbestände gerechtfertigt sein, wenn sie das reguläre Maß an Verschleiß erheblich übersteigen.<sup>183</sup> Das kann z. B. hinsichtlich einer oftmals altersbedingten Minderung der Leistungsfähigkeit der Arbeitnehmer oder aufgrund des Abwechslungsbedürfnisses des Publikums der Fall sein.<sup>184</sup> Der Gesetzgeber wollte mit dem Sachgrund primär die besonderen Fälle der verfassungsrechtlichen Rundfunkfreiheit i. S. d. Art. 5 Abs. 1 GG sowie der verfassungsrechtlichen Freiheit der Kunst nach Art. 5 Abs. 3 GG abdecken.<sup>185</sup> Dazu gehören in erster Linie befristete Arbeitsverträge mit Bühnenkünstlern als auch befristete Arbeitsverträge, die gemäß Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG in den geschützten Bereich der Rundfunk- und Pressefreiheit fallen, wie z. B. Arbeitsverträge mit programmgestaltenden Mitarbeitern.<sup>186</sup> Unter den Begriff der programmgestaltenden Mitarbeiter fallen diejenigen Arbeitnehmer, die an dem Inhalt von Rundfunk- und Fernsehsendungen gestaltend mitwirken.<sup>187</sup> Eine inhaltlich gestaltende Mitwirkung kann bejaht werden, wenn der Rundfunk- und Fernsehmitarbeiter seine eigenen Vorstellungen und seinen eigenen Stil einbringen kann.<sup>188</sup> Für eine dahingehende rechtliche Prüfung fällt die Intensität des bestehenden Einflusses durch den Mitarbeiter besonders ins Gewicht, als auch die Risikowahrscheinlichkeit für die Rundfunk- oder Fernsehanstalt, dem Abwechslungsbedürfnis des Publikums nicht mehr gerecht werden zu können, wenn sie den Mitarbeiter unbefristet beschäftigen würden.<sup>189</sup> Zudem erfasst der Sachgrund die Besonderheiten von befristeten Arbeitsverhältnissen im Bereich des Spitzensports<sup>190</sup>, insbesondere die Arbeitsverträge der Sportler selbst als auch die der Trainer.<sup>191</sup> Denn auch sie dienen, ähnlich wie Schauspieler und Unterhaltungskünstler im Bereich von Funk und Fernsehen, der Unterhaltungsbranche, sodass ein Abwechslungsbedürfnis des Publikums einen sachlichen Grund für die Befristung der Arbeitsverträge rechtfertigen kann.<sup>192</sup> Daneben kann die Befristung von Profisportlern auch durch die altersbedingte Minderung der Leistungsfähigkeit begründet werden, da Spitzensportlern kontinuierlich Höchstleistungen abverlangt werden, zu deren Erfüllung sie meist nur in ihren jüngeren Lebensjahren fähig sind.<sup>193</sup> Schließlich fallen befristete Arbeitsverträge im Wissenschafts- und Forschungsbereich (Art. 5 Abs. 3 GG) nicht unter § 14

---

<sup>179</sup> Moll/Plum, TzBfG, § 41 Rn. 64.

<sup>180</sup> BAG, Urteil vom 16.1.2018 – 7 AZR 312/16, NJW 2018, 1992 (1993).

<sup>181</sup> Pallasch, RdA 2019, 61 (65).

<sup>182</sup> Pallasch, RdA 2019, 61 (65).

<sup>183</sup> ErfK/Müller-Glöge, TzBfG, § 14 Rn. 44.

<sup>184</sup> ErfK/Müller-Glöge, TzBfG, § 14 Rn. 44.

<sup>185</sup> Schaub/Koch, Arbeitsrechts-Handbuch, §40 Rn. 28.

<sup>186</sup> Schaub/Koch, Arbeitsrechts-Handbuch, §40 Rn. 28.

<sup>187</sup> Moll/Plum, TzBfG, § 41 Rn. 66.

<sup>188</sup> BAG, Urteil vom 11.12.1991 – 7 AZR 128/91, AP BGB § 620 Befristeter Arbeitsvertrag Nr. 144.

<sup>189</sup> ErfK/Müller-Glöge, TzBfG, § 14 Rn. 46.

<sup>190</sup> Hromadka, BB 2001, 621 (624) zit. nach MüKo/Hesse, TzBfG, § 14 Rn. 45.

<sup>191</sup> MüKo/Hesse, TzBfG, § 14 Rn. 51.

<sup>192</sup> MüKo/Hesse, TzBfG, § 14 Rn. 51.

<sup>193</sup> Stopper/Dressel, NZA 2018, 1046 (1048).

Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 TzBfG.<sup>194</sup> Stattdessen werden sie im WissZeitVG als sondergesetzliche Regelung nach § 23 TzBfG abschließend erfasst.<sup>195</sup> Diese Thematik wird in Kapitel C. VI. 5. genauer ausgeführt.

#### **e) § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 5 TzBfG: Befristung zur Erprobung**

Die Befristung eines Arbeitsvertrags zur Erprobung ist sachlich gerechtfertigt, wenn sie dazu dient, die persönliche und fachliche Eignung des Arbeitnehmers für die angestrebte Dauerbeschäftigung herauszufinden.<sup>196</sup> Aufgrund der Möglichkeit gemäß § 14 Abs. 2 TzBfG eine sachgrundlose Befristung bis zu einer Dauer von zwei Jahren abschließen zu können, beschränkt sich der praktische Anwendungsbereich der sachlich begründeten Probebefristung auf solche Befristungen, die nicht durch § 14 Abs. 2 TzBfG abgedeckt werden können.<sup>197</sup> Da sich das Schriftformerfordernis des § 14 Abs. 4 TzBfG nur auf die Befristungsabrede bezieht und nicht auf den zugrunde liegenden sachlichen Grund, muss dieser weder Vertragsinhalt geworden sein noch braucht er ausdrücklich im Arbeitsvertrag genannt zu werden.<sup>198</sup> Das Gesetz beinhaltet keine zeitlichen Vorgaben zur Erprobungshöchstdauer.<sup>199</sup> Allerdings ist ein angemessenes Verhältnis zwischen Erprobungszweck und -dauer für die Anwendbarkeit des § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 5 TzBfG erforderlich.<sup>200</sup> Eine für die Erprobung angemessene Zeitspanne beläuft sich i. d. R. auf höchstens sechs Monate (arg. ex § 1 KSchG).<sup>201</sup> Reicht die Zeitspanne von sechs Monaten jedoch nicht aus, um die Eignung des Arbeitnehmers ausreichend zu beurteilen, kann auch eine längere Probezeit vereinbart werden.<sup>202</sup> Zusätzlich können einschlägige Tarifverträge unterstützend herangezogen werden, um die Bestimmung der angemessenen Probezeit zu erleichtern.<sup>203</sup> Eine längere Probezeit kann u. a. zulässig sein, wenn die Tätigkeit hohe Leistungsanforderungen aufweist oder der Arbeitnehmer diesen Beruf länger nicht mehr ausgeübt hat, sodass eine die sechs Monate übersteigende Probezeit gerechtfertigt erscheint, um die Eignung des Arbeitnehmers angemessen feststellen zu können.<sup>204</sup> Indessen ist ein vorangegangenes Ausbildungsverhältnis zwischen denselben Vertragsparteien für die Anwendung des § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 5 TzBfG stets unschädlich, da ein Ausbildungsverhältnis kraft Gesetzes nicht als Arbeitsverhältnis angesehen wird.<sup>205</sup> Schließlich ist auch die befristete Verlängerung einer Probezeit rechtlich möglich.<sup>206</sup>

#### **f) § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 6 TzBfG: In der Person des Arbeitnehmers liegende Gründe**

Die in § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 6 TzBfG genannten, in der Person des Arbeitnehmers liegenden Gründe, sind weit zu fassen und lassen sich auf sehr unterschiedliche Sachverhalte anwenden.<sup>207</sup> Zum einen kann die Befristung sachlich gerechtfertigt sein, wenn sie auf den

<sup>194</sup> Moll/Plum, TzBfG, § 41 Rn. 68.

<sup>195</sup> BAG, Urteil vom 18.5.2016 – 7 AZR 533/14, NJW 2016, 3259 (3260).

<sup>196</sup> Moll/Plum, TzBfG, § 41 Rn. 74.

<sup>197</sup> BeckOK/Bayreuther, TzBfG, § 14 Rn. 57.

<sup>198</sup> BAG, Urteil vom 23.6.2004 – 7 AZR 636/03, NZA 2004, 1333 (1334).

<sup>199</sup> MüKo/Hesse, TzBfG, § 14 Rn. 58.

<sup>200</sup> Schaub/Koch, Arbeitsrechts-Handbuch, §40 Rn. 34.

<sup>201</sup> BAG, Urteil vom 19.11.2019 – 7 AZR 311/18, NZA 2020, 536 (539).

<sup>202</sup> BAG, Urteil vom 19.11.2019 – 7 AZR 311/18, NZA 2020, 536 (539).

<sup>203</sup> ErfK/Müller-Glöge, TzBfG, § 14 Rn. 49a.

<sup>204</sup> Schaub/Koch, Arbeitsrechts-Handbuch, §40 Rn. 34.

<sup>205</sup> ErfK/Müller-Glöge, TzBfG, § 14 Rn. 50.

<sup>206</sup> Fuhlrott, NZA 2017, 1433 (1435).

<sup>207</sup> Ascheid/Preis/Schmidt/Backhaus, TzBfG, § 14 Rn. 137.

Wunsch des Arbeitnehmers erfolgt.<sup>208</sup> Dafür muss das Interesse des Arbeitnehmers an einer befristeten Beschäftigung zum Zeitpunkt der Befristung objektiv bestimmbar sein.<sup>209</sup> Ein solches Interesse kann z. B. aufgrund familiärer Verpflichtungen oder wegen einer schon vereinbarten zukünftigen anderweitigen Beschäftigung oder Ausbildung gerechtfertigt sein.<sup>210</sup> Schlussendlich ist in Bezug auf den sachlichen Grund lediglich auf den Wunsch des Arbeitnehmers abzustellen, wenn dieser auch bei dem Angebot eines unbefristeten Arbeitsvertrags das befristete Arbeitsverhältnis vorgezogen hätte.<sup>211</sup> Weiterhin können Gründe aus der Sphäre des Arbeitnehmers vorliegen, die den Abschluss eines unbefristeten Arbeitsvertrags ausschließen.<sup>212</sup> Beispielsweise kann die Befristung der Aufenthaltserlaubnis eines Arbeitnehmers einen solchen Grund rechtfertigen, soweit deren Nichtverlängerung bei Vertragsschluss mit hinreichender Sicherheit prognostiziert werden kann.<sup>213</sup> Ferner besteht nach h. M. die Möglichkeit, die Vereinbarung von Altersgrenzen auf die Befristung gemäß § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 6 TzBfG zu stützen.<sup>214</sup> Dabei sind solche Höchstbefristungen, die an das Regelrentenalter der Arbeitnehmer anknüpfen, meistens unproblematisch zulässig.<sup>215</sup> Problematisch sind dagegen oftmals die früher einsetzenden Höchstfristen, wie z. B. die 60-Jahre-Altersgrenze für Piloten.<sup>216</sup> Diese wurde aus Gründen der Altersdiskriminierung vom EuGH und nachfolgend auch vom BAG beanstandet.<sup>217</sup> Des Weiteren können sich die in der Person des Arbeitnehmers liegenden Gründe für die Befristung u. a. auch aus sozialen Gründen, aus Gründen der Aus- und Fortbildung oder aus Gründen von Sprachkenntnissen des Arbeitnehmers ergeben.<sup>218</sup>

#### **g) § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 7 TzBfG: Arbeitnehmer wird aus Haushaltsmitteln vergütet**

Die Befristung eines Arbeitsvertrags gemäß § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 7 TzBfG setzt voraus, dass der Arbeitnehmer aus Haushaltsmitteln vergütet wird, die haushaltsrechtlich für eine befristete Beschäftigung vorgesehen sind und er diesbezüglich beschäftigt wird.<sup>219</sup> Insofern erfordert die sachliche Rechtfertigung des § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 7 TzBfG, dass für die befristete Beschäftigung Haushaltsmittel aus dem Haushaltsplan bereitgestellt werden, die dazu bestimmt sind den befristet eingestellten Arbeitnehmer zu vergüten.<sup>220</sup> Dabei ist darauf zu achten, dass die Mittel mit einer klaren Sachregelung auf der Grundlage einer objektiv nachvollziehbaren Zwecksetzung beruhen und lediglich für eine zeitlich begrenzte Aufgabe vorgesehen sind.<sup>221</sup> Folglich wäre eine undifferenzierte Bereitstellung der Mittel für die Beschäftigung von befristeten Arbeitnehmern zu ungenau.<sup>222</sup> Zudem kann der befristete Arbeitsvertrag auch nicht auf § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 7 TzBfG gestützt werden, wenn

<sup>208</sup> Ascheid/Preis/Schmidt/Backhaus, TzBfG, § 14 Rn. 488.

<sup>209</sup> Pletke/Pletke, TzBfG, § 14 Rn. 65.

<sup>210</sup> MüKo/Hesse, TzBfG, § 14 Rn. 63.

<sup>211</sup> BAG, Urteil vom 19.1.2005 – 7 AZR 115/04, NJOZ 2005, 3009 (3014).

<sup>212</sup> MüKo/Hesse, TzBfG, § 14 Rn. 62.

<sup>213</sup> BAG, Urteil vom 12.1.2000 – 7 AZR 863/98, NZA 2000, 722 (723).

<sup>214</sup> MüKo/Hesse, TzBfG, § 3 Rn. 12.

<sup>215</sup> Pletke/Pletke, TzBfG, § 14 Rn. 65.

<sup>216</sup> Pletke/Pletke, TzBfG, § 14 Rn. 66.

<sup>217</sup> EuGH, Urteil vom 13.9.2011, C-447/09, ECLI:EU:C:2011:573 – Prigge; BAG, Urteil vom 18.1.2012 – 7 AZR 112/08, NZA 2012 575 (576).

<sup>218</sup> Dazu ausführlich MüKo/Hesse, TzBfG, § 14 Rn. 60-70 sowie ErfK/Müller-Glöge, TzBfG, § 14 Rn. 51-70.

<sup>219</sup> Löwisch/Caspers/Klumpp, Arbeitsrecht, § 19 Rn. 840.

<sup>220</sup> BAG, Urteil vom 7.5.2008 – 7 AZR 198/07, NZA 2008, 880 (881).

<sup>221</sup> BAG, Urteil vom 7.5.2008 – 7 AZR 198/07, NZA 2008, 880 (881).

<sup>222</sup> BAG, Urteil vom 18.10.2006 – 7 AZR 419/05, NZA 2007, 332 (333).

dem befristet beschäftigten Arbeitnehmer größtenteils Daueraufgaben des öffentlichen Arbeitgebers auferlegt werden, sondern der befristete Arbeitnehmer muss tatsächlich überwiegend der zweckgesetzten Beschäftigung nachgehen, für welche die Haushaltsmittel zur Verfügung gestellt wurden.<sup>223</sup> Dabei wird auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses abgestellt.<sup>224</sup> Gemäß der Rechtsprechung kann der Sachgrund auch vorliegen, wenn die im Haushaltsplan bereitgestellten Mittel nicht die gesamte Laufzeit des befristeten Arbeitsvertrags abdecken.<sup>225</sup> In solch einem Fall muss allerdings bei Vertragsschluss eine, aufgrund hinreichender Anhaltspunkte, gerechtfertigte Prognose belegen, dass die zukünftigen Haushaltsmittel ausreichen, um den befristet beschäftigten Arbeitnehmer über die gesamte Vertragslaufzeit zu vergüten.<sup>226</sup> Zudem müssen diese Mittel haushaltsrechtlich für eine befristete Beschäftigung vorgesehen sein.<sup>227</sup>

Die Besonderheit dieses Sachgrundes liegt darin, dass er ausschließlich von Arbeitgebern des öffentlichen Dienstes als Befristungsgrund herangezogen werden darf.<sup>228</sup> Demnach bleibt den Arbeitgebern der Privatwirtschaft die Anwendung der Haushaltsmittelbefristung als sachlichen Grund für die Befristung von Arbeitsverträgen verwehrt.<sup>229</sup> Zudem bezieht sich der Begriff der Haushaltsmittel lediglich auf die in den Haushaltsgesetzen des Bundes und der Länder bezeichneten Mittel.<sup>230</sup> Demgegenüber fallen Förder- /Drittmittel<sup>231</sup> oder Haushaltsmittel anderer öffentlicher Stellen nicht unter den Begriff der Haushaltsmittel, da dieser die Aufrechterhaltung der Gewaltenteilung und demnach eine Trennung zwischen der Körperschaft des Arbeitgebers und des den Haushaltsplan aufstellenden Organs voraussetzt.<sup>232</sup>

Derzeit ist die Vereinbarkeit des § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 7 TzBfG mit dem Unionsrecht allerdings noch ungeklärt.<sup>233</sup> Das BAG hat die Unionskonformität des Befristungsgrundes bereits mehrfach in Frage gestellt, da dieser Befristungstatbestand dem öffentlichen Sektor die Bezugnahme auf einen weiteren Sachgrund für die Befristung von Arbeitsverträgen gewährt, zu dem private Arbeitgeber keinen Zugang haben.<sup>234</sup> Eine aufklärende Stellungnahme des BAG wird es allerdings erst geben, sofern die Auslegung des Unionsrechts zum Erlass des Urteils entscheidungserheblich ist, also wenn die Befristung im konkreten Streitfall ausschließlich nach § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 7 TzBfG gerechtfertigt wäre und die Grundsätze des institutionellen Rechtsmissbrauchs den Arbeitgeber nicht an dessen Bezugnahme hindern.<sup>235</sup> Trifft dieser Fall ein, wird das BAG höchstwahrscheinlich den EuGH ersuchen, damit dieser eine Vorabentscheidung treffen kann.<sup>236</sup> Vorausgesetzt, der EuGH hält die vom BAG gestellten Anforderungen an die Privilegierung des öffentlichen Dienstes für unzureichend und die Haushaltsbefristung demnach für unionsrechtswidrig, werden alle auf

---

<sup>223</sup> BAG, Urteil vom 18.10.2006 – 7 AZR 419/05, NZA 2007, 332 (333).

<sup>224</sup> BAG, Urteil vom 18.10.2006 – 7 AZR 419/05, NZA 2007, 332 (333).

<sup>225</sup> Schaub/Koch, Arbeitsrechts-Handbuch, §40 Rn. 36.

<sup>226</sup> BAG, Urteil vom 22.4.2009 – 7 AZR 743/07, NZA 2009, 1143 (1145).

<sup>227</sup> BAG, Urteil vom 22.4.2009 – 7 AZR 743/07, NZA 2009, 1143 (1145).

<sup>228</sup> Moll/Plum, TzBfG, § 41 Rn. 97.

<sup>229</sup> Moll/Plum, TzBfG, § 41 Rn. 97.

<sup>230</sup> Schaub/Koch, Arbeitsrechts-Handbuch, §40 Rn. 36.

<sup>231</sup> BAG, Urteil vom 16.1.2018 – 7 AZR 21/16, NZA 2018, 663 (665).

<sup>232</sup> BAG, Urteil vom 9.3.2011 – 7 AZR 728/09, NZA 2011, 911 (912).

<sup>233</sup> Moll/Plum, TzBfG, § 41 Rn. 98.

<sup>234</sup> BAG, Urteil vom 23.5.2018 – 7 AZR 16/17, NZA 2018, 1549 (1551); BAG, Urteil vom 11.9.2013 – 7 AZR 107/12, NZA 2014, 150 (152).

<sup>235</sup> BAG, Urteil vom 23.5.2018 – 7 AZR 16/17, NZA 2018, 1549 (1552).

<sup>236</sup> Arnold, NZA-RR 2020, 1 (6).

§ 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 7 TzBfG gestützten Befristungen unwirksam, ohne dass ein unionsrechtlicher oder nationaler Vertrauensschutz greift.<sup>237</sup>

### **h) § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 8 TzBfG: Befristung beruht auf einem gerichtlichen Vergleich**

Gemäß § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 8 TzBfG liegt ein sachlicher Grund für die Befristung eines Arbeitsvertrags vor, wenn sie auf einem gerichtlichen Vergleich beruht. Der gerichtliche Vergleich ist allerdings nur zulässig, wenn das Gericht i. S. d. § 278 Abs. 6 Satz 1 Alt. 2 ZPO an dem Vergleich verantwortlich mitwirkt, sodass die Schutzinteressen des Arbeitnehmers angemessen gewahrt werden können.<sup>238</sup> Dahingegen erkennt das LAG einen nach § 278 Abs. 6 Satz 1 Alt. 1 ZPO geschlossenen Vergleich regelmäßig nicht als sachlich gerechtfertigten Grund des § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 8 TzBfG an, weil das Gericht am Abschluss dieses Vergleichs i. d. R. nicht verantwortlich mitwirkt.<sup>239</sup> Eine zusätzliche Wirksamkeitsvoraussetzung besteht gemäß § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 8 TzBfG darin, dass die Parteien in dem gerichtlichen Vergleich zur Beendigung eines Kündigungsverfahrens oder eines Feststellungsstreits mittels der Befristung eine Einigung über den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses erzielen.<sup>240</sup> Folglich muss der Vergleich lediglich die Beilegung einer Bestandsstreitigkeit bewirken.<sup>241</sup> Weitere Befristungskontrollen werden nicht durchgeführt, da die Arbeitnehmerinteressen durch die Mitwirkung des unabhängigen Gerichts genügend geschützt werden.<sup>242</sup> Darüber hinaus können die Parteien einen vom Gericht unterbreiteten Vergleichsvorschlag nur unverändert annehmen.<sup>243</sup> Jedoch ist es möglich, dass ein parteilicher Vergleichsvorschlag in den gerichtlichen Vorschlag überführt wird, sodass es sich anbietet, dem Gericht im Vorhinein einen Vergleichsvorschlag zu unterbreiten.<sup>244</sup> Nach dem Wortlaut des § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 8 TzBfG beschränkt sich dessen Anwendungsbereich auf gerichtliche Vergleiche, wodurch die Fallgruppe der außergerichtlichen Vergleiche automatisch ausgeschlossen wird.<sup>245</sup> Unabhängig davon ist es den Parteien selbstverständlich gestattet, einen befristeten Arbeitsvertrag in einem außergerichtlichen Vergleich auf Grundlage eines anderen Sachgrundes zu vereinbaren.<sup>246</sup>

## **2. Sonstige sachliche Gründe i. S. v. § 14 Abs. 1 Satz 1 TzBfG**

Die Aufzählung der sachlichen Gründe für die Befristung eines Arbeitsvertrags in § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 8 TzBfG ist beispielhaft und stellt somit keinen abschließenden Sachgrundkatalog dar.<sup>247</sup> Das ergibt sich aus Satz 2 durch den Wortlaut „insbesondere“.<sup>248</sup> Demnach können darüber hinaus auch andere Sachgründe zulässig begründet sein, soweit sie den zum Ausdruck kommenden Wertungsmaßstäben des § 14 Abs. 1 TzBfG entsprechen und den im Sachgrundkatalog des § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 bis 8 TzBfG genannten Sachgründen ihrem Gewicht nach ebenbürtig sind.<sup>249</sup> Gleiches gilt für Sachgründe, die vor

<sup>237</sup> Arnold, NZA-RR 2020, 1 (6).

<sup>238</sup> BAG, Urteil vom 21.3.2017 – 7 AZR 369/15, NZA 2017, 706 (708).

<sup>239</sup> BAG, Urteil vom 21.3.2017 – 7 AZR 369/15, NZA 2017, 706 (708).

<sup>240</sup> BAG, Urteil vom 26.4.2006 – 7 AZR 366/05, NJOZ 2006, 4677 (4680).

<sup>241</sup> BAG, Urteil vom 26.4.2006 – 7 AZR 366/05, NJOZ 2006, 4677 (4680).

<sup>242</sup> BeckOK/Bayreuther, TzBfG, § 14 Rn. 76.

<sup>243</sup> BeckOK/Bayreuther, TzBfG, § 14 Rn. 76.

<sup>244</sup> BeckOK/Bayreuther, TzBfG, § 14 Rn. 76.

<sup>245</sup> Moll/Plum, TzBfG, § 41 Rn. 106.

<sup>246</sup> BeckOK/Bayreuther, TzBfG, § 14 Rn. 77.

<sup>247</sup> MüKo/Hesse, TzBfG, § 14 Rn. 78.

<sup>248</sup> MüKo/Hesse, TzBfG, § 14 Rn. 78.

<sup>249</sup> BAG, Urteil vom 12.6.2019 – 7 AZR 428/17, NZA 2019, 1423 (1426).

Inkrafttreten des TzBfG akzeptiert wurden.<sup>250</sup> Erforderlich ist jedoch, dass ein rechtlich anerkanntes Interesse daran besteht, anstelle eines unbefristeten Arbeitsverhältnisses ein befristetes Arbeitsverhältnis abzuschließen.<sup>251</sup> Die Rechtsprechung hat bereits mehrere sonstige sachliche Gründe für die Befristung eines Arbeitsverhältnisses gemäß § 14 Abs. 1 Satz 1 TzBfG anerkannt, worunter u. a. die vorübergehende Besetzung eines Arbeitsplatzes mit einem Arbeitnehmer fällt, welcher zu einem späteren Zeitpunkt durch einen anderen Arbeitnehmer ausgefüllt werden soll, als auch die Anhängigkeit einer Konkurrentenklage.<sup>252</sup>

### 3. Abweichende tarifvertragliche Regelungen

Tarifverträge können die sachlichen Gründe für die Befristung von Arbeitsverträgen begrenzen, soweit sie zugunsten des Arbeitnehmers ausgestaltet werden.<sup>253</sup> Das ergibt sich aus § 22 Abs. 1 TzBfG, der eine abweichende Vereinbarung zulasten des Arbeitnehmers für die meisten Vorschriften des TzBfG und so auch für den § 14 Abs. 1 TzBfG ausschließt. Zudem können Tarifverträge sachliche Gründe für die Befristung eines Arbeitsvertrags enthalten, die von keinem der in § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 bis Nr. 8 TzBfG aufgeführten Sachgründe abgedeckt werden.<sup>254</sup> Allerdings müssen diese tarifvertraglich vereinbarten sachlichen Gründe den Wertungsmaßstäben des § 14 Abs. 1 TzBfG entsprechen, da auch in ihrem Fall gemäß § 22 Abs. 1 TzBfG keine Abweichung zulasten des Arbeitnehmers zulässig ist.<sup>255</sup>

### 4. Kettenbefristungen

Das Gesetz enthält für die in § 14 Abs. 1 TzBfG geregelten Sachgrundbefristungen, anders als für sachgrundlose Befristungen (§ 14 Abs. 2, 2a und Abs. 3 TzBfG), keine Regelungen zur zeitlichen Obergrenze oder zur Begrenzung der Anzahl aufeinanderfolgender befristeter Arbeitsverträge.<sup>256</sup> Der ständigen Rechtsprechung zufolge ist eine mehrfach hintereinander befristete Beschäftigung eines Arbeitnehmers möglich, wenn die Befristung auf einen sachlichen Grund gestützt werden kann.<sup>257</sup> Die Aneinanderreihung mehrerer befristeter Arbeitsverträge, sogenannter „Kettenbefristungen“, ist demnach erstmalig zulässig.<sup>258</sup> Um das Verbot des institutionellen Rechtsmissbrauchs i. S. d. § 242 BGB zu wahren, kann die Befristung eines Arbeitsvertrags allerdings auch bei Vorliegen eines sachlichen Grundes unwirksam sein, wenn der Arbeitgeber die rechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten des TzBfG in rechtsmissbräuchlicher Weise ausnutzt.<sup>259</sup> Das ist der Fall, wenn Arbeitgeber befristete Arbeitsverträge missbräuchlich verwenden, um sie fortlaufend zu verlängern und somit in Wahrheit einen dauerhaften Beschäftigungsbedarf abdecken.<sup>260</sup> Für die Feststellung des Rechtsmissbrauchs ist eine Rechtsmissbrauchskontrolle durchzuführen, bei der alle relevanten Umstände des Einzelfalls heranzuziehen und zu beurteilen sind.<sup>261</sup> Infolgedessen

<sup>250</sup> BAG, Urteil vom 12.6.2019 – 7 AZR 428/17, NZA 2019, 1423 (1426).

<sup>251</sup> BAG, Urteil vom 12.6.2019 – 7 AZR 428/17, NZA 2019, 1423 (1426).

<sup>252</sup> BeckOK/Plum, BGB, § 620 Rn. 35; Hierzu ausführlich BeckOK/Plum, BGB, § 620 Rn. 35-36 sowie BeckOK/Bayreuther, TzBfG, § 14 Rn. 79-82.

<sup>253</sup> Moll/Plum, TzBfG, § 41 Rn. 111.

<sup>254</sup> Moll/Plum, TzBfG, § 41 Rn. 111.

<sup>255</sup> BAG, Urteil vom 17.4.2019 – 7 AZR 410/17, NZA 2019, 1223 (1225).

<sup>256</sup> Lakies, ArbRAktuell 2014, 94 (94).

<sup>257</sup> BAG, Urteil vom 25.3.2009 – 7 AZR 34/08, NZA 2010, 34 (37).

<sup>258</sup> Lakies, ArbRAktuell 2014, 94 (94).

<sup>259</sup> Bayreuther, NZA 2013, 23 (23).

<sup>260</sup> BAG, Urteil vom 21.3.2017 – 7 AZR 369/15, NZA 2017, 706 (709).

<sup>261</sup> Bayreuther, NZA 2013, 23 (23).

reicht die Prüfung der letzten Befristung allein nicht aus, vielmehr sind auch alle vorangegangenen, mit demselben Arbeitgeber geschlossenen Befristungen für die Feststellung eines Rechtsmissbrauchs maßgeblich.<sup>262</sup> Somit gewinnen die Anzahl und die Gesamtdauer etwaiger in der Vergangenheit abgeschlossener befristeter Arbeitsverträge doch an entscheidender Bedeutung.<sup>263</sup> Gemäß § 14 Abs. 2 Satz 1 TzBfG ist der Abschluss von befristeten Arbeitsverträgen auch ohne Vorliegen eines sachlichen Grundes bis zu der Höchstdauer von zwei Jahren bei maximal dreimaliger Verlängerung zulässig. Diese gesetzlichen Wertungen des § 14 Abs. 2 Satz 1 TzBfG bilden den nach der Auffassung des Gesetzgebers anerkannten Bereich, bis zu dem auch mit Sachgrund befristete Arbeitsverträge gemäß § 14 Abs. 1 TzBfG zweifelsfrei zulässig sind.<sup>264</sup> Sobald ein Sachgrund die Grenzwerte des § 14 Abs. 2 Satz 1 TzBfG beträchtlich übersteigt, eröffnet sich der Verdacht auf eine missbräuchliche Ausnutzung durch den Arbeitgeber.<sup>265</sup> Dahingegen ist ein gesteigerter Anlass zur Missbrauchskontrolle nicht anzunehmen, wenn die bezeichneten Grenzwerte der sachgrundlosen Befristung knapp überschritten werden.<sup>266</sup> Laut einem Urteil des BAG ist ein Rechtsmissbrauch des Arbeitgebers vorwiegend zu bejahen, wenn die Gesamtdauer des befristeten Arbeitsverhältnisses mehr als elf Jahre beträgt mit 13 aufeinanderfolgenden befristeten Arbeitsverträgen.<sup>267</sup> Demgegenüber hat das BAG in einem anderen Urteil entschieden, dass das befristete Arbeitsverhältnis über 7 Jahre mit vier aufeinanderfolgenden befristeten Arbeitsverträgen i. d. R. auf kein rechtsmissbräuchliches Verhalten des Arbeitgebers hinweist.<sup>268</sup>

Grundsätzlich kann ein Rechtsmissbrauch vorliegen, wenn alternativ einer der in § 14 Abs. 2 Satz 1 TzBfG genannten Werte mindestens um das Vierfache oder beide Werte kumulativ mindestens um das Dreifache überschritten werden.<sup>269</sup> Demgemäß kann der Arbeitgeber seine befristeten Arbeitsverträge regelmäßig unbedenklich auf einen Sachgrund nach § 14 Abs. 1 TzBfG stützen, solange diese befristeten Arbeitsverträge die Gesamtdauer von sechs Jahren und zusätzlichen neun Vertragsverlängerungen nicht übersteigt.<sup>270</sup> Zusätzlich besteht für den Arbeitgeber grundsätzlich kein Risiko, solange entweder die Gesamtdauer der Befristungen acht Jahre nicht überschreitet oder nicht mehr als zwölf Vertragsverlängerungen vereinbart wurden.<sup>271</sup> Sofern jedoch diese Grenzen überschritten werden, ist eine umfassende Missbrauchskontrolle geboten, deren Tendenz sich an den weiteren, vorerst vom Kläger vorzubringenden Tatbeständen orientiert.<sup>272</sup>

Darüber hinaus ist ein Rechtsmissbrauch für gewöhnlich indiziert, sobald einer der in § 14 Abs. 2 Satz 1 TzBfG bestimmten Werte mehr als das Fünffache oder beide Werte mehr als das jeweils Vierfache überschritten werden.<sup>273</sup> Das ist der Fall, wenn das befristete Arbeitsverhältnis entweder mehr als zehn Jahre fortbesteht oder über 15 Vertragsverlängerungen abgeschlossen wurden oder insgesamt über mehr als acht Jahre zwölf Vertragsverlängerungen vereinbart wurden.<sup>274</sup> In solch einem Fall obliegt es dem Arbeitgeber, die

---

<sup>262</sup> BAG, Urteil vom 18.7.2012 – 7 AZR 443/09, NZA 2012, 1351 (1353).

<sup>263</sup> Moll/Plum, TzBfG, § 41 Rn. 114.

<sup>264</sup> Schaub/Koch, Arbeitsrechts-Handbuch, §40 Rn. 6a.

<sup>265</sup> Moll/Plum, TzBfG, § 41 Rn. 114.

<sup>266</sup> Moll/Plum, TzBfG, § 41 Rn. 114.

<sup>267</sup> BAG, Urteil vom 18.7.2012 – 7 AZR 443/09, NZA 2012, 1351 (1358).

<sup>268</sup> BAG, Urteil vom 18.7.2012 – 7 AZR 783/10, AP TzBfG § 14 Nr. 100.

<sup>269</sup> BAG, Urteil vom 24.8.2016 – 7 AZR 41/15, NZA 2017, 307 (310).

<sup>270</sup> BAG, Urteil vom 24.8.2016 – 7 AZR 41/15, NZA 2017, 307 (310).

<sup>271</sup> BAG, Urteil vom 24.8.2016 – 7 AZR 41/15, NZA 2017, 307 (310).

<sup>272</sup> Moll/Plum, TzBfG, § 41 Rn. 115.

<sup>273</sup> Schaub/Koch, Arbeitsrechts-Handbuch, §40 Rn. 6a.

<sup>274</sup> Schaub/Koch, Arbeitsrechts-Handbuch, §40 Rn. 6a.

Vermutung des indizierten Gestaltungsmissbrauchs durch die Darstellung besonderer Umstände zu widerlegen.<sup>275</sup>

Anhaltspunkte für und gegen einen Rechtsmissbrauch können sich aus den Tätigkeitsinhalten des Arbeitnehmers, dem Arbeitsumfang, etwaigen Unterbrechungen zwischen den Arbeitsverträgen und aus den früheren Befristungsgründen ergeben.<sup>276</sup> Beispielsweise deutet die konstante Beschäftigung eines befristeten Arbeitnehmers auf ein und demselben Arbeitsplatz mit gleichbleibenden Arbeitsaufgaben auf einen Missbrauch hin, wohingegen die mit den jeweiligen Befristungen stets abwechselnde Zuordnung des Arbeitsplatzes und der Arbeitsaufgaben die Missbrauchsvermutung regelmäßig entkräftet.<sup>277</sup> Darüber hinaus kann die Annahme eines Rechtsmissbrauchs auch dadurch geschwächt werden, dass die befristeten Arbeitsverträge nicht nahtlos aneinanderschließen, sondern Unterbrechungen zwischen ihnen liegen.<sup>278</sup> Vorausgesetzt zwischen der derzeitigen und den vorangegangenen befristeten Arbeitsverträgen liegt eine erhebliche Unterbrechung, so besteht die Möglichkeit, dass die vorangegangenen befristeten Arbeitsverträge nicht in die Rechtsmissbrauchsprüfung einbezogen werden, weil sie nicht mehr als aufeinanderfolgende Arbeitsverträge angesehen werden.<sup>279</sup> Dies ist regelmäßig bei zweijährigen Unterbrechungen der Fall, da nach einer so langen Zeit überwiegend nicht davon ausgegangen werden kann, dass die Beschäftigung einer dauerhaften Arbeitnehmerbedarfsdeckung dient.<sup>280</sup> In einer Entscheidung des BAG aus dem Jahr 2018 verweist dieser auf ein Urteil des EuGH, in dem der EuGH eine Unterbrechung von 60 Tagen „im Allgemeinen“ als zureichend erachtet, um ein Aufeinanderfolgen der befristeten Arbeitsverträge zu verneinen.<sup>281</sup> Für den Fall, dass die Rechtsmissbrauchsprüfung ein missbräuchliches Verhalten des Arbeitgebers bestätigt, ist es dem Arbeitgeber nach den Grundsätzen des institutionellen Rechtsmissbrauchs i. S. d. § 242 BGB verwehrt, die Befristung des Arbeitsvertrags auf einen Sachgrund zu stützen.<sup>282</sup>

## 6. Auflösende Bedingung

Die auflösende Bedingung ist im Zusammenhang mit der Zeit- und Zweckbefristung zu sehen.<sup>283</sup> Wie bereits erläutert, ist die zeit- sowie die zweckmäßige Befristung an ein zukünftiges Ereignis gekoppelt, dessen Eintritt von den Parteien mit Gewissheit angenommen werden kann.<sup>284</sup> Dahingegen ist bei der auflösenden Bedingung bereits der Eintritt des zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses führenden, zukünftigen Ereignisses ungewiss.<sup>285</sup> Bestimmte Vorschriften über befristete Arbeitsverträge sind gemäß § 21 TzBfG auch auf auflösend bedingte Arbeitsverträge anzuwenden.<sup>286</sup> Darunter fallen u. a. das Diskriminierungsverbot nach § 4 Abs. 2 TzBfG, das Benachteiligungsverbot gemäß § 5 TzBfG, sowie das Schriftformerfordernis i. S. d. § 14 Abs. 4 TzBfG.<sup>287</sup> Zudem bedarf die auflösende Bedingung eines sachlichen Grundes nach § 14 Abs. 1 TzBfG.<sup>288</sup> Gemäß § 21 TzBfG ist auch

<sup>275</sup> BAG, Urteil vom 26.10.2016 – 7 AZR 135/15, NZA 2017, 382 (387).

<sup>276</sup> Schaub/Koch, Arbeitsrechts-Handbuch, §40 Rn. 6b.

<sup>277</sup> Schaub/Koch, Arbeitsrechts-Handbuch, §40 Rn. 6b.

<sup>278</sup> BAG, Urteil vom 21.2.2018 – 7 AZR 765/16, NZA 2018, 858 (862).

<sup>279</sup> Arnold, NZA-RR 2020, 1 (6).

<sup>280</sup> BAG, Urteil vom 21.3.2017 – 7 AZR 369/15, NZA 2017, 706 (710).

<sup>281</sup> BAG, Urteil vom 21.2.2018 – 7 AZR 765/16, NZA 2018, 858 (862); EuGH, Urteil vom 3.7.2014, C-362/13, ECLI:EU:C:2014:2044 – Fiamingo.

<sup>282</sup> BAG, Urteil vom 21.8.2019 – 7 AZR 572/17, NJW 2020, 98 (102).

<sup>283</sup> MHdB ArbR/Wank, TzBfG, 4. Aufl., § 103 Rn. 16.

<sup>284</sup> MHdB ArbR/Wank, TzBfG, 4. Aufl., § 103 Rn. 16.

<sup>285</sup> BAG, Urteil vom 29.6.2011 – 7 AZR 6/10, NZA 2011, 1346 (1347).

<sup>286</sup> BeckOK/Plum, BGB, § 620 Rn. 46.

<sup>287</sup> Moll/Plum, TzBfG, § 41 Rn. 127.

<sup>288</sup> Moll/Plum, TzBfG, § 41 Rn. 127.

§ 15 Abs. 2, 3 und 5 TzBfG sowie die §§ 16 bis 20 TzBfG auf auflösende Bedingungen entsprechend anwendbar.

## V. Befristung ohne sachlichen Grund nach § 14 Abs. 2 TzBfG

### 1. Grundsätze

Der § 14 Abs. 2 Satz 1 Hs. 1 TzBfG vereinfacht den Arbeitgebern die Entscheidung, neue Arbeitnehmer einzustellen, indem er die Befristung dieser Arbeitnehmer, auch ohne Vorliegen eines sachlichen Befristungsgrundes, für die Dauer von zwei Jahren zulässt.<sup>289</sup> Daneben ist es nach § 14 Abs. 2 Satz 1 Hs. 2 TzBfG auch möglich, eine geringere Befristungsdauer zu vereinbaren und diese innerhalb der zulässigen Gesamtdauer von zwei Jahren bis zu dreimal zu verlängern, sodass binnen dieser Zeit insgesamt höchstens vier Befristungen vereinbart werden können.<sup>290</sup> Eine Verlängerung des befristeten Arbeitsvertrags ist jedoch nur zulässig, wenn sie nahtlos, also vor Ablauf der Laufzeit des bisherigen Arbeitsvertrags vereinbart wird und mit ihr auch keine Änderungen des Arbeitsvertrags vorgenommen werden.<sup>291</sup> Allerdings können andere Vertragsanpassungen wirksam werden, solange der Vertragsinhalt durch die Verlängerungsvereinbarung unverändert bleibt.<sup>292</sup> Zulässig ist demnach eine Anpassung des Vertragstextes an die zum Zeitpunkt der Verlängerung geltende Rechtslage oder der Abschluss von Arbeitsbedingungen, auf die der Arbeitnehmer einen Anspruch hat, wie z. B. die Erhöhung der tarifvertraglichen Vergütung.<sup>293</sup> Ebenso steht eine von dem Arbeitgeber kraft Direktionsrecht ausgeübte Veränderung, wie beispielsweise die Zuweisung eines anderen Arbeitsplatzes, der zulässigen Verlängerung eines befristeten Arbeitsverhältnisses nicht entgegen.<sup>294</sup> Schließlich ist eine Verlängerung auch wirksam, wenn eine bereits während der Laufzeit eines sachgrundlos befristeten Arbeitsvertrags erfolgte Änderung der Vertragsbedingungen in dem Text der Verlängerungsvereinbarung erfasst wird.<sup>295</sup> Hingegen verhindert auch der Abschluss von verbesserten Konditionen für den Arbeitnehmer eine zulässige Vertragsverlängerung, sodass die Vertragsänderung stattdessen als Neuabschluss eines befristeten Arbeitsvertrags angesehen wird.<sup>296</sup> Werden die Voraussetzungen an die Vertragsverlängerung nämlich nicht erfüllt, liegt keine Verlängerung gemäß § 14 Abs. 2 Satz 1 Hs. 2 TzBfG vor, sondern ein Neuabschluss eines befristeten Arbeitsvertrags, welcher nur mit einem sachlichen Grund nach § 14 Abs. 1 TzBfG zulässig ist.<sup>297</sup> Daher empfiehlt es sich für den Arbeitgeber, eventuelle Vertragsveränderungen entweder zeitlich vor oder nach der Vertragsverlängerung zu vereinbaren, um die Zulässigkeit der Vertragsverlängerung sicherzustellen.<sup>298</sup> Dabei ist besonders zu beachten, dass die Tage der Vertragsänderung und der Vertragsverlängerung auseinanderfallen, um eine offenkundige Zusammengehörigkeit der beiden Schriftstücke zu vermeiden.<sup>299</sup> Darüber hinaus wird die Verkürzung des befristeten Arbeitsvertrags durch die Vereinbarung eines früheren Endtermins nicht von § 14 Abs. 2 Satz 1 TzBfG erfasst,

<sup>289</sup> Löwisch/Caspers/Klumpp, *Arbeitsrecht*, § 19 Rn. 833.

<sup>290</sup> Löwisch/Caspers/Klumpp, *Arbeitsrecht*, § 19 Rn. 833.

<sup>291</sup> BAG, Urteil vom 20.2.2008 – 7 AZR 786/06, NJW 2008, 2457 (2458).

<sup>292</sup> BAG, Urteil vom 23.8.2006 – 7 AZR 12/06, NZA 2007, 204 (205).

<sup>293</sup> BAG, Urteil vom 20.2.2008 – 7 AZR 786/06, NJW 2008, 2457 (2458).

<sup>294</sup> BAG, Urteil vom 4.12.2013 – 7 AZR 468/12, NZA 2014, 623 (625).

<sup>295</sup> BAG, Urteil vom 23.8.2006 – 7 AZR 12/06, NZA 2007, 204 (205).

<sup>296</sup> BAG, Urteil vom 23.8.2006 – 7 AZR 12/06, NZA 2007, 204 (205).

<sup>297</sup> BAG, Urteil vom 16.1.2008 – 7 AZR 603/06, JuS 2008, 937 (938).

<sup>298</sup> BAG, Urteil vom 23.8.2006 – 7 AZR 12/06, NZA 2007, 204 (205).

<sup>299</sup> BAG, Urteil vom 26.7.2006 – 7 AZR 51405, NZA 2006, 1402 (1405).

da sich diese Vorschrift ausschließlich auf Vertragsverlängerungen bezieht.<sup>300</sup> Die Vereinbarung einer Verkürzung der Laufzeit des befristeten Arbeitsvertrags stellt außerdem eine neue Befristung dar, sodass § 14 Abs. 2 TzBfG keine Anwendung finden kann, da diese Regelung ausschließlich bei befristeten Neueinstellungen greift.<sup>301</sup> Folglich verliert ein zuerst sachgrundlos befristetes Arbeitsverhältnis nach einer vereinbarten Verkürzung seiner Laufzeit die Berechtigung, sich auf § 14 Abs. 2 TzBfG stützen zu können.<sup>302</sup>

## 2. Vorbeschäftigungsverbot

Die Befristung nach § 14 Abs. 2 Satz 1 TzBfG ist allerdings gemäß § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG nicht zulässig, wenn mit demselben Arbeitgeber bereits zuvor ein befristetes oder unbefristetes Arbeitsverhältnis bestanden hat. Mit dieser Regelung soll der Nutzung sachgrundloser Kettenbefristungen entgegengewirkt werden.<sup>303</sup> Fraglich ist allerdings, wie der Gesetzeswortlaut „bereits zuvor“ zu verstehen ist.<sup>304</sup> Die damalige Rechtsprechung schloss eine sachgrundlose Befristung unabhängig von der Dauer und dem Inhalt des früheren Arbeitsverhältnisses, sowie auch unabhängig von dem zeitlichen Abstand zwischen dem früheren und dem nunmehr sachgrundlos befristeten Arbeitsverhältnis uneingeschränkt aus.<sup>305</sup> Eine Kehrtwende gab es im Jahr 2011, als das BAG in seinem Urteil vom 6. April 2011 entschied, dass das Vorbeschäftigungsverbot i. S. d. § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG für frühere Arbeitsverhältnisse, die mehr als drei Jahre zurückliegen, nicht mehr einschlägig ist.<sup>306</sup> Dabei bezog sich das BAG auf den Gesetzeszweck des § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG, der darin besteht, die in § 14 Abs. 2 Satz 1 TzBfG vorgesehene Möglichkeit, sachgrundlose Befristungen für „Befristungsketten“ zu missbrauchen, zu verhindern.<sup>307</sup> Das BAG verneinte in dieser Entscheidung die Notwendigkeit eines lebenslangen Anschlussverbots für die Wahrung des Normzwecks aus § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG und erklärte einen Zeitraum von über drei Jahren zwischen den Arbeitsverhältnissen für ausreichend, um die Arbeitsverträge nicht mehr als aufeinanderfolgend anzusehen.<sup>308</sup> Das BVerfG hat diese Rechtsprechung des BAG für verfassungswidrig erklärt, mit der Begründung, dass die Festlegung der nach drei Jahren ablaufenden Karenzfrist für das Vorbeschäftigungsverbot eine den klar erkennbaren Willen des Gesetzgebers überschreitende richterliche Rechtsfortbildung darstelle.<sup>309</sup> Das folgt daraus, dass diese den erkennbaren Willen des Gesetzgebers übersteigende Interpretation des Gesetzestextes „bereits zuvor“ unzulässig in den Zuständigkeitsbereich des demokratisch legitimierten Gesetzgebers eingreift und somit gegen Art. 2 Abs. 1 GG i. V. m. Art. 20 Abs. 3 GG verstößt.<sup>310</sup>

Die mit § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG einhergehende Beeinträchtigung der nach Art. 12 Abs. 1, Art. 2 Abs. 1 GG geschützten Arbeitsvertragsfreiheit von Arbeitnehmern und Arbeitgebern wird hingenommen, um die unterlegenen Arbeitnehmer vor missbräuchlichen Kettenbefristungen zu schützen und die unbefristete Beschäftigung als Regelfall zu erhalten.<sup>311</sup> Ein

<sup>300</sup> Ascheid/Preis/Schmidt/Backhaus, TzBfG, § 14 Rn. 525.

<sup>301</sup> BAG, Urteil vom 14.12.2016 – 7 AZR 49/15, NZA 2017, 634 (636).

<sup>302</sup> BAG, Urteil vom 14.12.2016 – 7 AZR 49/15, NZA 2017, 634 (636).

<sup>303</sup> Löwisch/Caspers/Klumpp, Arbeitsrecht, § 19 Rn. 834.

<sup>304</sup> ErfK/Müller-Glöge, TzBfG, § 14 Rn. 93.

<sup>305</sup> BAG, Urteil vom 6.11.2003 – 7 AZR 690/02, NZA 2005, 218 (220); BAG, Urteil vom 29.7.2009 – 7 AZN 368/09, BeckRS 2011, 77126 (77126).

<sup>306</sup> BAG, Urteil vom 6.4.2011 – 7 AZR 716/09, NZA 2011, 905 (906).

<sup>307</sup> BAG, Urteil vom 6.4.2011 – 7 AZR 716/09, NZA 2011, 905 (908).

<sup>308</sup> BAG, Urteil vom 6.4.2011 – 7 AZR 716/09, NZA 2011, 905 (908).

<sup>309</sup> BVerfG, Beschluss vom 6.6.2018 – 1 BvL 7/14 und 1 BvR 1375/14, NZA 2018, 774 (781).

<sup>310</sup> BVerfG, Beschluss vom 6.6.2018 – 1 BvL 7/14 und 1 BvR 1375/14, NZA 2018, 774 (775).

<sup>311</sup> Ascheid/Preis/Schmidt/Backhaus, TzBfG, § 14 Rn. 537.

absolutes Vorbeschäftigungsverbot kann sich allerdings auch hemmend auf die Einstellungschancen der Arbeitnehmer auswirken und die nach Art. 12 GG geschützte Berufsfreiheit der Arbeitnehmer unverhältnismäßig einschränken.<sup>312</sup> Aus diesem Grund kann das Vorbeschäftigungsverbot in Einzelfällen ausnahmsweise unzumutbar sein, wenn eine Vorbeschäftigung entweder „sehr lang“ zurückliegt, „ganz anders“ geartet oder von „sehr kurzer“ Dauer war und demzufolge keine Gefahr der Kettenbefristung in Ausnutzung der strukturellen Unterlegenheit der Arbeitnehmer anzunehmen ist und die sachgrundlose Befristung auch nicht zur Sicherung des unbefristeten Arbeitsverhältnisses als Regelbeschäftigung erforderlich scheint.<sup>313</sup> Eine Karenzfrist, nach deren Ablauf das Vorbeschäftigungsverbot nicht mehr greift, existiert demnach nicht.<sup>314</sup> Der hierzu vorliegenden Rechtsprechung zufolge ist jedoch eine Zeitspanne von 15 Jahren zwischen dem früheren und dem nunmehr sachgrundlos befristeten Arbeitsverhältnis ohne das Hinzutreten anderer Umstände nicht ausreichend, um eine Unzumutbarkeit des Vorbeschäftigungsverbots für die Arbeitsvertragsparteien zu begründen.<sup>315</sup> Ursächlich dafür ist der Gedanke, dass der vom Gesetzgeber in § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG gesetzte Zweck, unbefristete Arbeitsverhältnisse als Regelbeschäftigungsform zu sichern, nicht erfüllt werden kann, wenn eine erneute Einstellung 15 Jahre nach dem Ende der Vorbeschäftigung ausschließlich aufgrund des Zeitablaufs zulässig ist.<sup>316</sup> Umgekehrt erfüllt eine einjährige Vorbeschäftigung, die 22 Jahre zurückliegt, die Voraussetzungen für den Ausschluss des Vorbeschäftigungsverbots, sofern keine besonderen Umstände entgegenstehen.<sup>317</sup> Daran anknüpfend, dass eine Zeitspanne von 15 Jahren zwischen dem früheren und dem nachfolgenden sachgrundlos befristeten Arbeitsverhältnis für die Unzumutbarkeit des Vorbeschäftigungsverbots nicht ausreicht, eine 22 Jahre zurückliegende einjährige Vorbeschäftigung hingegen schon, kann eine Vermutung für die Grenze der Anwendung des Vorbeschäftigungsverbots aufgestellt werden.<sup>318</sup> Wenn beachtet wird, dass bei einem 40 Jahre langen Erwerbsleben die Zulässigkeit eines erneuten sachgrundlos befristeten Arbeitsverhältnisses nach 15 Jahren dazu geführt hätte, dass innerhalb des Erwerbslebens drei sachgrundlos befristete Arbeitsverträge mit einer jeweils zweijährigen Dauer hätten abgeschlossen werden können, könnte mutmaßlich die Anzahl der durchführbaren sachgrundlosen Befristungen für die Grenze des Vorbeschäftigungsverbots eine maßgebende Größe darstellen.<sup>319</sup> Plausibel wäre insofern die Annahme einer möglichen Grenze für die Anwendung des Vorbeschäftigungsverbots von 18 oder 20 Jahren nach der vorherigen sachgrundlosen Befristung, da bei einem Erwerbsleben von 40 Jahren demnach nur zwei sachgrundlose Befristungen mit demselben Arbeitgeber möglich wären.<sup>320</sup> Dies folgt daraus, dass nach einer zweijährigen sachgrundlosen Befristung und einer anschließenden 18-jährigen Zeitdauer bis zur nächsten zweijährigen sachgrundlosen Befristung mit demselben Arbeitgeber bereits 22 Jahre des i. d. R. 40-jährigen Berufslebens verstrichen sind und eine nachfolgende 18-jährige Zeitspanne die 40 Jahre Berufsleben ausfüllt, sodass eine weitere, dritte sachgrundlose Befristung nicht möglich ist.<sup>321</sup> Diese Ansicht ist nicht zwingend, sondern stellt lediglich eine mögliche Betrachtungsweise dar.<sup>322</sup> Dafür spricht jedoch, dass der Arbeitnehmer nach dieser Auffassung 36 Jahre seines 40-

<sup>312</sup> BeckOK/Bayreuther, TzBfG, § 14 Rn. 84.

<sup>313</sup> BeckOK/Bayreuther, TzBfG, § 14 Rn. 84.

<sup>314</sup> BAG, Urteil vom 17.4.2019 – 7 AZR 323/17, NZA 2019, 1271 (1273).

<sup>315</sup> BAG, Urteil vom 17.4.2019 – 7 AZR 323/17, NZA 2019, 1271 (1273).

<sup>316</sup> BAG, Urteil vom 17.4.2019 – 7 AZR 323/17, NZA 2019, 1271 (1273).

<sup>317</sup> BAG, Urteil vom 21.8.2019 – 7 AZR 452/17, NZA 2020, 40 (42).

<sup>318</sup> Ascheid/Preis/Schmidt/Backhaus, TzBfG, § 14 Rn. 542.

<sup>319</sup> Ascheid/Preis/Schmidt/Backhaus, TzBfG, § 14 Rn. 542.

<sup>320</sup> Arnold, NZA-RR 2020, 1 (2).

<sup>321</sup> Lembke/Tegel, NZA 2019, 1029 (1033).

<sup>322</sup> Arnold, NZA-RR 2020, 1 (2).

jährigen Erwerbslebens bei anderen Arbeitgebern gearbeitet hat, sodass die Gefahr der Kettenbefristung in Ausnutzung der strukturellen Unterlegenheit des Arbeitnehmers nicht überzeugen kann und auch die unbefristete Beschäftigung als Regelbeschäftigungsform nicht gefährdet wird.<sup>323</sup>

Unter die Begriffe der „ganz anders“ gearteten und der „von sehr kurzer“ Dauer anhaltenden Vorbeschäftigung können u. a. die geringfügige Nebenbeschäftigung aufgrund von Elternzeit oder die geringfügige Nebenbeschäftigung von Schülern oder Studierenden, sowie das Arbeitsverhältnis mit einem Werkstudierenden oder einem studentischen Mitarbeiter im Zusammenhang mit seiner Berufsqualifizierung fallen, als auch Erwerbsunterbrechungen, die mit einer beruflichen Neuorientierung oder einer Aus- und Weiterbildung korrelieren.<sup>324</sup> Zu der Frage, bis zu welcher Dauer eine frühere Vorbeschäftigung mit demselben Arbeitgeber in die Fallgruppe der „sehr kurzen Vorbeschäftigung“ eingestuft wird und demnach zur Unzumutbarkeit des Vorbeschäftigungsverbots führen kann, hat sich das BAG mehrfach geäußert.<sup>325</sup> Dabei verneinte es die Anwendung der Fallgruppe der „sehr kurzen Vorbeschäftigung“ bei einer Länge der Vorbeschäftigung von zwei Jahren, eineinhalb Jahren, neun Monaten bis hin zu sechs Monaten.<sup>326</sup> Als gesetzliches Regelbeispiel könnte der in § 622 Abs. 5 Nr. 1 BGB verwendete Begriff der „vorübergehenden Aushilfe“ herangezogen werden, um die Grenze der „sehr kurzen Vorbeschäftigung“ grob zu bestimmen.<sup>327</sup> Entsprechend dieser Norm kann der Begriff der vorübergehenden Aushilfe regelmäßig bis zu einer Beschäftigungshöchstgrenze von drei Monaten angewendet werden, sodass sich die Anknüpfung an diese Dauer für die Bestimmung der Höchstgrenze der sehr kurzen Vorbeschäftigung ebenfalls ungefähr an der Dauer von drei Monaten orientieren kann.<sup>328</sup> Allerdings darf die an § 622 Abs. 5 Nr. 1 BGB anknüpfende Orientierungshilfe nicht dahin missverstanden werden, dass jede Vorbeschäftigung, die weniger als drei Monate besteht, als „sehr kurze Vorbeschäftigung“ angesehen wird.<sup>329</sup> Schlussendlich ist festzuhalten, dass das BAG keine klare zeitliche Höchstgrenze für die Anwendbarkeit der „sehr kurze Vorbeschäftigung“ aufgestellt hat.<sup>330</sup> Ferner ist auch in Zukunft nicht mit einer zeitlichen Bestimmung seitens des BAG zu rechnen, da eine erneute unzulässige richterliche Rechtsfortbildung, wie sie damals im Urteil vom 6. April 2011<sup>331</sup> ergangen ist, vermieden werden soll.<sup>332</sup> Dahingegen liegt eine Fallkonstellation der „ganz anders gearteten Vorbeschäftigung“ i. d. R. vor, wenn sich die innerhalb des neuen Arbeitsverhältnisses geschuldeten Tätigkeiten wesentlich von denjenigen des früheren Arbeitsverhältnisses hinsichtlich erforderlicher Kenntnisse oder Fähigkeiten unterscheiden.<sup>333</sup>

Die Befristung ist im Anschluss an ein Berufsausbildungsverhältnis oder ein berufsvorbereitendes Praktikum ist stets unproblematisch, da diese Beschäftigungsarten kein Arbeitsverhältnis gemäß § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG darstellen, weshalb die Anwendbarkeit des

<sup>323</sup> *Lembke/Tegel*, NZA 2019, 1029 (1033).

<sup>324</sup> *BeckOK/Bayreuther*, TzBfG, § 14 Rn. 84.

<sup>325</sup> *Fabisch*, NZA 2021, 9 (13).

<sup>326</sup> *Fabisch*, NZA 2021, 9 (13).

<sup>327</sup> *Lembke/Tegel*, NZA 2019, 1029 (1034).

<sup>328</sup> *Lembke/Tegel*, NZA 2019, 1029 (1034).

<sup>329</sup> BAG, Urteil vom 12.6.2019 – 7 AZR 429/17, NZA 2019, 1563 (1567).

<sup>330</sup> *Ascheid/Preis/Schmidt/Backhaus*, TzBfG, § 14 Rn. 545.

<sup>331</sup> BAG, Urteil vom 6.4.2011 – 7 AZR 716/09, NZA 2011, 905 (908); siehe auch S. 30-31.

<sup>332</sup> *Ascheid/Preis/Schmidt/Backhaus*, TzBfG, § 14 Rn. 545.

<sup>333</sup> BAG, Urteil vom 16.9.2020 – 7 AZR 552/19, NZA 2021, 338 (340).

Vorbeschäftigungsverbots in dem Fall einer solchen vorherigen Beschäftigung ausgeschlossen ist.<sup>334</sup> Schließlich besteht für Arbeitgeber die Möglichkeit, statt von Beschäftigungsbeginn an einen sachgrundlos befristeten Arbeitsvertrag zu vereinbaren und diesen bis zum Ablauf von höchstens zwei Jahren zu verlängern, auch zunächst einen mit Sachgrund befristeten Arbeitsvertrag durch einen anschließenden sachgrundlos befristeten Arbeitsvertrag zu verlängern, soweit die insgesamt Dauer von zwei Jahren nicht überschritten wird.<sup>335</sup>

### 3. Existenzgründerprivileg

Seit die Gesetzesreform „Gesetz zu Reformen am Arbeitsmarkt“ vom 24. Dezember 2003 am 1. Januar 2004 in Kraft trat, besteht für neu gegründete Unternehmen gemäß des neu eingeführten § 14 Abs. 2a TzBfG die Möglichkeit, in den ersten vier Jahren nach ihrer Gründung kalendermäßig befristete Arbeitsverträge bis zu einer Gesamtdauer von vier Jahren sachgrundlos abzuschließen und den Vertrag innerhalb dieser Zeitspanne beliebig oft zu verlängern.<sup>336</sup> Entscheidend für die Gründung des Unternehmens ist nach § 14 Abs. 2a Satz 3 TzBfG die Aufnahme der Erwerbstätigkeit, die gemäß § 138 AO der Gemeinde oder dem Finanzamt mitzuteilen ist.<sup>337</sup> Für die Berechnung des Beginns der vierjährigen Existenzgründerphase nach §§ 187 Abs. 1, 188 Abs. 2 BGB ist auf den Zeitpunkt der tatsächlichen Aufnahme der anzeigepflichtigen Tätigkeit und nicht auf den Zeitpunkt der Bekanntgabe bei der Gemeinde oder dem Finanzamt abzustellen.<sup>338</sup> Das Vorbeschäftigungsverbot des § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG, wonach die sachgrundlose Befristung eines Arbeitsvertrags in den meisten Fällen nicht zulässig ist, wenn zwischen denselben Arbeitsvertragsparteien bereits zuvor ein Arbeitsverhältnis bestanden hat, findet gemäß § 14 Abs. 2a Satz 4 TzBfG Anwendung.<sup>339</sup> Des Weiteren umfasst die Privilegierung nach § 14 Abs. 2a Satz 2 TzBfG ausschließlich neu gegründete Unternehmen, sodass bestehende Unternehmen, die einen neuen Betrieb eröffnet oder erworben haben, nicht vom Geltungsbereich erfasst werden.<sup>340</sup> Diese Beschränkung auf ausschließlich „echte“ Existenzgründungen dient dazu, die missbräuchliche Ausnutzung der verlängerten sachgrundlosen Befristungsmöglichkeit durch andere Unternehmen zu verhindern.<sup>341</sup> Die Rechtsform des neu gegründeten Unternehmens ist dabei nicht relevant, wesentlich ist die wirtschaftliche Betrachtungsweise.<sup>342</sup> Die Regelung knüpft an die rechtlichen Voraussetzungen des § 112a Abs. 2 BetrVG an, sodass diesbezüglich auf die hierzu vorliegenden Kommentierungen weitgehend verwiesen werden kann.<sup>343</sup> Weiterhin erstreckt sich der Anwendungsbereich des Existenzgründerprivilegs nach h. M. auf den Fall, dass ein bereits länger als vier Jahre vorhandener Betrieb oder Betriebsteil von einem neu gegründeten Unternehmen übernommen wird.<sup>344</sup>

Nach der Formulierung des § 14 Abs. 2a Satz 1 TzBfG kann ein sachgrundlos befristeter Arbeitsvertrag bis zum letzten Tag der vierjährigen Existenzgründerphase des Unterneh-

<sup>334</sup> ErfK/Müller-Glöge, TzBfG, § 14 Rn. 94.

<sup>335</sup> Hrach, NZA 2019, 436 (438).

<sup>336</sup> MüKo/Hesse, TzBfG, § 14 Rn. 103.

<sup>337</sup> ErfK/Müller-Glöge, TzBfG, § 14 Rn. 104a.

<sup>338</sup> Moll/Plum, TzBfG, § 41 Rn. 37.

<sup>339</sup> BAG, Urteil vom 25.10.2012 – 8 AZR 572/11, AP BGB § 613a Nr. 436.

<sup>340</sup> Bader, NZA 2004, 65 (76).

<sup>341</sup> MüKo/Hesse, TzBfG, § 14 Rn. 104.

<sup>342</sup> MüKo/Hesse, TzBfG, § 14 Rn. 104.

<sup>343</sup> BeckOK/Bayreuther, TzBfG, § 14 Rn. 104.

<sup>344</sup> Bader, NZA 2004, 65 (76); ErfK/Müller-Glöge, TzBfG, § 14 Rn. 104; BeckOK/Bayreuther, TzBfG, § 14 Rn. 105; andere Ansicht: Ascheid/Preis/Schmidt/Backhaus, TzBfG, § 14 Rn. 614.

mens bis zu der Gesamtdauer von vier Jahren befristet abgeschlossen werden, vorausgesetzt der befristete Arbeitnehmer nimmt die Arbeit noch innerhalb der vierjährigen Gründerphase auf.<sup>345</sup> Demzufolge besteht für den Arbeitgeber die Möglichkeit, kurz vor dem Ablauf der ersten vier Jahre nach der Gründung den befristeten Arbeitsvertrag auf der Grundlage des § 14 Abs. 2a TzBfG zu verlängern, sodass die Befristung ab diesem Zeitpunkt noch weitere vier Jahre und folglich bis zum Ablauf des achten Jahres nach der Gründung fortbesteht.<sup>346</sup> In diesem Fall ist es ratsam, sich zusätzlich auf eine Kündigungsmöglichkeit zu einigen, um sich die Option der ordentlichen Kündigung für die vier Jahre andauernde Vertragslaufzeit offen zu halten, da der befristete Arbeitsvertrag anderenfalls nur aus wichtigem Grund gekündigt werden kann (vgl. §§ 626 Abs. 1 BGB, 15 Abs. 3 TzBfG).<sup>347</sup> Somit ist die Befristung zugleich über die Gründungsphase hinaus zweifellos möglich.<sup>348</sup> Umstritten ist hingegen, ob Vertragsverlängerungen gemäß § 14 Abs. 2a Satz 1 Hs. 2 TzBfG nach der vierjährigen Gründungsphase zulässig vereinbart werden können, wenn die vierjährige Befristungshöchstdauer noch nicht ausgeschöpft ist.<sup>349</sup> Nach der h. M. in der rechtswissenschaftlichen Literatur erstreckt sich der Wortlaut des § 14 Abs. 2a Satz 1 TzBfG „in den ersten vier Jahren“ nicht nur auf den erstmaligen Abschluss eines befristeten Arbeitsvertrags, sondern ebenso auf den ausschließlich zulässigen Zeitraum, in dem Vertragsverlängerungen vereinbart werden können, unabhängig davon, ob der vierjährige Befristungszeitraum bereits ausgeschöpft ist.<sup>350</sup> Entsprechend dieser Auffassung steht den Parteien somit die Vertragsverlängerungsmöglichkeit nur innerhalb der ersten vier Jahre nach der Gründung des Unternehmens zur Verfügung.<sup>351</sup> Eine hiervon abweichende Meinung in der Literatur vertritt hingegen die Ansicht, dass nach § 14 Abs. 2a Satz 1 TzBfG nicht nur die Befristung über einen die Existenzgründerphase überschreitenden Zeitraum hinaus zulässig ist, sondern auch Vertragsverlängerungen nach Ablauf dieses Zeitraums weiterhin möglich sind, bis die vierjährige Höchstbefristungsdauer des befristeten Arbeitsvertrags ausgeschöpft ist.<sup>352</sup> Schlussendlich ist die höchstrichterliche Klärung dieser Streitfrage durch eine Rechtsprechung des BAG abzuwarten.<sup>353</sup> Bis dahin erscheint es auch deshalb ratsam der h. M. zu folgen, weil ihre Rechtsauffassung in beiden Fällen von § 14 Abs. 2a Satz 1 TzBfG abgedeckt wird und somit unter allen Umständen eine zulässige Befristung nach § 14 Abs. 2a TzBfG darstellt.<sup>354</sup>

#### 4. Sachgrundlose Befristung mit älteren Arbeitnehmern

Gemäß § 1 Abs. 2 BeschFG war die Befristung eines Arbeitsvertrags ohne Einschränkungen zulässig, wenn der Arbeitnehmer bei Beginn des befristeten Arbeitsverhältnisses das 60. Lebensjahr vollendet hatte.<sup>355</sup> Mit dem Inkrafttreten des TzBfG am 1. Januar 2001 wurde die Altersgrenze erstmalig in § 14 Abs. 3 TzBfG aF von 60 auf 58 Jahre verkürzt.<sup>356</sup> Nachfolgend wurde die Altersgrenze ein weiteres Mal durch Art. 7 des Ersten Gesetzes für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt vom 23. Dezember 2002, mit Wirkung ab dem

<sup>345</sup> ErfK/Müller-Glöge, TzBfG, § 14 Rn. 105.

<sup>346</sup> Ascheid/Preis/Schmidt/Backhaus, TzBfG, § 14 Rn. 615.

<sup>347</sup> Bauer/Preis/Schunder, NZA 2004, 195 (197).

<sup>348</sup> Moll/Plum, TzBfG, § 41 Rn. 38.

<sup>349</sup> Moll/Plum, TzBfG, § 41 Rn. 38.

<sup>350</sup> MüKo/Hesse, TzBfG, § 14 Rn. 107; ErfK/Müller-Glöge, TzBfG, § 14 Rn. 105;

Meinel/Heyn/Herms/Meinel, TzBfG, § 14 Rn. 302.

<sup>351</sup> MüKo/Hesse, TzBfG, § 14 Rn. 107; ErfK/Müller-Glöge, TzBfG, § 14 Rn. 105;

Meinel/Heyn/Herms/Meinel, TzBfG, § 14 Rn. 302.

<sup>352</sup> Bauer/Preis/Schunder, NZA 2004, 195 (197); Lembke, NJW 2006, 325 (330).

<sup>353</sup> Meinel/Heyn/Herms/Meinel, TzBfG, § 14 Rn. 302.

<sup>354</sup> Bauer/Preis/Schunder, NZA 2004.

<sup>355</sup> Bundesgesetzblatt vom 25.9.1996 (BGBl. 1996, Teil 1 Nr. 48, S. 1478).

<sup>356</sup> ErfK/Müller-Glöge, TzBfG, § 14 Rn. 108.

1. Januar 2003 und befristet bis zum 31. Dezember 2006, gesenkt.<sup>357</sup> Im Einzelnen bestimmt Art. 7, dass § 14 Abs. 3 TzBfG durch einen vierten Satz ergänzt wird, der die Altersgrenze von 58 auf 52 Jahre herabsetzt.<sup>358</sup> Vor der Einführung dieses Gesetzes konnte ein befristeter Arbeitsvertrag gemäß § 14 Abs. 3 Satz 1 TzBfG aF mit einem Arbeitnehmer, der bei Beginn des befristeten Arbeitsverhältnisses das 58. Lebensjahr vollendet hatte, für unbegrenzte Zeit, ohne das Vorliegen eines sachlichen Grundes abgeschlossen werden.<sup>359</sup> Nach der Anfügung des § 14 Abs. 3 Satz 4 TzBfG aF war die Anwendung dieser Regelung bereits ab Vollendung des 52. Lebensjahres anstatt des 58. Lebensjahres möglich.<sup>360</sup> Der Gesetzgeber bezweckte mit dieser Regelung das sozialpolitische Ziel, die berufliche Eingliederung der stärker durch Arbeitslosigkeit betroffenen über 50-Jährigen auf dem Arbeitsmarkt zu verbessern.<sup>361</sup> Der EuGH erklärte den § 14 Abs. 3 Satz 4 TzBfG aF in seiner Mangold-Entscheidung jedoch für europarechtswidrig, mit der Begründung, dass dieser eine unmittelbare Benachteiligung der älteren gegenüber den jüngeren Arbeitnehmern darstelle.<sup>362</sup> Diese Benachteiligung folgt daraus, dass es den Arbeitgebern nach dieser Regelung möglich ist, mit allen Arbeitnehmern, die das 52. Lebensjahr vollendet haben, bis zum Erreichen des Rentenalters dieser Arbeitnehmer nur noch befristete und unbegrenzt häufig verlängerbare Arbeitsverträge abzuschließen, unabhängig davon, ob und wie lange diese Arbeitnehmer vor Abschluss des Arbeitsvertrags arbeitslos waren.<sup>363</sup> Eine solche, ohne Befristungskontrolle zulässige Kettenbefristung älterer Arbeitnehmer stellt eine gegenüber den jüngeren Arbeitnehmern ungünstigere Behandlung wegen des Alters dar und diskriminiert sie somit.<sup>364</sup> Als Reaktion auf die Entscheidung des EuGH führte der Gesetzgeber das Gesetz zur Verbesserung der Beschäftigungschancen älterer Menschen ein, das am 1. Mai 2007 in Kraft trat und eine Neufassung des § 14 Abs. 3 TzBfG enthält.<sup>365</sup> Die Neufassung versucht den Vorgaben des EuGH gerecht zu werden, indem sie zum bisher festgelegten Mindestalter des Arbeitnehmers von 52 Jahren zusätzlich die Dauer der Befristung auf höchstens fünf Jahre begrenzt und daneben voraussetzt, dass der Arbeitnehmer unmittelbar vor Beginn des befristeten Arbeitsverhältnisses mindestens vier Monate beschäftigungslos war, Transferkurzarbeitergeld bezogen hat oder an einer öffentlich geförderten Beschäftigungsmaßnahme nach dem Zweiten oder Dritten Buch des Sozialgesetzbuchs teilgenommen hat.<sup>366</sup> Für die Einhaltung der Altersgrenze ist nicht der Zeitpunkt des Vertragsabschlusses maßgeblich, sondern es ist allein auf das Alter des Arbeitnehmers bei Vertragsbeginn abzustellen.<sup>367</sup> Darüber hinaus beschränkt sich die Anwendbarkeit des § 14 Abs. 3 TzBfG ausschließlich auf kalendermäßig befristete Arbeitsverträge, sodass eine Heranziehung dieser Vorschrift sowohl für zweckbefristete Arbeitsverträge als auch für auflösend bedingte Verträge nicht zulässig ist.<sup>368</sup> Zudem ist die mehrfache Verlängerung des Arbeitsvertrags bis zur Höchstbefristungsdauer von fünf Jahren zulässig.<sup>369</sup> Ferner muss die viermonatige Beschäftigungslosigkeit oder eine der gleichgestellten Situationen nahtlos an die neu begründete Beschäftigung anschließen und darf in den letzten vier Monaten

<sup>357</sup> Bundesgesetzblatt vom 23.12.2002 (BGBl. 2002, Teil 1 Nr. 87, S. 4619).

<sup>358</sup> ErfK/Müller-Glöge, TzBfG, § 14 Rn. 108.

<sup>359</sup> Bundesgesetzblatt vom 21.12.2000 (BGBl. 2000, Nr. 59, S. 1968).

<sup>360</sup> Bundesgesetzblatt vom 23.12.2002 (BGBl. 2002, Teil 1 Nr. 87, S. 4619).

<sup>361</sup> BT-Drs. 15/25, 40.

<sup>362</sup> EuGH, Urteil vom 22.11.2005, C-144/04, ECLI:EU:C:2005:709 – Mangold.

<sup>363</sup> EuGH, Urteil vom 22.11.2005, C-144/04, ECLI:EU:C:2005:709 – Mangold.

<sup>364</sup> EuGH, Urteil vom 22.11.2005, C-144/04, ECLI:EU:C:2005:709 – Mangold.

<sup>365</sup> Bundesgesetzblatt vom 19.4.2007 (BGBl. 2007, Teil 1 Nr. 15, S. 538).

<sup>366</sup> BeckOK/Bayreuther, TzBfG, § 14 Rn. 120.

<sup>367</sup> Köster/Korte/Schiefer, DB 2007, 1081 (1083) zit. nach ErfK/Müller-Glöge, TzBfG, § 14 Rn. 111.

<sup>368</sup> MüKo/Hesse, TzBfG, § 14 Rn. 109.

<sup>369</sup> Löwisch/Caspers/Klumpp, Arbeitsrecht, § 19 Rn. 836.

nicht durch ein Arbeitsverhältnis unterbrochen worden sein.<sup>370</sup> Die Gesetzesbegründung geht davon aus, dass kurzzeitige Beschäftigungszeiten durch Aushilfstätigkeiten von insgesamt vier Wochen keine Unterbrechung des Vier-Monats-Zeitraums darstellen.<sup>371</sup> Diese Auffassung ist jedoch anzuzweifeln, da in § 14 Abs. 3 Satz 1 TzBfG ausdrücklich nur auf § 138 Abs. 1 Nr. 1 SGB III verwiesen wird und nicht auf den die Konstellation regelnden § 138 Abs. 3 SGB III, sodass dieser auf § 14 Abs. 3 TzBfG keine Anwendung findet und die Annahme, dass eine Aushilfstätigkeit den Vier-Monats-Zeitraum unberührt lässt, nicht überzeugen kann.<sup>372</sup> Weiterhin umfasst der Begriff der Beschäftigungslosigkeit nicht nur arbeitslose Menschen nach § 138 Abs. 1 Nr. 1 SGB III, sondern auch diejenigen, die aus anderen Gründen keiner Beschäftigung nachgegangen sind.<sup>373</sup> Zu diesen Fällen zählen u. a. die Pflege eines kranken Angehörigen, die Teilnahme an einer Rehabilitationsmaßnahme, die vorübergehende Erwerbsunfähigkeit oder die Verbüßung einer Freiheitsstrafe.<sup>374</sup> Anders als in § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG ist auch ein vorangegangenes befristetes Arbeitsverhältnis mit demselben Arbeitgeber für die Befristung grundsätzlich rechtlich unschädlich.<sup>375</sup> Folglich könnte angenommen werden, dass nach Ablauf der zulässigen fünfjährigen sachgrundlosen Befristung und der Einhaltung des zwischenzeitlichen Vier-Monats-Zeitraums eine wiederholte Anwendung des § 14 Abs. 3 TzBfG zwischen denselben Vertragsparteien möglich ist.<sup>376</sup> In diesem Fall hätten Arbeitgeber die Möglichkeit, Kettenbefristungen bis zu 15 Jahren zu vereinbaren.<sup>377</sup> Die 15 Jahre ergeben sich aus der Zeitspanne vom 52. Lebensjahr bis hin zum regulären Renteneintritt mit der Vollendung des 67. Lebensjahres des Arbeitnehmers.<sup>378</sup> Demzufolge hat das BAG berechtigterweise Bedenken geäußert, ob eine erneute Anwendung des § 14 Abs. 3 TzBfG zwischen denselben Vertragsparteien mit dem Unionsrecht vereinbar ist.<sup>379</sup> Derzeit steht eine höchstrichterliche Klärung dieser Unklarheit allerdings noch aus.<sup>380</sup>

## 5. Abweichende tarifvertragliche Regelungen

Tarifvertragliche Regelungen können entweder zugunsten oder zulasten des Arbeitnehmers von den Vorschriften des TzBfG abweichen.<sup>381</sup> Für den Arbeitnehmer günstigere tarifvertragliche Regelungen sind stets zulässig.<sup>382</sup> Abweichungen zulasten des Arbeitnehmers können gemäß § 22 Abs. 1 TzBfG lediglich in den dort genannten Fällen vereinbart werden, zu denen u. a. auch der § 14 Abs. 2 Satz 3 und Satz 4 TzBfG gehört.<sup>383</sup> Gemäß § 14 Abs. 2 Satz 3 TzBfG kann durch Tarifvertrag die Anzahl der Verlängerungen oder die Höchstdauer der Befristung abweichend von § 14 Abs. 2 Satz 1 TzBfG geregelt werden. Dabei finden die Arbeitsrechtsregelungen der Kirchen auf die Öffnungsklausel keine Anwendung, weil sie sich ausschließlich auf Tarifverträge bezieht.<sup>384</sup> Aus der Auslegung des § 14 Abs. 2

<sup>370</sup> ErfK/Müller-Glöge, TzBfG, § 14 Rn. 111f.

<sup>371</sup> BT-Drs. 16/3793 S. 23.

<sup>372</sup> MüKo/Hesse, TzBfG, § 14 Rn. 110; ErfK/Müller-Glöge, TzBfG, § 14 Rn. 111f.; Bader, NZA 2007, 713 (716); andere Ansicht: BT-Drs. 16/3793 S. 23; Bauer, NZA 2007, 544 (544).

<sup>373</sup> BT-Drs. 16/3793 S. 7.

<sup>374</sup> BT-Drs. 16/3793 S. 7.

<sup>375</sup> ErfK/Müller-Glöge, TzBfG, § 14 Rn. 110.

<sup>376</sup> Ascheid/Preis/Schmidt/Backhaus, TzBfG, § 14 Rn. 651.

<sup>377</sup> MüKo/Hesse, TzBfG, § 14 Rn. 114.

<sup>378</sup> MüKo/Hesse, TzBfG, § 14 Rn. 114.

<sup>379</sup> BAG, Urteil vom 28.5.2014 – 7 AZR 360/12, NZA 2015, 1131 (1135).

<sup>380</sup> BAG, Urteil vom 28.5.2014 – 7 AZR 360/12, NZA 2015, 1131 (1132).

<sup>381</sup> BAG, Urteil vom 28.3.2007 – 7 AZR 318/06, NZA 2007, 937 (938).

<sup>382</sup> BAG, Urteil vom 28.3.2007 – 7 AZR 318/06, NZA 2007, 937 (938).

<sup>383</sup> Moll/Plum, TzBfG, § 41 Rn. 44.

<sup>384</sup> BAG, Urteil vom 25.3.2009 – 7 AZR 710/07, NZA 2009, 1417 (1417).

Satz 3 TzBfG geht hervor, dass die Tarifvertragsparteien nicht nur abweichende Regelungen über die Höchstfrist oder über die Zahl der Vertragsverlängerungen treffen können, sondern auch beides kumulativ in einem Tarifvertrag vereinbar ist.<sup>385</sup> Die durch § 14 Abs. 2 Satz 3 TzBfG eingeräumte Regelungsbefugnis ist jedoch nach ständiger Rechtsprechung sowohl aus unions- und verfassungsrechtsrechtlichen Gründen als auch nach Sinn und Zweck des TzBfG immanent begrenzt, sodass die Tarifvertragsparteien keine beliebig lange Höchstfrist oder Anzahl der Verlängerungen beschließen können.<sup>386</sup> Stattdessen wird die tarifvertragliche Regelungsbefugnis der Parteien auf maximal sechs Jahre und auf eine höchstens neunmalige Verlängerung der Gesamtdauer des sachgrundlos befristeten Arbeitsvertrags begrenzt.<sup>387</sup>

Gemäß § 14 Abs. 2 Satz 4 TzBfG dürfen auch nicht tarifgebundene Arbeitgeber und Arbeitnehmer die Anwendung tarifvertraglicher Regelungen durch Inbezugnahme des Tarifvertrages vereinbaren, wenn das Arbeitsverhältnis vom räumlichen, fachlichen und zeitlichen Geltungsbereich des Tarifvertrages umfasst wird.<sup>388</sup> Dabei ist es nicht erforderlich, dass die Parteien den gesamten Tarifvertrag auf das Arbeitsverhältnis anwenden.<sup>389</sup> Vielmehr steht es ihnen frei, ausschließlich die tarifvertraglichen Regelungen bezüglich der Zahl der Vertragsverlängerungen oder der Höchstdauer der Befristung zu übernehmen.<sup>390</sup>

## VI. Sonderfälle der Befristung

### 1. Probearbeitsverhältnis

Für den Begriff der Probezeit gibt es keine gesetzliche Definition.<sup>391</sup> Sie dient nach allgemeinem Sprachgebrauch dazu, die persönliche und fachliche Eignung des Arbeitnehmers für die ihm zugedachte Arbeitsstelle zu testen und bietet dem Arbeitnehmer gleichzeitig die Möglichkeit, zu entscheiden, ob die Stelle seinen Erwartungen entspricht.<sup>392</sup> Somit wird den Parteien gleichermaßen die Möglichkeit gegeben, sich innerhalb des Probearbeitsverhältnisses besser kennenzulernen und bei eventuell festgestellter Inkompatibilität das Arbeitsverhältnis innerhalb dieser Probezeit zu beenden.<sup>393</sup> Die Einigung auf eine Probezeit zu Beginn des Arbeitsverhältnisses bringt kündigungsrechtliche Auswirkungen gemäß § 622 Abs. 3 BGB mit sich.<sup>394</sup> Demnach kann das Arbeitsverhältnis beidseitig innerhalb der vereinbarten Probezeit mit einer verkürzten Kündigungsfrist von zwei Wochen beendet werden.<sup>395</sup> Angesichts dessen bietet die Vereinbarung einer Probezeit dem Arbeitgeber die Möglichkeit, bei Feststellung einer fehlenden Eignung des Arbeitnehmers das Arbeitsverhältnis statt nach vier Wochen i. S. d. § 622 Abs. 1 BGB bereits nach zwei Wochen zu kündigen und sich damit schneller wieder von dem eingegangenen Arbeitsverhältnis zu lösen.<sup>396</sup> Zudem sind keine zeitlichen Kündigungsbestimmungen einzuhalten, sodass die

<sup>385</sup> BAG, Urteil vom 15.8.2012 – 7 AZR 184/11, NZA 2013, 45 (47).

<sup>386</sup> BAG, Urteil vom 17.4.2019 – 7 AZR 410/17, NZA 2019, 1223 (1224); BAG, Urteil vom 15.8.2012 – 7 AZR 184/11, NZA 2013, 45 (47); ablehnend: *Frieling/Münder*, NZA 2017, 766 (766-771).

<sup>387</sup> BAG, Urteil vom 26.10.2016 – 7 AZR 140/15, NZA 2017, 463 (466); BAG, Urteil vom 17.4.2019 – 7 AZR 410/17, NZA 2019, 1223 (1224); ablehnend: *Frieling/Münder*, NZA 2017, 766 (771).

<sup>388</sup> BAG, Urteil vom 21.3.2018 – 7 AZR 428/16, NZA 2018, 999 (1000).

<sup>389</sup> BAG, Urteil vom 21.3.2018 – 7 AZR 428/16, NZA 2018, 999 (1001).

<sup>390</sup> BAG, Urteil vom 21.3.2018 – 7 AZR 428/16, NZA 2018, 999 (1001).

<sup>391</sup> BAG, Urteil vom 12.9.1996 – 7 AZR 31/96, NZA 1997, 841 (841).

<sup>392</sup> BAG, Urteil vom 12.9.1996 – 7 AZR 31/96, NZA 1997, 841 (841).

<sup>393</sup> *Ascheid/Preis/Schmidt/Linck*, BGB, § 622 Rn. 62.

<sup>394</sup> *MHdB ArbR/Benecke*, BGB, § 37 Rn. 57.

<sup>395</sup> *Stiegler*, ArbRAktuell 2020, 157 (157).

<sup>396</sup> *Stiegler*, ArbRAktuell 2020, 157 (157).

Kündigung zu jedem Zeitpunkt während der Probezeit ausgesprochen werden darf und nicht wie in § 622 Abs. 1 BGB ausschließlich zum Fünfzehnten oder zum Ende des Monats.<sup>397</sup> Sofern nichts anderes vereinbart wird, beginnt die Probezeit mit dem Tag der tatsächlichen Arbeitsaufnahme.<sup>398</sup> Das ist auch der Fall, wenn die vereinbarte Probezeit mit dem Tag der Vertragsunterzeichnung zusammenfällt.<sup>399</sup> Zulässig ist außerdem die vor Vertragsunterzeichnung beginnende Probezeit, wenn die Vertragsunterzeichnung noch im Laufe des ersten Arbeitstages nachgeholt wird.<sup>400</sup> Der zeitliche Rahmen für eine zulässige Probezeit ist gesetzlich nicht festgelegt.<sup>401</sup> Allerdings wird eine Höchstgrenze von sechs Monaten für die Zulässigkeit der vereinbarten Probezeit angenommen, da die verkürzte Kündigungsfrist nach § 622 Abs. 3 BGB längstens für die Dauer von sechs Monaten greift und auch der Kündigungsschutz gemäß § 1 Abs. 1 KSchG erst nach der Dauer von sechs Monaten Anwendung findet.<sup>402</sup> Nach den sechs Monaten ist die verkürzte zweiwöchige Kündigungsfrist gemäß § 622 Abs. 3 BGB nicht mehr einschlägig, sodass im Anschluss wieder auf die Grundkündigungsfrist von vier Wochen entsprechend § 622 Abs. 1 BGB zurückgegriffen werden muss, solange nach § 622 Abs. 4 BGB keine anderweitige tarifvertragliche Regelung vorrangig ist.<sup>403</sup> Dabei ist zu beachten, dass von den Regelungen des § 622 Abs. 1 bis 3 BGB gemäß § 622 Abs. 4 Satz 1 BGB durch Tarifvertrag abgewichen werden kann und demzufolge auch die zweiwöchige Kündigungsfrist in der Probezeit nach § 622 Abs. 3 BGB durch Tarifvertrag abdingbar ist. Des Weiteren ist für die Bestimmung des Kündigungszeitpunktes auf den Ausspruch der Kündigung abzustellen, weswegen eine über die sechs Monate hinauslaufende Kündigungsfrist unschädlich ist.<sup>404</sup> Maßgeblich ist hingegen, dass die Kündigungserklärung noch innerhalb der sechs Monate ausgesprochen wird, um die zweiwöchige Kündigungsfrist des § 622 Abs. 3 BGB in Anspruch nehmen zu können.<sup>405</sup> Die Richtlinie 2019/1152/EU, die spätestens bis zum 1. August 2022<sup>406</sup> in das nationale Recht umgesetzt sein muss, bestimmt in ihrem Art. 8 Abs. 3 Satz 1, dass auch über die sechs Monate hinauslaufende Probezeiten in Ausnahmefällen vereinbart werden dürfen, wenn dies durch die Art der Tätigkeit gerechtfertigt oder im Interesse des Arbeitnehmers ist.<sup>407</sup> Zusätzlich bestimmt Art. 8 Abs. 2 Satz 1 der Richtlinie 2019/1152/EU, dass die Probezeitdauer von befristeten Arbeitsverhältnissen mit der zu erwartenden Gesamtvertragsdauer und der Art der Tätigkeit in einem angemessenen Verhältnis stehen muss.<sup>408</sup> Außerdem ist auch eine kürzere Probezeit jederzeit zulässig und kann nachträglich bis zu einer Gesamtdauer von sechs Monaten verlängert werden.<sup>409</sup> Besteht hinsichtlich des Arbeitsverhältnisses Unsicherheit über die abgeschlossene Vertragsart, ist das mit der Probezeit

<sup>397</sup> BAG, Urteil vom 13.12.2007 – 6 AZR 145/07, NZA 2008, 403 (405).

<sup>398</sup> LAG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 30.4.2010 – 9 Sa 776/09, NZA-RR 2010, 464 (465).

<sup>399</sup> BAG, Urteil vom 27.6.2002 – 2 AZR 382/01, AP BGB § 620 Probearbeitsverhältnis Nr. 22.

<sup>400</sup> BAG, Urteil vom 27.6.2002 – 2 AZR 382/01, AP BGB § 620 Probearbeitsverhältnis Nr. 22.

<sup>401</sup> MHdB ArbR/Benecke, BGB, § 37 Rn. 57.

<sup>402</sup> MHdB ArbR/Benecke, BGB, § 37 Rn. 57.

<sup>403</sup> ErfK/Müller-Glöge, BGB, § 622 Rn. 14.

<sup>404</sup> BAG, Urteil vom 21.4.1966 – 2 AZR 264/65, AP BAT § 53 Nr. 1. zit. nach MüKo/Hesse, BGB, § 622 Rn. 35.

<sup>405</sup> BAG, Urteil vom 21.4.1966 – 2 AZR 264/65, AP BAT § 53 Nr. 1. zit. nach MüKo/Hesse, BGB, § 622 Rn. 35.

<sup>406</sup> Richtlinie 2019/1152/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20.6.2019 über transparente und vorhersehbare Arbeitsbedingungen in der EU (ABl. EU 2019 L 186/120).

<sup>407</sup> Richtlinie 2019/1152/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20.6.2019 über transparente und vorhersehbare Arbeitsbedingungen in der EU (ABl. EU 2019 L 186/117).

<sup>408</sup> Richtlinie 2019/1152/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20.6.2019 über transparente und vorhersehbare Arbeitsbedingungen in der EU (ABl. EU 2019 L 186/116).

<sup>409</sup> LAG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 5.1.1999 – 2 (4) Sa 1139/98, NZA 2000, 258 (259).

beginnende Arbeitsverhältnis als unbefristetes Arbeitsverhältnis anzusehen.<sup>410</sup> Darüber hinaus findet die Kündigungsfrist des § 622 Abs. 3 BGB zweifellos sowohl auf unbefristete Probearbeitsverhältnisse Anwendung als auch auf befristete Probearbeitsverhältnisse, die gemäß § 15 Abs. 3 TzBfG einzel- oder tarifvertraglich eine Kündigungsmöglichkeit beinhalten.<sup>411</sup> Dahingegen ist umstritten, ob die Kündigungsfrist ebenfalls für befristete Probearbeitsverhältnisse zulässig vereinbart werden kann, die keine Kündigungsmöglichkeit aufweisen.<sup>412</sup> Die überwiegend vertretene Meinung hält die Anwendbarkeit der Kündigungsfrist des § 622 Abs. 3 BGB in diesen Fällen für unzulässig, mit der Begründung, dass befristete Arbeitsverträge nach § 15 Abs. 3 TzBfG ohne einzel- oder tarifvertragliche Vereinbarung nicht ordentlich gekündigt werden können.<sup>413</sup>

Zudem besteht die Möglichkeit, anstatt der vereinbarten Probezeit zu Beginn des Arbeitsverhältnisses, das gesamte Arbeitsverhältnis gemäß § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 5 TzBfG zur Probe abzuschließen.<sup>414</sup> Auch in diesem Fall wird ein sechs Monate andauernder Erprobungszeitraum i. d. R. als angemessene Höchstbefristungsdauer angesehen.<sup>415</sup> Ebenso kann in Ausnahmefällen, wenn beispielsweise die Tätigkeit hohe Leistungsanforderungen aufweist, eine längere Probezeit vereinbart werden und ähnelt damit dem Art. 8 Abs. 3 Satz 1 der Richtlinie 2019/1152/EU, der in Ausnahmefällen auch die Vereinbarung einer längeren Probezeit ermöglicht, wenn dies z. B. durch die Eigenart der Tätigkeit gerechtfertigt werden kann.<sup>416</sup>

## 2. Berufsausbildungsverhältnis

Bei Berufsausbildungsverhältnissen handelt es sich kraft Gesetzes um befristete Arbeitsverträge, die weitestgehend im Berufsausbildungsgesetz (BBiG) geregelt sind und grundsätzlich gemäß § 21 Abs. 1 Satz 1 BBiG durch Zeitablauf oder i. S. d. § 21 Abs. 2 BBiG mit Bestehen der Abschlussprüfung enden, in Abhängigkeit davon, welche dieser beiden Situation zuerst eintritt.<sup>417</sup> Wird die Abschlussprüfung vom Auszubildenden nicht bestanden, verlängert sich das Berufsausbildungsverhältnis nach § 21 Abs. 3 BBiG auf sein Verlangen bis zur nächstmöglichen Wiederholungsprüfung, wenn die bis zur nächsten Prüfung zulässige Höchstfrist von einem Jahr bis dahin noch nicht überschritten ist. In diesem Fall endet das Ausbildungsverhältnis mit bestandener Wiederholungsprüfung.<sup>418</sup> Falls der Auszubildende die Prüfung erneut nicht besteht, hat er die Möglichkeit einen weiteren Antrag auf Verlängerung des Ausbildungsverhältnisses bis zur nächstmöglichen Wiederholungsprüfung zu stellen, soweit auch hier die Wartezeit bis zu dieser Prüfung ein Jahr nicht übersteigt.<sup>419</sup> Nach der zweiten Wiederholungsprüfung erlischt die Möglichkeit des Auszubildenden auf ein weiteres Verlängerungsverlangen, unabhängig davon, ob er die Prüfung bestanden hat oder nicht.<sup>420</sup> Berufsausbildungsverhältnisse sind nicht unbedingt mit Arbeitsverhältnissen gleichzustellen.<sup>421</sup> Bestand zwischen denselben Arbeitsvertragsparteien vor

<sup>410</sup> BAG, Urteil vom 29.7.1958 – 3 AZR 49/56, AP BGB § 620 Probearbeitsverhältnis Nr. 3 zit. nach ErfK/Müller-Glöge, BGB, § 622 Rn. 15.

<sup>411</sup> Ascheid/Preis/Schmidt/Linck, BGB, § 622 Rn. 66.

<sup>412</sup> Ascheid/Preis/Schmidt/Linck, BGB, § 622 Rn. 66.

<sup>413</sup> Ascheid/Preis/Schmidt/Linck, BGB, § 622 Rn. 66.

<sup>414</sup> Für Einzelheiten siehe C. IV. 1. e), S. 20.

<sup>415</sup> BAG, Urteil vom 19.11.2019 – 7 AZR 311/18, NZA 2020, 536 (539).

<sup>416</sup> Schaub/Koch, Arbeitsrechts-Handbuch, § 40 Rn. 34.

<sup>417</sup> Ascheid/Preis/Schmidt/Biebl, BBiG, § 21 Rn. 1.

<sup>418</sup> MüKo/Spinner, BGB, § 611a Rn. 1197.

<sup>419</sup> MüKo/Spinner, BGB, § 611a Rn. 1197.

<sup>420</sup> BAG, Urteil vom 15.3.2000 – 5 AZR 622/98, AP BBiG § 14 Nr. 10.

<sup>421</sup> BAG, Urteil vom 20.8.2003 – 5 AZR 436/02, NJW 2004, 1405 (1405).

dem Abschluss eines sachgrundlos befristeten Arbeitsverhältnisses ein Berufsausbildungsverhältnis, stellt dies kein unzulässiges Vorbeschäftigungsverbot nach § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG dar, weil die Rechtsvorschriften der Arbeitsverhältnisse ohne besondere gesetzliche Regelungen nicht auf Berufsausbildungsverhältnisse anzuwenden sind und somit in diesem Zusammenhang kein Arbeitsverhältnis begründet ist.<sup>422</sup> Zudem bestimmt § 20 Satz 1 BBiG, dass eine Probezeit zu Beginn des Berufsausbildungsverhältnisses unabdingbar ist und nach § 20 Satz 2 BBiG eine Gesamtdauer von einem Monat bis zu höchstens vier Monaten betragen darf.<sup>423</sup> Gemäß § 25 BBiG kann zulasten des Auszubildenden nicht von den zugrundeliegenden Vorschriften dieses Gesetzesteils abgewichen werden, sodass u. a. auch abweichende Regelungen gemäß § 20 Satz 1 i. V. m. § 25 BBiG unwirksam sind, wenn sie ausnahmslos auf eine Probezeit verzichten.<sup>424</sup> Während der Probezeit ist eine fristlose Kündigung gemäß § 22 Abs. 1 BBiG jederzeit ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist möglich.<sup>425</sup> Obwohl die Kündigungsfrist entbehrlich ist, liegt dennoch ein ordentliches Kündigungsrecht vor.<sup>426</sup> Im Anschluss kann das Berufsausbildungsverhältnis ausschließlich i. S. d. § 22 Abs. 2 BBiG aus wichtigem Grund außerordentlich gekündigt werden oder durch die Aufgabe der Berufsausbildung durch den Auszubildenden beendet werden.<sup>427</sup> Erweiterte, durch die Parteien einzelvertraglich vereinbarte Regelungen, die über das Recht zur außerordentlichen Kündigung hinaus gehen, sind für die Wirksamkeit einer Kündigung nach § 22 Abs. 2 Nr. 1 BBiG irrelevant.<sup>428</sup> Die Prüfung des wichtigen Grundes für eine außerordentliche Kündigung i. S. d. § 22 Abs. 2 Nr. 1 BBiG erfolgt in Anlehnung an § 626 BGB, wobei Sinn und Zweck des Ausbildungsverhältnisses berücksichtigt werden müssen.<sup>429</sup> Der Zweck des Berufsausbildungsverhältnisses bezieht sich vorrangig auf die Ausbildung des Auszubildenden und das Erreichen eines Berufsabschlusses, weshalb es nicht mit einem regulären Arbeitsverhältnis gleichgesetzt werden kann.<sup>430</sup> Demzufolge liegt ein wichtiger Grund für die außerordentliche Kündigung nur vor, wenn das Ausbildungsziel bei objektiver Betrachtungsweise nicht mehr zu erreichen oder erheblich gefährdet ist, bei gleichzeitiger Unzumutbarkeit der Bestandserhaltung des Ausbildungsverhältnisses.<sup>431</sup> Zu den Fällen, in denen ein wichtiger Grund nach diesen Maßstäben häufig bejaht wird, zählen sowohl die unzureichende Bereitschaft, sich der Ausbildungsordnung entsprechend zu verhalten als auch das unentschuldigste Fernbleiben von der betrieblichen Ausbildungsstätte.<sup>432</sup> Die Kündigung des Berufsausbildungsverhältnisses hat vor sowie nach der Probezeit gemäß § 22 Abs. 3 BBiG schriftlich in Bezugnahme des § 126 BGB zu erfolgen.<sup>433</sup> Im Falle einer außerordentlichen Kündigung nach § 22 Abs. 2 BBiG sind zudem die Kündigungsgründe anzugeben.<sup>434</sup> Gemäß § 22 Abs. 4 Satz 1 BBiG beträgt die Kündigungserklärungsfrist für eine Kündigung aus wichtigem Grund, gleichgesetzt mit der Erklärungsfrist in § 626 Abs. 2 BGB, zwei Wochen.<sup>435</sup> Die Frist beginnt mit dem Zeitpunkt, in dem die für die außerordentliche Kündigung ausschlaggebenden Gründe dem Auszubildenden bekannt werden.<sup>436</sup> Möchte der

<sup>422</sup> BAG, Urteil vom 21.9.2011 – 7 AZR 375/10, NZA 2012, 255 (256 - 257).

<sup>423</sup> BAG, Urteil vom 12.2.2015 – 6 AZR 831/13, NZA 2015, 737 (739).

<sup>424</sup> BAG, Urteil vom 12.2.2015 – 6 AZR 831/13, NZA 2015, 737 (739).

<sup>425</sup> BeckOK/Hagen, BBiG, § 22 Rn. 4.

<sup>426</sup> BAG, Urteil vom 10.11.1988 – 2 AZR 26/88, AP BBiG § 15 Nr. 8.

<sup>427</sup> BeckOK/Hagen, BBiG, § 22 Rn. 6.

<sup>428</sup> Ascheid/Preis/Schmidt/Biebl, BBiG, § 22 Rn. 22.

<sup>429</sup> MüKo/Henssler, BGB, § 626 Rn. 8.

<sup>430</sup> ArbG Essen, Urteil vom 27.9.2005 – 2 Ca 2427/05, NZA-RR 2006, 246 (247).

<sup>431</sup> ErfK/Schlachter, BBiG, § 22 Rn. 4.

<sup>432</sup> MüKo/Henssler, BGB, § 626 Rn. 10.

<sup>433</sup> ErfK/Schlachter, BBiG, § 22 Rn. 7.

<sup>434</sup> ErfK/Schlachter, BBiG, § 22 Rn. 7.

<sup>435</sup> BeckOK/Hagen, BBiG, § 22 Rn. 21.

<sup>436</sup> BeckOK/Hagen, BBiG, § 22 Rn. 21.

Auszubildende das Berufsausbildungsverhältnis gemäß § 22 Abs. 2 Nr. 2 BBiG aufgrund der Aufgabe der Berufsausbildung oder wegen eines Berufswechsels kündigen, erteilt ihm das Gesetz eine Kündigungsfrist von vier Wochen.<sup>437</sup> Bei dieser Frist handelt es sich hinsichtlich der Kündigung wegen eines Berufswechsels um eine einseitig zwingende Höchstkündigungsfrist, sodass dem Auszubildenden die Möglichkeit gewährt wird, auch innerhalb einer längeren als die gesetzlich normierte vierwöchige Frist zu kündigen.<sup>438</sup> Weiterhin gilt das Kündigungsschreiben nach § 22 Abs. 2 Nr. 2 BBiG als wirksam erklärt, wenn der Auszubildende angibt, die Berufsausbildung aufgeben zu wollen oder seine Berufstätigkeit zu wechseln.<sup>439</sup> Ferner bestimmt § 24 BBiG, dass Auszubildende, die nach Beendigung des Berufsausbildungsverhältnisses weiterbeschäftigt werden, ohne mit dem Arbeitgeber eine für die Weiterbeschäftigung ausdrückliche Vereinbarung getroffen zu haben, so zu behandeln sind, als hätten sie mit dem Arbeitgeber ein unbefristetes Arbeitsverhältnis abgeschlossen.<sup>440</sup> Schließlich sind beide Vertragsparteien berechtigt, gemäß § 23 Abs. 1 Satz 1 BBiG vom jeweils anderen Teil Schadensersatz zu verlangen, wenn dieser das Berufsausbildungsverhältnis nach der Probezeit vorzeitig beendet und den Grund für die Auflösung zu vertreten hat.<sup>441</sup> Dieser Anspruch gilt allerdings nur, wenn kein Fall des § 22 Abs. 2 Nr. 2 BBiG vorliegt und zwischen der Beendigung des Berufsausbildungsverhältnisses und der Geltendmachung des Schadensersatzes nicht mehr als drei Monate vergangen sind.<sup>442443</sup>

### 3. Mutterschutz und Elternzeit

Arbeitnehmern steht gemäß § 15 Abs. 2 BEEG ein Anspruch auf Elterngeld bis zur Vollendung des dritten Lebensjahres eines Kindes zu.<sup>444</sup> Bis zu dieser Dauer sind die Arbeitgeber verpflichtet, ihre Arbeitnehmer für die Inanspruchnahme der Elternzeit freizustellen, bei gleichzeitiger Aufrechterhaltung des zwischen ihnen bestehenden Arbeitsverhältnisses.<sup>445</sup> Um dem Arbeitgeber die Dauer des Ausfalls ihres Mitarbeiters zu erleichtern, gewährt ihnen § 21 BEEG die Möglichkeit, für diese Zeit einen anderen Arbeitnehmer ersatzweise einzustellen.<sup>446</sup> Auf der Grundlage des § 21 Abs. 1 BEEG kann der Arbeitgeber sodann mit einem anderen Arbeitnehmer einen durch die Vertretungsleistung sachlich begründeten befristeten Arbeitsvertrag für die Dauer des Ausfalls des Mitarbeiters abschließen.<sup>447</sup> Die Norm dient dazu, die Arbeitgeber hinsichtlich ihrer Pflicht, die Arbeitnehmer für die Dauer der Elternzeit freizustellen und gleichzeitig den Bestandsschutz des zeitlich aussetzenden Arbeitsverhältnisses sicherzustellen, auszugleichen.<sup>448</sup> Darüber hinaus kann gemäß § 21 Abs. 1 BEEG der sachliche Grund des befristeten Arbeitsverhältnisses auch durch die Vertretung eines Mitarbeiters begründet werden, der für die Dauer eines Beschäftigungsverbots nach dem Mutterschutzgesetz oder einer tarifvertraglichen sowie betriebsvereinbarungsmäßigen oder arbeitsvertraglichen Freistellung zur Kinderbetreuung ausfällt.<sup>449</sup> Zugleich kann die Beschäftigung eines Arbeitnehmers zur Vertretung eines anderen Arbeitnehmers gemäß § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 TzBfG einen sachlich gerechtfertigten Grund für

<sup>437</sup> BAG, Urteil vom 22.2.2018 – 6 AZR 50/17, NZA 2018, 575 (576).

<sup>438</sup> BAG, Urteil vom 22.2.2018 – 6 AZR 50/17, NZA 2018, 575 (576).

<sup>439</sup> Schaub/Vogelsang, Arbeitsrechts-Handbuch 17. Aufl., § 174 Rn. 90.

<sup>440</sup> Ascheid/Preis/Schmidt/Biebl, BBiG, § 24 Rn. 1.

<sup>441</sup> MHdB ArbR/Natzel, BBiG, 4. Aufl., § 149 Rn. 187.

<sup>442</sup> MHdB ArbR/Natzel, BBiG, 4. Aufl., § 149 Rn. 187, 193.

<sup>443</sup> Zu § 23 BBiG ausführlich siehe BeckOK/Hagen, BBiG, § 23 Rn. 1-12 und MHdB ArbR/Natzel, BBiG, 4. Aufl., § 149 Rn. 187-194.

<sup>444</sup> Küttner/Poeche, BEEG, Elternzeit Rn. 7.

<sup>445</sup> Brose/Weth/Volk/Schneider, BEEG, § 21 Rn. 1.

<sup>446</sup> ErfK/Müller-Glöge, BEEG, § 21 Rn. 2.

<sup>447</sup> Brose/Weth/Volk/Schneider, BEEG, § 21 Rn. 1.

<sup>448</sup> Brose/Weth/Volk/Schneider, BEEG, § 21 Rn. 1.

<sup>449</sup> ErfK/Müller-Glöge, BEEG, § 21 Rn. 4.

die Befristung eines Arbeitsvertrags darstellen.<sup>450</sup> Folglich steht es dem Arbeitgeber frei, die befristete Einstellung eines Ersatzarbeitnehmers aus Gründen von Mutterschutz, Elternzeit oder Kinderbetreuung auf § 21 BEEG oder auf § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 TzBfG zu stützen.<sup>451</sup> Der Umstand, dass § 21 BEEG gegenüber § 14 TzBfG vor allem im Hinblick auf den sachlichen Grund die speziellere Norm darstellt, bleibt dabei außen vor, sodass keine strengeren Anforderungen an die sachliche Rechtfertigung gestellt werden dürfen, wenn die Tatbestandsmerkmale des § 21 BEEG vorliegen.<sup>452</sup> Ferner gewährt § 21 Abs. 4 BEEG dem Arbeitgeber eine Kündigungserleichterung für den Fall, dass der vertretene Arbeitnehmer seine Elternzeit vorzeitig beendet.<sup>453</sup> Und zwar kann der Arbeitgeber in diesem Zusammenhang den befristet beschäftigten Vertreter binnen einer Frist von drei Wochen kündigen, wenn die vorzeitige Beendigung der Elternzeit ohne seine Zustimmung erfolgt und der vertretene Arbeitnehmer die vorzeitige Beendigung mitgeteilt hat.<sup>454</sup> Diese Kündigungserleichterung dient dazu, den Arbeitgeber vor einer doppelten Vergütungsverpflichtung zu schützen.<sup>455</sup> Des Weiteren ist die Befristung eines Arbeitsvertrags gemäß § 21 BEEG auch dann möglich, wenn mit demselben Arbeitgeber bereits zuvor ein befristetes Arbeitsverhältnis nach § 14 Abs. 1 oder Abs. 2 TzBfG eingegangen wurde.<sup>456</sup> Dahingegen ist die Anwendung des § 14 Abs. 2 TzBfG nach einer vorherigen Befristung gemäß § 21 BEEG i. d. R. nicht zulässig.<sup>457</sup> In diesem Fall kann eine weitere Befristung lediglich auf einen Sachgrund des § 14 Abs. 1 TzBfG gestützt werden.<sup>458</sup> Zudem finden mehrere Bestimmungen des TzBfG über befristete Arbeitsverträge neben § 21 BEEG Anwendung.<sup>459</sup> So wird sowohl das Schriftformerfordernis des § 14 Abs. 4 TzBfG als auch die Klagefrist gemäß § 17 TzBfG auf § 21 BEEG übertragen.<sup>460</sup> In gleicher Weise erlangen die in §§ 15, 16 TzBfG enthaltenen Regelungen ihre Geltung.<sup>461</sup> Soweit die Anwendung der ordentlichen Kündigung nach § 15 Abs. 3 TzBfG einzelvertraglich oder tarifvertraglich für den befristeten Arbeitsvertrag vereinbart worden ist, muss außerdem der § 21 Abs. 4 TzBfG beachtet werden.<sup>462</sup> Danach darf der Arbeitgeber den Vertreter binnen einer Frist von drei Wochen kündigen, soweit der vertretene Arbeitgeber seine Elternzeit vorzeitig beendet.<sup>463</sup> Im Falle einer rechtsunwirksamen Befristung ist § 16 TzBfG auf § 21 BEEG entsprechend anzuwenden, sodass der befristete Arbeitsvertrag als auf unbestimmte Zeit geschlossen gilt.<sup>464</sup> Des Weiteren handelt es sich bei § 21 BEEG um einseitig zwingendes Recht, sodass von der Vorschrift zu Gunsten, aber nicht zulasten des Arbeitnehmers abgewichen werden kann, wenn für ihn günstigere tarifvertragliche Befristungsregelungen bestehen.<sup>465</sup>

---

<sup>450</sup> Brose/Weth/Volk/Schneider, BEEG, § 21 Rn. 2.

<sup>451</sup> BAG, Urteil vom 13.10.2004 – 7 AZR 654/03, NZA 2005, 469 (471).

<sup>452</sup> Ascheid/Preis/Schmidt/Backhaus, BEEG, § 21 Rn. 4.

<sup>453</sup> Moll/Plum, BEEG, § 41 Rn. 175.

<sup>454</sup> Brose/Weth/Volk/Schneider, BEEG, § 21 Rn. 3.

<sup>455</sup> Brose/Weth/Volk/Schneider, BEEG, § 21 Rn. 3 zit. nach BT-Drs. 10/3972, 22.

<sup>456</sup> ErfK/Müller-Glöge, BEEG, § 21 Rn. 3.

<sup>457</sup> Ascheid/Preis/Schmidt/Backhaus, BEEG, § 21 Rn. 7.

<sup>458</sup> ErfK/Müller-Glöge, BEEG, § 21 Rn. 3.

<sup>459</sup> Brose/Weth/Volk/Schneider, BEEG, § 21 Rn. 9.

<sup>460</sup> MüKo/Hesse, TzBfG, § 23 Rn. 23.

<sup>461</sup> ErfK/Müller-Glöge, BEEG, § 21 Rn. 3.

<sup>462</sup> Brose/Weth/Volk/Schneider, BEEG, § 21 Rn. 10.

<sup>463</sup> Brose/Weth/Volk/Schneider, BEEG, § 21 Rn. 10.

<sup>464</sup> Brose/Weth/Volk/Schneider, BEEG, § 21 Rn. 10.

<sup>465</sup> ErfK/Müller-Glöge, BEEG, § 21 Rn. 1.

#### 4. Befristete Arbeitsverträge mit Leiharbeitnehmern

In Bezugnahme auf § 613 Satz 2 BGB besteht die Möglichkeit, den Anspruch auf die Dienstleistung zu übertragen.<sup>466</sup> Demzufolge kann eine Arbeitnehmerüberlassung vereinbart werden.<sup>467</sup> Die Arbeitnehmerüberlassung erfolgt innerhalb eines Dreipersonenverhältnisses, das sich aus einem Verleiher, einem Entleiher und einem zu verleihenden Arbeitnehmer zusammensetzt.<sup>468</sup> Dafür schließen der Verleiher und der Entleiher einen Arbeitnehmerüberlassungsvertrag, wobei der Verleiher dem Entleiher die Arbeitsleistung eines geeigneten Arbeitnehmers zeitweilig zu überlassen hat, ohne dass die Überlassung zu einem Arbeitgeberwechsel führt.<sup>469</sup> Somit bleibt der Verleiher auch für die Zeit der Überlassung des Arbeitnehmers dessen Arbeitgeber.<sup>470</sup> Der Arbeitsvertrag zwischen dem Verleiher und dem Leiharbeitnehmer kann sowohl unbefristet als auch befristet abgeschlossen werden.<sup>471</sup> Für befristet vereinbarte Arbeitsverträge zwischen Verleiher und Leiharbeitnehmer finden die allgemeinen gesetzlichen Vorschriften des TzBfG entsprechend Anwendung.<sup>472</sup> Das folgt aus dem am 1. Januar 2003 in Kraft getretenen Ersten Gesetz für moderne Dienstleistungen vom 23. Dezember 2002<sup>473</sup>, welches die speziellen Befristungsregelungen des AÜG aufhob, sodass stattdessen das allgemeine Befristungsrecht uneingeschränkt Anwendung findet, ohne durch speziellere Regelungen verdrängt zu werden.<sup>474</sup> Ein sachlicher Grund für die Befristung des Arbeitsverhältnisses nach § 14 Abs. 1 TzBfG kann ausschließlich aus der Rechtsbeziehung zwischen dem Leiharbeitnehmer und dem Verleiher hervorgehen.<sup>475</sup> Zudem bezieht sich das in § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG normierte Vorbeschäftigungsverbot ebenfalls ausschließlich auf die vertragliche Beziehung zwischen Leiharbeitnehmer und Verleiher, sodass die mehrfache Überlassung eines Leiharbeitnehmers im Betrieb desselben Entleihers ohne Vorliegen eines sachlichen Grundes gemäß § 14 Abs. 2 Satz 1 TzBfG für das Vorbeschäftigungsverbot unschädlich ist.<sup>476</sup> Darüber hinaus kommt der Vorbeschäftigung mit anderen Arbeitgebern grundsätzlich auch keine Bedeutung zu.<sup>477</sup> Etwas anderes ergibt sich, wenn der zwischen dem Arbeitgeber und dem Leiharbeitnehmer geschlossene befristete Arbeitsvertrag unter Beachtung der Grundsätze von Treu und Glauben nach § 242 BGB durch das bewusste und gewollte Zusammenwirken mit dem letzten Vertragspartner des Leiharbeitnehmers ausschließlich aus dem Grund vereinbart wurde, das Vorbeschäftigungsverbot des § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG zu umgehen.<sup>478</sup> Dieser Konstellation unterliegen die Fälle, in denen der erste Arbeitgeber die zulässige zweijährige Befristungshöchstdauer für die sachgrundlose Befristung eines Arbeitnehmers gemäß § 14 Abs. 1 Satz 1 TzBfG ausgeschöpft hat und der nachfolgende Arbeitgeber mit demselben Arbeitnehmer ausschließlich einen sachgrundlos befristeten Arbeitsvertrag abschließt, um ihn

<sup>466</sup> Löwisch/Caspers/Klumpp, Arbeitsrecht, § 21 Rn. 894.

<sup>467</sup> Löwisch/Caspers/Klumpp, Arbeitsrecht, § 21 Rn. 894.

<sup>468</sup> Schüren/Hamann/Schüren, AÜG, B. Einleitung Rn. 117.

<sup>469</sup> Schüren/Hamann/Schüren, AÜG, B. Einleitung Rn. 117.

<sup>470</sup> Schüren/Hamann/Schüren, AÜG, B. Einleitung Rn. 118.

<sup>471</sup> MHdB ArbR/Wank, TzBfG, 4. Aufl., § 103 Rn. 45.

<sup>472</sup> BAG, Urteil vom 15.5.2013 – 7 AZR 525/11, NJW 2013, 3465 (3466).

<sup>473</sup> Bundesgesetzblatt vom 23.12.2002 (BGBl. 1997, Teil 1 Nr. 87, S. 4617-4619).

<sup>474</sup> Moll/Plum, TzBfG, § 41 Rn. 206.

<sup>475</sup> ErfK/Wank, AÜG, 140 Gesetz zur Regelung der Arbeitnehmerüberlassung, Einleitung Rn. 6; für ausführlichere Ausführungen zu § 14 Abs. 1 TzBfG siehe: ErfK/Wank, AÜG, 140 Gesetz zur Regelung der Arbeitnehmerüberlassung, Einleitung Rn. 7-9.

<sup>476</sup> Moll/Plum, TzBfG, § 41 Rn. 207.

<sup>477</sup> BAG, Urteil vom 15.5.2013 – 7 AZR 525/11, NJW 2013, 3465 (3466).

<sup>478</sup> BAG, Urteil vom 15.5.2013 – 7 AZR 525/11, NJW 2013, 3465 (3466).

sodann an den ersten Arbeitgeber zu verleihen, sodass dieser weiterhin von der Arbeitsleistung des Arbeitnehmers profitieren kann, ohne mit ihm einen unbefristeten Arbeitsvertrag eingehen zu müssen.<sup>479</sup>

## 5. Befristung nach dem Wissenschaftszeitvertragsgesetz

Die Befristung von Arbeitsverträgen im Hochschulbereich wird durch das Wissenschaftszeitvertragsgesetz (WissZeitVG) geregelt.<sup>480</sup> Dieses Gesetz enthält ein Sonderbefristungsrecht für wissenschaftliches und künstlerisches Personal, das die Abschlüsse befristeter Arbeitsverhältnisse mit diesen Beschäftigten erleichtert und zugleich der Förderung des wissenschaftlichen und künstlerischen Nachwuchses auf der Grundlage der nach Art. 5 Abs. 3 GG garantierten Wissenschaftsfreiheit dienen soll.<sup>481</sup> Die Erleichterung als auch die Förderung bezwecken das gesetzgeberische Ziel, die Leistungsfähigkeit der Hochschulen und Forschungseinrichtungen zu kräftigen.<sup>482</sup> Weiterhin hängt die betriebliche Anwendbarkeit des WissZeitVG nicht davon ab, ob der Vertragsarbeitgeber eine staatliche Hochschule ist.<sup>483</sup> Entscheidend ist vielmehr, dass der Arbeitnehmer in einer Einrichtung tätig werden soll, die nach Landesrecht eine staatliche Hochschule darstellt.<sup>484</sup> Folglich findet das WissZeitVG auf alle Einrichtungen des Bildungswesens Anwendung, die nach Landesrecht eine staatliche Hochschule verkörpern, einschließlich der nach Landesrecht staatlich anerkannten Hochschulen gemäß § 4 WissZeitVG, wie staatlich anerkannte Kunst- und Fachhochschulen.<sup>485</sup> Dahingegen werden Hochschulen in privater Trägerschaft nicht vom betrieblichen Anwendungsbereich des WissZeitVG erfasst.<sup>486</sup> Zudem bezieht sich der betriebliche Geltungsbereich gemäß § 5 WissZeitVG ebenfalls sowohl auf staatliche Forschungseinrichtungen als auch auf überwiegend staatlich, institutionell überwiegend staatlich oder auf der Basis von Art. 91b GG finanzierte Forschungseinrichtungen.<sup>487</sup> Darüber hinaus umfasst der persönliche Geltungsbereich gemäß § 1 Abs. 1 Satz 1 WissZeitVG den Abschluss von befristeten Arbeitsverträgen für eine bestimmte Zeit mit wissenschaftlichem und künstlerischem Personal abschließend, sodass für die Begriffsbezeichnungen keine landesrechtlichen Regelungen heranzuziehen sind.<sup>488</sup> Der Begriff der wissenschaftlichen Tätigkeit umfasst Tätigkeiten, die nach ihrem Inhalt und ihrer Form einen ernsthaften und planmäßigen Versuch zur Ermittlung der Wahrheit darstellt.<sup>489</sup> Die Tätigkeit muss sich demnach bezüglich der Aufgabenstellung und der anzuwendenden Arbeitsmethode auf die Gewinnung und Verarbeitung neuer Erkenntnisse richten, um den Erkenntnisstand des zu erforschenden wissenschaftlichen Gebiets zu sichern oder zu erweitern.<sup>490</sup> Eine künstlerische Tätigkeit liegt vor, wenn der Arbeitnehmer der sie ausübt, im Rahmen seiner vertraglich zu erfüllenden Obliegenheiten in schöpferisch-gestaltender Weise Eindrücke, Erfahrungen und Ergebnisse durch eine bestimmte Formensprache zur unmittelbaren Anschauung bringt.<sup>491</sup> Zugleich schließt der § 1 Abs. 1 Satz 1 WissZeitVG die Bezugnahme auf seinen persönlichen

<sup>479</sup> MüKo/Schubert, BGB, § 242 Rn. 284.

<sup>480</sup> Moll/Plum, WissZeitVG, § 41 Rn. 178.

<sup>481</sup> Nomos-BR/Joussen, WissZeitVG, § 1 Rn. 4.

<sup>482</sup> Nomos-BR/Joussen, WissZeitVG, § 1 Rn. 4.

<sup>483</sup> BAG, Urteil vom 30.8.2017 – 7 AZR 524/15, NZA 2018, 305 (307).

<sup>484</sup> BAG, Urteil vom 20.1.2016 – 7 AZR 376/14, NZA 2016, 824 (826).

<sup>485</sup> ErfK/Müller-Glöge, WissZeitVG, § 1 Rn. 9.

<sup>486</sup> ErfK/Müller-Glöge, WissZeitVG, § 1 Rn. 9.

<sup>487</sup> Ascheid/Preis/Schmidt/Schmidt, WissZeitVG, § 1 Rn. 10.

<sup>488</sup> Moll/Plum, WissZeitVG, § 41 Rn. 179.

<sup>489</sup> BAG, Urteil vom 19.3.2008 – 7 AZR 1100/06, NZA 2009, 84 (87).

<sup>490</sup> BAG, Urteil vom 29.4.2015 – 7 AZR 519/13, AP WissZeitVG § 1 Nr. 2.

<sup>491</sup> BAG, Urteil vom 19.12.2018 – 7 AZR 79/17, NZA 2019, 451 (453).

Geltungsbereich für Hochschullehrer explizit aus, sodass für Hochschullehrer, die nach Landesrecht an staatlichen Hochschulen beschäftigt werden, die §§ 1 bis 3 WissZeitVG nicht greifen.<sup>492</sup> Dahingegen finden die §§ 4 und 5 WissZeitVG auf Hochschullehrer Anwendung, weswegen sie im Falle des Tätigwerdens an einer nach Landesrecht staatlich anerkannten Hochschule oder einer Forschungseinrichtung unter dessen persönlichen Geltungsbereich fallen.<sup>493</sup> Der Begriff des Hochschullehrers bezieht sich in erster Linie auf Professoren und Juniorprofessoren.<sup>494</sup> Für die Hochschullehrer, die nach Landesrecht an staatlichen Hochschulen befristet beschäftigt werden und für die das WissZeitVG gemäß § 1 Abs. 1 Satz 1 WissZeitVG somit nicht greift, dürfen die Länder einschlägige Befristungsregelungen bestimmen.<sup>495</sup> Überdies werden gemäß § 6 Satz 1 WissZeitVG auch Studierende von dem Begriff des wissenschaftlichen oder künstlerischen Personals nach § 1 Abs. 1 Satz 1 WissZeitVG erfasst, soweit sie innerhalb eines befristeten Arbeitsverhältnisses wissenschaftliche oder künstlerische Hilfstätigkeiten ausführen und an einer deutschen Hochschule für ein Studium eingeschrieben sind, durch dessen erfolgreiche Beendigung sie einen berufsqualifizierten Abschluss erlangen können.<sup>496</sup> Darüber hinaus bezieht sich der sachliche Geltungsbereich des WissZeitVG gemäß § 1 Abs. 1 Satz 1 WissZeitVG auf befristete Arbeitsverträge, deren Befristungsdauer für eine bestimmte Zeit vereinbart wurde.<sup>497</sup> Gemäß § 3 Abs. 1 Satz 2 TzBfG decken die auf bestimmte Zeit geschlossenen befristeten Arbeitsverträge kalendermäßig bestimmte als auch zweckbefristete Arbeitsverträge ab.<sup>498</sup> Jedoch beschränkt der § 2 Abs. 4 Satz 3 WissZeitVG die Möglichkeit, eine Befristungsdauer für Arbeitsverträge nach § 2 Abs. 1 WissZeitVG festzulegen, auf kalendermäßig bestimmte oder bestimmbare Zeiträume, sodass zweckbefristete sowie auflösend bedingte Arbeitsverträge von der Anwendbarkeit des § 2 Abs. 1 WissZeitVG ausgeschlossen sind.<sup>499</sup> Demgegenüber ist ein zweckbefristeter Arbeitsvertrag auf der Grundlage des § 2 Abs. 2 WissZeitVG zulässig.<sup>500</sup> Bezüglich des zeitlichen Geltungsbereichs des WissZeitVG ist anzumerken, dass zwischen dem Inkrafttreten des WissZeitVG am 18. April 2007 und der neuesten Fassung vom 25. Mai 2020 mehrfach Änderungen vorgenommen wurden.<sup>501</sup> Demnach ist zu beachten, dass jeweils die zum Zeitpunkt der Befristungsvereinbarung geltende Fassung des WissZeitVG auf die Befristung des Arbeitsvertrags Anwendung findet.<sup>502</sup> Für Befristungen, die vor dem Inkrafttreten des WissZeitVG am 18. April 2007 vereinbart wurden, gelten die in § 7 WissZeitVG bestimmten Übergangsregelungen.<sup>503</sup> Weiterhin eröffnet der § 1 Abs. 1 Satz 3 WissZeitVG sowohl die Möglichkeit, durch Tarifvertrag von den vorgegebenen Befristungshöchstdauern abzuweichen, als auch die Anzahl der zulässigen Verlängerungen befristeter Arbeitsverträge abzuändern und knüpft damit an die Vorschrift des allgemeinen Befristungsrechts in § 14 Abs. 2 Satz 3 TzBfG an.<sup>504</sup> Inhaltlich beschränkt sich die Anwendbarkeit des § 1 Abs. 1 Satz 3 WissZeitVG ausdrücklich auf bestimmte Fachrichtungen, worunter eine Mehrheit von Studiengängen erfasst wird, sowie auf bestimmte Forschungsbereiche, die im Tarifvertrag ausreichend konkretisiert sein müssen.<sup>505</sup> Zudem können sich

<sup>492</sup> Ascheid/Preis/Schmidt/Schmidt, WissZeitVG, § 1 Rn. 11.

<sup>493</sup> ErfK/Müller-Glöge, WissZeitVG, § 1 Rn. 10.

<sup>494</sup> BAG, Urteil vom 11.9.2013 – 7 AZR 843/11, NZA 2013, 1352 (1355).

<sup>495</sup> BAG, Urteil vom 11.9.2013 – 7 AZR 843/11, NZA 2013, 1352 (1355).

<sup>496</sup> Moll/Plum, WissZeitVG, § 41 Rn. 179.

<sup>497</sup> ErfK/Müller-Glöge, WissZeitVG, § 1 Rn. 16.

<sup>498</sup> Moll/Plum, WissZeitVG, § 41 Rn. 180.

<sup>499</sup> MüKo/Hesse, TzBfG, § 23 Rn. 47.

<sup>500</sup> MüKo/Hesse, TzBfG, § 23 Rn. 47.

<sup>501</sup> Moll/Plum, WissZeitVG, § 41 Rn. 181.

<sup>502</sup> BAG, Urteil vom 25.4.2018 – 7 AZR 181/16, NZA 2018, 1135 (1136).

<sup>503</sup> Moll/Plum, WissZeitVG, § 41 Rn. 181.

<sup>504</sup> Ascheid/Preis/Schmidt/Schmidt, WissZeitVG, § 1 Rn. 29.

<sup>505</sup> ErfK/Müller-Glöge, WissZeitVG, § 1 Rn. 19.

nicht tarifgebundene Vertragspartner ebenfalls auf die tarifvertraglichen Regelungen berufen, soweit sie dem Geltungsbereich eines nach Satz 3 bestehenden Tarifvertrags unterliegen.<sup>506</sup> Darüber hinaus ist das Verhältnis des WissZeitVG zu anderen Vorschriften über die Befristungsmöglichkeiten von Arbeitsverträgen in § 1 Abs. 1 Satz 5 und Abs. 2 WissZeitVG festgelegt.<sup>507</sup> Gemäß § 1 Abs. 1 Satz 5 WissZeitVG greifen die arbeitsrechtlichen Vorschriften und Grundsätze über befristete Arbeitsverträge und deren Kündigung, wenn sie den Vorschriften der §§ 2 bis 6 WissZeitVG nicht entgegenstehen. Hingegen bestimmt § 1 Abs. 2 WissZeitVG, dass den Hochschulen das Recht zusteht, das in § 1 Abs. 1 Satz 1 WissZeitVG bezeichnete Personal auch nach Maßgabe des TzBfG zu befristen.<sup>508</sup> Letztendlich gehen die Regelungen des WissZeitVG den allgemeinen Bestimmungen des Befristungsrechts vor, wenn die Befristung ausschließlich auf die wissenschaftliche Qualifizierung des Arbeitnehmers gestützt wird.<sup>509</sup> Eine Befristung auf der Grundlage eines nach § 14 Abs. 1 TzBfG gerechtfertigten Sachgrundes ist somit in einem solchen Fall nicht zulässig, da sie von den Regelungen des WissZeitVG verdrängt wird.<sup>510</sup> Allerdings kann die Befristung eines Arbeitsvertrags mit dem in § 1 Abs. 1 Satz 1 WissZeitVG genannten Personal nach § 14 Abs. 1 TzBfG gerechtfertigt sein, wenn die Befristungsgründe nicht abschließend auf die Befristungsregelungen des WissZeitVG gestützt werden.<sup>511</sup> Des Weiteren bestimmt § 2 Abs. 1 WissZeitVG die zulässigen Befristungshöchstdauern für Arbeitsverträge, die mit dem in § 1 Abs. 1 Satz 1 WissZeitVG genannten Personal geschlossen werden können.<sup>512</sup> Die Höchstgrenze der Befristungsdauer für die sachgrundlose Befristung von Arbeitsverträgen mit wissenschaftlichem und künstlerischem Personal i. S. d. § 1 Abs. 1 Satz 1 WissZeitVG liegt gemäß § 2 Abs. 1 WissZeitVG bei insgesamt zwölf Jahren und im Bereich der Medizin bei höchstens 15 Jahren.<sup>513</sup> Dabei wird zwischen dem bereits promovierten und nicht promovierten Personal unterschieden.<sup>514</sup> Während der Promotion (Pre-Doc-Phase) kann das Personal gemäß § 2 Abs. 1 Satz 1 WissZeitVG bis zu einer Dauer von sechs Jahren zulässig befristet werden und nach erfolgreichem Abschluss der Promotion (Post-Doc-Phase) besteht die Möglichkeit mit diesem Personal einen erneuten befristeten Arbeitsvertrag für maximal sechs Jahre einzugehen, sodass sich insgesamt die Befristungshöchstgrenze von zwölf Jahren ergibt.<sup>515</sup> Im Bereich der Medizin beläuft sich die zulässige Höchstbefristungsdauer der Post-Doc-Phase dahingegen auf neun Jahre, wodurch die insgesamt Befristungshöchstgrenze von 15 Jahren zustande kommt.<sup>516</sup> Die Befristungen sind allerdings ausschließlich für Beschäftigungen zulässig, die zur Förderung der eigenen wissenschaftlichen oder künstlerischen Qualifizierung dienen.<sup>517</sup> Anders als bei der Befristungsdauer bestimmt das Gesetz hinsichtlich der Verlängerungen eines befristeten Arbeitsvertrags keine Höchstgrenzen.<sup>518</sup> Die befristeten Arbeitsverträge können gemäß § 2 Abs. 1 Satz 7 WissZeitVG innerhalb der jeweilig zulässigen Befristungshöchstdauer beliebig häufig und beliebig lange verlängert werden.<sup>519</sup> Darüber hinaus ist es weder erforderlich, dass die

<sup>506</sup> Nomos-BR/Joussen, WissZeitVG, § 1 Rn. 19.

<sup>507</sup> Nomos-BR/Joussen, WissZeitVG, § 1 Rn. 20.

<sup>508</sup> BAG, Urteil vom 28.9.2016 – 7 AZR 549/14, NZA 2017, 249 (253).

<sup>509</sup> BAG, Urteil vom 18.5.2016 – 7 AZR 533/14, NJW 2016, 3259 (3261).

<sup>510</sup> BAG, Urteil vom 18.5.2016 – 7 AZR 533/14, NJW 2016, 3259 (3261).

<sup>511</sup> BAG, Urteil vom 28.9.2016 – 7 AZR 549/14, NZA 2017, 249 (253).

<sup>512</sup> Ascheid/Preis/Schmidt/Schmidt, WissZeitVG, § 2 Rn. 1.

<sup>513</sup> ErfK/Müller-Glöge, WissZeitVG, § 2 Rn. 1.

<sup>514</sup> Moll/Plum, WissZeitVG, § 41 Rn. 183.

<sup>515</sup> Ascheid/Preis/Schmidt/Schmidt, WissZeitVG, § 2 Rn. 1.

<sup>516</sup> Ascheid/Preis/Schmidt/Schmidt, WissZeitVG, § 2 Rn. 1.

<sup>517</sup> Moll/Plum, WissZeitVG, § 41 Rn. 184.

<sup>518</sup> Nomos-BR/Joussen, WissZeitVG, § 2 Rn. 2.

<sup>519</sup> Nomos-BR/Joussen, WissZeitVG, § 2 Rn. 2.

Anschlussbefristung bereits innerhalb der Vertragslaufzeit des zu verlängernden Arbeitsvertrags vereinbart wird, noch, dass sie nahtlos an diesen anschließt, so wie es in § 14 Abs. 2 TzBfG vorausgesetzt wird.<sup>520</sup> Zudem bedarf die Befristung keines sachlichen Grundes, sodass auch kein formales Qualifizierungsziel vorausgesetzt wird, wie z. B. der erfolgreiche Abschluss der Promotion innerhalb einer bestimmten Zeitdauer oder das den erfolgreichen Abschluss der Promotion sinnvolle und näherbringende Arbeiten, weil es sich bei der Befristung gemäß § 2 Abs. 1 Satz 1 WissZeitVG um eine sachgrundlose Befristung handelt.<sup>521</sup> Schließlich setzt § 2 Abs. 4 Satz 1 WissZeitVG voraus, dass die Bezugnahme des WissZeitVG für die Befristung im Arbeitsvertrag angegeben wird.<sup>522</sup> Dem ist entsprochen, wenn sich durch Auslegung des Vertragstextes ergibt, dass die Befristung auf den Regelungen des WissZeitVG beruht.<sup>523</sup> Sofern dem Zitiergebot nicht entsprochen wird, kann die Befristung nicht auf § 2 WissZeitVG gestützt werden.<sup>524</sup> Allerdings bleibt dem Arbeitgeber die Möglichkeit, sich auf einen anderen Tatbestand als § 2 WissZeitVG für die Befristung zu beziehen.<sup>525526</sup>

## 6. Befristung von Ärzten in der Weiterbildung

Gemäß § 1 Abs. 1 des Gesetzes über befristete Arbeitsverträge mit Ärzten in der Weiterbildung (ÄArbVtrG) ist die Befristung eines Arbeitsvertrags mit einem Arzt sachlich gerechtfertigt, wenn die Beschäftigung des Arztes seiner zeitlich und inhaltlich strukturierten Weiterbildung zum Facharzt oder dem Erwerb einer Anerkennung für einen Schwerpunkt oder dem Erwerb einer Zusatzbezeichnung, eines Fachkundenachweises oder einer Bescheinigung über eine fakultative Weiterbildung dient. Der persönliche Geltungsbereich erstreckt sich ausschließlich auf approbierte Ärzte und seit dem 1. September 2020, durch die Einführung des § 1 Abs. 7 ÄArbVtrG auch auf approbierte Psychotherapeuten, wenn sie eine zeitlich und inhaltlich strukturierte Weiterbildung zum Fachpsychotherapeuten durchlaufen.<sup>527</sup> Hingegen findet die Vorschrift keine Anwendung auf die Weiterbildung von Zahnärzten oder Tierärzten, sodass dafür ausschließlich die allgemeinen Befristungsregelungen maßgeblich sind.<sup>528</sup> Findet die Weiterbildung an Universitäten oder Forschungseinrichtungen statt, die von dem Geltungsbereich des WissZeitVG erfasst werden, gelten gemäß § 1 Abs. 6 ÄArbVtrG die Bestimmungen dieses Gesetzes.<sup>529</sup> Insofern beschränkt sich der sachliche Geltungsbereich des ÄArbVtrG hauptsächlich auf rechtlich verselbständigte Universitätskliniken ohne eigenen Forschungsbereich, sowie auf kommunale, kirchliche und gemeinnützige Krankenhäuser.<sup>530</sup> Gemäß § 1 Abs. 5 ÄArbVtrG stellen die Befristungsregelungen in § 1 Abs. 1 bis 4 ÄArbVtrG ein zweiseitig zwingendes Recht dar und sind somit vorrangig zu beachten, sodass andere arbeitsrechtliche Vorschriften und Grundsätze, vornehmlich aus dem TzBfG, nur anwendbar sind, wenn sie den Regelungen des ÄArbVtrG

<sup>520</sup> Moll/Plum, WissZeitVG, § 41 Rn. 188.

<sup>521</sup> BAG, Urteil vom 25.4.2018 – 7 AZR 181/16, NZA 2018, 1135 (1139).

<sup>522</sup> Ascheid/Preis/Schmidt/Schmidt, WissZeitVG, § 2 Rn. 64.

<sup>523</sup> BAG, Urteil vom 8.6.2016 – 7 AZR 259/14, NZa 2016, 1463 (1465).

<sup>524</sup> BAG, Urteil vom 18.5.2016 – 7 AZR 533/14, NZA 2016, 1276 (1277).

<sup>525</sup> BAG, Urteil vom 18.5.2016 – 7 AZR 533/14, NZA 2016, 1276 (1277).

<sup>526</sup> Die weiteren Besonderheiten des WissZeitVG wie z. B. die Drittmittelfinanzierung oder Befristungsverlängerungen für Kinderbetreuungszeiten werden im Rahmen dieser Bachelorarbeit nicht weiter ausgeführt. Bei Interesse siehe: ErfK/Müller-Glöge, WissZeitVG, § 1-8 und Nomos-BR/Joussen, WissZeitVG, § 1-8.

<sup>527</sup> Bundesgesetzblatt vom 22.11.2019 (BGBl. 2019, Teil 1 Nr. 40, S. 1619); MüKo/Hesse, TzBfG, § 23 Rn. 5.

<sup>528</sup> MHdB ArbR/Wank, TzBfG, 4. Aufl., § 104 Rn. 8.

<sup>529</sup> MHdB ArbR/Wank, TzBfG, 4. Aufl., § 104 Rn. 8.

<sup>530</sup> Meinel/Heyn/Herms/Herms, TzBfG, § 23 Rn. 53.

nicht widersprechen.<sup>531</sup> Demnach kann z. B. die Befristung nicht auf § 14 Abs. 2 TzBfG gestützt werden, soweit die Befristungsvereinbarung auf der Weiterbildung des Arztes, zu einem der in § 1 Abs. 1 ÄArbVtrG bezeichneten Weiterbildungsziele, gründet.<sup>532</sup> Eine Abweichung von den Befristungsregelungen des ÄArbVtrG durch einen Tarifvertrag ist aufgrund des zweiseitig zwingenden Rechts ebenfalls nicht möglich.<sup>533</sup> Des Weiteren liegt ein die Befristung rechtfertigender sachlicher Grund gemäß § 1 Abs. 1 ÄArbVtrG vor, wenn die Tatbestandsmerkmale dieser Vorschrift erfüllt sind.<sup>534</sup> Die „zeitlich und inhaltlich strukturierte Weiterbildung“ setzt voraus, dass die Beschäftigung zur Erreichung eines der in § 1 Abs. 1 ÄArbVtrG genannten Weiterbildungsziele erfolgt und der befristete Arzt während dieser Zeit zielbringende, erforderliche Weiterbildungsabschnitte ableisten kann.<sup>535</sup> Demnach entspricht eine bloße Förderung der Weiterbildung nicht den Anforderungen dieser Tatbestandsmerkmale.<sup>536</sup> Die zeitliche und inhaltliche Struktur der Weiterbildung bedarf im Hinblick auf die Weiterbildung und die Weiterbildungsdurchführung außerdem einer konkret zugeschnittenen und auf die Beschäftigung des Arztes angepasste Planung, wobei auf die im Zeitpunkt des Vertragsschlusses bestehenden Planungen und Prognosen abzustellen ist.<sup>537</sup> Zudem kann das befristete Arbeitsverhältnis die Aufnahme anderer Aufgaben beinhalten, solange es ganz überwiegend der Weiterbildung dient.<sup>538</sup> Darüber hinaus unterliegt die Befristung dem Schriftformerfordernis des § 14 Abs. 4 TzBfG, welches sich ausschließlich auf die Befristungsabrede und nicht auf den Befristungsgrund erstreckt, woraus zugleich folgt, dass der Befristungsgrund weder Vertragsinhalt geworden sein muss noch eine Pflicht zur ausdrücklichen Nennung des Befristungsgrundes im Arbeitsvertrag besteht.<sup>539</sup> Weiterhin legt § 1 Abs. 2 ÄArbVtrG fest, dass die Dauer des befristeten Arbeitsvertrags der vertraglichen Vereinbarung der Arbeitsvertragsparteien unterliegt und dass diese Vereinbarung kalendermäßig bestimmt oder bestimmbar sein muss. Demzufolge beschränkt § 1 Abs. 2 Hs. 2 ÄArbVtrG den Anwendungsbereich des ÄArbVtrG auf Zeitbefristungen, sodass das ÄArbVtrG auf Zweckbefristungen und die Vereinbarung einer auflösenden Bedingung keine Anwendung findet.<sup>540</sup> Die Missachtung der Unzulässigkeit von Zweckbefristungen hat die Entfristung des befristeten Arbeitsvertrags zur Folge, vorausgesetzt der Arbeitnehmer wahrt die Frist des § 17 TzBfG.<sup>541</sup> Für den Fall, dass eine Zeitbefristung mit einer Zweckbefristung kombiniert wurde, tritt keine vollkommene Unwirksamkeit der Befristung ein.<sup>542</sup> Stattdessen besteht die Zeitbefristung, isoliert von der Zweckbefristung, als zulässig vereinbarte Befristungsabrede fort.<sup>543</sup> Ferner bestimmt § 1 Abs. 3 Satz 5 ÄArbVtrG, dass die Befristungsdauer des ersten nach diesem Gesetz befristeten Arbeitsvertrags den Zeitraum nicht unterschreiten darf, für den der weiterbildende Arzt die Weiterbildungsbefugnis besitzt.<sup>544</sup> Zusätzlich ergibt sich aus § 1 Abs. 3 Satz 6 ÄArbVtrG, dass die Arbeitsvertragsparteien nach Ablauf des ersten befristeten Arbeitsvertrags einen weiteren befristeten Ar-

<sup>531</sup> Ascheid/Preis/Schmidt/Schmidt, ÄArbVtrG, § 3 Rn. 10.

<sup>532</sup> Schaub/Koch, Arbeitsrechts-Handbuch, §38 Rn. 8.

<sup>533</sup> Ascheid/Preis/Schmidt/Schmidt, ÄArbVtrG, § 3 Rn. 10.

<sup>534</sup> BAG, Urteil vom 14.6.2017 – 7 AZR 597/15, NZA 2018, 40 (42).

<sup>535</sup> BAG, Urteil vom 14.6.2017 – 7 AZR 597/15, NZA 2018, 40 (42).

<sup>536</sup> BAG, Urteil vom 14.6.2017 – 7 AZR 597/15, NZA 2018, 40 (42).

<sup>537</sup> BAG, Urteil vom 14.6.2017 – 7 AZR 597/15, NZA 2018, 40 (42).

<sup>538</sup> MüKo/Hesse, TzBfG, § 23 Rn. 6.

<sup>539</sup> BAG, Urteil vom 23.6.2004 – 7 AZR 636/03, NZA 2004, 1333 (1334).

<sup>540</sup> Ascheid/Preis/Schmidt/Schmidt, ÄArbVtrG, § 3 Rn. 24.

<sup>541</sup> BAG, Urteil vom 14.8.2002 – 7 AZR 266/01, AP ÄArbVtrG § 1 Nr. 1.

<sup>542</sup> Ascheid/Preis/Schmidt/Schmidt, ÄArbVtrG, § 3 Rn. 24.

<sup>543</sup> Ascheid/Preis/Schmidt/Schmidt, ÄArbVtrG, § 3 Rn. 24.

<sup>544</sup> BAG, Urteil vom 13.6.2007 – 7 AZR 700/06, NZA 2008, 108 (111).

beitsvertrag mit demselben Weiterbildungsziel abschließen können, dessen Befristungszeitraum nicht die Dauer der Weiterbildungsbefugnis einhalten muss.<sup>545</sup> Stattdessen kann dieser weitere Arbeitsvertrag zu einem früheren Zeitpunkt seine Beendigung finden, soweit bei Vertragsschluss absehbar ist, dass die Weiterbildung zu diesem früheren Zeitpunkt abgeschlossen werden kann.<sup>546</sup> Gemäß § 1 Abs. 3 Satz 1 ÄArbVtrG beläuft sich die Höchstbefristungsdauer für einen befristeten Arbeitsvertrag nach § 1 Abs. 1 ÄArbVtrG auf acht Jahre. Diese Höchstgrenze darf nicht durch einen Wechsel der Weiterbildungsstelle überschritten werden.<sup>547</sup> Allerdings führt ein Wechsel des Weiterbildungsziels dazu, dass die Höchstgrenze erneut beginnt.<sup>548</sup>

## VII. Rechtsfolgen bei rechtswirksamer/ -unwirksamer Befristung

### 1. Rechtsfolge bei rechtsunwirksamer Befristung

Die Rechtsfolgen einer unwirksamen Befristung eines Arbeitsverhältnisses sind in § 16 TzBfG kodifiziert.<sup>549</sup> In diesem Fall fingiert § 16 Satz 1 Hs. 1 TzBfG das Bestehen eines unbefristeten Arbeitsverhältnisses.<sup>550</sup> Innerhalb der rechtswissenschaftlichen Literatur werden hinsichtlich der Reichweite des Geltungsbereichs von § 16 TzBfG verschiedene Meinungen vertreten.<sup>551</sup> Ein Teil der Literatur nimmt an, dass die Vorschrift lediglich für die Unwirksamkeit der Befristungsvereinbarung aus einem der in § 14 TzBfG normierten Gründe greift.<sup>552</sup> Dahingegen ist ein anderer Teil der Literatur der Auffassung, dass die Regelung neben den Unwirksamkeitsgründen des § 14 TzBfG auch die Unwirksamkeit der Befristungsvereinbarung von anderen gesetzlichen Regelungen erfasst, wie beispielsweise den § 21 BEEG oder das WissZeitVG.<sup>553</sup> Im Ergebnis kann allerdings die zweite Ansicht überzeugen, weil den allgemeinen Vorschriften des TzBfG in Abstellung auf § 23 TzBfG eine ergänzende Anwendung zukommt, soweit die spezialgesetzlichen Befristungsregelungen keine eigenen entsprechenden Normen aufweisen.<sup>554</sup>

Des Weiteren differenziert § 16 TzBfG bezüglich der Kündigungsmöglichkeiten zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer.<sup>555</sup> Die Kündigungsmöglichkeiten des Arbeitgebers variieren hinsichtlich dessen, ob die Unwirksamkeit der Befristung gemäß § 16 Satz 1 Hs. 2 TzBfG aus materiellen Gründen hervorgeht oder nach § 16 Satz 2 TzBfG auf einen Verstoß gegen die Formvorschrift des § 14 Abs. 4 TzBfG zurückzuführen ist.<sup>556</sup> Für den Fall, dass materielle Gründe für die Unwirksamkeit der Befristung ursächlich sind, wird dem Arbeitgeber das Recht zur vorzeitigen ordentlichen Kündigung des Arbeitsvertrags verwehrt.<sup>557</sup> Infolgedessen ist er gezwungen, das vereinbarte Vertragsende einzuhalten, es sei denn ihm steht gemäß § 15 Abs. 3 TzBfG die ordentliche Kündigung zu einem früheren Zeitpunkt zu.<sup>558</sup> Diesbezüglich ist zu beachten, dass eine ordentliche Arbeitgeberkündigung gemäß § 1 Abs. 1 KSchG gerechtfertigt sein muss, soweit der Arbeitnehmer mehr als sechs Monate

<sup>545</sup> BAG, Urteil vom 13.6.2007 – 7 AZR 700/06, NZA 2008, 108 (111).

<sup>546</sup> BAG, Urteil vom 13.6.2007 – 7 AZR 700/06, NZA 2008, 108 (111).

<sup>547</sup> Meinel/Heyn/Herms/Herms, TzBfG, § 23 Rn. 52.

<sup>548</sup> Meinel/Heyn/Herms/Herms, TzBfG, § 23 Rn. 52.

<sup>549</sup> Pletke/Pletke, TzBfG, B. Dimensionen der Flexibilisierung Rn. 77.

<sup>550</sup> Löwisch/Caspers/Klumpp, Arbeitsrecht, § 19 Rn. 854.

<sup>551</sup> Siehe Fußnote 552 und 553.

<sup>552</sup> ErfK/Müller-Glöße, TzBfG, § 16 Rn. 1; Ascheid/Preis/Schmidt/Backhaust, TzBfG, § 16 Rn. 2.

<sup>553</sup> MüKo/Hesse, TzBfG, § 16 Rn. 2; Meinel/Heyn/Herms/Meinel, TzBfG, § 16 Rn. 8.

<sup>554</sup> BT-Drs. 14/4374, 22.

<sup>555</sup> Moll/Plum, TzBfG, § 41 Rn. 136.

<sup>556</sup> MüKo/Hesse, TzBfG, § 16 Rn. 4.

<sup>557</sup> Löwisch/Caspers/Klumpp, Arbeitsrecht, § 19 Rn. 855.

<sup>558</sup> Küttner/Kania, TzBfG, Befristete Arbeitsverhältnisse Rn. 50.

befristet beschäftigt war.<sup>559</sup> Grundet die Unwirksamkeit der Befristung ausschließlich auf einem Verstoß gegen die Formvorschrift des § 14 Abs. 4 TzBfG, kann der Arbeitgeber den Arbeitsvertrag gemäß § 16 Satz 2 TzBfG auch vor dem unwirksam vereinbarten Vertragsende ordentlich kündigen, ohne dass eine Vereinbarung nach § 15 Abs. 3 TzBfG geschlossen worden sein muss.<sup>560</sup> Dahingegen beeinträchtigt § 16 TzBfG in keiner Weise das Recht des Arbeitnehmers zur ordentlichen Kündigung des Arbeitsvertrags.<sup>561</sup> Das Recht des Arbeitnehmers sowie des Arbeitgebers, den Arbeitsvertrag gemäß § 626 BGB aus wichtigem Grund außerordentlich zu kündigen, wird von § 16 TzBfG nicht berührt.<sup>562</sup> Es gelten jedoch die allgemeinen Regelungen des Kündigungsschutzrechts.<sup>563</sup>

## 2. Rechtsfolge bei rechtswirksamer Befristung

Die mit der Beendigung der rechtswirksamen Befristung eines Arbeitsvertrags einhergehenden Rechtsfolgen unterscheiden sich, abhängig davon, ob es sich um einen kalendermäßig befristeten Arbeitsvertrag oder um einen zweckbefristeten Arbeitsvertrag handelt.<sup>564</sup> Ein kalendermäßig befristeter Arbeitsvertrag endet gemäß § 15 Abs. 1 TzBfG mit Ablauf der vereinbarten Zeit.<sup>565</sup> Dem Arbeitgeber obliegt in diesem Fall lediglich gemäß § 2 Abs. 2 Satz 2 Nr. 3 SGB III die Pflicht, den Arbeitnehmer frühzeitig darüber zu informieren, dass dieser sich i. S. d. § 38 SGB III spätestens drei Monate vor Beendigung des Arbeitsverhältnisses persönlich bei der Arbeitsagentur arbeitssuchend melden muss.<sup>566</sup> Dahingegen endet ein zweckbefristeter Arbeitsvertrag gemäß § 15 Abs. 2 TzBfG mit Erreichen des Zwecks, frühestens allerdings zwei Wochen nachdem die schriftliche Unterrichtung über den Zeitpunkt der Zweckerreichung durch den Arbeitgeber dem Arbeitnehmer zugegangen ist.<sup>567</sup> Bei einer derartigen Mitteilung handelt es sich nicht um eine Willens-, sondern um eine Wissenserklärung, sodass lediglich eine einseitige rechtsgeschäftsähnliche Handlung besteht.<sup>568</sup> Daher kann die gesetzliche Formvorschrift nicht unmittelbar, sondern nur mittelbar angewendet werden, weshalb die Textform des § 126b BGB für das Formerfordernis ausreichend ist.<sup>569</sup> Inhaltlich muss das Unterrichtungsschreiben den genauen Zeitpunkt der Zweckerreichung und folglich einen bestimmten Kalendertag angeben.<sup>570</sup>

Überdies bestimmt § 15 Abs. 5 TzBfG, dass ein zuvor befristetes Arbeitsverhältnis nachfolgend als unbefristetes Arbeitsverhältnis anzusehen ist, wenn es nach Ablauf der Zeit für die es eingegangen wurde, oder nach Zweckerreichung mit Wissen des Arbeitgebers fortgesetzt wird, soweit der Arbeitgeber nicht unverzüglich widerspricht oder dem Arbeitnehmer nicht unverzüglich die Zweckerreichung erklärt. Damit legt die Vorschrift die stillschweigende Verlängerung von Arbeitsverhältnissen fest, ohne dass es auf den tatsächlichen Willen der Parteien ankommt.<sup>571</sup> Folglich ist es für den Arbeitgeber von Bedeutung, die Voraussetzungen des § 15 Abs. 5 TzBfG zu kennen, um die Einschlägigkeit der Vorschrift zu verhindern. Zum einen setzt § 15 Abs. 5 TzBfG die Fortsetzung des Arbeitsver-

<sup>559</sup> Küttner/Kania, TzBfG, Befristete Arbeitsverhältnisse Rn. 50.

<sup>560</sup> Moll/Plum, TzBfG, § 41 Rn. 136.

<sup>561</sup> MüKo/Hesse, TzBfG, § 16 Rn. 5.

<sup>562</sup> Löwisch/Caspers/Klumpp, Arbeitsrecht, § 19 Rn. 855.

<sup>563</sup> ErfK/Müller-Glöge, TzBfG, § 16 Rn. 2.

<sup>564</sup> Moll/Plum, TzBfG, § 41 Rn. 137.

<sup>565</sup> Löwisch/Caspers/Klumpp, Arbeitsrecht, § 19 Rn. 852.

<sup>566</sup> ErfK/Müller-Glöge, TzBfG, § 15 Rn. 1.

<sup>567</sup> BAG, Urteil vom 18.6.2008 – 7 AZR 214/07, NZA 2009, 35 (37).

<sup>568</sup> BAG, Urteil vom 16.1.2018 – 7 AZR 622/15, NZA 2018, 925 (928).

<sup>569</sup> BAG, Urteil vom 20.6.2018 – 7 AZR 689/16, NZA 2019, 331 (337).

<sup>570</sup> Ascheid/Preis/Schmidt/Backhaust, TzBfG, § 15 Rn. 9.

<sup>571</sup> Moll/Plum, TzBfG, § 41 Rn. 138.

hältnisses voraus, worunter die bewusste, gewollte, unmittelbare und tatsächliche Weiterführung der bisherigen Vertragspflichten durch den Arbeitnehmer zu verstehen ist.<sup>572</sup> Zum anderen wird verlangt, dass der Arbeitnehmer über die Beendigung des Arbeitsverhältnisses Kenntnis hat.<sup>573</sup> Daneben setzt § 15 Abs. 5 TzBfG das Wissen des Arbeitgebers über die Weiterarbeit des Arbeitnehmers voraus. Dieser Tatbestand wird neben der Kenntnis des Arbeitgebers auch bejaht, wenn ein zum Abschluss von Arbeitsverträgen berechtigter Vertreter über die Weiterarbeit des Arbeitnehmers Kenntnis erlangt hat.<sup>574</sup> Für den Fall, dass die Voraussetzungen des § 15 Abs. 5 TzBfG erfüllt sind, kann die Einschlägigkeit der Vorschrift laut Gesetzestext allerdings noch durch einen unverzüglichen Widerspruch des Arbeitgebers verhindert werden. Dafür ist der Widerspruch als rechtsgeschäftliche empfangsbedürftige Willenserklärung durch den Arbeitgeber kurz vor dem Ablauf der Vertragslaufzeit bzw. der Zweckerreichung ausdrücklich oder konkludent zu erklären.<sup>575</sup> Kurz vor Ablauf der Vertragslaufzeit oder kurz vor der Zweckerreichung bedeutet in diesem Sinne, dass ein zeitlicher Zusammenhang zwischen dem Widerspruch und dem vereinbarten Befristungsende bestehen muss.<sup>576</sup> Beispielsweise ist von einem solchen Zusammenhang auszugehen, wenn vor der Widerspruchserklärung des Arbeitgebers schon ein Rechtsstreit anhängig ist, der die Wirksamkeit der Befristungsabrede überprüft und der Arbeitgeber sich gegen diese Klage wehrt.<sup>577</sup> Weiterhin verlangt § 15 Abs. 5 TzBfG die unverzügliche Erklärung des Widerspruchs.<sup>578</sup> Gemäß der Legaldefinition des § 121 Abs. 1 Satz 1 BGB ist der Widerspruch demnach unverzüglich erklärt worden, wenn er ohne schuldhaftes Zögern erfolgte. Grundsätzlich wird eine Frist von ungefähr einer Woche als ausreichend erachtet, beginnend ab dem Zeitpunkt, zu dem der Arbeitgeber von der Weiterarbeit des Arbeitnehmers über das Befristungsende hinaus Kenntnis erlangt.<sup>579</sup> Die zeitliche Obergrenze der Frist ab Kenntnisnahme des Arbeitgebers soll zumindest im Normalfall eine Grenze von zwei Wochen nicht übersteigen dürfen.<sup>580</sup>

Darüber hinaus bestimmt § 15 Abs. 4 TzBfG, dass Arbeitsverhältnisse, die für die Lebenszeit vereinbart wurden oder zumindest für eine Zeitdauer, die fünf Jahre überschreitet, nach Ablauf von fünf Jahren von dem Arbeitnehmer innerhalb einer sechsmonatigen Kündigungsfrist gekündigt werden können. Inhaltlich überschneidet sich der Wortlaut des § 15 Abs. 4 TzBfG nahezu wörtlich mit dem des § 624 BGB, allerdings mit dem Unterschied, dass sich die BGB-Regelung auf Dienstverhältnisse und die TzBfG-Vorschrift auf Arbeitsverhältnisse bezieht.<sup>581</sup> Folglich können die bereits ergangenen Rechtsprechungen zu § 624 BGB auch für § 15 Abs. 4 TzBfG herangezogen werden.<sup>582</sup> Die Vorschrift des § 15 Abs. 4 TzBfG zielt darauf ab, den Arbeitnehmer hinsichtlich seiner Berufswahlfreiheit gemäß Art. 12 Art. 1 GG zu schützen, indem ihm die Möglichkeit eingeräumt wird, sich aus einem über fünf Jahre andauernden Arbeitsverhältnis zu lösen, sodass eine unverhältnismäßige Einschränkung seiner persönlichen Freiheit ausbleibt.<sup>583</sup> Der Schutz des Arbeitgebers wird

<sup>572</sup> MüKo/Hesse, TzBfG, § 15 Rn. 46.

<sup>573</sup> MüKo/Hesse, TzBfG, § 15 Rn. 46.

<sup>574</sup> BAG, Urteil vom 28.9.2016 – 7 AZR 377/14, NZA 2017, 55 (57).

<sup>575</sup> Ascheid/Preis/Schmidt/Backhaust, TzBfG, § 15 Rn. 68, 69, 71.

<sup>576</sup> Ascheid/Preis/Schmidt/Backhaust, TzBfG, § 15 Rn. 69.

<sup>577</sup> BAG, Urteil vom 22.7.2014 – 9 AZR 1066/12, NZA 2014, 1330 (1332).

<sup>578</sup> Moll/Plum, TzBfG, § 41 Rn. 141.

<sup>579</sup> Meinel/Heyn/Herms/Meinel, TzBfG, § 15 Rn. 58.

<sup>580</sup> BAG, Urteil vom 14.12.1979 – 7 AZR 38/78, NJW 1980, 1302 (1303).

<sup>581</sup> ErfK/Müller-Glöge, TzBfG, § 15 Rn. 13.

<sup>582</sup> ErfK/Müller-Glöge, TzBfG, § 15 Rn. 13.

<sup>583</sup> BAG, Urteil vom 19.12.1991 – 2 AZR 363/91, AP BGB § 624 Nr. 2.

mit dieser Vorschrift nicht bezweckt, weshalb er sich auch nicht auf die Kündigungsmöglichkeit des § 15 Abs. 4 TzBfG berufen kann.<sup>584</sup> Davon unberührt kann der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis bei Vorliegen eines wichtigen Grundes gemäß § 626 BGB kündigen, wobei er gegebenenfalls eine zu gewährende Auslauffrist beachten muss.<sup>585</sup> Das Arbeitsverhältnis auf Lebenszeit bezieht sich nicht ausschließlich auf die Lebenszeit des Arbeitnehmers, sondern kann auch auf die Lebenszeit des Arbeitgebers oder eines Dritten abstellen.<sup>586</sup> Letzteres kann u. a. auf die Pflege eines Kranken bis zu dessen Tod gerichtet sein.<sup>587</sup> Allerdings muss sich die Vereinbarung eines auf Lebenszeit geschlossenen Arbeitsverhältnisses eindeutig aus der Vereinbarung ergeben, mit Beachtung aller möglichen Begleitumstände.<sup>588</sup> In der Praxis stellt die Anstellung auf Lebenszeit eher einen Ausnahmefall dar.<sup>589</sup> Gleichermaßen greift die Kündigungsmöglichkeit des Arbeitnehmers gemäß § 15 Abs. 4 Satz 1 Alt. 2 TzBfG für befristete Arbeitsverhältnisse, welche die Anstellungsdauer von fünf Jahren überschritten haben.<sup>590</sup> Dafür ist die zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses vorgesehene Dauer des Arbeitsverhältnisses maßgeblich.<sup>591</sup> Zweckbefristungen werden ebenfalls von dem Anwendungsbereich des § 15 Abs. 4 Satz 1 Alt. 2 TzBfG erfasst, wenn der vereinbarte Zweck nach Ablauf von fünf Jahren noch nicht erfüllt wurde.<sup>592</sup> Dabei kommt es nicht darauf an, ob dieser Umstand bereits bei Vertragsschluss absehbar war oder nicht.<sup>593</sup> Weiterhin setzt § 15 Abs. 4 Satz 1 Alt. 2 TzBfG voraus, dass das Arbeitsverhältnis bereits zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses für mehr als fünf Jahre vereinbart wird.<sup>594</sup> Zudem erfasst die Vorschrift keine Arbeitsverträge, die für die Dauer von exakt fünf Jahren abgeschlossen wurden.<sup>595</sup> Gleiches gilt für Arbeitsverträge, die vorerst für die Dauer von fünf Jahren eingegangen wurden und nach dem Auslaufen einer angemessenen Kündigungsfrist für den Arbeitnehmer um weitere fünf Jahre verlängert werden.<sup>596</sup> Das Kündigungsrecht des § 15 Abs. 4 TzBfG tritt mit Ablauf der fünf Jahre ein, wobei die Fünfjahresfrist nicht etwa im Zeitpunkt des Vertragsschlusses beginnt, sondern mit der Aktualisierung des Arbeitsverhältnisses.<sup>597</sup> Zusätzlich beträgt die Kündigungsfrist gemäß § 15 Abs. 4 Satz 2 TzBfG sechs Monate, sodass sich eine Vertragsbindung von mindestens fünf Jahren, sechs Monaten und einem Tag ergibt.<sup>598</sup> Weiterhin kann auch eine vorzeitige Kündigung ihre Wirksamkeit entfalten.<sup>599</sup> Allerdings wird in diesem Fall angenommen, dass das Arbeitsverhältnis zum frühestmöglichen Zeitpunkt, also nach fünf Jahren, sechs Monaten und einem Tag enden soll.<sup>600</sup> Darüber hinaus kommt der § 622 BGB nicht zur Anwendung, sodass keine bestimmten Kündigungstermine zu beachten sind und die Kündigung zu jedem Termin möglich

---

<sup>584</sup> BeckOK/Bayreuther, TzBfG, § 15 Rn. 18.

<sup>585</sup> BAG, Urteil vom 25.3.2004 – 2 AZR 153/03, AP BGB § 138 Nr. 60.

<sup>586</sup> Ascheid/Preis/Schmidt/Backhaust, TzBfG, § 15 Rn. 33.

<sup>587</sup> Ascheid/Preis/Schmidt/Backhaust, TzBfG, § 15 Rn. 33.

<sup>588</sup> BeckOK/Bayreuther, TzBfG, § 15 Rn. 16.

<sup>589</sup> ErfK/Müller-Glöge, TzBfG, § 15 Rn. 18.

<sup>590</sup> BeckOK/Bayreuther, TzBfG, § 15 Rn. 16.

<sup>591</sup> BeckOK/Bayreuther, TzBfG, § 15 Rn. 16.

<sup>592</sup> Meinel/Heyn/Herms/Meinel, TzBfG, § 15 Rn. 44.

<sup>593</sup> BeckOK/Bayreuther, TzBfG, § 15 Rn. 16.

<sup>594</sup> MüKo/Hesse, TzBfG, § 15 Rn. 39.

<sup>595</sup> ErfK/Müller-Glöge, TzBfG, § 15 Rn. 19.

<sup>596</sup> BAG, Urteil vom 19.12.1991 – 2 AZR 363/91, AP BGB § 624 Nr. 2.

<sup>597</sup> MüKo/Hesse, TzBfG, § 15 Rn. 41.

<sup>598</sup> Meinel/Heyn/Herms/Meinel, TzBfG, § 15 Rn. 48.

<sup>599</sup> Meinel/Heyn/Herms/Meinel, TzBfG, § 15 Rn. 48.

<sup>600</sup> Meinel/Heyn/Herms/Meinel, TzBfG, § 15 Rn. 48.

ist.<sup>601</sup> Unter Beachtung des § 22 Abs. 1 TzBfG kann eine Verlängerung der Frist nicht vereinbart werden, jedoch steht den Parteien die Verkürzung der Frist zur Disposition.<sup>602</sup>

Schlussendlich gebührt den Arbeitsvertragsparteien zusätzlich das Recht, den zeit- bzw. zweckbefristeten Arbeitsvertrag vor dem vereinbarten Vertragsende außerordentlich zu kündigen, soweit ein wichtiger Grund gemäß § 626 BGB vorliegt.<sup>603</sup> Dahingegen ist die ordentliche Kündigung eines befristeten Arbeitsvertrags grundsätzlich ausgeschlossen.<sup>604</sup> Gemäß § 15 Abs. 3 TzBfG kann das Recht zur ordentlichen Kündigung eines befristeten Arbeitsvertrags jedoch einzelvertraglich oder im anwendbaren Tarifvertrag vereinbart sein, sodass in diesen Fällen eine ordentliche Kündigung möglich bleibt. Dafür ist lediglich erforderlich, dass ein dahingehender Wille eindeutig zu erkennen ist.<sup>605</sup> Dieser Wille wird beispielsweise durch eine Probezeit<sup>606</sup> oder durch vereinbarte Kündigungsfristen für eine ordentliche Kündigung eindeutig zur Kenntnis gegeben.<sup>607</sup>

## IX. Beteiligungsrechte des Betriebsrats

Gemäß § 99 Abs. 1 Satz 1 BetrVG ist der Arbeitgeber verpflichtet, in Unternehmen, die i. d. R. mehr als zwanzig wahlberechtigte Arbeitnehmer beschäftigen, den Betriebsrat vor jeder Einstellung zu unterrichten, ihm die erforderlichen Bewerbungsunterlagen vorzulegen, Auskunft über die Person der Beteiligten und über die Auswirkungen der geplanten Einstellung unter Vorlage der erforderlichen Unterlagen zu geben als auch die Zustimmung des Betriebsrats zu der geplanten Einstellung einzuholen. Entsprechend § 99 Abs. 1 Satz 2 BetrVG liegt es im Aufgabenbereich des Arbeitgebers, insbesondere den in Aussicht gestellten Arbeitsplatz sowie die vorgesehene Eingruppierung dem Betriebsrat mitzuteilen. Diese Verpflichtung besteht unabhängig von der Beschäftigungsdauer, sodass die Mitbestimmung des Betriebsrats für jede noch so kurze tatsächliche Beschäftigung erforderlich ist.<sup>608</sup> Infolgedessen ist die Mitbestimmungspflicht des Betriebsrats auch bei der Einstellung eines befristet beschäftigten Arbeitnehmers zu beachten.<sup>609</sup> Gleiches gilt für den Fall, dass ein befristetes Arbeitsverhältnis verlängert oder in ein unbefristetes Arbeitsverhältnis umgewandelt werden soll.<sup>610</sup> Zusätzlich ist die Mitbestimmung des Betriebsrats auch verpflichtend, wenn ein Arbeitnehmer nach dem Beendigungszeitpunkt seines befristeten Arbeitsverhältnisses weiterbeschäftigt wird.<sup>611</sup> Darunter fällt im Besonderen die Weiterbeschäftigung gemäß § 15 Abs. 5 TzBfG, wonach ein befristetes Arbeitsverhältnis nach Ablauf mit Wissen des Arbeitgebers fortgeführt wird<sup>612</sup> sowie die Weiterbeschäftigung i. S. d. § 16 Satz 1 Hs. 1 TzBfG, die infolge einer rechtsunwirksamen Befristung entsteht.<sup>613</sup> In beiden Fällen findet die Umwandlung von einem befristeten Arbeitsverhältnis in ein unbefristetes Arbeitsverhältnis statt.<sup>614</sup> Überdies wird dem Betriebsrat gemäß § 99 Abs. 3 Satz 1 BetrVG

<sup>601</sup> BAG, Urteil vom 24.10.1996 – 2 AZR 845/95, AP ZPO 1977 § 256 Nr. 37.

<sup>602</sup> ErfK/Müller-Glöge, TzBfG, § 15 Rn. 23.

<sup>603</sup> BAG, Urteil vom 19.1.2006 – 6 AZR 638/04, NZA 2007, 97 (98).

<sup>604</sup> BAG, Urteil vom 19.1.2006 – 6 AZR 638/04, NZA 2007, 97 (98).

<sup>605</sup> BAG, Urteil vom 20.9.2006 – 6 AZR 82/06, NZA 2007, 377 (381).

<sup>606</sup> BAG, Urteil vom 4.7.2001 – 2 AZR 88/00, NJOZ 2002, 596 (597).

<sup>607</sup> Hromadka, BB 2001, 674 (676) zit. nach Ascheid/Preis/Schmidt/Backhaust, TzBfG, § 15 Rn. 22.

<sup>608</sup> BAG, Beschluss vom 9.3.2011 – 7 ABR 137/09, NZA 2011, 871 (872).

<sup>609</sup> BAG, Beschluss vom 27.10.2010 – 7 ABR 86/09, NZA 2011, 418 (419).

<sup>610</sup> BAG, Beschluss vom 7.8.1990 – 1 ABR 68/89, AP BetrVG 1972 § 99 Nr. 82.

<sup>611</sup> BAG, Beschluss vom 27.10.2010 – 7 ABR 86/09, NZA 2011, 418 (419).

<sup>612</sup> Moll/Plum, TzBfG, § 41 Rn. 150.

<sup>613</sup> BAG, Beschluss vom 27.10.2010 – 7 ABR 86/09, NZA 2011, 418 (419).

<sup>614</sup> Moll/Plum, TzBfG, § 41 Rn. 150.

im Anschluss an die Unterrichtung durch den Arbeitgeber eine Frist von einer Woche gewährt, um über die Zustimmung für die personelle Maßnahme zu entscheiden.<sup>615</sup> Verweigert der Betriebsrat die Zustimmung, muss er dies schriftlich unter Angabe eines in § 99 Abs. 2 BetrVG normierten Zustimmungsverweigerungsgrundes mitteilen.<sup>616</sup> Die Begründung ist nicht zulässig, wenn sie lediglich den Wortlaut eines der in § 99 Abs. 2 BetrVG normierten Gründe wiedergibt, vielmehr muss sie dem Einzelfall entsprechend ausgestaltet sein.<sup>617</sup> Darüber hinaus können auch Zustimmungsverweigerungsgründe vereinbart werden, die nicht im Katalog des § 99 Abs. 2 BetrVG aufgeführt sind.<sup>618</sup> Zudem ist das Schriftformerfordernis des Zustimmungsverweigerungsrechts gewahrt, wenn die Begründung die Erfordernisse der Textform i. S. d. § 126b BGB erfüllt.<sup>619</sup> Sofern der Betriebsrat von seinem Zustimmungsverweigerungsrecht Gebrauch macht, kann der Arbeitgeber gemäß § 99 Abs. 4 BetrVG die Ersetzung der Zustimmung beim Arbeitsgericht beantragen und falls der Betriebsrat die einwöchige Mitbestimmungsfrist verstreichen lässt, ohne eine Entscheidung zu treffen, gilt die Zustimmung gemäß § 99 Abs. 3 Satz 2 BetrVG als erteilt.<sup>620</sup> Außerdem kann die Zustimmungsverweigerung des Betriebsrats für eine befristete Einstellung nicht darauf gestützt werden, dass die vereinbarte Befristung des Arbeitsvertrags unzulässig ist.<sup>621</sup> Demzufolge fällt u. a. die Inhaltskontrolle des Arbeitsvertrags nicht in den Aufgabenbereich des Betriebsrats, sodass er seine Zustimmung nicht aufgrund einer fehlenden Voraussetzung des § 14 Abs. 1 bis 4 TzBfG verweigern kann.<sup>622</sup><sup>623</sup> Schließlich obliegt dem Arbeitgeber zugleich gemäß § 20 TzBfG die Pflicht, dem Betriebsrat die Anzahl der befristet beschäftigten Arbeitnehmer und ihren Anteil an der Gesamtbelegschaft des Betriebes als auch des Unternehmens mitzuteilen.

## X. Entfristungsklage

Der Arbeitnehmer kann die Unwirksamkeit der Befristung durch die Entfristungsklage gemäß § 17 Satz 1 TzBfG geltend machen, indem er die Klage binnen drei Wochen nach dem vereinbarten Ende des befristeten Arbeitsverhältnisses beim Arbeitsgericht erhebt.<sup>624</sup> Inhaltlich muss diese Klage die Feststellung der Rechtsunwirksamkeit der Befristungsabrede bezwecken wollen, sodass bei positiv festgestellter Rechtsunwirksamkeit der Befristung das Arbeitsverhältnis nicht aufgrund der Befristungsabrede endet.<sup>625</sup> Findet die Klageart des § 17 Satz 1 TzBfG Anwendung, verhindert sie für ihren Geltungsbereich die allgemeine Feststellungsklage nach § 256 Abs. 1 ZPO.<sup>626</sup> Ausschließlich der Arbeitnehmer kann die Klagemöglichkeit des § 17 Satz 1 TzBfG in Anspruch nehmen, nicht hingegen der Arbeitgeber.<sup>627</sup> Zudem kann die Klage nicht nur auf die Befristung eines Arbeitsvertrags nach dem TzBfG angewendet werden, sondern auch auf Befristungsabreden anderer gesetzlicher Vorschriften.<sup>628</sup> Darüber hinaus gilt § 17 TzBfG über § 21 TzBfG auch für Arbeitsverträge

<sup>615</sup> ErfK/*Kania*, BetrVG, § 99 Rn. 37.

<sup>616</sup> ErfK/*Kania*, BetrVG, § 99 Rn. 39; MHdB ArbR/*Wank*, TzBfG, 4. Aufl., § 103 Rn. 165.

<sup>617</sup> BAG, Beschluss vom 24.7.1979 – 1 ABR 78/77, AP BetrVG 1972 § 99 Nr. 11.

<sup>618</sup> BAG, Beschluss vom 23.8.2016 – 1 ABR 22/14, NZA 2017, 194 (197).

<sup>619</sup> BAG, Beschluss vom 10.3.2009 – 1 ABR 93/07, NZA 2009, 622 (624).

<sup>620</sup> Moll/*Plum*, BetrVG, § 41 Rn. 152 und 153.

<sup>621</sup> BAG, Beschluss vom 27.10.2010 – 7 ABR 86/09, NZA 2011, 418 (419).

<sup>622</sup> BAG, Beschluss vom 27.10.2010 – 7 ABR 86/09, NZA 2011, 418 (419).

<sup>623</sup> Im Rahmen dieser Bachelorarbeit wird nicht auf die Beteiligungsrechte des Personalrats eingegangen. Bei Interesse siehe: Moll/*Plum*, TzBfG, § 41 Rn. 155.

<sup>624</sup> Küttner/*Kania*, TzBfG, Befristete Arbeitsverhältnisse Rn. 52.

<sup>625</sup> Küttner/*Kania*, TzBfG, Befristete Arbeitsverhältnisse Rn. 52.

<sup>626</sup> BAG, Urteil vom 15.2.2017 – 7 AZR 153/15, NJW 2017, 2573 (2573).

<sup>627</sup> BeckOK/*Bayreuther*, TzBfG, § 17 Rn. 1.

<sup>628</sup> BT-Drs. 14/4374, 21.

unter einer auflösenden Bedingung entsprechend.<sup>629</sup> Keine Anwendbarkeit findet die Vorschrift dahingegen auf die Befristung einzelner Arbeitsvertragsbedingungen.<sup>630</sup> In solch einem Fall besteht für den Arbeitnehmer jedoch die Möglichkeit, die Unwirksamkeit der Befristung einzelner Arbeitsvertragsbedingungen mit der allgemeinen Feststellungsklage gemäß § 256 Abs. 1 ZPO geltend zu machen.<sup>631</sup> Richtet sich der Streitgegenstand auf die Frage, ob überhaupt eine Befristung oder eine auflösende Bedingung vereinbart worden ist, kann der Arbeitnehmer ebenso keine Klage gemäß § 17 Satz 1 TzBfG erheben, da sich diese Fragestellung auf die Existenz der Befristung oder auflösenden Bedingung bezieht, der Anwendungsbereich des § 17 Satz 1 TzBfG aber ausschließlich die Rechtsunwirksamkeit der Befristung eines Arbeitsvertrags umfasst.<sup>632</sup> Sodann kann auch in diesem Fall auf die allgemeine Feststellungsklage gemäß § 256 Abs. 1 ZPO zurückgegriffen werden, mit dem Unterschied, dass neben dem Arbeitnehmer auch der Arbeitgeber zur Klage berechtigt ist.<sup>633</sup> Des Weiteren beginnt die dreiwöchige Klagefrist der Entfristungsklage gemäß § 17 Satz 1 TzBfG i. d. R. zu dem vereinbarten Ende des befristeten Arbeitsvertrags.<sup>634</sup> Dabei lässt sich das vereinbarte Ende eines kalendermäßig befristeten Arbeitsvertrags und damit der Beginn der Klagefrist aus dem Vertragstext eindeutig durch eine bestimmte Vertragsdauer oder durch ein kalendermäßig bestimmbares Enddatum entnehmen.<sup>635</sup> Hingegen enden zweckbefristete Arbeitsverträge zu dem Zeitpunkt der Zweckerreichung und auflösende Bedingungen zu dem Zeitpunkt, in dem die Bedingung eintritt, sodass sich der Beginn der Klagefrist für diese beiden Befristungsarten an den genannten Zeitpunkten zu orientieren hat.<sup>636</sup> Gemäß § 15 Abs. 2 TzBfG findet das Arbeitsverhältnis aufgrund der Zweckerreichung bzw. gemäß § 21 TzBfG i. V. m. § 15 Abs. 2 TzBfG aufgrund des Bedingungseintritts allerdings ausschließlich dann sein Ende, wenn dem Arbeitnehmer mindestens zwei Wochen zuvor eine schriftliche Unterrichtung durch den Arbeitgeber zugegangen ist, in der ihm die Beendigung des Arbeitsverhältnisses aufgrund der Befristung erklärt wird.<sup>637</sup> Somit wird die Klagefrist bei einer Zweckbefristung gemäß §§ 17 Satz 1 und 3, 15 Abs. 2 TzBfG sowie bei einer auflösenden Bedingung nach §§ 21, 17 Satz 1 und 3, 15 Abs. 2 TzBfG lediglich in den Fällen, in denen die Zweckerreichung bzw. der Eintritt der Bedingung schon vor Ablauf der zweiwöchigen Frist des § 15 Abs. 2 TzBfG eingetreten ist, erst mit dem Zugang der schriftlichen Unterrichtung durch den Arbeitgeber ausgelöst.<sup>638</sup> Sofern jedoch die schriftliche Unterrichtung durch den Arbeitgeber bereits mindestens zwei Wochen vor der Zweckerreichung bzw. vor dem Bedingungseintritt dem Arbeitnehmer zugegangen ist, tritt die Beendigung des Arbeitsverhältnisses im Zeitpunkt der Zweckerreichung bzw. des Bedingungseintritts ein.<sup>639</sup> Des Weiteren ist dem Klageantrag des § 17 Satz 1 TzBfG entsprochen, wenn der Kläger durch eine Klagebegründung oder durch sonstige Umstände bei Klageerhebung erkennen lässt, dass er die Unwirksamkeit der Beendigung seines Arbeitsverhältnisses aufgrund der Befristung bzw. Bedingung geltend machen möchte.<sup>640</sup> Schließlich sind die §§ 5 bis 7 KSchG gemäß § 17 Satz 2 TzBfG entsprechend

<sup>629</sup> Ascheid/Preis/Schmidt/Backhaus, TzBfG, § 17 Rn. 9.

<sup>630</sup> Ascheid/Preis/Schmidt/Backhaus, TzBfG, § 17 Rn. 10.

<sup>631</sup> BAG, Urteil vom 25.4.2018 – 7 AZR 520/16, NZA 2018, 1061 (1062).

<sup>632</sup> ErfK/Müller-Glöge, TzBfG, § 17 Rn. 4.

<sup>633</sup> BAG, Urteil vom 15.2.2017 – 7 AZR 153/15, NJW 2017, 2573 (2574).

<sup>634</sup> MüKo/Hesse, TzBfG, § 17 Rn. 8.

<sup>635</sup> MüKo/Hesse, TzBfG, § 17 Rn. 8.

<sup>636</sup> BAG, Urteil vom 12.8.2015 – 7 AZR 592/13, NZA 2016, 173 (175).

<sup>637</sup> ErfK/Müller-Glöge, TzBfG, § 17 Rn. 7.

<sup>638</sup> BAG, Urteil vom 12.8.2015 – 7 AZR 592/13, NZA 2016, 173 (175).

<sup>639</sup> BAG, Urteil vom 12.8.2015 – 7 AZR 592/13, NZA 2016, 173 (175).

<sup>640</sup> BAG, Urteil vom 24.8.2011 – 7 AZR 228/10, NZA 2012, 385 (389-390).

anzuwenden, sodass demnach die Befristung gemäß § 17 Satz 2 TzBfG i. V. m. § 7 Hs. 1 KSchG nach Ablauf der dreiwöchigen Klagefrist von Anfang an als rechtswirksam gilt.<sup>641</sup>

## D. Fazit

Das Ziel dieser Bachelorarbeit besteht darin, Arbeitgebern die unterschiedlichen Befristungsmöglichkeiten aufzuzeigen und sie zugleich auf die jeweiligen Anwendungsvoraussetzungen und Problemstellungen aufmerksam zu machen.

Den Ausführungen der vorliegenden Arbeit zufolge, eröffnet der Abschluss von befristeten Arbeitsverhältnissen den Arbeitgebern im Vergleich zu unbefristeten Arbeitsverhältnissen die Möglichkeit, ihren Personalbedarf flexibler an die Herausforderungen des Wirtschaftslebens anzupassen und dadurch ihre Lohnkosten zu senken.<sup>642</sup> Zudem bieten sie den Vorteil, den Arbeitnehmer auch über die sechsmonatige gesetzliche Probezeit hinaus besser kennen lernen zu können, ohne mit ihm gleich zu Beginn des Arbeitsverhältnisses einen unbefristeten Arbeitsvertrag abschließen zu müssen.<sup>643</sup> Zugleich profitieren Arbeitgeber von der Tatsache, dass befristete Arbeitsverträge mit Ablauf der Befristung ohne Ausspruch einer Kündigung enden, weshalb die Kündigungsschutzvorschriften nicht zur Anwendung kommen.<sup>644</sup> Daraus kann weiterhin eine Kosteneinsparung resultieren, da die Kosten, die bei der Kündigung eines Dauerschuldverhältnisses aufgrund des Kündigungsschutzes anfallen könnten, bei der Beendigung eines befristeten Arbeitsverhältnisses vermieden werden.<sup>645</sup> Aufgrund dessen ist es nicht verwunderlich, dass eine Vielzahl der Neueinstellungen vorerst befristet abgeschlossen wird.<sup>646</sup>

Allerdings bringt der Abschluss von befristeten Arbeitsverhältnissen auch eine Vielzahl von Herausforderungen für den Arbeitgeber mit sich. Besonders nennenswert ist an dieser Stelle das aus § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG resultierende Vorbeschäftigungsverbot, wonach eine sachgrundlose Befristung nicht zulässig ist, wenn mit demselben Arbeitgeber bereits zuvor ein Arbeitsverhältnis bestanden hat. Das Vorbeschäftigungsverbot kann in Einzelfällen jedoch unwirksam sein, wenn es entweder „sehr lang“ zurückliegt, „ganz anders“ geartet oder von „sehr kurzer“ Dauer war.<sup>647</sup> Darüber hinaus wird der Gesetzeswortlaut „zuvor“ nicht weiter definiert. Insbesondere besteht für den Fall, dass die Vorbeschäftigung „sehr lang“ zurückliegt keine Karenzfrist, nach deren Ablauf das Vorbeschäftigungsverbot erlischt.<sup>648</sup> Zwar kann durch die Inbezugnahme auf bereits ergangene Rechtsprechungen ein Zeitrahmen von 18 oder 20 Jahren nach einer vorherigen sachgrundlosen Befristung ermittelt werden, in dem das Anschlussverbot des § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG nicht mehr greifen soll, allerdings beruht diese Einschätzung auf Mutmaßungen der rechtswissenschaftlichen Literatur und stellt keine zwingendes Recht dar.<sup>649</sup> Hinsichtlich der „sehr kurzen Vorbeschäftigung“ wird in Bezugnahme auf § 622 Abs. 5 Nr. 1 BGB eine Beschäftigungshöchstgrenze von ungefähr drei Monaten angenommen.<sup>650</sup> Jedoch hat das BAG auch

<sup>641</sup> Moll/Plum, BetrVG, § 41 Rn. 167.

<sup>642</sup> Giesecke/Groß, KZfSS 1 (2002), 85 (87).

<sup>643</sup> Hohendanner, IAB-Kurzbericht 16 (2018), 1 (1).

<sup>644</sup> Löwisch/Caspers/Klumpp, Arbeitsrecht, § 19 Rn. 827.

<sup>645</sup> Hohendanner, IAB-Kurzbericht 14 (2010), 1 (1).

<sup>646</sup> Bossler et al., IAB 2020, 2 (2).

<sup>647</sup> BeckOK/Bayreuther, TzBfG, § 14 Rn. 84.

<sup>648</sup> BAG, Urteil vom 17.4.2019 – 7 AZR 323/17, NZA 2019, 1271 (1273).

<sup>649</sup> Dazu ausführlich siehe S. 32.

<sup>650</sup> Lembke/Tegel, NZA 2019, 1029 (1034).

in diesem Fall keine klare zeitliche Höchstgrenze für die Anwendbarkeit aufgestellt.<sup>651</sup> Folglich weist das Vorbeschäftigungsverbot des § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG für den Einzelfall Rechtsunsicherheiten bezüglich der Bestimmung von einer „sehr kurzen“ und „sehr langen“ Dauer auf.<sup>652</sup> Mit einer zeitlichen Festlegung durch das BAG ist in Zukunft jedoch nicht zu rechnen, da das BAG eine unzulässige richterliche Rechtsfortbildung vermeiden möchte.<sup>653</sup>

Somit ist den Arbeitgebern grundsätzlich, aber besonders in den vorliegend genannten Fällen zu raten, sich bereits bei Vertragsanbahnung fachliche Unterstützung einzuholen, um die Rechtsunwirksamkeit der Befristungsabrede auszuschließen. Die Rechtsunwirksamkeit der Befristung hätte nämlich gemäß § 16 Satz 1 Hs. 1 TzBfG zur Folge, dass zulasten des Arbeitgebers anstatt eines befristeten Arbeitsvertrags ein unbefristeter Arbeitsvertrag zustande kommt, soweit der Arbeitnehmer mithilfe der Feststellungsklage gemäß § 17 Satz 1 TzBfG die Unwirksamkeit der Befristung rechtzeitig geltend macht.

Insgesamt ist festzustellen, dass die Befristung von Arbeitsverhältnissen ein umfangreiches Themengebiet darstellt. Angesichts dessen wird für die wirksame Vereinbarung von Befristungen ein umfangreiches Fachwissen benötigt. Mit einem Blick auf die statistischen Erkenntnisse zur Befristungshäufigkeit zu Beginn dieser Arbeit kann mit Sicherheit angenommen werden, dass befristete Arbeitsverhältnisse auch zukünftig ein fester Bestandteil des Arbeitsmarktes bleiben.<sup>654</sup> Umso wichtiger ist es, die Rechtswirksamkeit von befristeten Arbeitsverträgen sicherzustellen, sodass die ungewollte Schaffung eines unbefristeten Arbeitsverhältnisses und die damit einhergehenden Kündigungserschwernisse ausgeschlossen werden können.<sup>655</sup>

---

<sup>651</sup> Ascheid/Preis/Schmidt/Backhaus, TzBfG, § 14 Rn. 545.

<sup>652</sup> BAG, Urteil vom 17.4.2019 – 7 AZR 323/17, NZA 2019, 1271 (1273); Arnold, NZA-RR 2020, 1 (2); Ascheid/Preis/Schmidt/Backhaus, TzBfG, § 14 Rn. 545.

<sup>653</sup> Ascheid/Preis/Schmidt/Backhaus, TzBfG, § 14 Rn. 545.

<sup>654</sup> Hohendanner, Christian, 2020, Befristete Beschäftigung in Deutschland 1996-2019, Tabelle 1a, <https://bit.ly/3jzQl3u>, 11.04.2021.

<sup>655</sup> Küttner/Kania, TzBfG, Befristete Arbeitsverhältnisse Rn. 50; Moll/Plum, TzBfG, § 41 Rn. 136.

## Literaturverzeichnis

- Arnold, Manfred*, Aktuelle Rechtsprechung zum Befristungsrecht, NZA-RR 2020, S. 2; 6.
- Ascheid, Reiner/Preis, Ulrich/Schmidt, Ingrid (Hrsg.): Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz, Kommentar, 6. Auflage 2021, C.H. Beck, München (zit.: Ascheid/Preis/Schmidt/*Backhaus*, BEEG).
- Ascheid, Reiner/Preis, Ulrich/Schmidt, Ingrid (Hrsg.): Teilzeit- und Befristungsgesetz, Kommentar, 6. Auflage 2021, C.H. Beck, München (zit.: Ascheid/Preis/Schmidt/*Backhaus*, TzBfG).
- Ascheid, Reiner/Preis, Ulrich/Schmidt, Ingrid (Hrsg.): Kündigungsrecht, Kommentar, 6. Auflage 2021, C.H. Beck, München (zit.: Ascheid/Preis/Schmidt/*Biebl*, BBiG).
- Ascheid, Reiner/Preis, Ulrich/Schmidt, Ingrid (Hrsg.): Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 6. Auflage 2021, C.H. Beck, München (zit.: Ascheid/Preis/Schmidt/*Linck*, BGB).
- Ascheid, Reiner/Preis, Ulrich/Schmidt, Ingrid (Hrsg.): Gesetz über befristete Arbeitsverträge mit Ärzten in der Weiterbildung, Kommentar, 6. Auflage 2021, C.H. Beck, München (zit.: Ascheid/Preis/Schmidt/*Schmidt*, ÄArbVtrG).
- Ascheid, Reiner/Preis, Ulrich/Schmidt, Ingrid (Hrsg.): Wissenschaftszeitvertragsgesetz, Kommentar, 6. Auflage 2021, C.H. Beck, München (zit.: Ascheid/Preis/Schmidt/*Schmidt*, WissZeitVG).
- Bader, Peter*, Sachgrundlose Befristungen mit älteren Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern neu geregelt (§ 14 III TzBfG), NZA 2007, S. 716.
- Bader, Peter*, Das Gesetz zu Reformen am Arbeitsmarkt: Neues im Kündigungsschutzgesetz und im Befristungsrecht, NZA 2004, S. 76.
- Bauer, Jobst-Hubertus*, Befristete Verträge mit älteren Arbeitnehmern ab 1. 5. 2007 - oder der neue § 14 III TzBfG, NZA 2007, S. 544.
- Bauer, Jobst-Hubertus/Preis, Ulrich/Schunder, Achim*, Das Gesetz zu Reformen am Arbeitsmarkt - Reform oder nur Reförmchen?, NZA 2004, S. 197.
- Bayreuther, Frank*, Kettenbefristung zur Vertretung von Arbeitnehmern, NZA 2013, S. 23.
- Beck'scher Online-Kommentar zum Arbeitsrecht: Befristete Arbeitsverhältnisse, 59. Edition Stand: 01.03.2021, C.H. Beck, München (zit.: BeckOK/*Bayreuther*, TzBfG).
- Beck'scher Online-Kommentar zum Arbeitsrecht: Berufsausbildungsverhältnis, 59. Edition Stand: 01.03.2021, C.H. Beck, München (zit.: BeckOK/*Hagen*, BBiG).
- Beck'scher Online-Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Recht der Schuldverhältnisse, 57. Edition Stand: 01.02.2021, C.H. Beck, München (zit.: BeckOK/*Plum*, BGB).
- Boockmann, Bernhard*, Chancen trotz befristetem Arbeitsvertrag? Die Wirkung befristeter Beschäftigung im individuellen Erwerbsverlauf, Arbeitspapier 2006, S. 36.
- Bossler, Mario et al.*, Befristungen bei Neueinstellungen, IAB 2020, S. 2-5.

- Bossler, Mario/Grunau, Philipp*, Chasing the carrot – actual working hours of fixed-term employees, *Applied Economics Letters* 2019, S. 1148-1152, zit. nach: *Gürtzgen, Nicole/Kubis, Alexander/Küfner, Benjamin*, Bei befristeten Einstellungen wenden die Betriebe weniger Mittel auf, IAB-Kurzbericht 2019, S. 3.
- Brose, Wiebke/Weth, Stephan/Volk, Annette* (Hrsg.): Mutterschutzgesetz und Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz, 9. Auflage 2020, C.H. Beck, München (zit.: *Brose/Weth/Volk/Schneider*, BEEG).
- Eckert, Michael*, Blick ins Arbeitsrecht, *DStR* 2018, S. 1923.
- Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht: Band 51, Befristete Arbeitsverträge, 21. Auflage 2021, C.H. Beck, München (zit.: *ErfK/Müller-Glöge*, BEEG).
- Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht: Band 51, Befristete Arbeitsverträge, 21. Auflage 2021, C.H. Beck, München (zit.: *ErfK/Müller-Glöge*, TzBfG).
- Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht: Band 51, Bürgerliches Gesetzbuch, 21. Auflage 2021, C.H. Beck, München (zit.: *ErfK/Müller-Glöge*, BGB).
- Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht: Band 51, Bürgerliches Gesetzbuch, 21. Auflage 2021, C.H. Beck, München (zit.: *ErfK/Müller-Glöge*, WissZeitVG).
- Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht: Band 51, Berufsausbildungsverhältnisse, 21. Auflage 2021, C.H. Beck, München (zit.: *ErfK/Schlachter*, BBiG).
- Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht: Band 51, Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, 21. Auflage 2021, C.H. Beck, München (zit.: *ErfK/Wank*, AÜG).
- Fabisch, Artur*, Die Vorbeschäftigung im Befristungsrecht – Einschränkung durch verfassungskonforme Auslegung, *NZA* 2021, S. 13.
- Frieling, Tino/Münder, Matthias*, Neue richterrechtliche Grenzen der Tarifdispositivität sachgrundloser Befristungsmöglichkeiten, *NZA* 2017, S. 766ff.
- Fritsch, Anja/Schank, Thorsten*, Betrieblicher Einsatz befristeter Beschäftigung, *Sozialer Fortschritt* 2005, S. 211-220, zit. nach: *Gürtzgen, Nicole/Kubis, Alexander/Küfner, Benjamin*, Bei befristeten Einstellungen wenden die Betriebe weniger Mittel auf, IAB-Kurzbericht 2019, S. 3.
- Fuhlrott, Michael*, Probezeitverlängerung bei Nicht-Bewährung von Mitarbeitern, *NZA* 2017, S. 1435.
- Giesecke, Johannes/Groß, Martin*, Befristete Beschäftigung: Chance oder Risiko?, *KZfSS* 2002, S. 87; 106.
- Gürtzgen, Nicole/Kubis, Alexander/Küfner, Benjamin*, Bei befristeten Einstellungen wenden die Betriebe weniger Mittel auf, IAB-Kurzbericht 2019, S. 3.
- Hering, Annina*, Befristete Arbeitsverträge sind weit verbreitet – trotz annähernder Vollbeschäftigung, *MPIfG* 2019, S. 3.
- Hohendanner, Christian*, Reform der befristeten Beschäftigung im Koalitionsvertrag: Reichweite, Risiken und Alternativen, IAB-Kurzbericht 2018, S. 1-2.
- Hohendanner, Christian*, Befristete Arbeitsverträge zwischen Auf- und Abschwung: Unsichere Zeiten, unsichere Verträge?, IAB-Kurzbericht 2010, S. 1.

*Hrach, Christian*, Sachgrundlose Verlängerung einer Sachgrundbefristung möglich?, NZA 2019, S. 436; 438.

*Hromadka, Wolfgang*, Befristete und bedingte Arbeitsverhältnisse neu geregelt, BB 2001, S. 676, zit. nach: Ascheid, Reiner/Preis, Ulrich/Schmidt, Ingrid (Hrsg.): Teilzeit- und Befristungsgesetz, Kommentar, 6. Auflage 2021, C.H. Beck, München (zit.: Ascheid/Preis/Schmidt/*Backhaus*, TzBfG).

*Hromadka, Wolfgang*, Befristete und bedingte Arbeitsverhältnisse neu geregelt, BB 2001, S. 624, zit. nach: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Band 5, Befristete Arbeitsverträge, 8. Auflage 2020, C.H. Beck, München (zit.: MüKo/*Hesse*, TzBfG).

*Junker, Abbo*, Europarechtliche und verfassungsrechtliche Fragen des deutschen Befristungsrechts, EuZA 2013, S. 3-4.

*Köster, Hans-Wilhelm/Korte, Walter/Schiefer, Bernd*, Befristung von Arbeitsverträgen - Die neue Altersbefristung nach § 14 III TzBfG, DB 2007, S. 1083, zit. nach: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht: Band 51, Befristete Arbeitsverträge, 21. Auflage 2021, C.H. Beck, München (zit.: ErfK/*Müller-Glöge*, TzBfG).

Küttner, Wolfdieter (Hrsg.): Personalbuch, 28. Auflage 2021, C.H. Beck, München, (zit.: Küttner/*Kania*, TzBfG).

Küttner, Wolfdieter (Hrsg.): Personalbuch, 28. Auflage 2021, C.H. Beck, München, (zit.: Küttner/*Poeche*, BEEG).

*Lakies, Thomas*, „Kettenbefristungen“ sind (nicht immer) zulässig, ArbRAktuell 2014, S. 94.

*Lembke, Mark/Tegel, Johannes*, Neues zum Vorbeschäftigungsverbot des Befristungsrechts, NZA 2019, S. 1033.

*Lembke, Mark*, Die sachgrundlose Befristung von Arbeitsverträgen in der Praxis, NJW 2006, S. 330.

*Linsenmaier, Wolfgang*, „Das Richterrecht bleibt unser Schicksal“ – Zur Rechtsfortbildung durch das BAG, RdA 2019, S. 159.

*Linsenmaier, Wolfgang*, Befristung und Bedingung - Ein Überblick über die aktuelle Rechtsprechung des Siebten Senats des BAG unter besonderer Berücksichtigung des Unionsrechts und des nationalen Verfassungsrechts, RdA 2012, S. 194.

*Löwisch, Manfred/Caspers, Georg/Klumpp, Steffen*, Arbeitsrecht, 12. Auflage, Vahlen, München 2019.

Maunz, Theodor/Düring, Günter (Hrsg.): Grundgesetz, Kommentar, Werkstand: 93. EL Oktober 2021, C.H. Beck, München (zit.: Maunz/Düring/*Di Fabio*, GG).

Meinel, Gernod/Heyn, Judith/Herms, Sascha (Hrsg.): Teilzeit- und Befristungsgesetz, Kommentar, 5. Auflage 2015, C.H. Beck, München (zit.: Meinel/Heyn/Herms/*Herms*, TzBfG).

Meinel, Gernod/Heyn, Judith/Herms, Sascha (Hrsg.): Teilzeit- und Befristungsgesetz, Kommentar, 5. Auflage 2015, C.H. Beck, München (zit.: Meinel/Heyn/Herms/*Meinel*, TzBfG).

- Moll, Wilhelm (Hrsg.): Münchener Anwaltshandbuch Arbeitsrecht, 5. Auflage 2021, C.H. Beck, München (zit.: Moll/*Bengelsdorf*, BGB).
- Moll, Wilhelm (Hrsg.): Münchener Anwaltshandbuch Arbeitsrecht, 5. Auflage 2021, C.H. Beck, München (zit.: Moll/*Plum*, TzBfG).
- Moll, Wilhelm (Hrsg.): Münchener Anwaltshandbuch Arbeitsrecht, 5. Auflage 2021, C.H. Beck, München (zit.: Moll/*Plum*, WissZeitVG).
- Müller, Steffen et al.*, Produktivitätsunterschiede zwischen West- und Ostdeutschland und mögliche Erklärungsfaktoren: Ergebnisse aus dem IAB-Betriebspanel 2016, IAB-Forschungsbericht 2017, S. 55.
- Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht: Band 1, Individualarbeitsrecht I, 5. Auflage 2021, C.H. Beck, München (zit.: MHdB ArbR/*Benecke*, BGB).
- Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht: Band 2, Individualarbeitsrecht II, 4. Auflage 2018, C.H. Beck, München (zit.: MHdB ArbR/*Natzel*, BBiG).
- Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht: Band 2, Individualarbeitsrecht II, 4. Auflage 2018, C.H. Beck, München (zit.: MHdB ArbR/*Wank*, TzBfG).
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Band 5, Befristete Arbeitsverträge, 8. Auflage 2020, C.H. Beck, München (zit.: MüKo/*Hesse*, TzBfG).
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Band 5, Recht der Schuldverhältnisse, 8. Auflage 2020, C.H. Beck, München (zit.: MüKo/*Henssler*, BGB).
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Band 5, Recht der Schuldverhältnisse, 8. Auflage 2020, C.H. Beck, München (zit.: MüKo/*Hesse*, BGB).
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Band 5, Recht der Schuldverhältnisse, 8. Auflage 2020, C.H. Beck, München (zit.: MüKo/*Spinner*, BGB).
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Band 2, Recht der Schuldverhältnisse, 8. Auflage 2019, C.H. Beck, München (zit.: MüKo/*Schubert*, BGB).
- Nomos Bundesrecht zum Wissenschaftszeitvertragsgesetz: Gesetz über befristete Arbeitsverträge in der Wissenschaft, 2. Online-Auflage 2018, Nomos, Baden-Baden (zit.: NomosKommentar/*Joussen*, WissZeitVG).
- Pallasch, Ulrich*, Befristung und Kündigung von Schauspielerverträgen, RdA 2019, S. 65.
- Pletke, Matthias et al. (Hrsg.): Rechtshandbuch Flexible Arbeit, 1. Auflage 2017, C.H. Beck, München (zit.: Pletke/*Pletke et al.*, TzBfG).
- Roth, Christian*: Tätigkeitsbezug als Sachgrund der Befristung des Arbeitsvertrags, Band 80, hrsg. von Martin Henssler/Martin Franzen/Abbo Junker/Peter Schüren, Nomos, Baden-Baden 2020, zugl. Diss. München 2019.
- Schaub, Günter (Hrsg.): Arbeitsrecht von A-Z, 25. Auflage 2021, C.H. Beck, München (zit.: Schaub/*Koch*, Befristeter Arbeitsvertrag).
- Schaub, Günter (Hrsg.): Arbeitsrechts-Handbuch, 18. Auflage 2019, C.H. Beck, München (zit.: Schaub/*Koch*, ÄArbVtrG).
- Schaub, Günter (Hrsg.): Arbeitsrechts-Handbuch, 18. Auflage 2019, C.H. Beck, München (zit.: Schaub/*Koch*, TzBfG).

Schaub, Günter (Hrsg.): Arbeitsrechts-Handbuch, 18. Auflage 2019, C.H. Beck, München (zit.: Schaub/*Linck*, Die rechtlichen Grundlagen der Arbeitsbedingungen).

Schaub, Günter (Hrsg.): Arbeitsrechts-Handbuch, 17. Auflage 2017, C.H. Beck, München (zit.: Schaub/*Vogelsang*, BBiG).

Schüren, Peter/Hamann, Wolfgang (Hrsg.): Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, Kommentar, 5. Auflage 2018, C.H. Beck, München, (zit.: Schüren/Hamann/*Schüren*, AÜG).

*Seils, Eric/Emmler, Helge*, Befristete Einstellungen – Die Folgen von Corona, WSI Policy Brief 2021, S. 5.

*Stiegler, Sascha*, Kurzarbeit und Probezeit, ArbRAktuell 2020, S. 157.

*Stopper, Martin/Dressel, Caroline*, Arbeitsrecht und Transfersystem im Fußball nach dem „Heinz Müller“-Urteil des BAG, NZA 2018, S. 1048.

# Die Rolle der psychischen Gesundheit am Arbeitsplatz

## Entwicklung exemplarischer Handlungsempfehlungen für den ganzheitlichen Umgang mit psychischen Belastungen im Homeoffice

Bachelorarbeit

an der

FH Aachen

FB Wirtschaftswissenschaften

Wirtschaftsrecht (LL.B.)

Erstprüfer: Prof. Dr. jur. Klaus Olbertz

Zweitprüfer: Prof. Dr. oec. Bernd P. Pietschmann

Abgabedatum: 13.07.2021

vorgelegt von

Marie-Sophie Creutz

Matrikel-Nr.: 3054360

aus Stolberg

„Alles was es Wert ist getan zu werden ist es auch Wert,  
in Ruhe getan zu werden.“

(Mae West)

## Gender Erklärung

Aus Gründen der besseren Lesbarkeit wird in dieser Bachelorarbeit nur die männliche Sprachformen verwendet. Sämtliche Personenbezeichnungen gelten gleichermaßen für alle Geschlechter.

## Abstract

In der vorliegenden Bachelorarbeit, geschrieben von Marie-Sophie Creutz, trägt den Titel „Die Rolle der psychischen Gesundheit am Arbeitsplatz – Entwicklung exemplarischer Handlungsempfehlungen für den ganzheitlichen Umgang mit psychischen Belastungen im Homeoffice“.

Arbeitssicherheits- und Arbeitsschutzgesetze enthalten den Auftrag zur menschengerechten Arbeitsgestaltung. Gesundheitsgerechte und menschengerechte Arbeitsgestaltung bezieht sich durch die Digitalisierung jedoch nicht mehr nur noch auf physische Anforderungen an die Arbeitswelt. Bedingt durch die zunehmende Automatisierung findet in der gesamten Arbeitswelt eine Verschiebung von manuellen zu wissensintensiven Tätigkeiten statt. Dadurch gewinnen psychische Arbeitsanforderungen zunehmend an Bedeutung. In einer immer komplexer werdenden Arbeitswelt wird der Aufbau von Ressourcen zum Umgang mit psychischen Arbeitsanforderungen immer wichtiger.

Ziel dieser Arbeit ist es exemplarische Handlungsempfehlungen für den ganzheitlichen Umgang mit psychischen Belastungen im Homeoffice zu entwickeln. Dabei stellen die exemplarischen Handlungsempfehlungen dar, was Unternehmen bereits im Kleinen, also ohne einen großen (finanziellen) Aufwand tun können. Die Hürde für Unternehmen soll möglichst gering gehalten werden. Der Leser, sprich Unternehmen, sollen durch die Ausarbeitung dazu motiviert werden sich mit der psychischen Gesundheit ihrer Arbeitnehmer zu beschäftigen und dazu konkrete Werkzeuge in Form von Handlungsempfehlungen mit an die Hand bekommen.

Die Bachelorarbeit basiert auf einer umfangreichen Literaturrecherche. Die exemplarischen Handlungsempfehlungen wurden auf Basis der Literaturrecherche von der Verfasserin weiterentwickelt.

Zusammenfassend betrachtet lässt sich festhalten, dass es selbstverständlich werden sollte, dass den Beschäftigten der Raum dafür gegeben wird die eigenen Reserven nach einer Phase der Belastung wieder auszufüllen. Ebenso wie es selbstverständlich ist, dass der Akku des Handys oder Tablets direkt wieder aufgeladen wird, sollte auch dies selbstverständlich sein.

## Inhaltsverzeichnis

|   |      |
|---|------|
| Gender Erklärung .....  | III  |
| Abstract .....  | IV   |
| Inhaltsverzeichnis.....   | V    |
| Abkürzungsverzeichnis .....   | VII  |
| Abbildungsverzeichnis .....   | VIII |
| A. Einleitung.....  | 1    |
| I    Problemstellung und Motivation des Themas.....   | 1    |
| II   Zielsetzung .....  | 2    |
| III  Aufbau der Arbeit.....   | 2    |
| B. Begriffliche Grundlagen.....   | 4    |
| I    Abgrenzung Homeoffice – Telearbeit – mobiles Arbeiten .....  | 4    |
| II   Belastung/Beanspruchung nach der DIN EN ISO 10075-1 .....  | 5    |
| III  Stress.....  | 6    |
| IV   Psychische Gesundheit – Definition nach WHO .....  | 8    |
| V    Prävention.....  | 8    |
| VI   Resilienz .....  | 10   |
| VII  Achtsamkeit .....  | 10   |
| C. Stand der Forschung und Erkenntnisse .....   | 11   |
| I    Belastungsfaktoren in der Arbeitswelt.....   | 11   |
| 1.    Psychische Belastungsfaktoren nach GDA (Gemeinsame Deutsche<br>Arbeitsschutzstrategie) .....                            | 11   |
| 2.    Bedeutung der Belastungsfaktoren durch die COVID-19-Pandemie.....   | 14   |
| II   Auswirkungen von psychischer Belastung auf den Arbeitnehmer .....  | 16   |
| III  Auswirkung der psychischen Belastungen auf Unternehmen .....   | 19   |
| 1.    Krankheitsbedingte Fehlzeiten .....   | 19   |
| 2.    psychische Beanspruchung des Arbeitnehmers schadet auch dem<br>Unternehmen .....  | 20   |
| IV   Stellenwert der psychischen Gesundheit in der Arbeitswelt .....  | 21   |
| 1.    Allgemeiner Stellenwert der psychischen Gesundheit in der Arbeitswelt<br>21   |      |
| 2.    Nutzen und Motivation aus Sicht des Arbeitgebers sich mit dem Thema<br>der psychischen Gesundheit zu beschäftigen ..... | 22   |
| V    Rechtlicher Rahmen für den psychischen Gesundheitsschutz in der deutschen<br>Gesetzgebung.....                           | 23   |
| 1.    Einführung in das deutsche Arbeitsschutzrecht .....   | 24   |
| 2.    Pflichten des Arbeitgebers .....  | 25   |
| 3.    Rechte und Pflichten des Arbeitnehmers .....  | 30   |
| VI   Die Aufgabe des betrieblichen Gesundheitsmanagements.....  | 32   |
| 1.    Beschreibung der Aufgaben und Ziele.....  | 33   |
| 2.    Einschränkung der Betrachtung auf die betriebliche<br>Gesundheitsförderung .....  | 35   |
| 3.    Erfolgsfaktoren der betrieblichen Gesundheitsförderung.....   | 37   |
| D. Recherche und Klassifizierung der Maßnahmen .....  | 39   |
| I    Definition der klassifizierenden Merkmale.....   | 39   |
| 1.    Gestaltungsbereich .....  | 39   |
| 2.    Rechtliche Notwendigkeit .....  | 40   |
| 3.    Adressat .....  | 40   |
| 4.    Anforderungen an die Umsetzung .....  | 40   |
| II   Klassifizierung der Maßnahmen .....  | 40   |
| III  Priorisierung der Maßnahmen .....  | 40   |

---

|        |   |      |
|--------|---|------|
| E.     | Exemplarische Handlungsempfehlungen für den ganzheitlichen Umgang mit der psychischen Gesundheit im Homeoffice..... | 42   |
| I      | Stressfaktor Meetings eindämmen und offline Zeitfenster einplanen .....   | 42   |
| II     | Vereinbarung von Erreichbarkeitszeiten und -regeln .....  | 44   |
| III    | Raum für Austausch im Team schaffen .....   | 44   |
| IV     | Im Homeoffice die richtigen Rahmenbedingungen schaffen.....   | 45   |
| V      | Entwicklung von Routinen .....  | 46   |
| VI     | Übersichtliches Faktenblatt mit Ideen zur Gestaltung des Homeoffice .....   | 47   |
| F.     | Zusammenfassung und Ausblick .....  | 48   |
| Anhang | .....   | III  |
|        | Anhang 1: Merkmalsbereiche und Inhalte der Gefährdungsbeurteilung nach GDA ...                                      | III  |
|        | Anhang 2: Übersicht der abgeleiteten Handlungsempfehlungen mit der Priorität 1 bis 3.....                           | V    |
|        | Anhang 3: Übersichtliches Faktenblatt zum Homeoffice.....   | X    |
|        | Literaturverzeichnis .....  | XVII |
|        | DIN-Verzeichnis .....   | XXI  |

---

## Abkürzungsverzeichnis

|           |  |
|-----------|--|
| Abs.      | Absatz   |
| AOK       | Allgemeine Ortskrankenkasse                        |
| ArbSchG   | Arbeitsschutzgesetz                                |
| ArbStättV | Arbeitsstättenverordnung                           |
| ArbZG     | Arbeitszeitgesetz                                  |
| Art.      | Artikel  |
| BAuA/baua | Bundesanstalt für Arbeitsschutz und Arbeitsmedizin |
| BGB       | Bürgerliches Gesetzbuch                            |
| BIBB      | Bundesinstitut für Berufsbildung                   |
| BKK       | Betriebskrankenkassen                              |
| bspw.     | beispielsweise                                     |
| bzw       | beziehungsweise                                    |
| EStG      | Einkommensteuergesetz                              |
| GDA       | Gemeinsame Deutsche Arbeitsplatzstrategie          |
| GG        | Grundgesetz  |
| HGB       | Handelsgesetzbuch                                  |
| HS        | Halbsatz   |
| i.V.m.    | in Verbindung mit                                  |
| iga       | Initiative Gesundheit und Arbeit                   |
| INQA      | Initiative Neue Qualität der Arbeit                |
| KMU       | Kleine und mittlere Unternehmen                    |
| SGB       | Sozialgesetzbuch                                   |
| StGB      | Strafgesetzbuch                                    |
| WHO       | Weltgesundheitsorganisation                        |
| z. B.     | zum Beispiel                                       |

---

## Abbildungsverzeichnis

|  |    |
|--|----|
| Abbildung 1: Abgrenzung der Begriffe mobiles Arbeiten - Homeoffice – Telearbeit .....  | 4  |
| Abbildung 2: Der Zusammenhang zwischen der psychische Belastung und der psychische Beanspruchung .....                                   | 5  |
| Abbildung 3: Gegenüberstellung natürliche und chronische Stressreaktion.....   | 8  |
| Abbildung 4: Die Teilgebiete der Prävention.....   | 9  |
| Abbildung 5: Die Merkmalsbereiche der psychische Belastung .....   | 12 |
| Abbildung 6: Mein Arbeitsplatz zu Hause ist für meine Arbeit geeignet .....  | 16 |
| Abbildung 7: Das Belastungs-Beanspruchungs-Modell .....  | 17 |
| Abbildung 8: Die individuelle Voraussetzungen des Menschen .....   | 18 |
| Abbildung 9: Der Anteil der Krankheitsarten am Fehlzeitengesehen .....   | 20 |
| Abbildung 10: Die Einflussfaktoren der Aktivitäten im Bereich der Förderung der psychischen Gesundheit .....                             | 23 |
| Abbildung 11: Die Doppelrolle des deutschen Arbeitsschutzrecht .....   | 24 |
| Abbildung 12: Übersicht der Pflichten des Arbeitgebers aus dem Arbeitsschutzgesetz....   | 27 |
| Abbildung 13: Der Weg von der psychischen Gefährdungsbeurteilung zu unternehmensspezifischen Maßnahmen.....                              | 28 |
| Abbildung 14: Die Folgen von Verstößen des Arbeitgebers gegen Arbeits- und Unfallschutzbestimmungen .....                                | 30 |
| Abbildung 15: Die Säulen des Betrieblichen Gesundheitsmanagements .....  | 34 |
| Abbildung 16: Der Anteil der Beschäftigten mit mindestens einem vorhandenen BGF-Angebot im Unternehmen nach Anzahl der Mitarbeiter ..... | 36 |
| Abbildung 17: Die exemplarischen Handlungsempfehlungen gegliedert nach den Merkmalsbereichen der psychischen Belastung.....              | 42 |

## A. Einleitung

### I Problemstellung und Motivation des Themas

Der Ottawa-Charta der Weltgesundheitsorganisation (nachfolgend WHO), die im Rahmen der Ersten Internationalen Konferenz zur Gesundheitsförderung 1986 verabschiedet wurde, ist zu entnehmen, dass „Die Art und Weise, wie eine Gesellschaft die Arbeit, die Arbeitsbedingungen und die Freizeit organisiert, [...] eine Quelle der Gesundheit und nicht der Krankheit sein“<sup>1</sup> soll. Ebenso enthalten die Arbeitssicherheits- und Arbeitsschutzgesetze einen Auftrag zur menschengerechten Arbeitsgestaltung<sup>2</sup>.

Gesundheitsgerechte und menschengerechte Arbeitsgestaltung bezieht sich durch die Digitalisierung jedoch nicht mehr ausschließlich auf die physischen Anforderungen der Arbeitsbedingungen<sup>3</sup>. Nicht nur in einzelnen Berufen findet eine Verschiebung von physischen zu überwiegend psychischen Anforderungen/Belastungen statt<sup>4</sup>. Bedingt durch die zunehmende Automatisierung findet in der gesamten Arbeitswelt eine Verschiebung von manuellen zu wissensintensiven Tätigkeiten statt<sup>5</sup>.

Neun von zehn Arbeitnehmern in Deutschland waren im Jahr 2018 von ihrer Arbeit gestresst. 50% der Arbeitnehmer sind sogar von Burn-Out betroffen.<sup>6</sup> Die Zahlen zeigen, dass der Aufbau von Ressourcen gegen Stress in einer komplexer werdenden Arbeitswelt immer wichtiger wird.

Die WHO hat Stress und seine gesundheitlichen Folgen, vor der COVID-19-Pandemie, als die größte Gesundheitsgefahr des 21. Jahrhunderts bezeichnet<sup>7</sup>. Aus dem AOK-Fehlzeitenreport 2020 lässt sich entnehmen, dass psychische Störungen die zweitgrößte Krankheitsgruppe bei Beschäftigten in Deutschland, gemessen an den Ausfalltagen, sind<sup>8</sup>. Insbesondere die lange Dauer der Arbeitsunfähigkeit, mit durchschnittlich mehr als 35 Tagen bei psychischen Störungen, verursacht einen hohen Anteil am Fehlzeitengeschehen<sup>9</sup>. Das tückische an psychischen Krankheiten und Belastungen von Arbeitnehmern ist, dass es den Betroffenen nicht direkt, wie beispielweise ein gebrochener Arm, angesehen werden kann. Es ist wichtig, dass Vorgesetzte und Kollegen für das Thema sensibilisiert werden, um möglichst frühzeitig entsprechend reagieren zu können, damit die negativen Auswirkungen für den Betroffenen und das Unternehmen möglichst gering gehalten werden können. Dazu kann durch die Sensibilisierung für das Thema ein offener Umgang mit psychischen Belastungen am Arbeitsplatz angestrebt werden.<sup>10</sup>

Bedingt durch die COVID-19-Pandemie befindet sich die Menschheit seit über einem Jahr in einem Ausnahmezustand. Dieser Ausnahmezustand hinterlässt bei vielen Menschen und Beschäftigten psychische Spuren. Geschlossene Kita's und Schulen und das dadurch entstandene Home-Schooling stellt für viele Beschäftigte im Homeoffice eine zusätzliche He-

<sup>1</sup> WHO, Ottawa-Charta, S. 3.

<sup>2</sup> vgl. BMAS, Weissbuch Arbeiten 4.0, S. 135.

<sup>3</sup> vgl. BMAS, Weissbuch Arbeiten 4.0, S. 11.

<sup>4</sup> vgl. Schütte, M./Beermann, B., Stressreport Deutschland 2019, 18 (22).

<sup>5</sup> vgl. BMAS, Weissbuch Arbeiten 4.0, S. 70, 135.; Schütte, M./Beermann, B., Stressreport Deutschland 2019, 18 (22).

<sup>6</sup> vgl. pronova BKK, 2018, Studie „Betriebliches Gesundheitsmanagement 2018“, <https://bit.ly/3cHvjfa>, 20.05.2021.

<sup>7</sup> vgl. Ruess, A./Mai, J., 2007, Volkskrankheit Stress – und kein Ende, <https://bit.ly/3xrDdBq>, 24.03.2021.

<sup>8</sup> vgl. AOK, 2020, Überblick: Fehlzeiten, <https://bit.ly/3iKVeaj>, 20.05.2021.

<sup>9</sup> vgl. BKK Dachverband, Psychisch krank im Job, S. 6.

<sup>10</sup> vgl. Balikcioglu, J., NZA 2015, 1424 (1430).; Mainka-Riedel, M., Stressmanagement, S. 33 f..

erausforderung dar<sup>11</sup>. Arbeitgeber stehen mehr denn je in der Pflicht verantwortungsbewusst mit der mentalen Gesundheit ihrer Beschäftigten umzugehen.

## II Zielsetzung

Das Ziel der Bachelorarbeit ist die exemplarische Entwicklung von Handlungsempfehlungen für den ganzheitlichen Umgang mit psychischen Belastungen im Homeoffice.

Der Leser, sprich Unternehmen, sollen durch die Bachelorarbeit dazu motiviert werden sich mit der psychischen Gesundheit ihrer Arbeitnehmer zu beschäftigen und dazu konkrete Werkzeuge in Form von Handlungsempfehlungen mit an die Hand bekommen.

Die exemplarischen Handlungsempfehlungen leiten sich aus einem entwickelten Maßnahmenkatalog ab. Durch die exemplarischen Handlungsempfehlungen soll dargestellt werden, was Unternehmen bereits mit kleinen Maßnahmen, also ohne einen großen (finanziellen) Aufwand tun können, damit die Hürde möglichst gering ist.

## III Aufbau der Arbeit

Die Bachelorarbeit gliedert sich in sechs Abschnitte. Die Kapitel A-C bilden den theoretischen Teil der Arbeit und basieren auf einer umfangreichen Literaturrecherche.

Nach der Einleitung (A.) werden im zweiten Teil (B.) begriffliche Grundlagen erläutert, die für das Verständnis der Bachelorarbeit erforderlich sind.

Der dritte Teil der Arbeit (C.) beschreibt den Stand der Forschung und thematisiert folgende Kernfragen:

- > Was sind psychische Belastungsfaktoren in der Arbeitswelt?
- > Haben sich die psychischen Belastungsfaktoren der Arbeitnehmer durch die COVID-19-Pandemie verändert?
- > Was sind Auswirkungen von Belastung und Stress auf Arbeitnehmer?
- > Was „kostet“ es den Arbeitgeber, wenn der Arbeitnehmer aufgrund einer psychischen Erkrankung arbeitsunfähig wird?
- > Warum ist es wichtig sich in der Arbeitswelt mit dem Thema der psychischen Gesundheit zu beschäftigen?
- > Welchen Nutzen hat der Arbeitgeber davon, wenn er sich mit der psychischen Gesundheit seiner Arbeitnehmer beschäftigt?
- > Woraus ergibt sich eine unternehmerische Verantwortung sich mit der psychischen Gesundheit der Arbeitnehmer zu beschäftigen?
- > Was ist die Aufgabe des betrieblichen Gesundheitsmanagements?

Die Betrachtung des notwendigen Arbeits- und Arbeitsschutzrechts findet überblicksartig statt. Durch die Betrachtung soll die Notwendigkeit arbeitgeberseitig sich mit dem Thema zu beschäftigen unterstrichen werden.

Im vierten Teil der Arbeit (D.) werden Maßnahmen recherchiert und klassifiziert, die sich dazu eignen sich mit der psychischen Gesundheit der Arbeitnehmer zu beschäftigen und psychischen Fehlbeanspruchungen vorzubeugen.

Die klassifizierten Maßnahmen bilden die Grundlage für die exemplarischen Handlungsempfehlungen im fünften Kapitel (E.). Um den Rahmen zu den eingangs dargestellten Belastungsfaktoren herzustellen, wird für jeden dargestellten Belastungsfaktor eine Handlungsempfehlung abgeleitet. Eine weitere Einschränkung der Handlungsempfehlungen

---

<sup>11</sup> vgl. Meyer, B./Zill, A./Schumann, S., Dossier 2020, 46 (66).

findet dahingehend statt, dass die Handlungsempfehlungen exemplarisch für den ganzheitlichen Umgang mit der psychischen Gesundheit im Homeoffice sind.

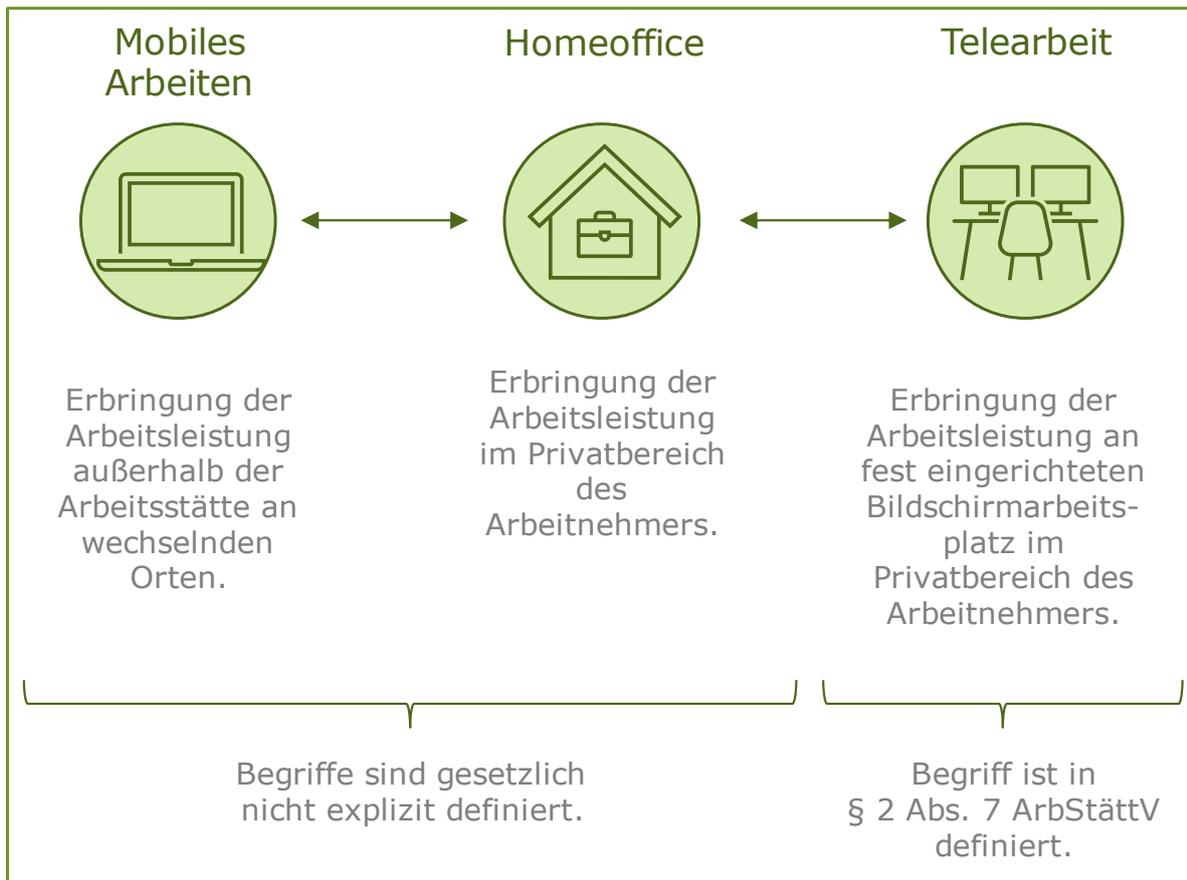
Im letzten Abschnitt der Arbeit (F.) werden die Ergebnisse der Arbeit zusammengefasst.

## B. Begriffliche Grundlagen

### I Abgrenzung Homeoffice – Telearbeit – mobiles Arbeiten

Die Terminologie im Zusammenhang mit Arbeit außerhalb der betrieblichen Arbeitsstätte ist uneinheitlich<sup>12</sup>. Mal wird von Homeoffice, Mal von mobilem Arbeiten und wieder ein anderes Mal von der Telearbeit gesprochen.

Die nachfolgende Abbildung ordnet diese drei Begriffe ein.



**Abbildung 1: Abgrenzung der Begriffe mobiles Arbeiten - Homeoffice – Telearbeit**

Quelle: in Anlehnung an Keilich, J./Brummer, P., SPA 2020, 126 (126).; Ress, S./Tendyck, H., Dossier 2020, 68 (70).

Das **mobile Arbeiten** zeichnet sich durch die räumliche Entgrenzung und einer hohen Ortsflexibilität aus. Der Arbeitnehmer hat die Möglichkeit seine Arbeitsleistung außerhalb der Arbeitsstätten an jedem denkbaren Arbeitsplatz auszuführen, dabei kann der Ort des Arbeitsplatzes auch wechseln.<sup>13</sup>

Im Gegensatz zum mobilen Arbeiten und dem Homeoffice ist der Begriff der **Telearbeit** gesetzlich definiert<sup>14</sup>. Unter Telearbeitsplätzen werden nach § 2 Abs. 7 ArbStättV Bildschirmarbeitsplätze im Privatbereich des Arbeitnehmers verstanden.

<sup>12</sup> vgl. Krieger, S./Rudnik, T./Povedano Peramato, A., NZA 2020, 473 (473).

<sup>13</sup> vgl. Krieger, S./Rudnik, T./Povedano Peramato, A., NZA 2020, 473 (474).; Ress, S./Tendyck, H., Dossier 2020, 68 (71).

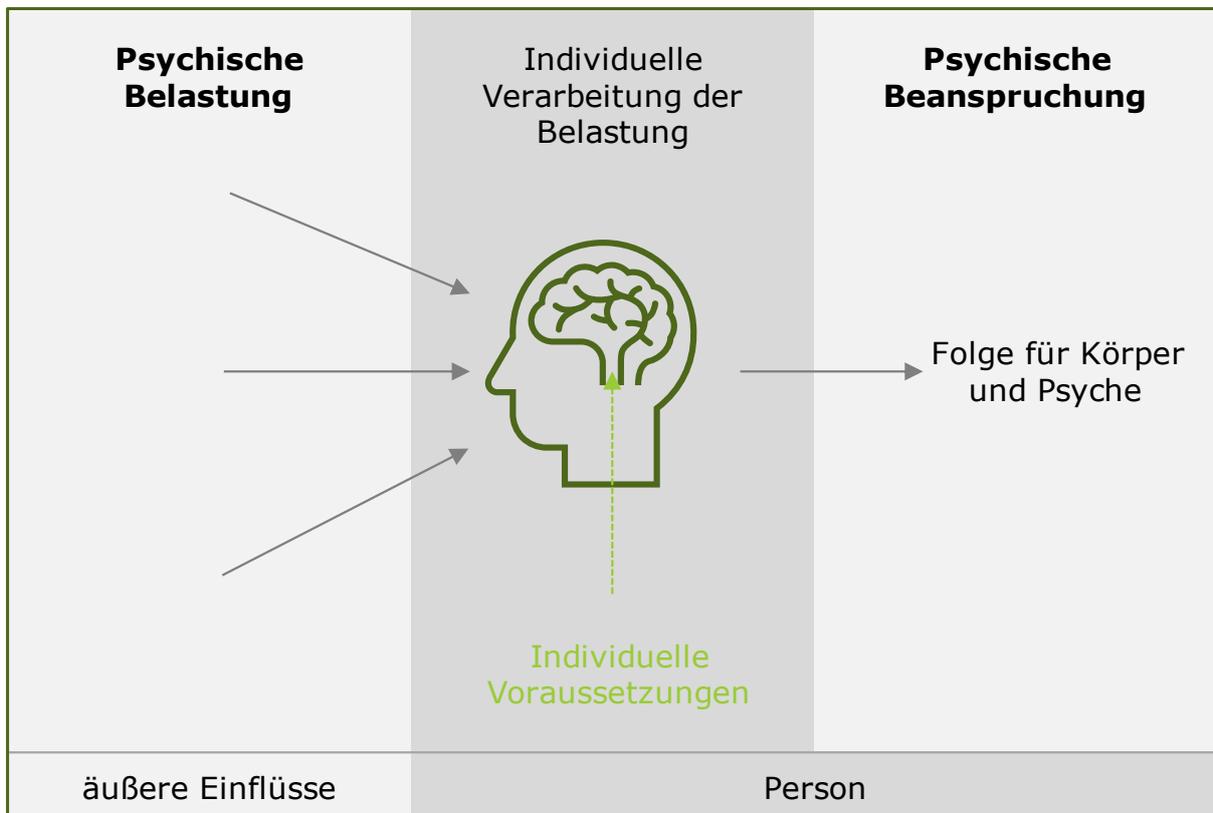
<sup>14</sup> vgl. Keilich, J./Brummer, p., SPA 2020, 126 (126).

Umgangssprachlich wird unter **Homeoffice** die Erbringung der Arbeitsleistung im Privatbereich des Arbeitnehmers verstanden<sup>15</sup>. Somit kann unter den Begriff Homeoffice, je nach Ausprägung und Vereinbarung, sowohl das mobile Arbeiten als auch die Telearbeit als Homeoffice gefasst werden<sup>16</sup>.

## II Belastung/Beanspruchung nach der DIN EN ISO 10075-1

Der Begriff der (psychischen) Belastung hat in der Wissenschaft und im alltäglichen Sprachgebrauch eine unterschiedliche Bedeutung<sup>17</sup>. Während Belastung im alltäglichen Sprachgebrauch als etwas Negatives empfunden wird, ist die Belastung im arbeitswissenschaftlichen Sprachgebrauch ein neutraler und wertfreier Begriff<sup>18</sup>.

Die nachfolgende Abbildung zwei stellt den Zusammenhang zwischen Belastung und Beanspruchung bildlich dar.



**Abbildung 2: Der Zusammenhang zwischen der psychische Belastung und der psychische Beanspruchung**

Quelle: in Anlehnung an GDA, Psychische Arbeitsbelastung und Gesundheit, S. 9.

Die arbeitswissenschaftliche Definition von psychischer Belastung findet sich in der DIN EN ISO 10075-1. Die DIN EN ISO 10075-1 definiert die **psychische Belastung** als

<sup>15</sup> vgl. Keilich, J./Brummer, p., SPA 2020, 126 (126).

<sup>16</sup> vgl. Ress, S./Tendyck, H., Dossier 2020, 68 (70).

<sup>17</sup> vgl. GDA, Psychische Arbeitsbelastung und Gesundheit, S. 6 f..

<sup>18</sup> vgl. GDA, Psychische Arbeitsbelastung und Gesundheit, S. 6 f.; Landmann/Rohmer, Gewerbeordnung und ergänzende Vorschriften, Rn. 19.; Stück, V., ArbRAktuell 2015, 515 (516).

„Gesamtheit aller erfassbare[n] Einflüsse, die von außen auf einen Menschen zukommen und diesen psychisch beeinflussen“. Die Folge einer psychische Belastung ist die Beanspruchung<sup>19</sup>.

Die DIN EN ISO 10075-1 definiert die **psychische Beanspruchung** als „unmittelbare Auswirkung der psychischen Belastung im Individuum in Abhängigkeit von seinem aktuellen Zustand“. Psychische Belastungsfaktoren wirken nicht bei allen Menschen gleich<sup>20</sup>. So kann ein und dieselbe Situation eine positive oder negative Beanspruchung auslösen<sup>21</sup>. Beispielsweise kann Leistungsdruck motivierend wirken aber auch zu Überforderung und Dauerstress führen. Der individuelle Umgang mit der Belastung und die individuellen Eigenschaften, Fähigkeiten und Fertigkeiten entscheiden darüber, wie beanspruchend die Tätigkeit oder Situation erlebt wird<sup>22</sup>.

### III Stress

Der österreichisch-kanadische Mediziner und Zoologe Hans Selye definierte 1936 eine körperliche Reaktion, die heute als Stress bekannt ist. Er leitete das Wort vom Englischen „to stress“ (anspannen) ab. Ursprünglich kommt das Wort „to stress“ aus der Werkstoffkunde und beschreibt dort den Zug oder Druck auf ein Material. Hans Selye definierte Stress als eine psychische und physiologische Reaktion bei Menschen und Tieren auf äußere Reize (Stressoren). Die Ursachen für diese Reize können vielfältig sein.<sup>23</sup> Ursprünglich (evolutionsbiologische) Reize waren beispielsweise ein wildes Tier in der Ferne oder ein Knacken im Gebüsch, Situationen, in denen schnelles Handeln über Leben und Tod entschieden hat. Dieser Zustand der Reaktion ist gekennzeichnet durch ein hohes Aktivierungs- und Belastungsniveau, was den Lebewesen ermöglicht flexibel auf ihre Umwelt zu reagieren. Dadurch schützt diese Reaktion die Menschen in einer Gefahrensituationen.<sup>24</sup>

Die DIN EN ISO 10075-1 definiert die Stressreaktion als einen „Zustand im Menschen, der durch erhöhte psychische (einschließlich beider, kognitiver und emotionaler Komponenten) und/oder physischer Aktivierung [...] gekennzeichnet ist, die aus einer negativen Beurteilung der auf diese Person einwirkenden psychischen Belastungen [...] als Bedrohung seiner Ziele und/oder Werte resultiert“.

Die Stressforschung unterscheidet drei Bestandteile zur Beschreibung von Stress: Stressoren, persönliche Stressverstärker und die Stressreaktion<sup>25</sup>. Stressoren sind die äußeren Reize, die auf den Menschen einwirken.<sup>26</sup> Die persönlichen Stressverstärker beinhalten die individuellen Motive und Bewertungen einer Person. Bei diesen Motiven und Bewertungen handelt es sich um das (oft unbewusste) innere Wertesystem oder die Glaubenssätze einer Person. Diese Motive und Bewertungen beeinflussen das persönliche Stresserleben in einer belastenden Situation und können damit den Druck von innen verstärken.<sup>27</sup> Inwieweit

<sup>19</sup> vgl. *baua*, Psychische Belastung und Beanspruchung im Berufsleben, S. 7.; *Landmann/Rohmer*, Gewerbeordnung und ergänzende Vorschriften, Rn. 20.

<sup>20</sup> vgl. *Balickioglu, J.*, NZA 2015, 1424 (1426).; *Landmann/Rohmer/Wiebauer*, GewO, Rn. 20., Stück, V., ArbRAktuell 2015, 515 (516).

<sup>21</sup> vgl. *Balickioglu, J.*, NZA 2015, 1424 (1426).; *Landmann/Rohmer/Wiebauer*, GewO, Rn. 20., Stück, V., ArbRAktuell 2015, 515 (516).

<sup>22</sup> vgl. *Balickioglu, J.*, NZA 2015, 1424 (1426).; *Landmann/Rohmer/Wiebauer*, GewO, Rn. 20., Stück, V., ArbRAktuell 2015, 515 (516).

<sup>23</sup> vgl. *Mainka-Riedel, M.*, Stressmanagement, S. 55 f.; *Plaumann, M./Busse, A./Walter, U.*, Weißbuch Prävention 2005/2006: Stress?, 3 (3 f.).

<sup>24</sup> vgl. *BKK Dachverband*, Psychisch krank im Job, S. 15.; *Mainka-Riedel, M.*, Stressmanagement, S. 56.

<sup>25</sup> vgl. *Bentner, A.*, Gesundheitsmanagement für Einsteiger, S. 19 f..

<sup>26</sup> vgl. *Mainka-Riedel, M.*, Stressmanagement, S. 55.

<sup>27</sup> vgl. *Mainka-Riedel, M.*, Stressmanagement, S. 63.

belastende Situationen (Stressoren) also als Belastung wahrgenommen werden, hängt damit von der individuellen Resilienz (Widerstandsfähigkeit) der betroffenen Person ab<sup>28</sup>. Damit entscheiden zahlreiche individuelle Faktoren darüber, was als Stressor empfunden wird<sup>29</sup>. Somit ist es schwierig Stressoren ausfindig zu machen, da es sich immer um innere und äußere Faktoren handelt. Eine Situation die eine Person belasten kann, kann bei der anderen Person motivierend wirken.<sup>30</sup> Die Stressreaktion beschreibt die „physische und psychische Reaktion des Individuums auf die Belastung“<sup>31</sup> und hilft dem Körper in einer Gefahrensituation schnell und ohne groß nachzudenken richtig handeln zu können<sup>32</sup>. Heute ist die Ursache für Stress (Stressor) nicht mehr das Raubtier, vor dem der Menschen fliehen muss (Gefahrensituation), sondern beispielweise zu viele Aufgaben die gleichzeitig bewältigt werden wollen. Dabei ist die Stressreaktion die Gleiche geblieben<sup>33</sup>.

Unterschieden wird zwischen der natürlichen (gesunden) und der chronischen Stressreaktion<sup>34</sup>. Die Abbildung drei auf Seite acht stellt die natürliche und die chronische Stressreaktion schematisch dar.

Bei der **natürlichen Stressreaktion** (auch Eu-Stress genannt) ist zunächst ein Reiz da, das kann zum Beispiel eine äußere Anforderung, ein Umstand oder eine bestimmte Situation sein<sup>35</sup>. Der Organismus schlägt daraufhin Alarm. Auf körperlicher Ebene ist dieser Alarm beispielsweise in Form von verschwitzten Händen oder Herzrasen spürbar. Auch auf der kognitiven Ebene ist dieser Alarm in Form von kreisenden Gedanken, Sorgen oder Ängsten spürbar. Der Körper begegnet dem Alarm mit einer Reaktion. Die zwei bekannten Stress-Reaktionen sind „fight“ oder „flight“. Es gibt jedoch noch zwei weitere f's: „freeze“ und „fawn“. Unterbewusst besteht somit nicht nur die Wahl zu kämpfen oder zu fliegen, sondern auch zu erstarren oder sich anzupassen. Folglich kann auch unbewusst auf den Alarm mit erstarren oder anpassen reagiert werden. Nach der Stressreaktion folgt die Erholung. Die Erholung stellt die letzte Phase der natürlichen Stressreaktion dar. In dieser Phase kann sich der Körper und Geist regenerieren und wieder in Balance kommen.<sup>36</sup> Läuft eine Stress-Reaktion wie beschrieben ab, ist diese nicht schädlich, sondern vollkommen normal<sup>37</sup>. Die natürliche Stressreaktion kann sich kurzfristig positiv auswirken, indem die Leistungsfähigkeit erhöht und der Organismus zu Höchstleistungen angespornt wird<sup>38</sup>.

<sup>28</sup> vgl. *BKK Dachverband*, Psychisch krank im Job, S. 15.

<sup>29</sup> vgl. Plaumann, M./Busse, A./Walter, U., Weißbuch Prävention 2005/2006: Stress?, 3 (5).

<sup>30</sup> vgl. *Techniker Krankenkasse*, Entspann dich, Deutschland, S. 12.

<sup>31</sup> Plaumann, M./Busse, A./Walter, U., Weißbuch Prävention 2005/2006: Stress?, 3 (4).

<sup>32</sup> vgl. Plaumann, M./Busse, A./Walter, U., Weißbuch Prävention 2005/2006: Stress?, 3 (4).

<sup>33</sup> vgl. *Mainka-Riedel, M.*, Stressmanagement, S. 56.

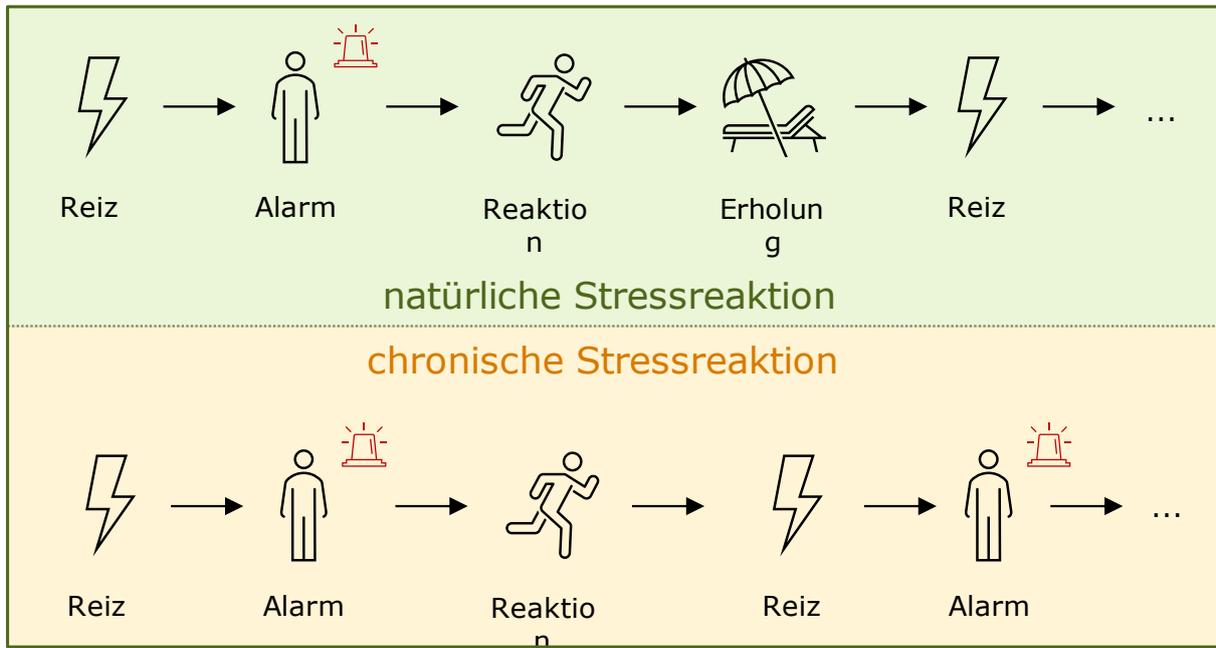
<sup>34</sup> vgl. *BKK Dachverband*, Psychisch krank im Job, S. 15.; *Mainka-Riedel, M.*, Stressmanagement, S. 6, 59.

<sup>35</sup> vgl. *Franzkowiak, P./Franke, A.*, 2018, Stress und Stressbewältigung, <https://bit.ly/3iQW8Sc>, 20.04.2021.

<sup>36</sup> vgl. *BKK Dachverband*, Psychisch krank im Job, S. 15.; *Mainka-Riedel, M.*, Stressmanagement, S. 6, 59.

<sup>37</sup> vgl. *Techniker Krankenkasse*, Entspann dich, Deutschland, S. 6.

<sup>38</sup> vgl. INQA, o.J., Kein Stress mit dem Stress! – So beugen Beschäftigte vor, <https://bit.ly/2S0OnOt>, 17.03.2021.; *Mainka-Riedel, M.*, Stressmanagement, S. 3.



**Abbildung 3: Gegenüberstellung natürliche und chronische Stressreaktion**

Fehlt der Stress-Reaktion die Phase der Erholung, kann dies schädlich für den Organismus sein und es entwickelt sich **chronischer Stress**, indem sich der Organismus in einer Dauerschleife aus Reiz, Alarm und Reaktion befindet<sup>39</sup>. Auslösende Faktoren können hier permanente Arbeitsüberlastung oder hoher Zeit- und Erwartungsdruck sein. Chronischer Stress wird auch als Dis-Stress bezeichnet und ist häufig ein auslösender oder begünstigender Faktor bei der Entstehung zahlreicher körperlicher und psychischer Erkrankungen.<sup>40</sup>

#### IV Psychische Gesundheit – Definition nach WHO

Die WHO definiert die psychische Gesundheit als einen „Zustand des Wohlbefindens, in dem eine Person ihre Fähigkeiten ausschöpft, die normalen Lebensbelastungen bewältigen, produktiv arbeiten und einen Beitrag zu ihrer Gemeinschaft leisten kann.“<sup>41</sup>.

#### V Prävention

Im Gesundheitswesen ist Prävention „ein Oberbegriff für zielgerichtete Maßnahmen und Aktivitäten, um Krankheiten oder gesundheitliche Schädigungen zu vermeiden, das Risiko der Erkrankung zu verringern oder ihr Auftreten zu verzögern.“<sup>42</sup>. Die Maßnahmen lassen sich nach dem Zeitpunkt, an dem sie ansetzen in eine primäre, sekundäre und tertiäre Prävention einteilen<sup>43</sup>. Die nachfolgende Abbildung vier gibt einen Überblick über die Teilgebiete der Prävention. Anschließend an die Abbildung vier werden die drei Teilbereiche genauer beschrieben.

<sup>39</sup> vgl. BMG, Ratgeber zur Prävention und Gesundheitsförderung, S. 63.; GKV-Spitzenverband, Kriterien zur Zertifizierung digitaler Präventions- u. Gesundheitsförderungsangebote, S. 19.; Techniker Krankenkasse, Entspann dich, Deutschland, S. 6.

<sup>40</sup> vgl. BKK Dachverband, Psychisch krank im Job, S. 15.; Franzkowiak, P./Franke, A., 2018, Stress und Stressbewältigung, <https://bit.ly/3iQW8Sc>, 20.04.2021.; Mainka-Riedel, M., Stressmanagement, S. 6,59.

<sup>41</sup> WHO, 2019, Psychische Gesundheit – Faktenblatt, <https://bit.ly/3xo8YLA>, 29.03.2021.

<sup>42</sup> Bundesministerium für Gesundheit, o.J., Prävention, <https://bit.ly/3xqG913>, 12.05.2021.

<sup>43</sup> vgl. Bundesministerium für Gesundheit, o.J., Prävention, <https://bit.ly/3xqG913>, 12.05.2021.



**Abbildung 4: Die Teilgebiete der Prävention.**

Quelle: in Anlehnung an *Gesundheitsberichterstattung des Bundes, 2007, Teilgebiete der Prävention*, <https://bit.ly/3xGy0FX>, 22.06.2021.

Die **Primärprävention** hat das Ziel die Entstehung von Krankheiten zu verhindern. Ursachen von Erkrankungen werden nach §§ 20-24 SGB V bekämpft, bevor diese entstehen können.<sup>44</sup> Dabei wird nach § 20 Abs. 1 SGB V zwischen Leistungen zur Verhinderung und Vermeidung von Krankheitsrisiken und Leistungen zur Förderung des selbstbestimmten gesundheitsorientierten Handelns des Versicherten unterschieden. Somit richten sich die Maßnahmen, an die Gestaltung eines gesundheitsförderlichen Umfelds (Verhältnisprävention) und an das individuelle Gesundheitsverhalten des Einzelnen (Verhaltensprävention)<sup>45</sup>. In der Praxis ist eine klare Trennung zwischen Verhaltens- und Verhältnisprävention oft nicht möglich und auch nicht sinnvoll, da sich die Bereiche gegenseitig beeinflussen. Die Verhältnisprävention geht der Verhaltensprävention voraus<sup>46</sup>. Bezogen auf die Arbeitswelt strebt die Verhältnisprävention die Veränderung der Arbeitsbedingungen an, um die stressauslösenden Umgebungsbedingungen zu verbessern. Im Rahmen der Verhaltensprävention sollen Mitarbeiter durch Aufklärung dazu motiviert werden gesundheitsbewusster zu leben. Ziel ist die Stärkung und der Erhalt der individuellen Ressourcen.<sup>47</sup>

Die **Sekundärprävention** ist in den Paragraphen 25 bis 26 SGB V geregelt und beschäftigt sich mit der Früherkennung von Krankheiten und der Verhinderung des Fortschreitens durch gezielte Behandlung<sup>48</sup>.

<sup>44</sup> vgl. AOK-Bundesverband GbR, o.J., *Prävention*, <https://bit.ly/3cKCFP7>, 12.05.2021.; Bundesministerium für Gesundheit, o.J., *Prävention*, <https://bit.ly/3xqG913>, 12.05.2021.

<sup>45</sup> vgl. Bentner, A., *Gesundheitsmanagement für Einsteiger*, S. 2.; Bundesministerium für Gesundheit, 2020, *Betriebliche Gesundheitsförderung: Umsetzung*, <https://bit.ly/2U5iYed>, 17.03.2021.; Bundesministerium für Gesundheit, 2020, *Gesund bleiben: Prävention und Gesundheitsförderung*, <https://bit.ly/3gzLVrP>, 17.03.2021.

<sup>46</sup> vgl. Balıkcıoğlu, J., NZA 2015, 1424 (1426).

<sup>47</sup> Bentner, A., *Gesundheitsmanagement für Einsteiger*, S. 39.; Hahnzog, S., *Psychische Gefährdungsbeurteilung*, S. 25-26.; Techniker Krankenkasse, *Entspann dich, Deutschland*, S. 16.

<sup>48</sup> vgl. AOK-Bundesverband GbR, o.J., *Prävention*, <https://bit.ly/3cKCFP7>, 12.05.2021.; Bundesministerium für Gesundheit, o.J., *Prävention*, <https://bit.ly/3xqG913>, 12.05.2021.

Die **Tertiärprävention**, geregelt im § 43 SGB V, ist weitestgehend identisch mit der medizinischen Rehabilitation und versucht „Folgeschäden einer bereits eingetretenen Erkrankung zu verzögern, zu begrenzen oder [...] ganz [zu] verhindern“<sup>49</sup>.

Voraussetzung für eine erfolgreiche Prävention und Gesundheitsförderung ist immer das Wissen darüber, welche Faktoren potenziell gesundheitsgefährdend sein können<sup>50</sup>. Den Einstieg zur Analyse der Faktoren, die eine arbeitsbedingte Erkrankung fördern, bietet die Gefährdungsbeurteilung<sup>51</sup>. Näheres zur Gefährdungsbeurteilung ab Seite 30.

## VI Resilienz

Der Ursprung des Wortes Resilienz ist im lateinischen Verb „resilire“ zu finden. „Resilire“ kann mit zurückspringen oder abprallen übersetzt werden. Resilienz wird auch mit Widerstandskraft übersetzt. Ursprünglich ist Resilienz ein Begriff der Materialwissenschaft.<sup>52</sup> In der Materialwissenschaft beschreibt Resilienz die Fähigkeit eines Körpers „auf eine Einwirkung von außen elastisch zu reagieren, und anschließend wieder seine ursprüngliche Form einzunehmen“<sup>53</sup>.

In Bezug auf den Menschen (in der Psychologie) beschreibt Resilienz die „Fähigkeit eines Menschen, effektiv und achtsam mit Krisen und Rückschlägen umzugehen“<sup>54</sup>. Diese Fähigkeit eines Menschen kann trainiert und weiterentwickelt werden<sup>55</sup>.

## VII Achtsamkeit

Das westliche Verständnis von Achtsamkeit geht im Wesentlichen auf die Arbeit von Jon Karban-Zinn zurück. Jon Karban-Zinn hat in den 1970er Jahren die Methode der Achtsamkeitsbasierten Stressreduktion (Mindfulness-Based-Stress-Reduction – MBSR) entwickelt und damit maßgeblich dazu beigetragen, Achtsamkeit in der westlich-medizinischen Praxis zu integrieren.<sup>56</sup> Für ihn bedeutet Achtsamkeit, „sich dem unmittelbaren Augenblick mit einer nicht wertenden, annehmenden Haltung zuzuwenden“<sup>57</sup>.

Somit ist Achtsamkeit eine spezifische Form der Aufmerksamkeitslenkung. Die Aufmerksamkeit wird dabei auf den gegenwärtigen Moment gerichtet, ohne diesen zu werten. Der Mittelpunkt ist das bewusste Erleben der unmittelbaren Erfahrungen.<sup>58</sup>

<sup>49</sup> AOK-Bundesverband GbR, o.J., Prävention, <https://bit.ly/3cKCFP7>, 12.05.2021.

<sup>50</sup> vgl. GDA, Psychische Arbeitsbelastung und Gesundheit, S. 4.

<sup>51</sup> vgl. Lütkehaus, I., SPA 2018, 105 (105-106).

<sup>52</sup> vgl. Bentner, A., Gesundheitsmanagement für Einsteiger, S. 15, 21.; Drath, K., Die resiliente Organisation, S. 37.

<sup>53</sup> Drath, K., Die resiliente Organisation, S. 37.

<sup>54</sup> Drath, K., Die resiliente Organisation, S. 37.

<sup>55</sup> vgl. Murlange, D./Hollmann, D., CSR und gesunde Führung, 121 (132).

<sup>56</sup> vgl. Böge, K./Hahn, E., Achtsamkeit bei psychotischen Störungen, S. 24.

<sup>57</sup> Böge, K./Hahn, E., Achtsamkeit bei psychotischen Störungen, S. 24.

<sup>58</sup> vgl. Möltner, H./Leve, J./Esch, T., Gesundheitswesen 2018, 295 (296).

## C. Stand der Forschung und Erkenntnisse

### I Belastungsfaktoren in der Arbeitswelt

Die Arbeitswelt befindet sich in einem tiefgreifenden Wandel. Dieser Wandel der Arbeitswelt bringt neue Anforderungen und neue Arbeits- und Belastungskonstellationen mit sich. In der Vergangenheit waren die Arbeitnehmer vor allem mit physischen Belastungen, wie körperlicher Arbeit, Hitze, Staub und Lärm konfrontiert. Die Arbeitswelt von heute ist schnell, fordernd, komplex und zunehmend anspruchsvoller. Dadurch gewinnen psychische Arbeitsanforderungen immer mehr an Bedeutung.<sup>59</sup> „Die Anzahl der Tätigkeiten, bei denen kognitive, informatorische sowie emotionale Faktoren dominieren, steigt stetig.“<sup>60</sup> Hohe Arbeitsintensität und ein hohes Maß an Flexibilität sind Kennzeichen der heutigen Arbeitsverhältnisse. Die veränderten Anforderungen führen dazu, dass die Arbeit von einem Teil der Arbeitnehmer als belastend wahrgenommen wird.<sup>61</sup>

#### 1. Psychische Belastungsfaktoren nach GDA (Gemeinsame Deutsche Arbeitsschutzstrategie)

Abhängig von der betrachteten Perspektive werden die Veränderungen in der Arbeitswelt als Chance oder Risiko wahrgenommen. Es ist unterschiedlich, inwieweit die (veränderten) Arbeitsbedingungen als Belastung wahrgenommen werden. Arbeitsanforderungen, die von außen auf den Arbeitnehmer zukommen und psychisch auf ihn einwirken, werden als psychische Belastung bei der Arbeit verstanden. Ein und dieselbe Situation kann von verschiedenen Arbeitnehmern unterschiedlich wahrgenommen werden.<sup>62</sup>

Die Ursachen für psychische Fehlbeanspruchungen können aufgrund der Vielzahl der psychischen Belastungsfaktoren vielseitig sein. Daher ist es sinnvoll bei der Betrachtung der psychischen Belastungsfaktoren Schwerpunkte zu setzen.<sup>63</sup>

Die Gemeinsame Deutsche Arbeitsschutzstrategie (nachfolgend GDA) gliedert die psychische Belastungsfaktoren in fünf Merkmalsbereiche:

1. Arbeitsinhalt/Arbeitsaufgabe,
2. Arbeitsorganisation,
3. Soziale Beziehungen,
4. Arbeitsumgebung,
5. Neue Arbeitsformen.<sup>64</sup>

Welche Aspekte dabei im Einzelnen zu betrachtend sind zeigt die Abbildung fünf: „Merkmalsbereiche psychischer Belastung“ auf.

<sup>59</sup> vgl. Beermann, B. et al, Veränderungen in der Arbeitswelt, S. 1.; GDA, Psychische Arbeitsbelastung und Gesundheit, S. 4 f.; Prinzing, G./Schröder, J./König, M., BKK Gesundheitsatlas 2019, 59 (59).

<sup>60</sup> BMAS, Grünbuch – Arbeiten 4.0, S. 135.

<sup>61</sup> vgl. BAuA (Hrsg.)/Hünefeld, L., Zeitdruck und Co, S. 2.; GDA, Psychische Arbeitsbelastung und Gesundheit, S. 4 f..

<sup>62</sup> GDA, Psychische Arbeitsbelastung und Gesundheit, S. 8 f.; Schwede, J., ArbRAktuell 2019, 7 (8).

<sup>63</sup> Hahnzog, S., Psychische Gefährdungsbeurteilung, S. 27.; Landmann/Rohmer/Wiebauer, GewO, Rn. 22.

<sup>64</sup> vgl. GDA, Psychische Arbeitsbelastung und Gesundheit, S. 7.



**Abbildung 5: Die Merkmalsbereiche der psychische Belastung**

Quelle: in Anlehnung an GDA, Psychische Arbeitsbelastung und Gesundheit, S. 7.

Der Anhang eines „Merkmalsbereiche und Inhalte der Gefährdungsbeurteilung nach GDA“ stellt eine detaillierte Form der Abbildung fünf dar, indem mögliche kritische Ausprägungen und Beispiele für negative Wirkungen stichwortartig enthalten sind. Auf die Inhalte der Tabelle, haben sich die Träger der GDA verständigt<sup>65</sup>. Die GDA ist eine Initiative von Bund, Ländern und Unfallversicherungsträgern und im Arbeitsschutzgesetz sowie im SGB VII verankert. Ziel der GDA ist es das Deutsche Arbeitsschutzsystem entsprechend des Wandels der Arbeitswelt zu modernisieren und Anreize für Unternehmen zu schaffen.<sup>66</sup>

<sup>65</sup> vgl. *baua, o.J., Grundlegende Aufgaben und Schritte zur Umsetzung*, <https://bit.ly/3gs4Q7K>, 18.05.2021.

<sup>66</sup> vgl. *GDA, o.J., Die Gemeinsame Deutsche Arbeitsschutzstrategie*, <https://bit.ly/3iH5eRj>, 18.05.2021.

Der erste Merkmalsbereich beinhaltet eine Vielzahl von Aspekten, die im Zusammenhang mit dem **Arbeitsinhalt** bzw. der **Arbeitsaufgabe** stehen. Im Folgenden wird lediglich auf den Aspekt des Handlungsspielraums genauer eingegangen. Eine Auflistung der übrigen Aspekte findet sich im Anhang eins „Merkmalsbereiche und Inhalte der Gefährdungsbeurteilung nach GDA“. Der Handlungsspielraum beschreibt, inwieweit der Arbeitnehmer Einfluss auf seine Arbeit und deren Arbeitsablauf nehmen kann – wie selbst- oder fremdbestimmt er seine Arbeit gestalten kann. Zum Belastungsfaktor wird der Handlungsspielraum, wenn der Arbeitnehmer zu wenig Einfluss auf seine Arbeitsgestaltung nehmen kann und somit auch kaum Möglichkeiten hat eigene Ideen und Vorschläge mit einbringen zu können.<sup>67</sup>

Die Arbeitsintensität als Belastungsfaktor kann, abhängig von dem vorherrschenden Merkmal, sowohl im ersten als auch im zweiten Merkmalsbereich eingeordnet werden. Merkmale der Arbeitsintensität sind:

- > Gleichzeitige Betreuung verschiedener Arbeiten,
- > starker Termin- oder Leistungsdruck,
- > bei der Arbeit gestört, unterbrochen werden,
- > sehr schnell arbeiten müssen,
- > arbeiten an der Grenze der Leistungsfähigkeit.<sup>68</sup>

Als Folge der zunehmend komplexer werdenden Arbeitswelt, wird die Arbeitsintensität von den Beschäftigten vermehrt als Belastung wahrgenommen<sup>69</sup>. Die BIBB/BAuA-Erwerbstätigenbefragung aus dem Jahr 2018 ergab, dass sich der Anteil der Beschäftigten, die sich belastet fühlen mit zunehmendem Vorhandensein der Merkmale der Arbeitsintensität erhöht. Fühlten sich bei Vorliegen eines Merkmals nur 10% der Arbeitnehmer körperlich und emotional erschöpft, so lag der Anteil beim gleichzeitigen Vorliegen aller fünf Merkmale bei 49%.<sup>70</sup>

Der Merkmalsbereich der **Arbeitsorganisation** beinhaltet die Aspekte der Arbeitszeit, des Arbeitsablaufs und der Kommunikation/Kooperation.<sup>71</sup> Die Arbeitszeit kann zum Belastungsfaktor für den Arbeitnehmer werden, da sich die „Dauer, Lage und Verteilung der Arbeitszeit [...] psychisch auf den Menschen“<sup>72</sup> auswirkt. Lange Arbeitszeiten sind für etwa ein Drittel der gesamten geschätzten berufsbedingten Krankheiten verantwortlich<sup>73</sup>. Die Lage der Arbeitszeit kann mit der Vereinbarung von Arbeit und Privatem in Zusammenhang gebracht werden, so gehen Konflikte zwischen Arbeit und Privatleben mit einer höheren psychischen Beanspruchung einher<sup>74</sup>. Damit stellt die Gestaltung der Arbeitszeit einen wichtigen Faktor für die psychische Gesundheit dar<sup>75</sup>. Der Trend zu flexiblen Arbeitszeiten und mobilen Arbeitsorten begünstigt zum einen die Vereinbarung von Arbeit und Privatem, zum anderen hat es aber zur Folge, dass die Grenze zwischen dienstlicher und privater Sphäre, unter anderem durch den bestehenden Mythos der ständigen Erreichbarkeit,

<sup>67</sup> vgl. *BKK Dachverband*, Psychisch krank im Job, S. 18.; *GDA*, Psychische Arbeitsbelastung und Gesundheit, S. 10.

<sup>68</sup> vgl. Lohmann-Haislah, A., Stressreport Deutschland 2019, 27 (33).

<sup>69</sup> vgl. *BAuA (Hrsg.)/Hünefeld, L.*, Zeitdruck und Co, S. 2.

<sup>70</sup> vgl. *BAuA (Hrsg.)/Hünefeld, L.*, Zeitdruck und Co, S. 1 f..

<sup>71</sup> vgl. *GDA*, Empfehlungen zur Umsetzung der Gefährdungsbeurteilung psychischer Belastung, S. 18 f..

<sup>72</sup> *GDA*, Psychische Arbeitsbelastung und Gesundheit, S. 14.

<sup>73</sup> vgl. *WHO*, 2021, *Long working hours increasing deaths from heart disease and stroke: WHO, ILO*, <https://bit.ly/3gvsxMm>, 18.05.2021.

<sup>74</sup> vgl. Brauner, C./Wöhrmann, A., Stressreport Deutschland 2019, 87 (89, 92).

<sup>75</sup> vgl. Tisch, A./Vieten, L., Stressreport Deutschland 2019, 56 (56).

zunehmend verschmilzt<sup>76</sup>. 21% der Arbeitnehmer erledigen arbeitsbezogene Aufgaben außerhalb ihrer regulären Arbeitszeit zu Hause, mehrheitlich erhalten sie dafür keinen Freizeitausgleich oder eine finanzielle Kompensation<sup>77</sup>. Dies kann dazu führen, dass sich die Beschäftigten gestresst fühlen. „Ein Viertel der häufig Gestressten [Arbeitnehmer] ist auch nach Feierabend erreichbar.“<sup>78</sup>

In den Merkmalsbereich der **sozialen Beziehung** fällt das Verhältnis zu Kollegen und Vorgesetzten. Soziale Beziehungen können aufgrund fehlender sozialer Unterstützung und fehlender Führung zu Belastungsfaktoren werden. Außerdem begünstigt eine fehlende soziale Unterstützung Mobbing am Arbeitsplatz. Im Unterschied zu alltäglichen Konfliktsituationen am Arbeitsplatz, zielt Mobbing auf eine zielgerichtete Ausgrenzung einer einzelnen unterlegenen Person ab.<sup>79</sup>

Der Merkmalsbereich der **Arbeitsumgebung** fasst den physischen Rahmen des Arbeitsplatzes zusammen, indem er Umgebungsfaktoren (physikalische, chemische und psychische), die Arbeitsplatz- und Informationsgestaltung sowie die Arbeitsmittel berücksichtigt. Zum Belastungsfaktor wird die Arbeitsumgebung, wenn diese ungünstig beziehungsweise unzureichend gestaltet wird.<sup>80</sup>

Im fünften Merkmalsbereich werden die **neuen Arbeitsformen** als Belastungsfaktor berücksichtigt.<sup>81</sup> Die Digitalisierung der Arbeit ermöglicht neue Arbeitsmodelle. Zeit- und ortsunabhängiges Arbeiten bietet eine Vielzahl an neuen Möglichkeiten. Aber auch Herausforderungen und zusätzliche Belastungsfaktoren.<sup>82</sup> Die verschiedenen Formen ortsflexibler Arbeit und berufsbedingter, räumlicher Mobilität gehen mit einer Belastung einher und können unterschiedliche Folgen für die körperliche und psychische Gesundheit haben. Bei Beschäftigten, denen es möglich ist, ortsflexibel zu arbeiten ist die Trennung von Arbeit und Privatleben aufgrund der räumlichen Entgrenzung seltener möglich.<sup>83</sup>

## 2. Bedeutung der Belastungsfaktoren durch die COVID-19-Pandemie

Die Corona-Pandemie beeinflusst das Privat- und Berufsleben vieler Menschen stark und hat die Art und Weise, wie die Menschen arbeiten, erheblich verändert. Durch die schnelle Umstellung auf Homeoffice und den Einsatz digitaler Kommunikationsmittel konnten viele Wirtschaftszweige trotz der schnellen Ausbreitung des Corona-Virus Anfang 2020 aufrecht erhalten werden. Arbeiten im Homeoffice ist im Jahr 2020 zunehmend zur Normalität geworden.<sup>84</sup> 47,3% der Arbeitnehmer arbeiten seit Beginn der Corona-Pandemie mehr von zu Hause als vorher<sup>85</sup>.

<sup>76</sup> vgl. Krause, R., NZA-Beilage 2017, 53 (54).

<sup>77</sup> vgl. Krause, R., NZA-Beilage 2017, 53 (55).

<sup>78</sup> *Techniker Krankenkasse*, Entspann dich, Deutschland, S. 36.

<sup>79</sup> vgl. *BKK Dachverband*, Psychisch krank im Job, S. 19.; *GDA*, Psychische Arbeitsbelastung und Gesundheit, S. 13.

<sup>80</sup> vgl. *BKK Dachverband*, Psychisch krank im Job, S. 18.; *GDA*, Psychische Arbeitsbelastung und Gesundheit, S. 7.

<sup>81</sup> vgl. *BKK Dachverband*, Psychisch krank im Job, S. 19.; *GDA*, Empfehlungen zur Umsetzung der Gefährdungsbeurteilung psychischer Belastung, S. 20

<sup>82</sup> vgl. *Techniker Krankenkasse*, Entspann dich, Deutschland, S. 35.

<sup>83</sup> vgl. Wöhrmann, A./ Brauner, C., Stressreport Deutschland 2019, 63 (63, 66).

<sup>84</sup> vgl. *INQA*, 2020, *Zukunftswerkstatt 2020 – Herausforderung begegnen. Arbeit neu denken.*, <https://bit.ly/3gGboyi>, 22.03.2021.; *Krieger, S./Rudnik, T./Povedano Peramato, A.*, NZA 2020, 473 (473).; *Meyer, B./Zill, A./Schumann, S.*, Dossier 2020, 46 (46).; *Techniker Krankenkasse*, Dossier 2020, S. 3.; *WHO*, 2021, *Long working hours increasing deaths from heart disease and stroke: WHO*, <https://bit.ly/3gvsxMm>, 18.05.2021.

<sup>85</sup> vgl. *Meyer, B./Zill, A./Schumann, S.*, Dossier 2020, 46 (55).

Durch den Verlauf der COVID-19-Pandemie hat sich der Alltag der Menschen und damit auch ihrer gewohnten Routinen verändert, was sich auf die psychische Belastung auswirken kann. Die Belastungen im Corona-Homeoffice sind stärker ausgeprägt als am Arbeitsplatz.<sup>86</sup> Die COVID-19-Pandemie hat durch die steigende Bedeutung des Homeoffice das Vermischen der Grenzen zwischen Arbeit und Privatleben und die damit verbundene Entgrenzung der Arbeit verstärkt. Dies hat wiederum die Entwicklung und den Trend zu längeren Arbeitszeiten verstärkt.<sup>87</sup> Bei vielen Arbeitnehmern, insbesondere Frauen, hat eine enge Verzahnung von arbeitsbezogenen und privaten Herausforderungen stattgefunden. Bedingt durch die gleichzeitige Kinderbetreuung sind private Herausforderungen gestiegen, die sich auf die Art und den Zeitpunkt der Erfüllung von Arbeitsaufgaben auswirken. Die Einschränkung der sozialen Kontakte hat die soziale Ressource der Arbeitnehmer eingeschränkt, wodurch die soziale Unterstützung durch Kollegen beeinträchtigt wurde.<sup>88</sup> Der Belastungsfaktor der Arbeitsumgebung hat durch die COVID-19-Pandemie ebenso an Bedeutung gewonnen, da viele Arbeitnehmer nicht die entsprechenden Gegebenheiten zu Hause vorgefunden haben, wie ein separater Raum, technische Ausstattung, ergonomischer Stuhl et cetera, die das Arbeiten von zu Hause aus erleichtert hätten. Dies unterstreicht auch eine Erhebung der Techniker Krankenkasse aus dem April 2020. 30% der Befragten stimmten der Aussage (eher) nicht zu, dass ihr Arbeitsplatz zu Hause für ihre Arbeit geeignet ist.<sup>89</sup> Die Ergebnisse der Erhebung bezogen auf die Arbeitsumgebung lassen sich der nachfolgenden Abbildung sechs entnehmen.

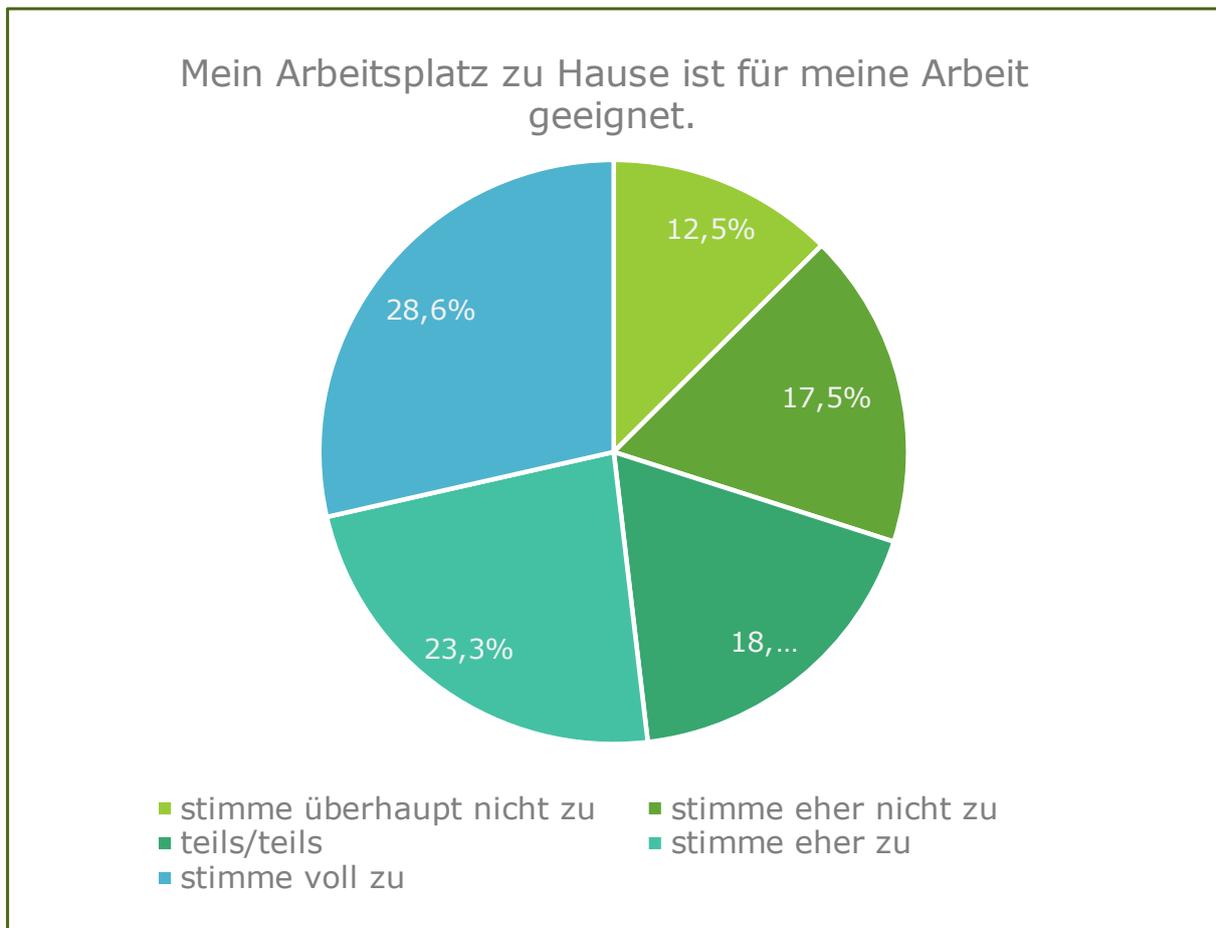
---

<sup>86</sup> vgl. Meyer, B./Zill, A./Schumann, S., Dossier 2020, 46 (66).

<sup>87</sup> vgl. WHO, 2021, *Long working hours increasing deaths from heart disease and stroke: WHO, ILO*, <https://bit.ly/3gvsxMm>, 18.05.2021.

<sup>88</sup> vgl. Meyer, B./Zill, A./Schumann, S., Dossier 2020, 46 (47).

<sup>89</sup> vgl. Meyer, B./Zill, A./Schumann, S., Dossier 2020, 46 (56).



**Abbildung 6: Mein Arbeitsplatz zu Hause ist für meine Arbeit geeignet**

Datenquelle: Meyer, B./Zill, A./Schumann, S., Dossier 2020, 46 (56).

Anschließend an die dargestellten psychischen Belastungsfaktoren beschreibt das nachfolgende Kapitel welche Auswirkungen diese psychischen Belastungsfaktoren auf den Arbeitnehmer haben.

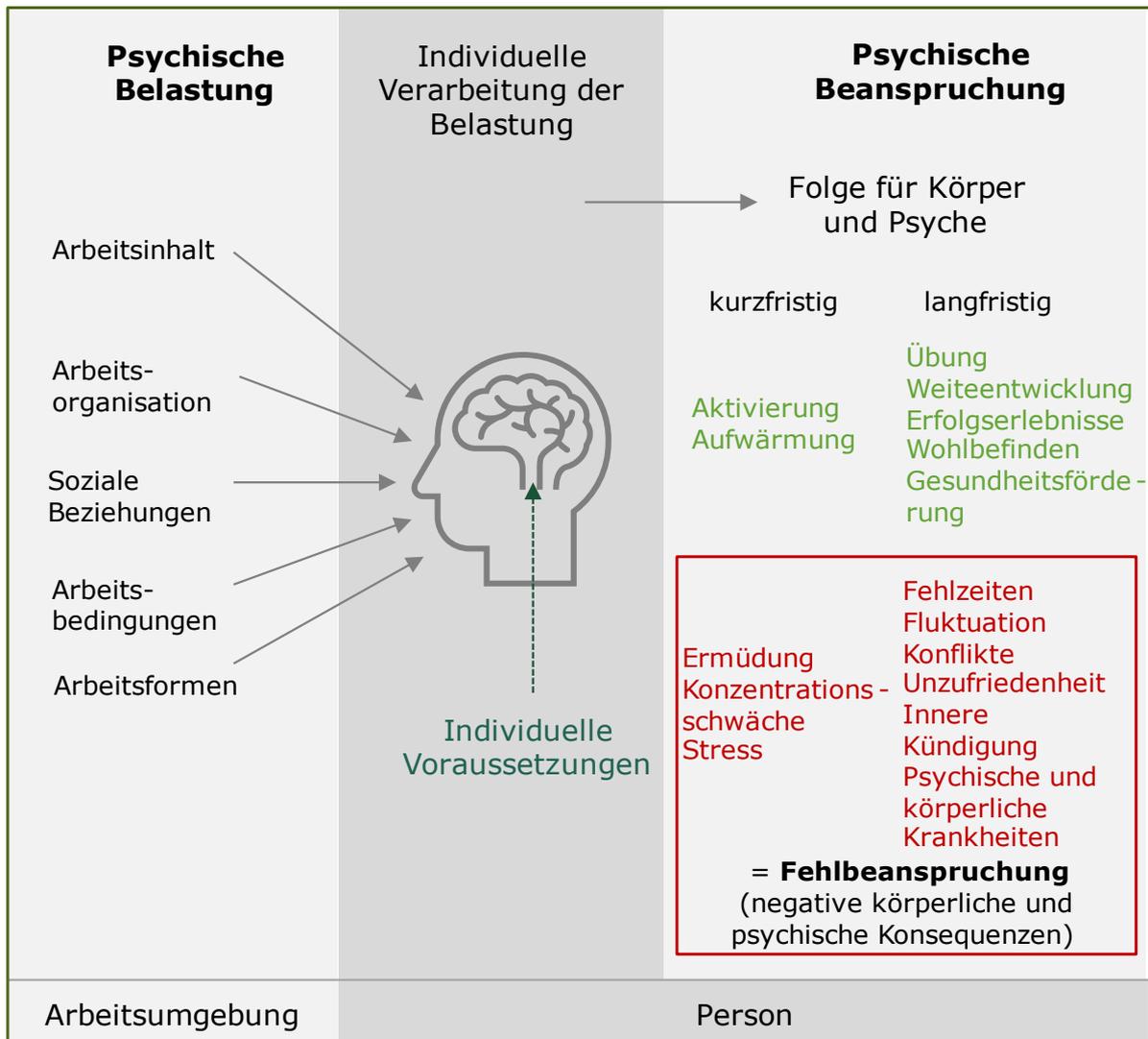
## II Auswirkungen von psychischer Belastung auf den Arbeitnehmer

In der modernen Gesellschaft scheint Stress allgegenwärtig zu sein und wird häufig als Synonym für psychische Belastung verwendet.<sup>90</sup> Dabei führt nicht jede psychische Belastung zu Stress. „Psychische Belastungen, die Stress auslösen, werden Stressoren genannt.“<sup>91</sup> Damit sollte erst die Reaktion auf einen Stressor mit dem Begriff Stress bezeichnet werden. Stressoren können vielseitig sein. Beispielweise stellen Zeitdruck, Informationsmangel und häufige Unterbrechungen Stressoren für Arbeitnehmer dar.<sup>92</sup> Die Auswirkung der psychischen Belastung wird als psychische Beanspruchung bezeichnet, siehe dazu auch Seite fünf folgend. Die nachfolgende Abbildung sieben stellt das Belastungs-Beanspruchungs-Modell dar.

<sup>90</sup> vgl. Mainka-Riedel, M., Stressmanagement, S. 6.; Meßtorff, C./Kurzenhäuser-Carstens, S., Achtsamkeit in Arbeitswelten, 53 (3).

<sup>91</sup> baua, Psychische Belastung und Beanspruchung im Berufsleben, S. 13.

<sup>92</sup> vgl. baua, Psychische Belastung und Beanspruchung im Berufsleben, S. 13.; BMG, Ratgeber zur Prävention und Gesundheitsförderung, S. 69.; BKK Dachverband, Psychisch krank im Job, S. 15.



**Abbildung 7: Das Belastungs-Beanspruchungs-Modell**

Quelle: in Anlehnung an GDA, Psychische Arbeitsbelastung und Gesundheit, S. 9.

Das Belastungs-Beanspruchungs-Modell ist ein Erklärungsmodell, das den Zusammenhang zwischen psychischer Belastung und psychischer Beanspruchung erklärt<sup>93</sup>.

Menschen reagieren unterschiedlich auf Belastungen. Ob es zu einer erwünschten oder beeinträchtigenden Beanspruchung kommt, ist abhängig von den von außen einwirkenden Einflüssen und den persönlichen Voraussetzungen des Arbeitnehmers. Die individuellen Voraussetzungen des Menschen sind die „Ursache dafür, dass jeder Mensch anders empfindet und reagiert“<sup>94</sup>. Eine Arbeitsbelastung muss somit nicht zwangsläufig negative gesundheitlichen Folgen mit sich führen. So kann ein und dieselbe Situation herausfordernd und motivierend, aber auch überfordernd wirken.<sup>95</sup> Die nachfolgende Abbildung acht gibt einen Überblick über die individuellen Voraussetzungen des Menschen, die einen Einfluss auf die Verarbeitung der physischen Belastung haben.

<sup>93</sup> vgl. *baua*, Psychische Belastung und Beanspruchung im Berufsleben, S. 10 f..

<sup>94</sup> *baua*, Psychische Belastung und Beanspruchung im Berufsleben, S. 10.

<sup>95</sup> vgl. *BMG*, Ratgeber zur Prävention und Gesundheitsförderung, S. 69.; *GDA*, Psychische Arbeitsbelastung und Gesundheit, S. 8.; *Hahnzog*, S., Psychische Gefährdungsbeurteilung, S. 17.; *Mainka-Riedel*, M., Stressmanagement, S. 1.; *Schwede*, J., ArbRAktuell 2019, 7 (9).



**Abbildung 8: Die individuelle Voraussetzungen des Menschen**

Quelle: in Anlehnung an baua, Psychische Belastung und Beanspruchung im Berufsleben, S. 11.

Merkmale, Eigenschaften und Verhaltensweisen des Menschen entscheiden also darüber, wie beanspruchend eine Tätigkeit oder Situation vom Einzelnen erlebt wird. Die individuellen Voraussetzungen des Menschen machen deutlich, dass auch das private Umfeld eines Arbeitnehmers Einfluss auf die wahrgenommene psychische Beanspruchung am Arbeitsplatz hat<sup>96</sup>. Die individuelle Bewältigungsstrategie unterstützt den Arbeitnehmer dabei, Aufgaben und Probleme zu lösen. Gleichzeitig kann sie dabei helfen, Hemmnisse und Schwierigkeiten abzubauen, beziehungsweise sich vor diesen zu schützen. Neben den individuellen Voraussetzungen, wie der individuellen Bewältigungsstrategie, ist die Stärke und Dauer der psychischen Belastung für die Ausprägung der psychischen Beanspruchung von Bedeutung.<sup>97</sup>

Der psychischen Beanspruchung kommt eine Doppelrolle zu. So kann die psychische Beanspruchung sowohl positiv als auch negativ wahrgenommen werden. Ebenso können die Auswirkungen einen kurzfristigen oder einen langfristigen Effekt haben. Die positive Ausprägung der psychischen Beanspruchung sorgt für eine Anregung und ist unter anderem Grundlage für Erfolgserlebnisse und Weiterentwicklung.<sup>98</sup> Im Folgenden wird die negative Ausprägung der psychischen Beanspruchung genauer betrachtet.

Die negative Ausprägung der psychischen Beanspruchung wird auch Beeinträchtigung genannt. Die individuellen Voraussetzungen des Arbeitnehmers werden über- oder unterfordert. Diese Form der psychischen Beanspruchung hat die Fehlbeanspruchung des Arbeitnehmers zur Folge. Bei der Überforderung werden die psychischen Belastungen zu viel und können nicht mehr kompensiert werden. Folge der Fehlbeanspruchung kann psychische Ermüdung, ein ermüdungsähnlicher Zustand oder Stress sein. Kurzfristig beeinträchtigende Beanspruchungen können langfristige gesundheitliche Beschwerden mit sich führen und Einfluss auf das Verhalten und die Arbeitsleistung der Arbeitnehmer haben. Kurzfristige

<sup>96</sup> vgl. Mainka-Riedel, M., Stressmanagement, S. 1, 23.

<sup>97</sup> vgl. baua, Psychische Belastung und Beanspruchung im Berufsleben, S. 10 ff..

<sup>98</sup> vgl. baua, Psychische Belastung und Beanspruchung im Berufsleben, S. 11.; GDA, Psychische Arbeitsbelastung und Gesundheit, S. 9.

Beanspruchungen und deren Folgen wirken sich somit wiederum wieder auf die individuellen Voraussetzungen des Menschen aus.<sup>99</sup> Langfristige psychische Belastungen können sich zu einer behandlungsbedürftigen psychischen Erkrankung entwickeln, dabei kann der Übergang fließend verlaufen<sup>100</sup>.

Damit die Arbeit so gestaltet werden kann, dass problematische Ausprägungen der psychischen Arbeitsfaktoren beseitigt oder im besten Falle auf ein angemessenes Maß reduziert werden, ist es wichtig, gemeinsam mit den Arbeitnehmern Gründe für belastende Situationen zu erforschen.<sup>101</sup> Erst, wenn die Gründe bekannt sind, können Beschäftigte aktiv werden und ein persönliches Belastungsmanagement entwickeln<sup>102</sup>.

Der Arbeitgeber ist auf die Mithilfe der Arbeitnehmer angewiesen, da es aufgrund der Individualität des Empfindens von psychischen Belastungen, oftmals schwierig ist eine psychische Belastung am Arbeitsplatz zu erkennen. Im Gegensatz zu physischen Arbeitsbelastungen existieren bei psychischen Belastungen keine Grenzwerte und Normen.<sup>103</sup>

### III Auswirkung der psychischen Belastungen auf Unternehmen

Es wurde bereits beschrieben, welche Auswirkungen eine psychische Belastung für den Arbeitnehmer hat. Im Folgenden werden die Auswirkungen einer psychischen Belastung für das Unternehmen, den Arbeitgeber, beschrieben. Dazu wird zunächst ein Blick auf die krankheitsbedingten Fehlzeiten geworfen, die in Zusammenhang mit einer psychischen Erkrankung stehen, bevor erläutert wird wie eine psychische Erkrankung dem Unternehmen schadet.

#### 1. Krankheitsbedingte Fehlzeiten

Das Fehlzeitengeschehen wird hauptsächlich von sechs Krankheitsarten dominiert. Die nachfolgende Abbildung neun führt den Anteil der Krankheitsarten am Fehlzeitengeschehen prozentual auf.

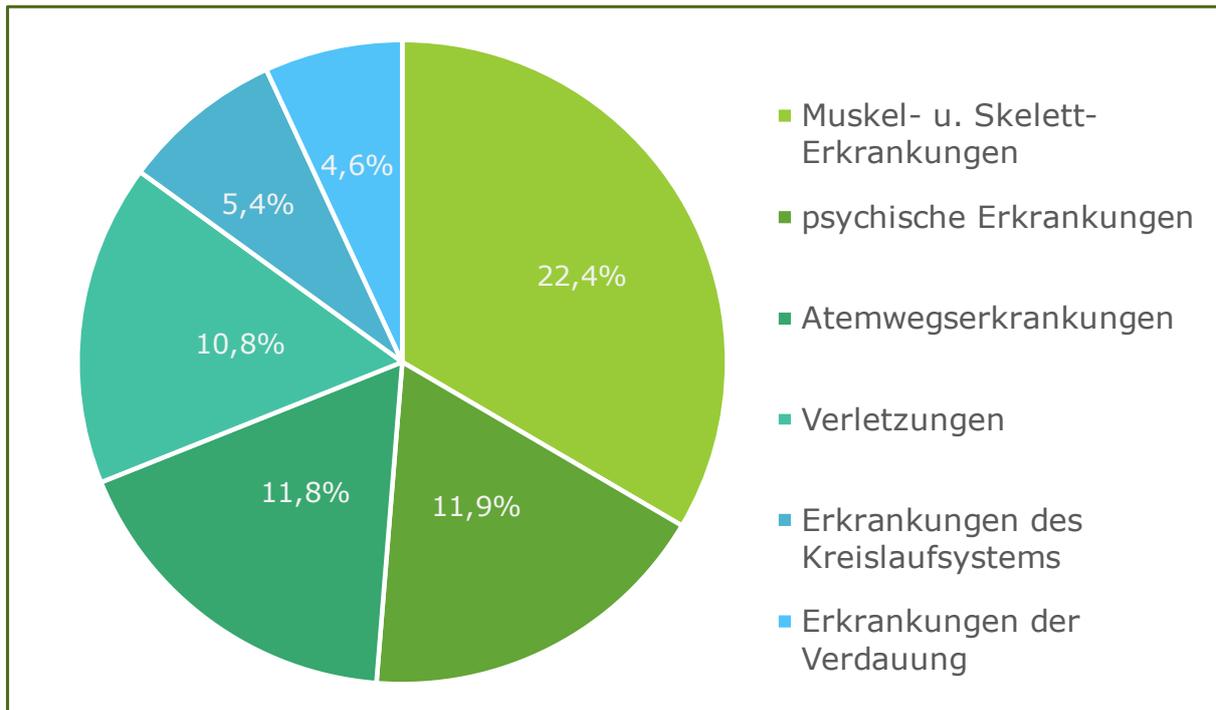
<sup>99</sup> vgl. *baua*, Psychische Belastung und Beanspruchung im Berufsleben, S. 12-14.; *BKK Dachverband*, Psychisch krank im Job, S. 24.; *GDA*, Psychische Arbeitsbelastung und Gesundheit, S. 9.

<sup>100</sup> vgl. *BKK Dachverband*, Psychisch krank im Job, S. 11, 35.

<sup>101</sup> vgl. *GDA*, Psychische Arbeitsbelastung und Gesundheit, S. 17.; *INQA*, o.J., *Kein Stress mit dem Stress! – So beugen Beschäftigte vor*, <https://bit.ly/2S0OnOt>, 17.03.2021.

<sup>102</sup> vgl. *GDA*, Psychische Arbeitsbelastung und Gesundheit, S. 17.; *INQA*, o.J., *Kein Stress mit dem Stress! – So beugen Beschäftigte vor*, <https://bit.ly/2S0OnOt>, 17.03.2021.

<sup>103</sup> vgl. *GDA*, Psychische Arbeitsbelastung und Gesundheit, S. 10.; *Hiendl, C.*, Achtsamkeit in Arbeitswelten, 197 (197).



**Abbildung 9: Der Anteil der Krankheitsarten am Fehlzeitengesehen**

Datenquelle: AOK, 2020, *Überblick: Fehlzeiten*, <https://bit.ly/3iKVeaj>, 20.05.2021.

Psychische Erkrankungen machen mit 11,9% den zweit größten Anteil am Fehlzeitengesehen aus.

Obwohl der Krankenstand unter den Erwerbstätigen in den vergangenen Jahren konstant geblieben ist, nimmt der Anteil der psychischen Erkrankungen kontinuierlich zu. Die Fehl-tage aufgrund einer psychischen Erkrankung haben sich seit 2000 auf 70 Millionen verdop-pelt, sodass jeder siebte Arbeitsunfähigkeitstag (15,6%) bei BKK-Versicherten im Jahr 2019 auf eine psychische Erkrankung zurückzuführen war.<sup>104</sup> Dabei führen psychische Er-krankungen mit durchschnittlich mehr als 35 Tagen zu deutlich längeren Fehlzeiten als beispielweise ein Infekt. Lediglich die Muskel-Skelett-Erkrankungen sind mit 22,4% für einen höheren Anteil am Fehlzeitengesehen verantwortlich.<sup>105</sup>

## 2. psychische Beanspruchung des Arbeitnehmers schadet auch dem Unter-nehmen

Eine psychische Beanspruchung hat nicht nur körperliche und/oder psychische Folgen für den Arbeitnehmer, sie wirken sich auch auf das Unternehmen aus. Folgen für ein Unter-nehmen ergeben sich nicht erst, wenn ein Mitarbeiter aufgrund einer psychischen Bean-spruchung krankheitsbedingt ausfällt.

Viele Arbeitnehmer gehen auch trotz psychischer Beschwerden oder anderer Erkrankungen zur Arbeit. Dies wird auch als Phänomen des Präsentismus beschrieben. Die einge-schränkte/**verminderte Leistungsfähigkeit** des anwesenden, aber belasteten bezie-hungsweise kranken Arbeitnehmers hat einen Produktivitätsverlust zur Folge.<sup>106</sup> Der

<sup>104</sup> vgl. *BKK Dachverband*, *Psychisch krank im Job*, S. 6 f.; *BMAS*, *Weissbuch Arbeiten 4.0*, S. 140.; *Techniker Krankenkasse*, *Entspann dich, Deutschland*, S. 2.

<sup>105</sup> vgl. *BKK Dachverband*, *Psychisch krank im Job*, S. 6 f.; *Mainka-Riedel, M.*, *Stressmanagement*, S. 23.; *Techniker Krankenkasse*, *Entspann dich, Deutschland*, S. 50.

<sup>106</sup> vgl. *Mainka-Riedel, M.*, *Stressmanagement*, S. 24.

Produktivitätsverlust hat wiederum einen Einfluss auf die **Wirtschaftlichkeit** des Unternehmens.

Fällt der Mitarbeiter aufgrund einer psychischen Beanspruchung krankheitsbedingt aus, wirkt sich dies aufgrund der **Mehrarbeit** der anderen Beschäftigten wiederum auf die Wirtschaftlichkeit des Unternehmens aus. Indem andere Beschäftigte versuchen die Aufgaben des erkrankten Beschäftigten zu übernehmen, entstehen häufig Überstunden, wodurch die Unternehmen für den krankheitsbedingten Ausfall doppelt zahlen müssen.<sup>107</sup> Gerade aufgrund der langen Ausfallzeiten bei psychischen Erkrankungen im Vergleich zu anderen Erkrankungen (siehe oben), ist die Mehrarbeit der anderen Beschäftigten ein nicht zu vernachlässigender Aspekt. Wird hier von Seiten des Unternehmens nicht entsprechend reagiert, kann die Mehrarbeit wiederum negative Folgen für den eigentlich gesunden Mitarbeiter mit sich bringen. Ein Teufelskreis kann hierbei nicht entsprechender Reaktion entstehen.<sup>108</sup>

Kehrt ein Betroffener nach einer überstandenen Erkrankung wieder zurück ins Unternehmen, hat dies weitere Folgen für das Unternehmen. „Je nach Schweregrad und konkreter Diagnose ist mit einer beruflichen Eingliederung von einem bis zu eineinhalb Jahren zu rechnen.“<sup>109</sup> Die berufliche Eingliederung kann sich auf diesen Zeitraum erstrecken, da der Betroffene nach seinem Ausfall zunächst weniger belastbar und leistungsfähig ist<sup>110</sup>.

#### IV Stellenwert der psychischen Gesundheit in der Arbeitswelt

Nachdem dargelegt wurde, was psychische Belastungsfaktoren sind und wie sich diese auf den Arbeitnehmer und Arbeitgeber auswirken, wird nachfolgend beschrieben welchen Stellenwert die psychische Gesundheit in der Arbeitswelt hat.

##### 1. Allgemeiner Stellenwert der psychischen Gesundheit in der Arbeitswelt

Menschen verbringen ca. 20% ihrer Lebenszeit und ca. ein Drittel des Tages bei der Arbeit<sup>111</sup>. Folglich haben die Arbeitsbedingungen bereits rein quantitativ einen großen Einfluss auf die Gesundheit der Beschäftigten und können sich je nach Ausprägung positiv oder negativ auf seine Gesundheit auswirken<sup>112</sup>.

„Bei 20 Mitarbeitenden ist es nicht unwahrscheinlich, dass zwei bis drei an einer psychischen Störung leiden.“<sup>113</sup> Das tückische an einer psychischen Störung ist, dass diese den Betroffenen nicht direkt angesehen werden kann, wie beispielsweise ein gebrochener Arm. Dazu kommt, dass Beschäftigte mit psychischen Problemen aus Angst ihre Erkrankung im Betrieb öffentlich zu machen diese häufig verschweigen. Dabei sind die Heilungschancen umso besser, je eher eine psychische Erkrankung erkannt und behandelt wird.<sup>114</sup> Indem Führungskräfte und Kollegen für das Thema sensibilisiert werden, kann ein offener Umgang

<sup>107</sup> vgl. *Gotwald, V.*, CSR und gesunde Führung, 153 (156).; *Mainka-Riedel, M.*, Stressmanagement, S. 23 f..

<sup>108</sup> vgl. *Gotwald, V.*, CSR und gesunde Führung, 153 (157).

<sup>109</sup> *Hahnzog, S.*, Psychische Gefährdungsbeurteilung, S. 21.

<sup>110</sup> vgl. *Hahnzog, S.*, Psychische Gefährdungsbeurteilung, S. 21.; *Mainka-Riedel, M.*, Stressmanagement, S. 23.

<sup>111</sup> vgl. *GDA*, Psychische Arbeitsbelastung und Gesundheit, S. 5.

<sup>112</sup> vgl. *baua, o.J.*, Betriebliches Gesundheitsmanagement, <https://bit.ly/3xphwSn>, 25.03.2021.; *BKK Dachverband*, Psychisch krank im Job, S. 16.; *BMAS*, Übersicht über das Arbeitsrecht / Arbeitsschutzrecht, Rn. 1, 12.; *Techniker Krankenkasse*, Entspann dich, Deutschland, S. 21.

<sup>113</sup> *BKK Dachverband*, Psychisch krank im Job, S. 61.

<sup>114</sup> vgl. *BKK Dachverband*, Psychisch krank im Job, S. 14.

mit dem Thema der psychischen Gesundheit erreicht werden, wodurch das Thema stückchenweise aus der Tabuzone geholt werden kann.<sup>115</sup>

Gute, gesundheitsförderliche Arbeitsbedingungen können dazu beitragen das psychische Wohlbefinden zu stärken, wohingegen belastende beziehungsweise beschwerende Arbeit dazu beitragen kann, dass die psychische Gesundheit instabil wird. Gesunde Bedingungen in Unternehmen zu fördern, hilft nicht nur dabei, krankheitsbedingte Fehlzeiten zu reduzieren beziehungsweise gering zu halten, es wird unter anderem auch das gesundheitsgerechte Verhalten der Beschäftigten gestärkt. Betriebliche Rahmenbedingungen, Strukturen und Arbeitsabläufe müssen geschaffen werden, die eine gesundheitsförderliche Gestaltung von Arbeit ermöglichen.<sup>116</sup> Ein gesundes Arbeitsumfeld zeichnet sich dadurch aus, dass die Gesundheit der Mitarbeiter und die Gesundheitsförderung eine Priorität haben und zum Teil des Arbeitslebens gemacht werden<sup>117</sup>. Angebote zur Gesundheitsförderung sollten dort zugänglich gemacht werden können, wo die Menschen die meiste Zeit verbringen<sup>118</sup>.

Ziel sollte es sein, „die Gesundheit bei arbeitsbedingten psychischen Belastungen zu schützen und zu stärken.“<sup>119</sup> und den Beschäftigten auf körperlicher, psychischer und motivationaler Ebene arbeitsfähig zu halten<sup>120</sup>.

## **2. Nutzen und Motivation aus Sicht des Arbeitgebers sich mit dem Thema der psychischen Gesundheit zu beschäftigen**

Trotz der technischen Fortschritte, die sich durch die Digitalisierung ergeben, stellen gesunde und motivierte Mitarbeiter einen entscheidenden Faktor für ein erfolgreiches Unternehmen dar<sup>121</sup>. Hierdurch erlangt die Gesundheit der Beschäftigten einen hohen Stellenwert für Unternehmen<sup>122</sup>. Bereits im vorherigen Abschnitt wurde die Wechselwirkung zwischen der Gesundheit der Mitarbeiter und ihrer Arbeitsfähigkeit dargestellt. Eine dauerhaft hohe Leistung, kann nur von gesunden Arbeitnehmern erbracht werden. Folglich trägt die Gesundheit der Beschäftigten maßgeblich zum wirtschaftlichen Erfolg von Unternehmen bei. Resiliente Beschäftigte machen ein Unternehmen funktions- und wettbewerbsfähig.<sup>123</sup>

Die nachfolgende Abbildung zehn gibt einen ersten Überblick darüber wofür Aktivitäten im Bereich der psychischen Gesundheitsförderung Einfluss haben. An die Abbildung anschließend werden die aufgeführten Aspekte beschrieben.

<sup>115</sup> vgl. Balikcioglu, J., NZA 2015, 1424 (1430).; Mainka-Riedel, M., Stressmanagement, S. 33 f..

<sup>116</sup> vgl. INQA, Psychische Gesundheit in der Arbeitswelt, S. 2.; Lütkehaus, I., SPA 2018, 105 (105).

<sup>117</sup> vgl. WHO, 2020, Occupational health: Stress at the workplace, <https://bit.ly/3iKtCBv>, 20.04.2021.

<sup>118</sup> vgl. BMG, Ratgeber zur Prävention und Gesundheitsförderung, S. 19.

<sup>119</sup> BMAS, Weissbuch Arbeiten 4.0, S. 137.

<sup>120</sup> vgl. Matyssek, A., CSR und gesunde Führung, 177 (187).

<sup>121</sup> vgl. Hänsel, M./Kaz, K., CSR und gesunde Führung, 2 (2).

<sup>122</sup> vgl. Lütkehaus, I., SPA 2018, 105 (105).

<sup>123</sup> vgl. Hahnzog, S., Psychische Gefährdungsbeurteilung, S. 10.; Mainka-Riedel, M., Stressmanagement, S. 213, 217.; Hänsel, M., CSR und gesunde Führung, 13 (16).



**Abbildung 10: Die Einflussfaktoren der Aktivitäten im Bereich der Förderung der psychischen Gesundheit**

Investitionen in die psychische Gesundheit der Beschäftigten tragen nicht ausschließlich dazu bei, die Leistungsfähigkeit und Motivation der Mitarbeiter zu erhöhen. Es lassen sich nicht nur die Krankenzustände gering halten, sondern die Produktivität und Wettbewerbsfähigkeit des Unternehmens erhöhen.<sup>124</sup> Aktivitäten im Bereich der betrieblichen Gesundheitsförderung können sich positiv auf die Mitarbeiterbindung und Identifikation mit dem Unternehmen auswirken und so einen positiven Effekt auf das Image des Unternehmens haben. Eine erhöhte Arbeitszufriedenheit wirkt sich positiv auf das Betriebsklima aus und kann dieses verbessern. Neben der Mitarbeiterbindung haben die Aktivitäten auch einen Einfluss auf die Mitarbeitergewinnung. Bewerber können sich aufgrund dieses Benefits bewusst für Unternehmen entscheiden.<sup>125</sup> Jedoch haben Investitionen in die psychische Gesundheit nicht nur durch die Mitarbeitergewinnung einen Einfluss auf eine nachhaltige Personalpolitik. Durch den Strukturwandel von der Industriegesellschaft zur Dienstleistungs- und Wissensgesellschaft<sup>126</sup> entsteht ein steigender Fachkräftebedarf. Der steigende Bedarf an Fachkräften kann allerdings nicht nur durch junge Fachkräfte gedeckt werden. Zur Deckung des steigenden Bedarfs ist es auch erforderlich, die Leistungsfähigkeit der Mitarbeiter bis ins hohe Alter zu erhalten.<sup>127</sup>

## V Rechtlicher Rahmen für den psychischen Gesundheitsschutz in der deutschen Gesetzgebung

Unternehmen sind in Deutschland gesetzlich dazu verpflichtet die Gesundheit und Sicherheit ihrer Beschäftigten zu schützen<sup>128</sup>. Die Beschreibung des rechtlichen Rahmens für den psychischen Gesundheitsschutz in der deutschen Gesetzgebung findet überblicksartig

<sup>124</sup> vgl. BKK Dachverband, Psychisch krank im Job, S. 30.

<sup>125</sup> vgl. Bundesministerium für Gesundheit, 2020, Betriebliche Gesundheitsförderung: Vorteile, <https://bit.ly/3pYZmnU>, 17.03.2021.; Hahnzog, S., Psychische Gefährdungsbeurteilung, S. 10.

<sup>126</sup> vgl. Schütte, M./Beermann, B., Stressreport Deutschland 2019, 18 (22).

<sup>127</sup> vgl. BMAS, Grünbuch – Arbeiten 4.0, S. 26.

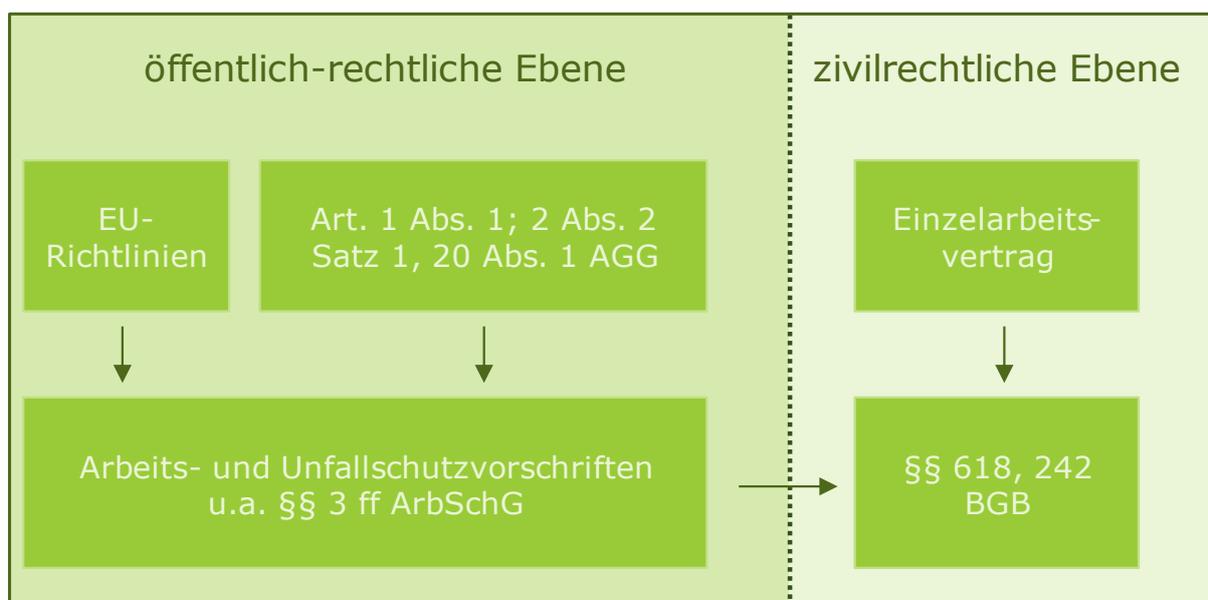
<sup>128</sup> vgl. BKK Dachverband, Psychisch krank im Job, S. 28.

statt. Dabei werden die entsprechenden sozialversicherungsrechtlichen Regelungen vernachlässigt. Auf eine vertiefte Betrachtung wird verzichtet, da durch die Ausführung lediglich die Notwendigkeit unterstrichen werden soll.

### 1. Einführung in das deutsche Arbeitsschutzrecht

Die Grundlage für das Arbeitsschutzrecht in Deutschland bilden die verfassungsrechtlich geschützten Grundrechte der Art. 1 Abs. 1 GG (Schutz der Menschenwürde), Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG (Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit) und Art. 20 Abs. 1 GG (Sozialstaatsprinzip)<sup>129</sup>. Mit der Schaffung des arbeitsschutzrechtlichen Rahmens ist der deutsche Gesetzgeber seiner verfassungsrechtlichen Pflicht die Sicherheit und Gesundheit der Beschäftigten bei der Arbeit zu gewährleisten nachgekommen<sup>130</sup>.

Im Deutschen Arbeitsschutz wird zwischen öffentlich-rechtlichen und zivilrechtlichen Pflichten unterschieden. Durch die beiden Ebenen haben die Pflichten eine doppelte Wirkung. Auf der einen Seite entsteht eine Verpflichtung gegenüber dem Staat beziehungsweise den Unfallversicherungsträgern (öffentlich-rechtliche Ebene) und zum anderen werden vertragliche Pflichten gegenüber dem Arbeitnehmer beziehungsweise Arbeitgeber begründet (zivilrechtliche Ebene).<sup>131</sup> Die nachfolgende Abbildung 11 stellt auf Seite 27 die beiden Ebenen bildlich dar.



**Abbildung 11: Die Doppelrolle des deutschen Arbeitsschutzrecht**

Quelle: in Anlehnung an *Kollmer/Klindt/Sucht*, ArbSchG, § 15 Rn. 26.

Das öffentlich-rechtliche Arbeitsschutzrecht findet sich in den Arbeitsschutz- und Unfallverhütungsvorschriften wieder und „dient in seiner Gesamtheit dem Ziel, einen wirksamen Arbeitsschutz in den Betrieben sicherzustellen“<sup>132</sup>. Es handelt sich dabei um unabdingbare Vertragspflichten des Arbeitgebers gegenüber seinen Beschäftigten. Wodurch die öffentlich-rechtlichen Arbeitsschutzrechte die zivilrechtliche Ebene des Arbeitsvertrags

<sup>129</sup> vgl. *Kollmer/Klindt/Sucht*, ArbSchG, § 15 Rn. 22.

<sup>130</sup> vgl. *Kollmer/Klindt/Sucht*, ArbSchG, § 15 Rn. 22.

<sup>131</sup> vgl. *Kollmer/Klindt/Sucht*, ArbSchG, § 15 Rn. 20.; *Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht/Kohte*, W., § 175 Rn. 45.

<sup>132</sup> *Kollmer/Klindt/Sucht*, ArbSchG, § 15 Rn. 23.

beeinflusst. Die arbeitsvertraglichen Pflichten des Arbeitgebers werden durch die öffentlich-rechtlichen Pflichten konkretisiert.<sup>133</sup>

Das grundlegende Gesetz für den Arbeitsschutz in Deutschland ist das 1996 verabschiedete Arbeitsschutzgesetz. Das Arbeitsschutzgesetz gilt gemäß § 1 Abs. 1 Satz 2 ArbSchG in allen Tätigkeitsbereichen. Es findet somit auch Anwendung in den Betrieben, die nicht in den Geltungsbereich des Betriebsverfassungsgesetzes oder der Personalvertretungsgesetze fallen.<sup>134</sup> Im Arbeitsschutzgesetz wird die Gesundheit der Beschäftigten ganzheitlich, das heißt die physische und psychische Verfassung, betrachtet (vgl. § 4 Nr. 1 ArbSchG).

Hauptadressat der Arbeitsschutz- und Unfallverhütungsvorschriften ist der Arbeitgeber. Verschiedene Vorschriften richten sich auch an die Beschäftigten.<sup>135</sup> In den nachfolgenden Abschnitten wird zunächst ein Überblick über die Pflichten des Arbeitgebers gegeben bevor abschließend kurz auf die Rechte der Beschäftigten eingegangen wird.

## 2. Pflichten des Arbeitgebers

Der Arbeitgeber muss alle ihm zumutbaren und möglichen Maßnahmen ergreifen, um gesundheitsunschädliche Arbeitsbedingungen zu gewährleisten<sup>136</sup>.

Diese Verantwortung des Arbeitgebers, die arbeitsvertraglichen Pflichten und die öffentlich-rechtlichen Arbeitsschutzvorschriften einzuhalten, ergibt sich insbesondere aus § 618 BGB und §§ 3 ff. ArbSchG. Darüber hinaus hat der Arbeitgeber gegenüber seinen Beschäftigten eine Vorbildfunktion.<sup>137</sup> Nachfolgend wird zunächst auf die Pflichten des Arbeitgebers aus dem Arbeitsvertrag eingegangen, bevor auf die öffentlich-rechtlichen Arbeitsschutzvorschriften des Arbeitsschutzgesetzbuches betrachtet werden.

### a) Pflichten aus dem Arbeitsvertrag

Der Arbeitgeber ist nach Abschluss des Arbeitsvertrages nicht nur zur Zahlung des Arbeitsentgelts an den Beschäftigten verpflichtet (vgl. §§ 611a Abs. 2, 612 Abs. 1 BGB).

Nach § 241 BGB ist bei einem Schuldverhältnis Rücksicht auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des anderen Teils zu nehmen. Diese Pflichten werden auch als Nebenpflichten eines Schuldverhältnisses bezeichnet, da sie nicht-leistungsbezogen sind (vgl. § 241 Abs. 1 BGB). Somit ist der Arbeitgeber nebenvertraglich dazu verpflichtet angemessene Maßnahmen zum Schutz des Lebens, der Gesundheit und der Persönlichkeit der Arbeitnehmer zu ergreifen (vgl. BAG von 14.6.2016 – 9 AZR 181/15, BAGE 155, 257, NZA-RR 2016, 565 (Rn. 21); NZA 2017, 63; BAG von 6.5.2014 – 9 AZR 575/12, NJOZ 2014, 1818 (Rn. 14); NZA 2014, 1232)<sup>138</sup>.

Die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers aus § 618 Abs. 1 BGB ist damit eine arbeitsvertragliche Nebenpflicht<sup>139</sup>. Sie kann gemäß § 619 BGB im Voraus nicht durch vertragliche Regelungen (Arbeitsvertrag, Tarifvertrag oder einer Betriebsvereinbarung) ausgeschlossen werden, sie ist unabdingbar. Der Arbeitgeber ist nach § 618 BGB (§ 62 Abs. 1 HGB) dazu verpflichtet, dem Arbeitnehmer einen arbeits- und gesundheitsschutzkonformen Arbeitsplatz

<sup>133</sup> vgl. *Erfurter Kommentar/Wank*, Arbeitsrecht, § 16 Rn. 1.; *Kollmer/Klindt/Sucht*, ArbSchG, § 15 Rn. 3, 20.

<sup>134</sup> vgl. *Balikcioglu, J.*, NZA 2015, 1424 (1425).; *Pieper, R.*, ArbSchR, S. 262 Rn. 2.

<sup>135</sup> vgl. *Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht/Kohte, W.*, § 175 Rn. 44.

<sup>136</sup> vgl. *Bentner, A.*, Gesundheitsmanagement für Einsteiger, S. 7.; *Krieger, S./Rudnik, T./Povedano Peramato, A.*, NZA 2020, 473 (475).; *Lütkehaus, I.*, SPA 2018, 105 (105).

<sup>137</sup> vgl. *BMAS*, Übersicht über das Arbeitsrecht / Arbeitsschutzrecht, Rn. 55, 402.

<sup>138</sup> vgl. *Fuhlrott, M./Fischer, K.*, NZA 2020, 345 (349).

<sup>139</sup> vgl. *Kollmer/Klindt/Sucht*, ArbSchG, § 15 Rn. 21.

zur Verfügung zu stellen. Eingangs wurde bereits dargelegt, dass die zivilrechtlichen Pflichten des Arbeitgebers durch die öffentlich-rechtlichen Arbeits- und Unfallschutzvorschriften konkretisiert werden. Für den Arbeitgeber ergeben sich durch die Verpflichtung einen arbeits- und gesundheitskonformen Arbeitsplatz zur Verfügung zu stellen, unter anderem folgende Pflichten:

- > Angemessene arbeitsmedizinische Vorsorge<sup>140</sup>,
- > Arbeitsgestaltung mit möglichst geringer Lebens- und Gesundheitsgefährdung<sup>141</sup>,
- > Durchführung einer physischen und psychischen Gefährdungsbeurteilung, „um vorhandene Gefährdungen zu erkennen und dafür passende Schutzmaßnahmen einzuleiten“<sup>142</sup>.

Die Interessenswahrnehmungspflicht des Arbeitgebers, die aus § 618 Abs. 1 BGB abgeleitet wird, bezieht sich auf die physische und psychische Gefährdung von Leben, Körper und Gesundheit<sup>143</sup>. Folglich muss der Arbeitgeber in Erfüllung seiner arbeitsvertraglichen Nebenpflicht auch angemessene Maßnahmen zum Schutz der psychischen Gesundheit ergreifen.

Auf die beiden letztgenannten Pflichten des Arbeitgebers wird im Abschnitt des Arbeitsschutzrechts eingegangen. Die erstgenannte Pflicht der angemessenen arbeitsmedizinischen Vorsorge wird bei der weiteren Betrachtung vernachlässigt.

#### **b) Arbeitsschutzrecht**

Die öffentlich-rechtlichen Pflichten des Arbeitgebers ergeben sich aus den Arbeits- und Unfallschutzvorschriften. Die überblicksartige Betrachtung der öffentlich-rechtlichen Pflichten des Arbeitgebers wird auf die Bestimmungen des Arbeitsschutzgesetzes und dabei auf die psychische Gefährdungsbeurteilung und die Unterweisungspflicht des Arbeitgebers eingeschränkt. Im Anschluss an die Betrachtung der Gefährdungsbeurteilung und der Unterweisungspflicht des Arbeitgebers werden noch die Punkte Arbeitsschutz im Homeoffice und die Folgen eines Verstoßes gegen das Arbeitsschutzrecht oberflächlich angesprochen.

Die Grundpflicht des Arbeitgebers ergibt sich aus §§ 3, 4 ArbSchG. Gemäß §§ 3, 4 ArbSchG ist der Arbeitgeber verpflichtet, die Arbeitsplätze seiner „Beschäftigten so zu gestalten, dass eine Gefährdung für das Leben sowie die physische und psychische Gesundheit möglichst vermieden und die verbleibende Gefährdung möglichst gering gehalten wird“<sup>144</sup>. Einen Überblick über die weiteren Pflichten des Arbeitgebers aus dem ArbSchG lässt sich der nachfolgenden Abbildung 12 entnehmen.

<sup>140</sup> vgl. *Bentner, A.*, Gesundheitsmanagement für Einsteiger, S. 6 f..

<sup>141</sup> vgl. *Bentner, A.*, Gesundheitsmanagement für Einsteiger, S. 6 f..

<sup>142</sup> *Bentner, A.*, Gesundheitsmanagement für Einsteiger, S. 6 f..

<sup>143</sup> vgl. *Kollmer/Klindt/Sucht*, ArbSchG, § 15 Rn. 1.

<sup>144</sup> *Balikcioglu, J.*, NZA 2015, 1424 (1425).



**Abbildung 12: Übersicht der Pflichten des Arbeitgebers aus dem Arbeitsschutzgesetz**

Im Folgenden wird ausführlicher auf die Gefährdungsbeurteilung (§ 5 ArbSchG) und die Unterweisungspflicht (§ 12 ArbSchG) eingegangen.

### **Die (psychische) Gefährdungsbeurteilung (§ 5 ArbSchG)**

Das zentrale Element im Arbeitsschutz zur Steuerung der betrieblichen Arbeitsschutzaktivitäten ist die Gefährdungsbeurteilung. Die Gefährdungsbeurteilung soll dabei helfen, die betrieblichen Arbeitsschutzaktivitäten zielgerichtet und wirkungsvoll ausrichten zu können.<sup>145</sup> Der Arbeitgeber ist nach § 5 Abs. 1 ArbSchG verpflichtet, durch eine Beurteilung die Gefährdung zu ermitteln, die für die Beschäftigten mit ihrer Arbeit verbunden sind. Auf Grundlage der Gefährdungsbeurteilung ist der Arbeitgeber verpflichtet entsprechende Schutzmaßnahmen zu ergreifen und diese zu dokumentieren (vgl. §§ 5 Abs. 1 HS 2, 6 Abs. 1 ArbSchG). Dies wird in der nachfolgenden Abbildung 13 auf Seite 31 grafisch dargestellt.

<sup>145</sup> vgl. GDA, Empfehlungen zur Umsetzung der Gefährdungsbeurteilung psychischer Belastung, S. 5.



**Abbildung 13: Der Weg von der psychischen Gefährdungsbeurteilung zu unternehmensspezifischen Maßnahmen**

Die ergriffenen Schutzmaßnahmen muss der Arbeitgeber gemäß § 6 Abs. 1 Satz 1 HS 2 ArbSchG überprüfen und gegebenenfalls anpassen. Somit kann die Gefährdungsbeurteilung nicht nur einmal durchgeführt werden – es ist ein Zyklus, der regelmäßig überprüft werden muss<sup>146</sup>.

Seit dem 01.01.2014 ist der Arbeitgeber explizit auch dazu verpflichtet, die psychische Belastung seiner Mitarbeiter bei der Arbeit zu beurteilen und zu dokumentieren. In § 5 Abs. 3 Nr. 6 ArbSchG wird die psychische Belastung ausdrücklich als Gefährdungsfaktor genannt, womit sie neben anderen Faktoren bei der Beurteilung der Arbeitsbedingungen berücksichtigt werden muss. Somit haben psychische Belastungen im Arbeitsschutz den gleichen Stellenwert wie physische Belastungen bei der Arbeit.<sup>147</sup> Es besteht keine Pflicht die psychischen Belastungen bei der Arbeit in einer gesonderten Gefährdungsbeurteilung zu behandeln<sup>148</sup>. Hat die Gefährdungsbeurteilung arbeitsbedingte psychische Belastungen als Ursache von Fehlbeanspruchungen der Beschäftigten als Ergebnis, „muss der Arbeitgeber mit entsprechenden Schutzmaßnahmen reagieren, [...] beispielsweise die Arbeitsaufgabe anpassen, erforderliche Arbeitsmittel zur Verfügung stellen oder die Arbeitszeitgestaltung ändern“<sup>149</sup>.

Obwohl die psychische Gefährdungsbeurteilung gesetzlich verpflichtend ist und ein zentrales Instrument zur zielgerichteten Gestaltung der betrieblichen Gesundheitsförderung darstellt, kommen lediglich circa 20% der Unternehmen ihrer gesetzlichen Verpflichtung nach. Ursache für diese geringe Quote ist die Unsicherheit in den Unternehmen darüber, was psychische Belastungen bei der Arbeit sind und mit welchen Methoden/Verfahren sie ermittelt werden können.<sup>150</sup> Ein weiterer Punkt, der die Akzeptanz der psychischen

<sup>146</sup> vgl. *Balikcioglu, J.*, NZA 2015, 1424 (1427).

<sup>147</sup> vgl. *Hahnzog, S.*, Psychische Gefährdungsbeurteilung, S. 1.; *Kollmer/Wiebauer/Sucht, ArbStättV*, Rn 21.; *Landmann/Rohmer/Wiebauer, GewO*, Rn. 16.; *Schütte, M./Beermann, B.*, Stressreport Deutschland 2019, 18 (18).; *Stück, V.*, ArbRAktuell 2015, 515 (517).

<sup>148</sup> vgl. *GDA*, Empfehlungen zur Umsetzung der Gefährdungsbeurteilung psychischer Belastung, S. 5.

<sup>149</sup> *Landmann/Rohmer/Wiebauer, GewO*, Rn. 25.

<sup>150</sup> vgl. *BMAS*, Übersicht über das Arbeitsrecht / Arbeitsschutzrecht, Rn. 55.; *Stück, V.*, ArbRAktuell 2015, 515 (515).

Gefährdungsbeurteilung beeinflusst ist das Missverständnis über den Zweck. Bei der psychischen Gefährdungsbeurteilung geht es, anders wie häufig verstanden, nicht darum die psychische Verfassung eines konkreten Mitarbeiters zu identifizieren, sprich zu erkennen, ob er unter einem psychischen Problem leidet beziehungsweise eine psychische Erkrankung hat. Vielmehr sollen gefährdende Faktoren der Arbeitsumgebung infiziert werden, damit die entsprechenden Maßnahmen ergriffen werden können, die diese Gefährdungen minimieren beziehungsweise im optimalen Falle beseitigen können. Um dies sicherstellen zu können, muss der Arbeitgeber nach § 5 Abs. 2 ArbSchG bei der Gefährdungsbeurteilung nicht jeden Mitarbeiter im Unternehmen befragen. Die Mitarbeiter sollen nach Tätigkeit und den spezifischen Tätigkeitsanforderungen sinnvoll zusammengefasst werden. Damit setzt die Gefährdungsbeurteilung bei der Verhältnisprävention an.<sup>151</sup>

### **Die Unterweisungspflicht des Arbeitgebers (§ 12 ArbSchG)**

Der Arbeitgeber hat seine Beschäftigten gemäß § 12 Abs. 1 Satz 1 ArbSchG über die Sicherheit und den Gesundheitsschutz bei der Arbeit ausreichend und angemessen zu unterweisen. Dabei ist die Unterweisung nach § 12 Abs. 1 Satz 4 ArbSchG an die Gefährdungsentwicklung anzupassen und regelmäßig zu wiederholen. Grundlage für die Unterweisung bilden die Ergebnisse der Gefährdungsbeurteilung. Durch die Unterweisung des Arbeitgebers sollen Arbeitnehmer dazu befähigt werden, die Gefährdungen und Gefahren an ihrer Tätigkeit/am Arbeitsplatz zu erkennen, die ergriffenen Arbeitsschutzmaßnahmen nachvollziehen und sich bei ihrer Durchführung aktiv beteiligen zu können, um Gefahren vermeiden zu können. Somit bildet die Unterweisung des Arbeitgebers die Grundlage für die Pflichten der Beschäftigten.<sup>152</sup> Auf die Pflichten der Beschäftigten wird im nachfolgenden Kapitel überblicksartig eingegangen.

Bezogen auf die psychische Gesundheit ist der Arbeitgeber durch seine Unterweisungspflicht dazu verpflichtet, seinen Beschäftigten „mögliche Abhilfemaßnahmen bei psychischer Fehlbeanspruchung an die Hand zu geben“<sup>153</sup>.

### **Der Arbeitsschutz im Homeoffice**

Die Bestimmungen des Arbeitsschutzgesetzes gelten auch für Arbeitsplätze im Homeoffice. Welche arbeitsschutzbezogenen Maßnahmen der Arbeitgeber dabei konkret ergreifen muss ist abhängig vom Einzelfall, da der Arbeitgeber wegen Art. 13 Abs. 1 GG (Schutz des wohnlichen Umfeldes) nur begrenzte Zugriffsmöglichkeiten auf den heimischen Arbeitsplatz des Arbeitnehmers hat. Im Vordergrund stehen die bereits ausgeführten arbeitsschutzbezogenen Maßnahmen der Gefährdungsbeurteilung (§ 5 ArbSchG) und der Unterweisung des Arbeitnehmers (§ 12 ArbSchG).<sup>154</sup>

#### **c) Folge von Verstößen des Arbeitgebers**

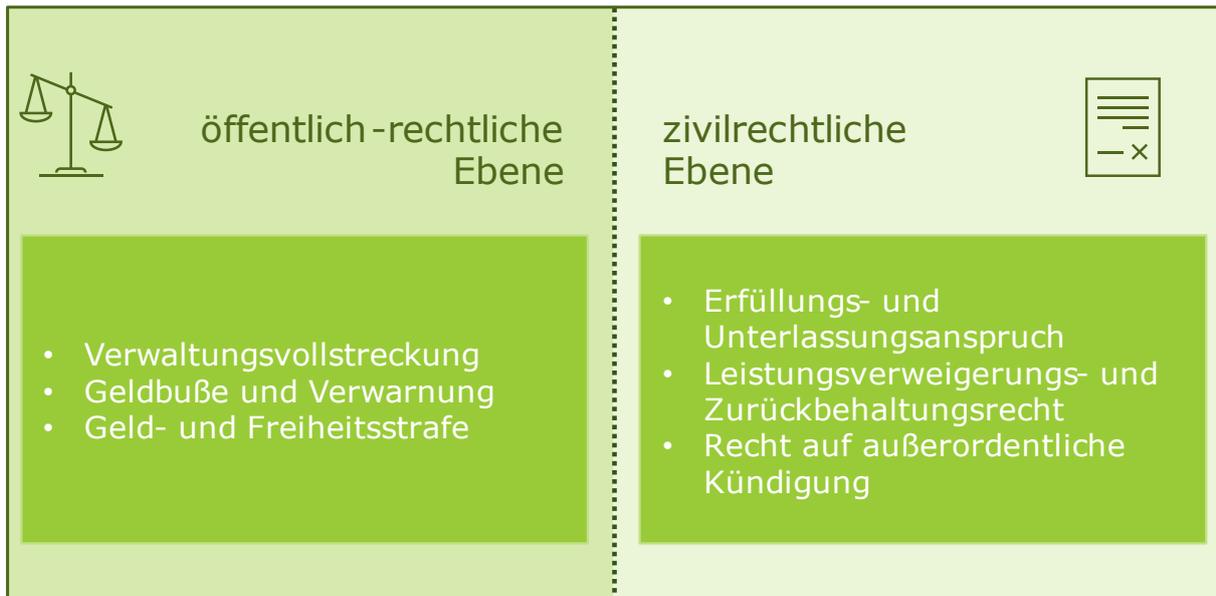
Im Falle von Verstößen gegen die Arbeits- und Unfallschutzbestimmungen muss der Arbeitgeber mit Sanktionen auf der zivilrechtlichen und/oder der öffentlich-rechtlichen Ebene rechnen. Die nachfolgende Abbildung 14 stellt dar, mit welchen Folgen der Arbeitgeber auf der jeweiligen Seite rechnen muss.

<sup>151</sup> vgl. *Balikcioglu, J.*, NZA 2015, 1424 (1426).; *GDA*, Empfehlungen zur Umsetzung der Gefährdungsbeurteilung psychischer Belastung, S. 5; *Hahnzog, S.*, Psychische Gefährdungsbeurteilung, S. 29.

<sup>152</sup> vgl. *Krieger, S./Rudnik, T./Povedano Peramato, A.*, NZA 2020, 473 (479).; *Pieper, R.*, ArbSchR, S. 241 Rn. 1, S. 243 Rn. 3b.

<sup>153</sup> *Landmann/Rohmer/Wiebauer, GewO*, Rn 25.

<sup>154</sup> vgl. *Krieger, S./Rudnik, T./Povedano Peramato, A.*, NZA 2020, 473 (479).



**Abbildung 14: Die Folgen von Verstößen des Arbeitgebers gegen Arbeits- und Unfallschutzbestimmungen**

Nachfolgend wird überblicksartig auf die Rechtsfolgen in der öffentlich-rechtlichen Ebene eingegangen. Auf die zivilrechtlichen Rechtsfolgen wird zusammenfassend im Abschnitt „Rechte, wenn der Arbeitgeber gegen seine Pflichten zum Schutz von Leben und Gesundheit verstößt“ ab Seite 36 eingegangen.

Zur Durchsetzung der Arbeitsschutz- und Unfallverhütungsvorschriften können die zuständigen Arbeitsschutzbehörden und die Träger der gesetzlichen Unfallversicherung Zwangsmittel aus dem Verwaltungsvollstreckungsrecht der Länder bzw. des Bundes einsetzen<sup>155</sup>.

Zuwiderhandlungen gegen Vorschriften des Arbeitsschutzgesetzes bleiben für den Arbeitgeber nicht folgenlos. Sie werden nach § 25 ArbSchG als Ordnungswidrigkeit oder nach § 26 ArbSchG als Straftat geahndet. Dabei ist die Form der Ahndung abhängig von der Schwere der Umstände. Zuständig für die Verhängung von einer Geldbuße oder Verwarnung im Sinne des Ordnungswidrigkeitenrechtes sind auch hier die zuständigen Arbeitsschutzbehörden und die Träger der gesetzlichen Unfallversicherung<sup>156</sup>. Der Straftatbestand des § 26 ArbSchG „knüpft an die Bußgeldtatbestände des § 25 [ArbSchG] an und sanktioniert die dort geregelten Pflichtverletzungen mit Strafe, wenn erschwerende Umstände hinzukommen“<sup>157</sup>. Liegt nicht nur eine konkrete Gesundheitsgefahr vor, sondern werden Arbeitnehmer auch tatsächlich in ihrer Gesundheit geschädigt oder kommen schlimmstenfalls ums Leben, sind darüber hinaus die allgemeinen Straftatbestände des Strafgesetzbuches (nachfolgend StGB) einschlägig. Als allgemeine Straftatbestände des StGB sind in diesem Zusammenhang vor allem die fahrlässige Körperverletzung (§ 229 StGB) und die fahrlässige Tötung (§ 222 StGB) zu verstehen.<sup>158</sup>

### 3. Rechte und Pflichten des Arbeitnehmers

Es wurde bereits dargelegt, dass der Arbeitnehmer durch die Unterweisung des Arbeitgebers dazu in der Lage sein soll, die Arbeitsschutzmaßnahmen nachvollziehen und sich an ihrer Umsetzung aktiv beteiligen zu können. Im nachfolgenden wird dargelegt, welche

<sup>155</sup> vgl. *Erfurter Kommentar/Wank*, Arbeitsrecht, § 16 Rn. 76.

<sup>156</sup> vgl. *Erfurter Kommentar/Wank*, Arbeitsrecht, § 16 Rn. 77.

<sup>157</sup> *Wiebauer, B.*, Gewerbeordnung, § 26 Rn. 1.

<sup>158</sup> vgl. *Wiebauer, B.*, Gewerbeordnung, § 26 Rn. 2.

Pflichten und Recht der Arbeitnehmer bezogen auf den Gesundheitsschutz im Unternehmen hat.

#### a) Pflichten aus dem Arbeitsvertrag

Der Arbeitnehmer verpflichtet sich durch den Arbeitsvertrag seine Arbeitskraft dem Arbeitgeber zu Verfügung zu stellen (vgl. § 611a Abs. 1 Satz 1 BGB). Damit er seine Arbeitskraft zur Verfügung stellen und leistungsfähig sein kann, muss der Arbeitnehmer außerhalb seiner Arbeitszeit für die ausreichende Regeneration sorgen<sup>159</sup>. Diese privatrechtlichen Nebenpflichten der Beschäftigten ergeben sich für die leistungsbezogenen Nebenpflichten aus § 242 BGB und für die nicht-leistungsbezogenen Nebenpflichten aus § 241 II BGB<sup>160</sup>.

#### b) Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsschutz

Die öffentlich-rechtlichen Rechte und Pflichten der Beschäftigten ergeben sich unter anderem aus §§ 15-17 ArbSchG. Durch sie soll zum Ausdruck kommen, dass Arbeits- und Unfallverhütungsvorschriften und Schutzmaßnahmen, die vom Arbeitgeber getroffen wurden ihren Zweck nur erreichen, wenn sich alle Beteiligten, sprich Arbeitgeber und Arbeitnehmer, sicherheitsgerecht verhalten und Arbeitnehmer bei der betrieblichen Arbeitsschutz-aufgabe aktiv mitwirken.<sup>161</sup>

Gemäß § 15 Abs. 1 Satz 1 ArbSchG sind auch die Beschäftigten unter bestimmten Voraussetzungen dazu verpflichtet, nach ihren Möglichkeiten für ihre Sicherheit und Gesundheit bei der Arbeit Sorge zu tragen. Grundlage für die Pflicht des Arbeitnehmers ist die Unterweisungspflicht (§ 12 ArbSchG) des Arbeitgebers (siehe oben). § 15 Abs. 2 ArbSchG konkretisiert die Pflicht des Arbeitnehmers für seine eigene Sicherheit und Gesundheit zu sorgen in Bezug auf die bestimmungsgemäße Verwendung von Arbeitsmitteln, Schutzvorrichtungen und der persönlichen Schutzausrüstung.<sup>162</sup>

Nach § 16 ArbSchG hat der Arbeitnehmer eine besondere Unterstützungspflicht. Die Beschäftigten haben „festgestellte unmittelbare erhebliche Gefahren für die Sicherheit und Gesundheit“ und Defekte an den Schutzsystemen dem Arbeitgeber oder dem zuständigen Vorgesetzten unverzüglich mitzuteilen (vgl. § 16 Abs. 1 BGB). Diese Pflicht der Beschäftigten soll sie im Hinblick auf ihre eigene Rolle im Rahmen des betrieblichen Arbeitsschutzes sensibilisieren.<sup>163</sup>

Die Pflichten der Beschäftigten aus § 15 und § 16 ArbSchG gelten nicht nur für Tätigkeiten in der betrieblichen Arbeitsstätte, sie müssen auch von den Beschäftigten im Homeoffice beachtet werden.<sup>164</sup>

Durch das Vorschlagerecht in § 17 Abs. 1 ArbSchG werden die Beschäftigten aktiv in den Entscheidungsprozess der Gestaltung des innerbetrieblichen Arbeitsschutzes einbezogen. Die Arbeitnehmer haben das Recht Vorschläge zur Gestaltung zu machen, wenn diese Vorschläge einen Bezug zur Arbeitssicherheit und zum Gesundheitsschutz haben.<sup>165</sup>

<sup>159</sup> vgl. *Techniker Krankenkasse*, Entspann dich, Deutschland, S. 54.

<sup>160</sup> vgl. *Erfurter Kommentar/Wank*, Arbeitsrecht, § 16 Rn. 1.

<sup>161</sup> vgl. *BMAS*, Übersicht über das Arbeitsrecht / Arbeitsschutzrecht, Rn. 68.; *Hahnzog, S.*, Psychische Gefährdungsbeurteilung, S. 14.; *Krieger, S./Rudnik, T./Povedano Peramato, A.*, NZA 2020, 473 (475).; *Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht/Kiel, H./Lunk, S./Oetker, H.*, § 176 Rn. 62.

<sup>162</sup> vgl. *Kollmer/Klindt/Sucht*, ArbSchG, § 15 Rn. 2.; *Pieper, R.*, ArbSchR, S. 264 Rn. 4

<sup>163</sup> vgl. *Kollmer/Klindt/Sucht*, ArbSchG, § 16 Rn. 2.

<sup>164</sup> vgl. *Kollmer/Klindt/Sucht*, ArbSchG, § 16 Rn. 2.

<sup>165</sup> vgl. *Kollmer/Klindt/Sucht*, ArbSchG, § 16 Rn. 7, 12.

Weitere Rechte der Beschäftigten ergeben sich aus § 17 Abs. 2, 9 Abs. 2, Abs. 3 und § 11 ArbSchG. Auf die Ausführung dieser Rechte wird verzichtet.

**c) Rechte des Arbeitnehmers, wenn der Arbeitgeber gegen seine Pflichten zum Schutz von Leben und Gesundheit verstößt**

Beschäftigte haben die Möglichkeit durch gewisse (arbeits-)vertragliche Instrumente die Einhaltung der arbeitsvertraglichen Nebenpflichten des Arbeitgebers aus § 618 Abs. 1 BGB i.V.m. dem öffentlich-rechtlichen Arbeitsschutzrecht durchzusetzen bzw. etwaige Verstöße zu sanktionieren.<sup>166</sup> Insbesondere sind dies folgende Ansprüche bzw. Rechte:

- > Erfüllungs- und Unterlassungsklage,
- > Zurückbehaltungs- und Leistungsverweigerungsrecht,
- > Anspruch auf Schadensersatz und Schmerzensgeld.

Der Beschäftigte kann den Arbeitgeber bei Verletzung seiner Schutzpflicht aus § 618 Abs. 1 BGB i.V.m. dem öffentlichen Arbeitsschutz auf die Erfüllung der Schutzpflicht bzw. der Unterlassung der Pflichtverletzung verklagen.

Weiter steht dem Beschäftigten ein Leistungsverweigerungs- bzw. Zurückbehaltungsrecht gemäß § 273 BGB zu, wenn der Arbeitgeber seine Schutzpflicht nicht erfüllt und den Arbeitgeber dadurch in Gefahr bringt. Bei unerheblichen Gefährdungen ist eine vorherige Abmahnung des Arbeitgebers durch den Arbeitnehmer erforderlich. Sobald der Beschäftigte den Arbeitnehmer auf den Missstand hinweist und ihm mitteilt, dass er seine Arbeit solange einstellt, bis der Arbeitgeber seinerseits die Schutzpflicht erfüllt hat, gerät der Arbeitgeber gemäß §§ 293, 295 S. 2 BGB in Annahmeverzug.<sup>167</sup>

Ebenso kann der Arbeitnehmer bei einer Schutzpflichtverletzung, durch die sein Leben und die Gesundheit beeinträchtigt wurde, Anspruch auf Schadensersatz und Schmerzensgeld aus §§ 280 Abs. 1, 253 Abs. 1 BGB geltend machen. Liegt gleichzeitig eine unerlaubte Handlung des Arbeitgebers vor, steht dem Beschäftigten auch der Anspruch auf Schadensersatz aus § 823 Abs. 1 BGB nach § 618 Abs. 3 BGB zu.

Die Haftung des Arbeitgebers wird eingeschränkt bzw. ausgeschlossen, wenn die Pflichtverletzung gleichzeitig zu einem Arbeitsunfall im Sinne des SGB II geführt hat.<sup>168</sup>

Daneben steht dem Arbeitnehmer noch ein Recht auf eine außerordentliche Kündigung gemäß § 626 BGB zu, wenn der Arbeitgeber seine Rücksichtnahmepflicht (vgl. § 241 Abs. 2 BGB) massiv verletzt hat. Dabei ist die Intensität der Pflichtverletzung maßgeblich.<sup>169</sup>

**VI Die Aufgabe des betrieblichen Gesundheitsmanagements**

Das betriebliche Gesundheitsmanagement (nachfolgend BGM) ist aus modernen Unternehmen nicht mehr wegzudenken, da dessen Einführung die wichtigste Maßnahme zum innerbetrieblichen Gesundheitsschutz darstellt<sup>170</sup>. Im nachfolgenden werden die Aufgaben und Ziele des BGM im Allgemeinen beschrieben. Anschließend wird die Betrachtung auf die

<sup>166</sup> vgl. *Kollmer/Klindt/Sucht*, ArbSchG, § 15 Rn. 25.

<sup>167</sup> vgl. *Kollmer/Klindt/Sucht*, ArbSchG, § 15 Rn. 26.

<sup>168</sup> vgl. *BMAS*, Übersicht über das Arbeitsrecht / Arbeitsschutzrecht, S. 414.

<sup>169</sup> vgl. *MüKo/Henssler*, BGB, Rn. 304.

<sup>170</sup> vgl. *INQA, o.J., In 7 Schritten zum betrieblichen Gesundheitsmanagement*, <https://bit.ly/3vzomTT>, 17.03.2021.; *Schwede, J.*, ArbRAktuell 2019, 7 (7).

betriebliche Gesundheitsförderung eingeschränkt. Abschließend werden die Erfolgsfaktoren für eine erfolgreiche Gesundheitsförderung darlegt.

### 1. Beschreibung der Aufgaben und Ziele

Im BGM werden alle Aktivitäten zum Erhalt und zur Förderung von Gesundheit und Wohlbefinden der Beschäftigten am Arbeitsplatz zusammengefasst und es kann somit auch als Dach für alle gesundheitsbezogenen Maßnahmen im Unternehmen verstanden werden<sup>171</sup>.

Ziel des BGM ist es, betriebliche Rahmenbedingungen, Strukturen und Prozesse zu entwickeln, sodass Arbeit und Organisation gesundheitsförderlich gestaltet werden. Dadurch wird unter anderem die persönliche Ressource der Mitarbeiter in der Organisation gestärkt.<sup>172</sup> Durch Aktivitäten im BGM-Bereich hält das Unternehmen nicht nur rechtliche Vorschriften ein und verbessert seine Arbeitsbedingungen. Das Unternehmen investiert in die persönliche Ressource beziehungsweise die Gesundheit seiner Beschäftigten. Effekte der Aktivitäten können unter anderem auch die Steigerung der Attraktivität des Unternehmens als Arbeitgeber, die Erhöhung der Leistungsfähigkeit und Leistungsbereitschaft der Belegschaft sowie die Steigerung der Identifikation der Mitarbeiter mit dem Arbeitgeber sein.<sup>173</sup>

Das moderne BGM berücksichtigt sowohl die physische als auch die psychische Belastung und sorgt dafür, dass Stressoren abgebaut und Ressourcen gefördert werden können. Bezogen auf psychische Belastung im Arbeitsalltag, schafft das BGM somit die Grundlage dafür, dass Rahmenbedingungen entstehen können, welche Fehlbeanspruchungen, resultierend aus psychischen Belastungen, im Arbeitsalltag minimieren.<sup>174</sup>

„Ein großer Teil der im BGM zu organisierenden Maßnahmen ergibt sich oft direkt aus der Gefährdungsbeurteilung nach § 5 ArbSchG bzw. § 3 ArbStättV.“<sup>175</sup> Die Ausgestaltung der gesundheitsbezogenen Aktivitäten ist bedingt durch die spezifischen Besonderheiten jedes Unternehmens individuell<sup>176</sup>. Die nachfolgende Abbildung 15 stellt dar, welche Maßnahmen im Rahmen des BGM zu organisieren sind und zu welchen das Unternehmen gesetzlich verpflichtet ist.

---

<sup>171</sup> vgl. BKK Dachverband, Psychisch krank im Job, S. 30.; Prinzing, G./Schröder, J./König, M., BKK Gesundheitsatlas 2019, 59 (60).; Schwede, J., ArbRAktuell 2019, 7 (7).

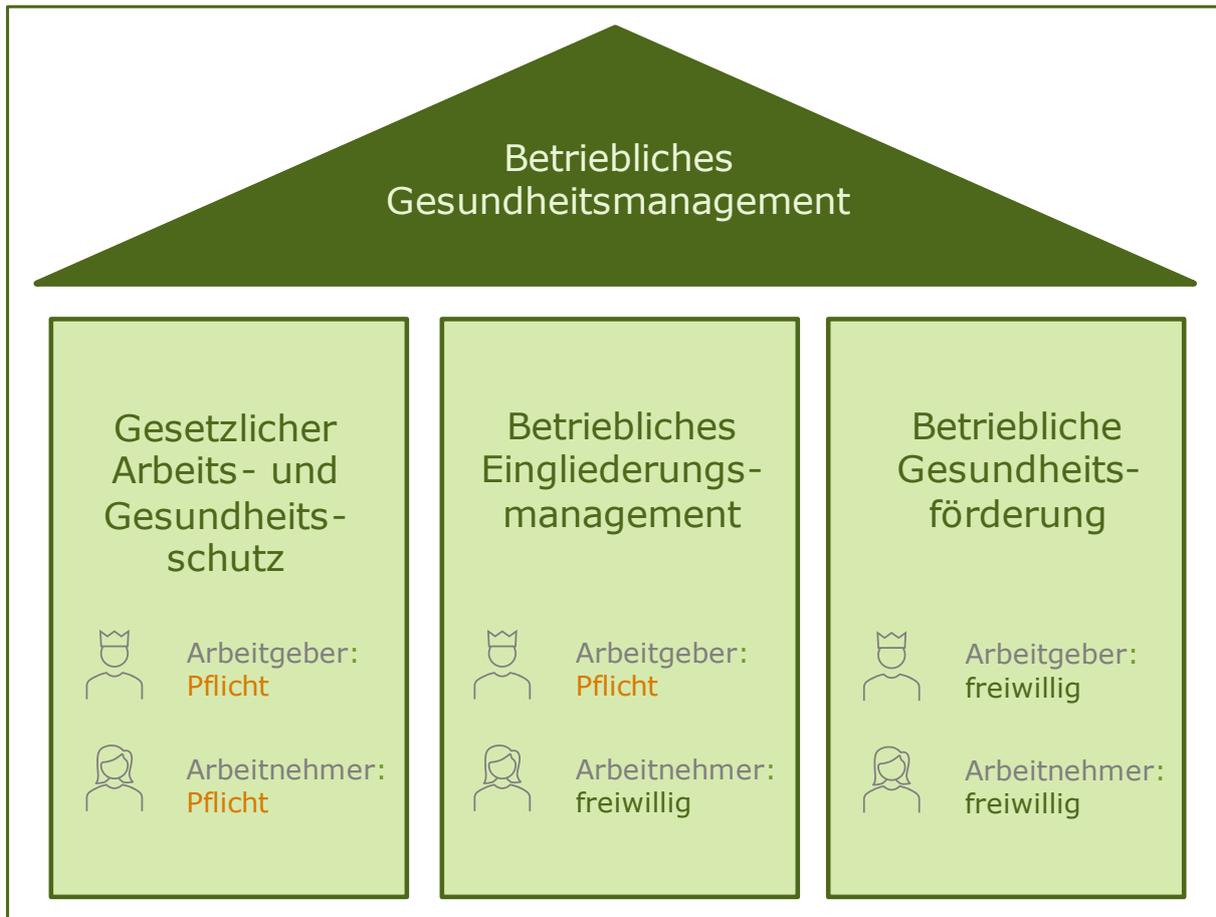
<sup>172</sup> vgl. Bentner, A., Gesundheitsmanagement für Einsteiger, S. 1 f.; INQA, o.J., In 7 Schritten zum betrieblichen Gesundheitsmanagement, <https://bit.ly/3vzomTT>, 17.03.2021.

<sup>173</sup> vgl. Schwede, J., ArbRAktuell 2019, 7 (8).

<sup>174</sup> vgl. Techniker Krankenkasse, Entspann dich, Deutschland, S. 54.

<sup>175</sup> Schwede, J., ArbRAktuell 2019, 7 (8).

<sup>176</sup> vgl. Franke, D., SPA 2012, 177 (178).



**Abbildung 15: Die Säulen des Betrieblichen Gesundheitsmanagements**

Quelle: Struhs-Wehr, K., Betriebliches Gesundheitsmanagement und Führung, S. 176.

Je nach Darstellung wird noch die medizinische Leistung zur Prävention durch die gesetzliche Rentenversicherung als eine Säule des BGM abgebildet. Da diese Säule nicht im Gestaltungsbereich des Arbeitgebers liegt, wurde sie bei der Darstellung der Säulen des BGM vernachlässigt.

Die erste Säule des gesetzlichen Arbeits- und Gesundheitsschutzes nimmt Arbeitgeber und Arbeitnehmer in die Pflicht. Maßnahmen müssen im Rahmen dieser Säule entwickelt werden, die die Gefährdung der Sicherheit und Gesundheit vermeiden bzw. verbleibende Gefahren möglichst gering zu halten.<sup>177</sup> Nähere Ausführungen dazu finden sich auch im Abschnitt „Arbeitsschutzrecht“ ab Seite 29.

Die zweite Säule des betrieblichen Eingliederungsmanagements (nachfolgend BEM) wird für das bessere Verständnis kurzgefasst beschrieben. Die gesetzliche Grundlage bildet § 167 Abs. 2 SGB IX. Das BEM „hilft länger erkrankten Beschäftigten, den Wiedereinstieg ins Erwerbsleben zu finden“<sup>178</sup>. Verpflichtend ist das BEM für den Arbeitgeber, wenn ein Beschäftigter innerhalb von 12 Monaten mehr als sechs Wochen krankheitsbedingt arbeitsunfähig ist, dabei ist es unbedeutend, ob mehrere Krankheitsepisoden vorliegen oder der Arbeitnehmer ununterbrochen arbeitsunfähig ist (vgl. § 167 Abs. 2 Satz 1 SGB IX). Im Gegensatz zum Arbeitgeber ist das BEM für den Arbeitnehmer nicht verpflichtend. Das BEM

<sup>177</sup> vgl. AOK, o.J., BGF als Bestandteil von BGM, <https://bit.ly/3q65xGX>, 04.05.2021.; Balikcioglu, J., NZA 2015, 1424 (1425).

<sup>178</sup> BKK Dachverband, Psychisch krank im Job, S. 29 f..

verlangt die Zustimmung des Betroffenen und die Einbeziehung der Interessenvertretung (vgl. § 167 Abs. 2 S. 1 SGB IX).<sup>179</sup>

Auf die dritte Säule der betrieblichen Gesundheitsförderung wird im nachfolgenden Abschnitt ausführlich eingegangen.

## 2. Einschränkung der Betrachtung auf die betriebliche Gesundheitsförderung

Die betriebliche Gesundheitsförderung (auch BGF genannt) umfasst Maßnahmen zur Gesundheitsförderung in Unternehmen, insbesondere wird der Aufbau und die Stärkung gesundheitsförderlicher Strukturen unterstützt. Damit dient sie der (Primär-)Prävention. Die Rechtsgrundlage für die betriebliche Gesundheitsförderung ist § 20b SGB V. Sie ist für den Arbeitgeber und Arbeitnehmer freiwillig.<sup>180</sup> Unterstützt werden die Maßnahmen gemäß § 20b Abs. 1 Satz 1 SGB V von den Krankenkassen. Die Krankenkassen unterstützen die Unternehmen bei der Erarbeitung und Umsetzung der Maßnahmen.

Die betriebliche Gesundheitsförderung im Sinne von § 20b SGB V ist dabei als Prozess zu verstehen, „in dem auf der Grundlage einer Analyse der gesundheitlichen Situation Maßnahmen zur gesundheitsförderlichen Arbeitsgestaltung sowie verhaltensbezogene Maßnahmen zur Unterstützung eines gesundheitsförderlichen Arbeits- und Lebensstils entwickelt werden“<sup>181</sup>. Dabei müssen die Maßnahmen regelmäßig auf ihre Wirksamkeit überprüft und gegebenenfalls angepasst werden.

Wie bereits eingangs beschrieben, dient die betriebliche Gesundheitsförderung der Prävention. Ebenso wie bei körperlichen Erkrankungen gilt auch bei psychischen Erkrankungen, dass sich vieles durch Prävention vermeiden lässt. „Der richtige Umgang mit Stress, die Aktivierung wichtiger persönlicher Ressourcen sowie gesundheitsförderliche Arbeitsbedingungen in Betrieben helfen, dabei psychischen Störungen entgegenzuwirken.“<sup>182</sup> Im Rahmen der Verhältnisprävention werden Arbeitsbedingungen, die Gesundheitsrisiken sein können und somit Belastungsfaktoren für den Arbeitnehmer darstellen, nach ihrer Beurteilung verändert, damit die Risiken verringert beziehungsweise möglichst vermieden werden können.<sup>183</sup> Die Verhältnisprävention geht dabei der Verhaltensprävention vor. Die Verhaltensprävention zielt auf das individuelle Gesundheitsverhalten der Mitarbeiter ab und setzt bei der Vermeidung und Minimierung gesundheitsriskanter Verhaltensweisen an. Mitarbeiter sollen unter anderem durch die Bereitstellung geeigneter Informationen und Schulungen dazu motiviert werden sich gesundheitsbewusster zu verhalten, wodurch die Stärkung und der Erhalt der individuellen Ressource im Vordergrund steht.<sup>184</sup>

Die Verhaltenspräventionsmaßnahmen im BGF-Angebot müssen hinsichtlich der Qualität, Zweckbindung und Zielgerichtetheit den Anforderungen des § 20b Abs. 1 SGB V i.V.m. § 20 Abs. 1 Satz 3 SGB V entsprechen. Die genauen Kriterien lassen sich dem „Leitfaden Prävention“<sup>185</sup> der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV) entnehmen. Maßnahmen, die diesen Anforderungen genügen stellen unter anderem Angebote zur Stressbewältigung und

<sup>179</sup> vgl. *BKK Dachverband*, Psychisch krank im Job, S. 29 f.; *Hahnzog, S.*, Psychische Gefährdungsbeurteilung, S. 21.

<sup>180</sup> vgl. *BMG*, Ratgeber zur Prävention und Gesundheitsförderung, S. 13.; *Kallos, C.*, Creifelds, Rechtswörterbuch, o.S., Betriebliche Gesundheitsförderung.

<sup>181</sup> *Bundesministerium für Gesundheit*, 2020, *Betriebliche Gesundheitsförderung: steuerliche Vorteile*, <https://bit.ly/3xrkKVG>, 27.04.2021.

<sup>182</sup> *BKK Dachverband*, Psychisch krank im Job, S. 23.

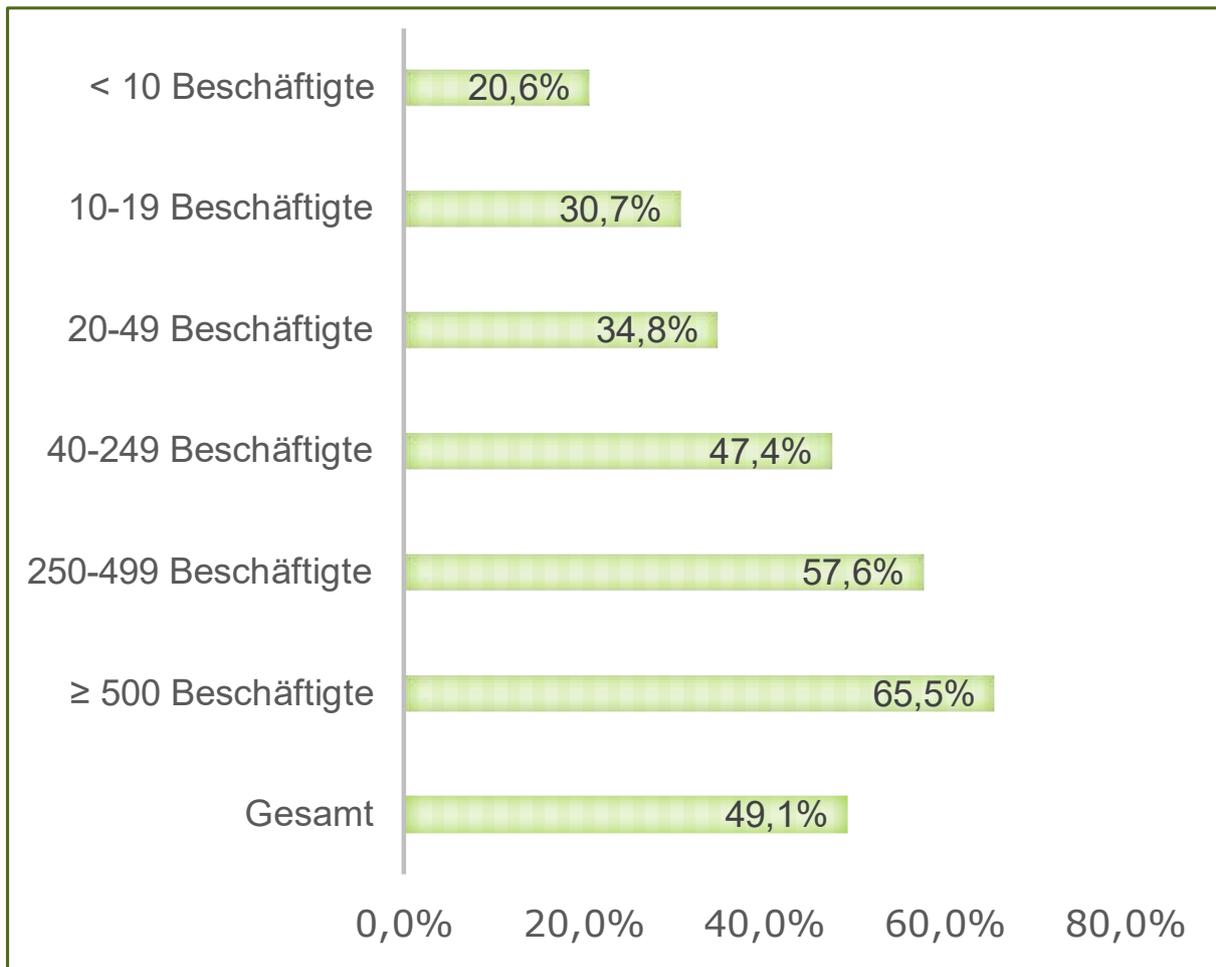
<sup>183</sup> vgl. *Balikcioglu, J.*, NZA 2015, 1424 (1426).; *Bentner, A.*, Gesundheitsmanagement für Einsteiger, S. 2.

<sup>184</sup> vgl. *Balikcioglu, J.*, NZA 2015, 1424 (1426).; *Bentner, A.*, Gesundheitsmanagement für Einsteiger, S. 2.; *Techniker Krankenkasse*, Entspann dich, Deutschland, S. 16.

<sup>185</sup> „Leitfaden Prävention“ der GKV siehe: <https://bit.ly/3gAZICs>

Ressourcenstärkung, Kurse zur gesunden Ernährung, Rückengymnastik und Suchtprävention dar<sup>186</sup>. Für Maßnahmen, die diesen Anforderungen entsprechen ist seit dem 01.01.2008 eine steuerliche Förderung nach § 3 Nr. 34 EStG möglich. Danach kann ein Unternehmen pro Mitarbeiter und pro Jahr bis zu 600 Euro zum ohnehin geschuldeten Arbeitslohn für erbrachte Leistungen zur Verhinderung und Verminderung von Krankheitsrisiken und zur Gesundheitsförderung steuerfrei geltend machen. Durch die Steuerbefreiung soll die Bereitschaft der Arbeitgeber die betriebliche Gesundheitsförderung zu stärken erhöht werden<sup>187</sup>.

Das Angebot im Rahmen der betrieblichen Gesundheitsförderung steigt mit zunehmender Beschäftigtenzahl. Bisher ist die betriebliche Gesundheitsförderung, wie in der nachfolgenden Abbildung 16 dargestellt wird, überwiegend in großen Unternehmen zu finden und gehört in kleinen und mittleren Unternehmen (KMU) noch nicht zur alltäglichen Praxis.



**Abbildung 16: Der Anteil der Beschäftigten mit mindestens einem vorhandenem BGF-Angebot im Unternehmen nach Anzahl der Mitarbeiter**

Quelle: Kliner, K./Rennert, D./Richter, M. (Hrsg.), BKK Gesundheitsatlas 2019, S. 55.

Eine Ursache für die sinkende Zahl der Angebote mit abnehmender Beschäftigtenzahl ist, dass viele Unternehmen mit der Einführung eines BGF-Programms große Hürden in

<sup>186</sup> vgl. Bundesministerium für Gesundheit, 2020, *Betriebliche Gesundheitsförderung: steuerliche Vorteile*, <https://bit.ly/3xrkkVG>, 27.04.2021.; Kallos, C., Creifelds, Rechtswörterbuch, o.S., Betriebliche Gesundheitsförderung.

<sup>187</sup> vgl. Kallos, C., Creifelds, Rechtswörterbuch, o.S., Betriebliche Gesundheitsförderung.

Verbindung setzen. Dabei haben Maßnahmen der betrieblichen Gesundheitsförderung und Prävention ein positives Kosten-Nutzenverhältnis mit einem Return-on-Investment von 2,7. Der Return on Investment drückt aus, dass mit jedem investierten Euro 2,70 Euro eingespart werden können.<sup>188</sup>

Ein Beispiel für diesen Erfolg ist das Unternehmen SAP. SAP hat im Jahr 2013 auf neuro-wissenschaftlicher Grundlage ein globales Achtsamkeitsprogramm entwickelt. Seit 2013 haben bereits 11.400 Mitarbeiter das Achtsamkeitsprogramm durchlaufen, das aus dem von Google entwickelten Programm „Search Inside Yourself“ entwickelt wurde. Ziel dieses Programmes ist es, das Wohlbefinden der Beschäftigten am Arbeitsplatz zu stärken. Peter Bostelmann (Chief Mindfulness Officer bei SAP) kann mittlerweile belegen, dass sich das Achtsamkeits-Programm nicht nur durch ein höheres Wohlbefinden bei den Beschäftigten auszahlt, sondern mit einem Return-on-Investment von 200 Prozent auch dem Unternehmen gut tut. Inzwischen profitieren von diesem Erfolg auch die Kunden und Partner von SAP, indem SAP die eigenen Achtsamkeitstrainer als strategische Berater zu den Kunden entsendet und diesen dabei hilft, Achtsamkeitsangebote in deren Organisation für Beschäftigte zu schaffen.<sup>189</sup>

Vielen Unternehmen fehlt das Wissen und zudem sind die vielfältigen Möglichkeiten nicht bekannt. Insbesondere kleineren Unternehmen stehen häufig wenig Ressourcen zur Verfügung und die möglichen Kooperationspartner sind nicht bekannt.<sup>190</sup> Die gemeinsame regionale Koordinationsstelle der Krankenkassen für betriebliche Gesundheitsförderung möchte mit ihrem Internetauftritt<sup>191</sup> KMU´s den Zugang zur betrieblichen Gesundheitsförderung erleichtern. Was Unternehmen bereits im Kleinen ohne große (finanzielle und personelle) Ressourcen tun können, um im Bereich der betrieblichen Gesundheitsförderung aktiv zu werden, wird durch die exemplarischen Handlungsempfehlungen im Kapitel E ab Seite 48 dargestellt.

### 3. Erfolgsfaktoren der betrieblichen Gesundheitsförderung

Grundvoraussetzung für erfolgreiche Prävention und Gesundheitsförderung ist das Wissen darüber, welche Faktoren potenziell gesundheitsgefährdend sein können<sup>192</sup>. Hierzu können die Ergebnisse der Gefährdungsbeurteilung herangezogen werden. Ein erfolgreiches und wirksames BGF-Programm ist bedarfsorientiert. Damit möglichst viele unterschiedliche Bedürfnisse der unterschiedlichen Mitarbeiter abgedeckt werden können, müssen die Gesundheitsprojekte vielfältig sein. Dazu ist die Zusammenarbeit mit allen Beschäftigten erforderlich, alle Betriebsparteien müssen das Gefühl haben, dass sie an einem Strang ziehen.<sup>193</sup> Dafür ist es wiederum erforderlich, dass sich auch das Top-Management engagiert und die betriebliche Gesundheitsförderung im Zielbild des Unternehmens verankert wird und so Teil der Unternehmenskultur wird. Das Zielbild sollte klar und überprüfbar sein. Indem die betriebliche Gesundheitsförderung Teil der Unternehmenskultur wird, ist es möglich, dass

<sup>188</sup> vgl. iga, o.J., *Wirksamkeit und Nutzen arbeitsweltbezogener Gesundheitsförderung und Prävention*, <https://bit.ly/35omHG7>, 26.05.2021.

<sup>189</sup> vgl. Machmeier, C., 2018, *Mit Achtsamkeit den digitalen Wandel meistern*, <https://bit.ly/3d5MRlp>, 23.06.2021.; Purps-Pardigol, S., o.J., *SAP | Peter Bostelmann*, <https://bit.ly/3zZqNTx>, 23.06.2021.; SAP, o.J., *SAP Global Mindfulness Practice*, <https://bit.ly/3x2UAIi>, 23.06.2021.

<sup>190</sup> vgl. *Bundesministerium für Gesundheit, 2020, Betriebliche Gesundheitsförderung: Chancen und Barrieren*, <https://bit.ly/3vz9Z22>, 27.04.2021.

<sup>191</sup> siehe auch: [www.bgf-koordinierungsstelle.de](http://www.bgf-koordinierungsstelle.de)

<sup>192</sup> vgl. GDA, *Psychische Arbeitsbelastung und Gesundheit*, S. 4.

<sup>193</sup> vgl. Bentner, A., *Gesundheitsmanagement für Einsteiger*, S. 6, 15.; Kliner, K./Rennert, D./Richter, M. (Hrsg.), *BKK Gesundheitsatlas 2019*, S. 67.; Schwede, J., *ArbRAktuell 2019*, 7 (8).;

es sich um gelebte Werte etablieren.<sup>194</sup> Der Einsatz externer qualifizierter Experten signalisiert dem Beschäftigten, dass der Arbeitgeber sein Anliegen ernst meint. Daneben kann es förderlich für die Mitarbeiter sein sich dem Thema zu öffnen, da es ihnen leichter fallen kann mit Externen über mögliche psychische Belastungen zu sprechen, als mit ihrem Arbeitgeber.<sup>195</sup>

---

<sup>194</sup> vgl. *Bentner, A.*, Gesundheitsmanagement für Einsteiger, S. 6.; *Prinzing, G./Schröder, J./König, M.*, BKK Gesundheitsatlas 2019, 59 (61).

<sup>195</sup> vgl. *Balikcioglu, J.*, NZA 2015, 1424 (1427).

## D. Recherche und Klassifizierung der Maßnahmen

Die COVID-19-Pandemie hat viele Arbeitnehmer dazu gezwungen im Homeoffice zu arbeiten. Arbeiten im Homeoffice ist zunehmend zur Normalität geworden.<sup>196</sup> Durch die Tendenz der stetig sinkenden Infektionszahlen, besteht gerade wieder eine Perspektive auf Normalität. Diese Normalität wird höchstwahrscheinlich nicht mehr der Normalität entsprechen, die vor der COVID-19-Pandemie existiert hat. Sich bewährte Konzepte werden auch in Zukunft ihre Berechtigung haben, wodurch das Homeoffice auch weiterhin von großer Bedeutung sein wird.

Damit die (neuen) Homeoffice-Arbeitsplätze gesundheitsgerecht eingerichtet werden können und Stressoren und Ressourcen, die mit den Arbeiten im Homeoffice verbunden sein können, Berücksichtigung finden, muss das Homeoffice zunehmend als Handlungsfeld des BGM erkannt werden<sup>197</sup>.

Die nachfolgende Recherche und Klassifizierung der Maßnahmen orientiert sich daher ausschließlich an Maßnahmen im Homeoffice. Die Maßnahmen lassen sich zum Teil jedoch nicht nur im Homeoffice umsetzen und haben auch im klassischen Büroalltag ihre Berechtigung.

### I Definition der klassifizierenden Merkmale

Die Recherche der Maßnahmen basiert auf einer umfangreichen Literaturrecherche. Die Ergebnisse der Literaturrecherche wurden durch eigene Ideen der Verfasserin ergänzt und weiterentwickelt. Im Anschluss an die Recherche wurden die gesammelten Maßnahmen anhand von vier Merkmalen klassifiziert. Die Ausgangsbasis für die Festlegung der vier zu klassifizierenden Merkmale, waren folgende Fragestellungen:

- > Welcher Belastungsfaktor kann durch die Maßnahmen positiv beeinflusst werden?
- > Ist die Maßnahmen freiwillig, oder besteht eine gesetzliche Verpflichtung?
- > Wer ist für die Umsetzung der Maßnahme verantwortlich?
- > Werden bei der Maßnahme bestimmte Voraussetzungen an die Umsetzung gestellt?

Die Merkmalsbereiche, die auf Basis dieser Fragen abgeleitet wurden werden im Nachfolgenden beschrieben.

#### 1. Gestaltungsbereich

Der erste Klassifizierungspunkt ist der Gestaltungsbereich. Mit dem Gestaltungsbereich soll ausgedrückt werden, welchen der fünf Merkmalsbereiche der psychischen Belastungsfaktoren mit der Maßnahme angesprochen wird. Auf die Merkmalsbereiche wurde im Kapitel C im Abschnitt „Psychische Belastungsfaktoren nach GDA“ ab Seite 12 bereits ausführlich eingegangen. Zur Wiederholung werden an dieser Stelle die fünf Merkmalsbereiche lediglich noch einmal namentlich genannt. Die fünf Merkmalsbereiche der psychischen Belastungsfaktoren sind:

- > Arbeitsinhalt/Arbeitsaufgabe,
- > Arbeitsorganisation,
- > Soziale Beziehungen,

<sup>196</sup> vgl. INQA, 2020, *Zukunftswerkstatt 2020 – Herausforderung begegnen. Arbeit neu denken.*, <https://bit.ly/3gGboyi>, 22.03.2021.; Krieger, S./Rudnik, T./Povedano Peramato, A., NZA 2020, 473 (473).; Meyer, B./Zill, A./Schumann, S., Dossier 2020, 46 (46).; Techniker Krankenkasse, Dossier 2020, S. 3.; WHO, 2021, *Long working hours increasing deaths from heart disease and stroke: WHO, ILO*, <https://bit.ly/3gvsxMm>, 18.05.2021.

<sup>197</sup> vgl. Ress, S./Tendyck, H., Dossier 2020, 68 (68, 93).

- > Arbeitsumgebung,
- > Neue Arbeitsformen<sup>198</sup>.

Ziel ist es für jeden dieser Merkmalsbereiche eine Handlungsempfehlung abzuleiten.

## 2. Rechtliche Notwendigkeit

Mit dem Merkmal der rechtlichen Notwendigkeit wird betrachtet, ob es sich bei der Maßnahme um eine freiwillige Maßnahme handelt, oder ob der Arbeitgeber zu dieser gesetzlich verpflichtet ist. Bei einer gesetzlich verpflichteten Maßnahme, wird die jeweilige Rechtsgrundlage genannt.

## 3. Adressat

Der Merkmalsbereich „Adressat“ drückt aus, wer für die Umsetzung der Maßnahme primär verantwortlich ist, sprich ob der Arbeitgeber oder der Arbeitnehmer für die Umsetzung verantwortlich ist. Dabei können auch mehrere Adressaten für die Umsetzung verantwortlich sein.

## 4. Anforderungen an die Umsetzung

Die Anforderungen an die Umsetzung stellen den letzten Merkmalsbereich dar. In diesem Merkmalsbereich wird beschrieben, welche Voraussetzungen vorliegen müssen, damit die Maßnahme umgesetzt werden kann. Dadurch soll zum Ausdruck gebracht werden, ob die Maßnahme leicht umsetzbar ist, oder ob die Umsetzung mit Hürden, die zuvor gemeistert werden müssen, verbunden sein kann.

Bei der Betrachtung der Anforderungen an die Umsetzung werden die Voraussetzungen für ein erfolgreiches Change Management außen vor gelassen, da mit den Handlungsempfehlungen erst einmal aufgeführt werden soll, welche Möglichkeiten bestehen. Im Falle einer Umsetzung im Unternehmen ist es wichtig, dass diese Faktoren zusätzlich beachtet werden und der Unternehmer sich dieser bewusst ist.

## II Klassifizierung der Maßnahmen

Im Rahmen der Klassifizierung der Maßnahmen wurde für jede gesammelte Maßnahme die vier Merkmale ausgefüllt. Die Ergebnisse der Klassifizierung der Maßnahmen bildet die Grundlage für die Priorisierung derer.

Im Rahmen der Klassifizierung ist aufgefallen, dass sich einzelne Maßnahmen nicht nur einem Gestaltungsbereich zuordnen lassen, da sie Auswirkungen auf mehrere Gestaltungsbereiche haben. Da diese Maßnahmen nicht vernachlässigt werden sollten, wurden sie der Rubrik „übergeordnete Maßnahmen“ zugeordnet.

## III Priorisierung der Maßnahmen

Im ersten Schritt der Priorisierung der Maßnahmen wurden die Maßnahmen nach den Gestaltungsbereichen gefiltert, um das bereits beschriebene Ziel, für jeden Gestaltungsbereich eine Handlungsempfehlung abzuleiten, zu realisieren. Im Anschluss daran wurde geprüft, ob einzelne Maßnahmen in einem Gestaltungsbereich sich ergänzen und zusammengefasst werden können.

---

<sup>198</sup> vgl. GDA, Empfehlungen zur Umsetzung der Gefährdungsbeurteilung psychischer Belastung, S. 17-20.

Nachdem die exemplarischen Handlungsempfehlungen für einen Gestaltungsbereich identifiziert wurden, wurde auf Basis der rechtlichen Notwendigkeit und der Anforderungen an die Umsetzung die Priorisierung vorgenommen.

Maßnahmen mit einer rechtlichen Notwendigkeit werden mit der höchsten Priorität eingestuft. Die weitere Abstufung der Priorisierung orientiert sich daran, wie aufwändig die Umsetzung im Unternehmen ist. Daneben wurde bei der Priorisierung berücksichtigt, ob einzelne Maßnahmen aufeinander aufbauen.

Die ausführliche Beschreibung der jeweiligen Maßnahmen mit der Priorität eins werden im nachfolgenden Kapitel F „Exemplarische Handlungsempfehlungen für den ganzheitlichen Umgang mit der psychischen Gesundheit im Homeoffice“ ausführlich beschrieben. Die Beschreibung der Maßnahmen mit der Priorität zwei und drei lässt sich stichwortartig dem Anhang zwei „Übersicht der abgeleiteten Handlungsempfehlungen mit der Priorität 1 bis 3“ entnehmen.

## E. Exemplarische Handlungsempfehlungen für den ganzheitlichen Umgang mit der psychischen Gesundheit im Homeoffice

Ziel der exemplarischen Handlungsempfehlungen ist es die psychischen Belastungsfaktoren (Stressoren) in den einzelnen Merkmalsbereichen abzubauen und die persönlichen Ressourcen der Mitarbeiter zu fördern, um so langfristig die Resilienz und die Zufriedenheit der Mitarbeiter zu erhöhen.

Die nachfolgende Abbildung 17 stellt eine Übersicht über die exemplarischen Handlungsempfehlungen dar, die der Priorität eins zugeordnet wurden.



**Abbildung 17: Die exemplarischen Handlungsempfehlungen gegliedert nach den Merkmalsbereichen der psychischen Belastung**

Nachfolgend werden die in der Abbildung 17 dargestellten exemplarischen Handlungsempfehlungen ausführlich beschrieben.

### I Stressfaktor Meetings eindämmen und offline Zeitfenster einplanen

Insbesondere in Zeiten von online Meetings scheint es für jeden möglich an jedem Termin teilnehmen zu können. Die steigende Anzahl von Terminen und der damit einhergehende Termindruck wird von vielen Arbeitnehmern als Stressfaktor wahrgenommen. Die Arbeit,

die in der noch zur Verfügung stehenden Zeit erledigt werden muss, wird dann häufig als zu viel empfunden. Dadurch kann ein Missverhältnis zwischen Arbeitsmenge und der dafür zur Verfügung stehenden Zeit entstehen kann.<sup>199</sup> Dabei kann jeder Mitarbeiter für sich reflektieren, ob er die Anzahl seiner Meetings nicht eindämmen kann, indem er für sich die folgenden Fragen beantwortet:

- > Ist das Thema des Meetings wirklich relevant für mich?<sup>200</sup>
- > Kann ich einen gewinnbringenden Beitrag für das Thema des Meetings leisten?<sup>201</sup>

Voraussetzung dafür ist, dass dem Mitarbeiter ausreichend Handlungsspielraum eingeräumt wird. Die Einräumung von (mehr) Handlungsspielraum wirkt sich auf den Merkmalsbereich „Arbeitsinhalt/-aufgabe“ aus. Eine gute Balance zwischen Meetings und Zeit zum konzentrierten Arbeiten, kann sich wiederum auch positiv auf die wahrgenommene Arbeitsintensität auswirken, indem die Arbeitnehmer das Gefühl bekommen genügend Zeit zu haben ihre Aufgaben abarbeiten zu können.<sup>202</sup> Die wahrgenommene Arbeitsintensität kann, abhängig von der Ausprägung, dem Merkmalsbereich der „Arbeitsinhalt/-aufgabe“ oder dem Merkmalsbereich der „Arbeitsorganisation“ zugeordnet werden (siehe dazu Seite 14). So können die nachfolgend beschriebenen Empfehlungen in diesen beiden Merkmalsbereichen wirken.

Um ein gutes Gefühl für diese Balance entwickeln zu können, kann der eigene Tagesplan mit der 5-3-Regel strukturiert werden. Bei einem acht Stunden Arbeitstag sollten drei Stunden für Meetings und fünf Stunden für konzentriertes/produktiven Arbeiten eingeplant werden.<sup>203</sup> In der Zeit zum konzentrierten/produktiven Arbeiten sollte der Mitarbeiter für sich **offline-Zeitfenster** einplanen und diese gegenüber seinen Vorgesetzten und Kollegen auch kommunizieren<sup>204</sup>. In diesen Zeiten kann der Mitarbeiter dann ungestört und konzentriert Aufgaben abarbeiten<sup>205</sup>. Es ist wichtig, dass der Mitarbeiter sich diese Fokuszeiten zum konzentrierten arbeiten nimmt und auch kommuniziert, da es nach einer Ablenkung, zum Beispiel durch einen Anruf, 10 bis 15 Minuten dauert bis wieder voll konzentriert gearbeitet werden kann<sup>206</sup>.

Damit der Arbeitnehmer seine Aufmerksamkeit ganz auf den bevorstehenden Termin richten kann, kann es hilfreich sein zu Beginn eines Meetings/ einer neuen Aufgabe eine „**Minute to Arrive**“ zu etablieren<sup>207</sup>. Bei dieser „Minute to Arrive“ wird für eine Minute in einer aufrechten Körperhaltung die Aufmerksamkeit auf den Fluss des Atems gerichtet. Schweift die Aufmerksamkeit in dieser Zeit ab, wird die Aufmerksamkeit wieder bewusst auf den Atem gelenkt. Diese kleine Achtsamkeitsübung kann dabei behilflich sein präsent im Meeting zu sein.<sup>208</sup>

Bei den beschriebenen Maßnahmen zur Eindämmung des Stressfaktors Meetings und der Einplanung von offline Zeitfenstern handelt es sich um freiwillige Maßnahmen. Es besteht keine gesetzliche Verpflichtung. Für die Umsetzung ist jeder Arbeitnehmer selber

<sup>199</sup> Vgl. *Techniker Krankenkasse*, Entspann dich, Deutschland, S. 23 f..

<sup>200</sup> vgl. *INQA*, o.J., Kein Stress mit dem Stress! – Tipps für Führungskräfte, <https://bit.ly/35zcTco>, 17.03.2021.

<sup>201</sup> vgl. *Ress, S./Tendyck, H.*, Dossier 2020, 68 (101).

<sup>202</sup> vgl. *Ress, S./Tendyck, H.*, Dossier 2020, 68 (101).

<sup>203</sup> vgl. *Ress, S./Tendyck, H.*, Dossier 2020, 68 (101).

<sup>204</sup> vgl. *Gimpel, H. et al*, Belastungsfaktoren der digitalen Arbeit, S. 24.

<sup>205</sup> vgl. *Ress, S./Tendyck, H.*, Dossier 2020, 68 (99).

<sup>206</sup> vgl. *Iqbal, S.; Horvitz, E.*, CHI 2007, 677 (685)

<sup>207</sup> vgl. *SAP*, o.J., SAP Mindfulness Practice – A Minute to Arrive, <https://bit.ly/35rVvWN>, 17.06.2021.

<sup>208</sup> vgl. *Kohtes, P.; Rosmann, N.*, Mit Achtsamkeit in Führung, S. 17, 19.

verantwortlich. Erleichtert wird die Umsetzung jedoch dahingehend, wenn die Haltung Teil der Unternehmenskultur wird und die Führungskräfte es den Arbeitnehmern vorleben<sup>209</sup>.

## II Vereinbarung von Erreichbarkeitszeiten und -regeln

Für viele Arbeitnehmer stellt die Entgrenzung und die damit verbundene Erwartungshaltung immer erreichbar sein zu müssen, einen Belastungsfaktor dar<sup>210</sup>. Dabei haben die Beschäftigten auch ein Recht auf Nicht-Erreichbarkeit, da der Arbeitgeber nicht mehr als die vereinbarte Leistung fordern kann, und der Arbeitnehmer somit nach seiner regulären Arbeitszeit keine dienstbezogenen Aufgaben erfüllen muss<sup>211</sup>. Dieser Belastungsfaktor wirkt im Merkmalsbereich der Arbeitsorganisation. Indem gemeinsam im Team Erreichbarkeitszeiten<sup>212</sup> vereinbart und kommuniziert werden, kann dieser Entgrenzung entgegenge wirkt werden.

Die Vereinbarung und Kommunikation von Erreichbarkeitszeiten ist sowohl für den Arbeitgeber als auch den Arbeitnehmer freiwillig. Jedoch ist zu beachten, dass dem Arbeitnehmer gesetzliche Pausenzeiten (mindestens 30 Minuten bei mehr als sechs Stunden Arbeitszeit und 45 Minuten bei mehr als neun Stunden Arbeitszeit, vgl. § 4 Satz 1 ArbZG) und Ruhezeiten (mindestens elf Stunden, vgl. § 5 Abs. 1 ArbZG) zustehen. Die Gewährleistung dieser Zeiten, kann durch die Vereinbarung und Kommunikation der Zeiten erleichtert werden, indem für jeden Arbeitnehmer bekannt ist zu welchen Zeiten berufliche Kontaktversuche stattfinden können. Die Kommunikation dieser Zeiten kann beispielweise durch einen Vermerk in der Signatur erfolgen<sup>213</sup>.

Abgesehen von den gesetzlich vorgeschriebenen Pausen- und Ruhezeiten kann der Arbeitnehmer für kleine Auszeiten in Form von **Mikro-Pausen** im Arbeitsalltag sorgen, was sich ebenfalls positiv auf den Merkmalsbereich der „Arbeitsorganisation“ auswirken kann. Mikro-Pausen können einen positiven Einfluss auf den Arbeitnehmer haben, da die Leistungsfähigkeit bereits nach circa 70 Minuten nachlässt<sup>214</sup>. Ebenso haben Studien ergeben, dass Pausen am besten als Erholung wirken, wenn sie zeitnah auf die Belastung folgen<sup>215</sup>. Dazu kann der Mitarbeiter in seiner zeitlichen Terminplanung beispielweise nach einem Meeting eine **kurze Ruhezeit** (zum Beispiel fünf bis zehn Minuten) einplanen bevor er ins nächste Meeting geht. So bleibt die Produktivität über einen Tag verteilt gleich.

Mit der Umsetzung dieser Handlungsempfehlung sind keine besonderen Hürden verbunden. Die Erreichbarkeitszeiten müssen lediglich vereinbart und kommuniziert werden. Für die Umsetzung der Mikro-Pausen muss eine Akzeptanz im Unternehmen geschaffen werden. Es muss kommuniziert sein, dass es in Ordnung ist, wenn der Mitarbeiter sich beispielsweise einmal für fünf Minuten zurücklehnt und seinen Kaffee in Ruhe trinkt ohne währenddessen bereits einer anderen Tätigkeit nachzugehen.

## III Raum für Austausch im Team schaffen

Der Hauptstressor im Homeoffice ist für viele Arbeitnehmer die geringe Interaktion und Kommunikation mit Vorgesetzten und Kollegen<sup>216</sup>. Indem Raum für Austausch im Team

<sup>209</sup> vgl. *BKK Dachverband*, Psychisch krank im Job, S. 32.; *Mainka-Riedel, M.*, Stressmanagement, S. 219.

<sup>210</sup> vgl. *Techniker Krankenkasse*, Entspann dich, Deutschland, S. 24.

<sup>211</sup> vgl. *Krause, R.*, NZA-Beilage 2017, 53 (57).; *Ress, S./Tendyck, H.*, Dossier 2020, 68 (91).

<sup>212</sup> vgl. *Ress, S./Tendyck, H.*, Dossier 2020, 68 (101).

<sup>213</sup> vgl. *Ress, S./Tendyck, H.*, Dossier 2020, 68 (101).

<sup>214</sup> vgl. *Ress, S./Tendyck, H.*, Dossier 2020, 68 (99).

<sup>215</sup> vgl. INQA, o.J., Kein Stress mit dem Stress! – Tipps für Führungskräfte, <https://bit.ly/35zcTco>, 17.03.2021.

<sup>216</sup> vgl. *Ress, S./Tendyck, H.*, Dossier 2020, 68 (83, 102).

geschaffen wird, kann der Belastungsfaktor der sozialen Beziehungen positiv beeinflusst werden und sich zur Ressource entwickeln<sup>217</sup>.

Nachfolgend werden drei Beispiele beschrieben, wie (mehr) Raum für Austausch im Team geschaffen werden kann.

Im Rahmen eines **Check-In Meetings** am Anfang der Woche kann der Fokus für die neue Woche ausgerichtet werden. Die Teammitglieder bekommen so einen Überblick darüber, was gerade im Team ansteht und welche Herausforderungen ihre Teammitglieder meistern.<sup>218</sup> Ein solches Check-In Meeting kann durch folgende Fragen geleitet werden:

- > Wie geht es mir gerade?
- > Was steht diese Woche an?
- > Worauf freue ich mich?
- > Was wird eine Herausforderung?

Am Wochenende kann im Rahmen eines erneuten Teammeetings die Woche reflektiert werden. Hilfreiche Fragen in diesem Reflexions-Meeting können sein:

- > Was ist gut gelaufen?
- > Welche Herausforderung habe ich gemeistert?
- > Was hat mir wirklich Freude diese Woche bereitet?
- > Was habe ich gelernt?

Im Rahmen von **Teamaustauschzeiten**, können feste Zeitfenster vereinbart werden, in denen jeder für jeden erreichbar ist<sup>219</sup>. Durch die Vereinbarung fester Zeitfenster, in denen jeder weiß er kann jeden erreichen, wird der Austausch im Team und somit auch das Gefühl der Unterstützung gefördert<sup>220</sup>.

Damit (mehr) Raum für Austausch im Team geschaffen werden kann, ist es wichtig die entsprechenden Zeiten als Termine einzuplanen. Dies erfordert gegebenenfalls am Anfang etwas Planungsaufwand, da Zeiten für das Check-In am Wochenanfang und der Wochenreflektion am Ende der Woche gefunden werden müssen. Je nach dem können aber Freiräume dazu genutzt werden, die im Rahmen des Überdenkens der Teilnahme an Meetings entstanden sind. Bei der Einführung von Check-In- und Reflexions-Meetings, ist es wichtig, dass diese Maßnahmen immer als Angebote formuliert werden und die Freiwilligkeit in den Fokus gestellt wird. Den Mitarbeitern muss die Zeit gegeben werden, sich an die veränderten Strukturen anpassen zu können.

#### **IV Im Homeoffice die richtigen Rahmenbedingungen schaffen**

Die richtige Gestaltung des Arbeitsplatzes im Homeoffice kann sich positiv auf den Merkmalsbereich der Arbeitsumgebung auswirken<sup>221</sup>. Ein Arbeitsplatz der nicht nur ergonomisch ausgestattet ist, sondern auch ruhig, technisch funktionsfähig und ausreichend groß ist, stellt eine wichtige Ressource für produktives, effektives und gesundes Arbeiten im Homeoffice dar<sup>222</sup>.

<sup>217</sup> vgl. *Ress, S./Tendyck, H.*, Dossier 2020, 68 (95, 97).

<sup>218</sup> vgl. *Verster, A.; Heussen, Y.*, *Arbeitsroutinen für gute Zusammenarbeit im Homeoffice*, <https://bit.ly/3zz3YWI>, 18.06.2021.

<sup>219</sup> vgl. *Ress, S./Tendyck, H.*, Dossier 2020, 68 (101).

<sup>220</sup> vgl. *Ress, S./Tendyck, H.*, Dossier 2020, 68 (97).

<sup>221</sup> vgl. *Ress, S./Tendyck, H.*, Dossier 2020, 68 (89).

<sup>222</sup> vgl. *Ress, S./Tendyck, H.*, Dossier 2020, 68 (92).

Mitarbeiter sollten sich dazu zu Hause einen festen Arbeitsplatz einrichten, der für die Pausen und den Feierabend verlassen werden kann. Dieser Abstand ermöglicht es, den Übergang in den Feierabend oder die Pause leichter zu finden.<sup>223</sup> Darüber hinaus sollten die Mitarbeiter an ihrem Arbeitsplatz alles parat haben, was sie für ihre Arbeit benötigen oder wissen, wo sie was finden können. Ablenkungsfaktoren, wie beispielweise das Smartphone, sollten sich nicht am Arbeitsplatz befinden, es sei denn, dass dieses dienstlich zu nutzen ist.

Zum Teil kann es die Arbeit im Homeoffice weiter erleichtern, wenn Arbeits- und Pausenzeiten mit Familienmitgliedern, Mitbewohnern oder Partnern abgestimmt oder kommuniziert werden.

Der Arbeitgeber kann dem Arbeitnehmer zur Umsetzung wichtige Impulse geben. Eine Möglichkeit wäre auch, dass sich die Mitarbeiter gegenseitig mit Bildern von ihrem häuslichen Arbeitsplatz inspirieren, wenn sie Einblicke in ihre private Sphäre zeigen möchte.

Im Homeoffice die richtigen Rahmenbedingungen zu schaffen obliegt den Arbeitnehmern. Lediglich, wenn zwischen dem Arbeitnehmer und dem Arbeitgeber ein Telearbeitsplatz vereinbart wurde, ist der Arbeitgeber oder eine von ihm beauftragte Person gemäß § 2 Abs. 7 ArbStättV dazu verpflichtet die benötigte Ausstattung des Telearbeitsplatzes mit Mobiliar, Arbeitsmitteln und Kommunikationseinrichtungen zur Verfügung zu stellen.

## V Entwicklung von Routinen

Die Gestaltung von Routinen fördert die Ressource der Abgrenzungsfähigkeit zwischen Arbeit und Privatleben und wirkt sich damit positiv auf den Merkmalsbereich der „neuen Arbeitsformen“ aus<sup>224</sup>.

Der Arbeitgeber kann die Arbeitnehmer dazu ermutigen eigene Routinen zu entwickeln. Neben Morgen- und (Feier-)Abendroutinen können Arbeitnehmer auch Pausenroutinen entwickeln. Dabei sollte der Arbeitnehmer für sich herausfinden welche Routinen er für sich persönlich als förderlich empfindet und welche bei ihm nicht funktionieren. Die Entwicklung von Routinen ist etwas ganz individuelles und kann nicht pauschalisiert werden. Dabei sollte der Mitarbeiter auch dazu motiviert werden seine neue Verhaltensweise beizubehalten und nicht vorschnell aufzugeben. Im Durchschnitt dauert es 66 Tage bis sich eine Verhaltensweise zu einer festen Routine entwickelt<sup>225</sup>.

Ein Beispiel für eine solche Routine kann ein Spaziergang sein. So kann der Arbeitnehmer vor und nach seiner Arbeit einen Spaziergang um seinen Wohnblock machen, wodurch er das Gefühl bekommen kann zur Arbeit und nach Hause zu gehen. Indem der Arbeitsplatz bewusst verlassen wird, kann die Konzentrationsfähigkeit während der Arbeitszeit gesteigert werden und die Fähigkeit nach Feierabend abschalten zu können wird erleichtert<sup>226</sup>.

Die Gestaltung von Routinen ist freiwillig. Die Freiwilligkeit sollte dabei auch immer wieder in den Vordergrund gestellt werden. Der Arbeitgeber kann den Arbeitnehmer lediglich durch gewählte Beispiele den Nutzen näher bringen. Die Umsetzung dieser Maßnahme obliegt immer dem Arbeitnehmer selber. Daher ist die Umsetzung auch mit keinen großen Anforderungen verbunden. Den Arbeitnehmern müssen ausschließlich Impulse gegeben werden.

<sup>223</sup> vgl. *Ress, S./Tendyck, H.*, Dossier 2020, 68 (98).

<sup>224</sup> vgl. *Ress, S./Tendyck, H.*, Dossier 2020, 68 (98).

<sup>225</sup> vgl. *Lally, P. et al*, *European Journal of Social Psychology* 2009, 998 (1002).

<sup>226</sup> vgl. *Ress, S./Tendyck, H.*, Dossier 2020, 68 (98).

## VI Übersichtliches Faktenblatt mit Ideen zur Gestaltung des Homeoffice

Abschließend ist es wichtig, dass der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer auch die richtigen Impulse für die Handlungsempfehlungen gibt. Das Wissen über die Handlungsempfehlungen ist nicht ausreichend. Veränderung kann erst entstehen, wenn die Handlungsempfehlungen auch wirklich umgesetzt werden. Dafür ist es erforderlich, dass alle Akteure zusammenarbeiten und an einem Strang ziehen<sup>227</sup>. Damit der Arbeitnehmer Kenntnis von den Möglichkeiten bekommt, wie er seine psychische Gesundheit im Homeoffice stärken kann, kann der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer alle wichtigen Informationen zur Gestaltung des Homeoffice in einem übersichtlichen Faktenblatt zur Verfügung stellen. So kann sich der Arbeitnehmer auf sein Arbeiten im Homeoffice vorbereiten und erhält vom Arbeitgeber die notwendigen Informationen. Die beschriebenen Handlungsempfehlungen können Teil eines solchen Faktenblattes sein. Des Weiteren könnte ein solches Faktenblatt folgendes beinhalten:

- > Was ist alles im Homeoffice zu beachten?
- > Wie kann ich mich auf das Homeoffice vorbereiten?
- > Wer sind für welche Themen meine Ansprechpartner im Unternehmen? Wie und wann kann ich diese Ansprechpartner erreichen?

Außerdem hätte der Arbeitgeber die Möglichkeit ein solches Faktenblatt noch weiter auszuweiten und in Form eines kleinen Faktenheftes zu gestalten. Dann könnte der Arbeitgeber den Arbeitnehmern auch Impulse für ihre Pausengestaltung bieten. Beispielsweise könnte der Arbeitnehmer Anleitungen mit Ausgleichsübungen auf diesem Weg zur Verfügung stellen oder auf Pausenangebote im Unternehmen aufmerksam machen.

Daneben wäre es noch denkbar, dass der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer auf diese Weise Reflexionsfragen zur Schulung der Selbstmanagementkompetenz mit an die Hand gibt. Der Arbeitnehmer könnte beispielsweise dazu angeregt werden durch Fragen herauszufinden, was seine Stressoren und Ressourcen sind oder was ihn in den Flow-Zustand bringt und wann seine Leistung wieder abflacht. Mihály Csikszentmihalyi beschreibt den Flow-Zustand als einen Zustand, in dem der Mensch vollkommen in seiner Aufgabe aufgeht, Raum und Zeit um sich herum geraten in Vergessenheit und er ist voll und ganz in die Sache vertieft, die er gerade tut<sup>228</sup>.

Ein Beispiel dafür wie ein solches Faktenblatt/-heft gestaltet sein könnte, findet sich im Anhang drei „Übersichtliches Faktenblatt zum Homeoffice“.

---

<sup>227</sup> vgl. Schwede, J., ArbRAktuell 2019, 7 (8).

<sup>228</sup> vgl. Csikszentmihalyi, M., Flow, S. 121 ff.

## F. Zusammenfassung und Ausblick

Ziel der Arbeit war es aufzuzeigen, welche Rolle die psychische Gesundheit in der Arbeitswelt hat, warum es wichtig ist, dass der Arbeitgeber sich mit dieser beschäftigt und abschließend darzustellen, was er konkret tun kann.

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass ein nachhaltiger wirtschaftlicher Erfolg von Unternehmen trotz aller technischen Fortschritte, die sich durch die Digitalisierung ergeben, ohne gesunde und motivierte Mitarbeiter nicht möglich ist<sup>229</sup>. Gesunde Mitarbeiter zeichnen sich jedoch nicht nur durch eine reine physische (körperliche) Gesundheit aus, da die psychischen Arbeitsanforderungen immer mehr an Bedeutung gewinnen<sup>230</sup>. Das Besondere an problematischen Ausprägungen psychischer Arbeitsfaktoren ist, dass im Gegensatz zu physischen Arbeitsbelastungen keine Grenzwerte oder Normen existieren<sup>231</sup>.

Damit sich psychische Arbeitsfaktoren nicht zu problematischen Ausprägungen entwickeln, kann der Arbeitgeber mit entsprechenden Maßnahmen entgegensteuern. Es ist wichtig herauszufinden, welche Faktoren der täglichen Arbeit sich positiv auf die psychische Gesundheit auswirken<sup>232</sup> und diese Faktoren durch entsprechende Angebote zu stärken. Jedoch zeigt sich leider immer noch, dass das Angebot mit abnehmender Beschäftigtenzahl ebenfalls abnehmend ist. Eine Ursache hierfür ist, dass immer noch viele Unternehmen mit der Einführung eines BGF-Programms große Hürden verbinden. Dabei sollte der Nutzen dieser Maßnahmen mit einem Return-on-Investment von 2,7 überwiegen.<sup>233</sup>

Die beschriebenen exemplarischen Handlungsempfehlungen ermöglichen dem Arbeitgeber ohne großen Aufwand beziehungsweise große Hürde etwas für die psychische Gesundheit seiner Arbeitnehmer im Homeoffice zu tun. Ebenso können die beschriebenen Handlungsempfehlungen als Einstieg in Aktivitäten in diesem Bereich genutzt werden.

Tiefgehende Maßnahmen sollten jedoch auf Basis einer psychischen Gefährdungsbeurteilung entwickelt werden. Die psychische Gefährdungsbeurteilung stellt die Ausgangsbasis für zielführende, individuelle unternehmensspezifische Maßnahmen dar. Indem auf Grundlage der ermittelten Belastungsfaktoren die entsprechenden Maßnahmen entwickelt werden.<sup>234</sup> Bei der Betrachtung der Belastungsfaktoren sollte sich an den Merkmalsbereichen der psychischen Belastung nach GDA orientiert werden, da diese Belastungsfaktoren die häufigsten in der Arbeitswelt darstellen<sup>235</sup>. Dabei ist es wichtig, dass der Prozess der psychischen Gefährdungsbeurteilung als Zyklus verstanden wird und die Gefährdungspotenziale regelmäßig überprüft werden<sup>236</sup>.

Ein erfolgreiches und wirksames BGF-Programm ist immer bedarfsorientiert. Bedarfsorientiert meint dabei, dass die gesundheitsbezogenen Aktivitäten vielseitig sind, um so möglichst viele unterschiedliche Bedürfnisse der Mitarbeiter abdecken zu können.<sup>237</sup> Ebenso ist

<sup>229</sup> Vgl. Hänsel, M./Kaz, K., CSR und gesunde Führung, 2 (2).

<sup>230</sup> vgl. Beermann, B. et al, Veränderungen in der Arbeitswelt, S. 1.; GDA, Psychische Arbeitsbelastung und Gesundheit, S. 4 f..

<sup>231</sup> vgl. vgl. GDA, Psychische Arbeitsbelastung und Gesundheit, S. 17.; INQA, o.J., *Kein Stress mit dem Stress! – So beugen Beschäftigte vor*, <https://bit.ly/2S0OnOt>, 17.03.2021.

<sup>232</sup> vgl. Balikcioglu, J., NZA 2015, 1424 (1424).

<sup>233</sup> vgl. vgl. iga, o.J., *Wirksamkeit und Nutzen arbeitsweltbezogener Gesundheitsförderung und Prävention*, <https://bit.ly/35omHG7>, 26.05.2021.

<sup>234</sup> vgl. GDA, Empfehlungen zur Umsetzung der Gefährdungsbeurteilung psychischer Belastung, S. 5.; Landmann/Rohmer/Wiebauer, *GewO, Rn. 25*.

<sup>235</sup> vgl. BKK Dachverband, *Psychisch krank im Job*, S. 18 f..

<sup>236</sup> vgl. Balikcioglu, J., NZA 2015, 1424 (1427).

<sup>237</sup> vgl. Bentner, A., *Gesundheitsmanagement für Einsteiger*, S. 6, 15.

maßgeblich für den Erfolg der Bemühungen im Bereich der betrieblichen Gesundheitsförderung, dass sich das Top-Management engagiert und die betriebliche Gesundheitsförderung im Zielbild des Unternehmens verankert wird. Nur so kann es Teil der Unternehmenskultur beziehungsweise des Unternehmensleitbildes werden.<sup>238</sup>

Die zukünftige Herausforderung für Unternehmer wird es sein, die Handlungsempfehlungen (Konzepte) mit den entsprechenden Instrumenten des Change Managements umzusetzen. Daher ist es wichtig, dass sich Arbeitgeber in einem weiteren Schritt mit den Instrumenten des Change Managements vertraut machen. Die Mitarbeiter müssen auf dem Weg der Veränderung, des ständigen Wandels begleitet werden.

So wie es selbstverständlich ist, dass der Akku des Handys oder Tablets direkt wieder aufgeladen wird, sollte es auch selbstverständlich sein, dass den Beschäftigten den Raum dafür gegeben wird ihre eigenen Reserven wieder auffüllen zu können.

---

<sup>238</sup> vgl. *Bentner, A.*, Gesundheitsmanagement für Einsteiger, S. 6.; *Prinzing, G./Schröder, J./König, M.*, BKK Gesundheitsatlas 2019, 59 (61).

## Anhang

### Anhang 1: Merkmalsbereiche und Inhalte der Gefährdungsbeurteilung nach GDA<sup>239</sup>

| 1. Merkmalsbereich:<br><b>Arbeitsinhalt/Arbeitsaufgabe</b> | Mögliche kritische Ausprägungen   |
|--|---|
| 1.1 Vollständigkeit der Aufgabe                            | Tätigkeit enthält <ul style="list-style-type: none"> <li>&gt; nur vorbereitende oder</li> <li>&gt; nur ausführende oder</li> <li>&gt; nur kontrollierende Handlungen</li> </ul>   |
| 1.2 Handlungsspielraum                                     | Die Beschäftigten haben keinen Einfluss auf <ul style="list-style-type: none"> <li>&gt; Arbeitsinhalt</li> <li>&gt; Arbeitspensum</li> <li>&gt; Arbeitsmethoden/-verfahren</li> <li>&gt; Reihenfolge der Tätigkeit</li> </ul>   |
| 1.3 Variabilität (Abwechslungsreichtum)                    | Einseitige Anforderungen <ul style="list-style-type: none"> <li>&gt; wenige, ähnliche Arbeitsgegenstände und Arbeitsmittel</li> <li>&gt; häufige Wiederholungen gleich-artiger Handlungen in kurzen Takten</li> </ul>   |
| 1.4 Information/Informationsangebot                        | <ul style="list-style-type: none"> <li>&gt; zu umfangreich (Reizüberflutung)</li> <li>&gt; zu gering (lange Zeiten ohne neue Informationen)</li> <li>&gt; ungünstig dargeboten</li> <li>&gt; lückenhaft (wichtige Informationen fehlen)</li> </ul>  |
| 1.5 Verantwortung  | <ul style="list-style-type: none"> <li>&gt; unklare Kompetenzen und Verantwortlichkeiten</li> </ul>   |
| 1.6 Qualifikation  | <ul style="list-style-type: none"> <li>&gt; Tätigkeiten entsprechen nicht der Qualifikation der Beschäftigten (Über-/Unterforderung)</li> <li>&gt; unzureichende Einweisung/Einarbeitung in die Tätigkeit</li> </ul>  |
| 1.7 Emotionale Inanspruchnahme                             | <ul style="list-style-type: none"> <li>&gt; durch das Erleben emotional stark berührender Ereignisse (z. B. Umgang mit schwerer Krankheit, Unfällen, Tod)</li> <li>&gt; durch das ständige Eingehen auf die Bedürfnisse anderer Menschen (z. B. Kunden, Patienten, Schüler)</li> <li>&gt; durch permanentes Zeigen geforderter Emotionen unabhängig von eigenen Empfinden</li> <li>&gt; Bedrohung durch Gewalt durch andere Personen (z. B. Kunden, Patienten)</li> </ul> |
| 2. Merkmalsbereich:<br><b>Arbeitsorganisation</b>          | Mögliche kritische Ausprägungen   |
| 2.1 Arbeitszeit  | <ul style="list-style-type: none"> <li>&gt; wechselnde oder lange Arbeitszeit</li> <li>&gt; ungünstig gestaltete Schichtarbeit, häufige Nachtarbeit</li> <li>&gt; umfangreiche Überstunden</li> </ul>   |

<sup>239</sup> GDA, Empfehlungen zur Umsetzung der Gefährdungsbeurteilung psychischer Belastung, S. 17-20.

|  |   |
|--|---|
|  | <ul style="list-style-type: none"> <li>&gt; unzureichendes Pausenregime</li> <li>&gt; Arbeit auf Abruf</li> </ul>   |
| 2.2 Arbeitsablauf                                  | <ul style="list-style-type: none"> <li>&gt; Zeitdruck/hohe Arbeitsintensität</li> <li>&gt; häufige Störungen/Unterbrechungen</li> <li>&gt; hohe Taktbindung</li> </ul>  |
| 2.3 Kommunikation/Kooperation                      | <ul style="list-style-type: none"> <li>&gt; isolierter Einzelarbeitsplatz</li> <li>&gt; keine oder geringe Möglichkeit der Unterstützung durch Vorgesetzte oder Kollegen</li> <li>&gt; keine klar definierten Verantwortungsbereiche</li> </ul>             |
| <b>3. Merkmalsbereich:<br/>Soziale Beziehungen</b> | <b>Mögliche kritische Ausprägungen</b>  |
| 3.1 Kollegen                                       | <ul style="list-style-type: none"> <li>&gt; zu geringe/zu hohe Zahl sozialer Kontakte</li> <li>&gt; häufige Streitigkeiten und Konflikte</li> <li>&gt; Art der Konflikte: Soziale Druck-situationen</li> <li>&gt; fehlende soziale Unterstützung</li> </ul> |
| 3.2 Vorgesetzte                                    | <ul style="list-style-type: none"> <li>&gt; keine Qualifizierung der Führungskräfte</li> <li>&gt; fehlendes Feedback, fehlende Anerkennung für erbrachte Leistungen</li> <li>&gt; fehlende Führung, fehlende Unterstützung im Bedarfsfall</li> </ul>        |
| <b>4. Merkmalsbereich:<br/>Arbeitsumgebung</b>     | <b>Beispiele für negative Wirkungen</b>   |
| 4.1 Physikalische und chemische Faktoren           | <ul style="list-style-type: none"> <li>&gt; Lärm</li> <li>&gt; unzureichende Beleuchtung</li> <li>&gt; Gefahrstoffe</li> </ul>  |
| 4.2 Physische Faktoren                             | <ul style="list-style-type: none"> <li>&gt; ungünstige ergonomische Gestaltung</li> <li>&gt; schwere körperliche Arbeit</li> </ul>  |
| 4.3 Arbeitsplatz- und Informationsgestaltung       | <ul style="list-style-type: none"> <li>&gt; ungünstige Arbeitsräume, räumliche Enge</li> <li>&gt; unzureichende Gestaltung von Signalen und Hinweisen</li> </ul>  |
| 4.4 Arbeitsmittel                                  | <ul style="list-style-type: none"> <li>&gt; fehlendes oder ungeeignetes Werkzeug bzw. Arbeitsmittel</li> <li>&gt; ungünstige Bedienung oder Einrichtung von Maschinen</li> <li>&gt; unzureichende Softwaregestaltung</li> </ul>                             |
| <b>5. Merkmalsbereich:<br/>Neue Arbeitsformen</b>  | <b>Beispiele für negative Wirkungen</b>   |
|  | <ul style="list-style-type: none"> <li>&gt; räumliche Mobilität</li> <li>&gt; atypisch Arbeitsverhältnisse, diskontinuierliche Berufsverläufe</li> <li>&gt; zeitliche Flexibilisierung, reduzierte Abgrenzung zwischen Arbeit und Privatleben</li> </ul>    |

---

## Anhang 2: Übersicht der abgeleiteten Handlungsempfehlungen mit der Priorität 1 bis 3

### Arbeitsinhalt/-aufgabe

#### 1. Stressfaktor Meetings eindämmen und offline Zeitfenster einplanen

- > 5-3-Regel<sup>240</sup>
- > Offline Zeitfenster<sup>241</sup>
- > „Minute to Arrive“<sup>242</sup>

#### 2. Ansprechpartner im Unternehmen festlegen<sup>243</sup>

- > Eine organisatorische Maßnahme, die sich positiv auf den Merkmalsbereich „Arbeitsinhalt/-aufgabe“ auswirkt ist, dass feste Ansprechpartner für bestimmte Themen im Unternehmen festgelegt werden. Die Zeiten und Kontaktmöglichkeiten könnten leicht auffindbar für die Arbeitnehmer im Intranet veröffentlicht werden.
- > Freiwillige Maßnahme
- > Arbeitgeber ist für die Umsetzung, sprich für die Festlegung der Ansprechpartner und die Kommunikation der Erreichbarkeit verantwortlich.

#### 3. Zeit zur Einarbeitung im Homeoffice gewährleisten<sup>244</sup>

- > Der Arbeitgeber kann den Arbeitnehmer ausreichend Zeit zur Verfügung stellen, die er benötigt sich im Homeoffice einzuarbeiten. Gleichzeitig sollte es damit verbunden sein, dass der Arbeitgeber nicht direkt die Erwartung hat, dass ab dem ersten Tag im Homeoffice alles perfekt ist.
- > Freiwillige Maßnahme.
- > Arbeitgeber ist für die Umsetzung verantwortlich, indem er den Arbeitnehmer die Zeit zur Verfügung stellt und diese Zeit bei den zugeteilten Aufgaben berücksichtigt.

### Arbeitsorganisation

#### 1. Erreichbarkeitszeiten und -regeln<sup>245</sup>

- > Klare Regeln zu Arbeits-, Pausen- und Ausgleichzeiten
- > Kommunikation dieser Regeln

#### 2. Arbeitszeitgestaltung und Mikro-Pausen

- > Die Arbeitszeit sollte dahingehend gestaltet werden, dass auch ausreichend Zeit für Pausen eingeplant werden<sup>246</sup>, da Pausen am besten als Erholung wirken können, wenn diese unmittelbar auf eine Belastung folgen<sup>247</sup>. Diese geschaffenen Pausenzeiten sollten dann auch bewusst genutzt werden, indem ein Kontrast zu Arbeitstätigkeit gesucht wird.
- > Abgesehen von den gesetzlich vorgeschrieben Pausen und Ruhezeiten handelt es sich bei dieser Maßnahme um eine freiwillige Maßnahme(n).

---

<sup>240</sup> vgl. *Ress, S./Tendyck, H.*, Dossier 2020, 68 (101).

<sup>241</sup> vgl. *Gimpel, H. et al*, Belastungsfaktoren der digitalen Arbeit, S. 24.; *Ress, S./Tendyck, H.*, Dossier 2020, 68 (99).

<sup>242</sup> vgl. *SAP*, o.J., SAP Mindfulness Practice – A Minute to Arrive, <https://bit.ly/35rVvWN>, 17.06.2021.

<sup>243</sup> vgl. *Gimpel, H. et al*, Belastungsfaktoren der digitalen Arbeit, S. 24.

<sup>244</sup> vgl. *Ress, S./Tendyck, H.*, Dossier 2020, 68 (92).

<sup>245</sup> vgl. *Ress, S./Tendyck, H.*, Dossier 2020, 68 (91, 95, 101).

<sup>246</sup> vgl. *Ress, S./Tendyck, H.*, Dossier 2020, 68 (99).

<sup>247</sup> vgl. *INQA*, o.J., Kein Stress mit dem Stress! – Tipps für Führungskräfte, <https://bit.ly/35zcTco>, 17.03.2021.

- 
- > Dem Arbeitnehmer muss zuvor der Handlungsspielraum eingeräumt werden, dass er seine Arbeitszeit frei gestalten kann.

### 3. **Feierabend und Feierabendgestaltung**<sup>248</sup>

- > Der Arbeitnehmer hat nach erledigter Arbeit ein Recht auf seinen Feierabend. Dabei sollte der Feierabend möglichst kontrastfrei zur Arbeit sein, damit die Distanzierung erfolgen kann.
- > Feierabendgestaltung: Freiwillige Maßnahme
- > Die Gestaltung des Feierabends obliegt alleine dem Arbeitnehmer, der Arbeitgeber kann durch Angebote im Bereich der Betrieblichen Gesundheitsförderung den Arbeitnehmer dabei unterstützen, dass dieser seinen Feierabend möglichst kontrastreich gestaltet und so den nötigen Ausgleich schafft.

## Soziale Beziehungen

### 1. **Raum für Austausch im Team schaffen**<sup>249</sup>

- > Check-In am Anfang der Woche: Fokus für die neue Woche ausrichten
  - Was steht diese Woche an?
  - Worauf freue ich mich?
  - Was wird eine Herausforderung?
- > Ender der Woche: Reflexion
  - Was ist gut gelaufen?
  - Habe ich Herausforderungen gemeistert?
  - Was hat mir wirkliche Freude bereitet?
  - Was habe ich gelernt?
- > Teamaustauschzeiten festlegen: Zeiten, in denen jeder für jeden erreichbar ist

### 2. **Wertschätzende Kommunikation und Wertschätzung leben**<sup>250</sup>

- > Erhalten die Arbeitnehmer Wertschätzung und Anerkennung für ihre geleistete Arbeit wächst ihr Vertrauen, da sie das Gefühl erhalten einen sinnhaften Beitrag zu leisten. Dies kann sich wiederum positiv auf die sozialen Beziehungen im Unternehmen auswirken.
- > Freiwillige Maßnahme
- > Für die Umsetzung in Form der Anerkennung der geleisteten Arbeit ist primär die Führungskraft verantwortlich. Die Haltung einer wertschätzenden Kommunikation kann aber auf alle zwischenmenschlichen Kommunikationen im Unternehmen übertragen werden, indem die Arbeitnehmer untereinander auch wertschätzen was ihr Kollege tut und dies anerkennen.

### 3. **Führungsstil**<sup>251</sup>

- > Ein Führungsstil, der durch Kontrolle und Präsenzorientierung geprägt ist, stellt für viele Arbeitnehmer einen Stressor dar. Wohingegen eine Vertrauenskultur, die sich durch ein hohes Maß an Transparenz und Feedback auszeichnet neben einer Ziel-, Leistungs- und Orientierung eine wichtige Ressource darstellen kann.

---

<sup>248</sup> vgl. *Matyssek, A.*, CSR und gesunde Führung, 177 (183).; *Ress, S./Tendyck, H.*, Dossier 2020, 68 (100).

<sup>249</sup> vgl. *Ress, S./Tendyck, H.*, Dossier 2020, 68 (95, 101).; *Verster, A.; Heussen, Y.*, *Arbeitsroutinen für gute Zusammenarbeit im Homeoffice*, <https://bit.ly/3zz3YWI>, 18.06.2021

<sup>250</sup> vgl. *INQA*, o.J., Kein Stress mit dem Stress! – Tipps für Führungskräfte, <https://bit.ly/35zcTco>, 17.03.2021.; *Ress, S./Tendyck, H.*, Dossier 2020, 68 (95).

<sup>251</sup> vgl. *Ress, S./Tendyck, H.*, Dossier 2020, 68 (92, 95, 97).

- > Freiwillige Maßnahme
- > Für die Umsetzung ist die Führungskraft verantwortlich.

## Arbeitsumgebung

### 1. zu Hause die „richtigen“ Rahmenbedingungen schaffen<sup>252</sup>

- > Arbeitsplatz, der für Pausen und Feierabend verlassen werden kann
- > Ablenkungsfaktoren beseitigen
- > Arbeits- und Pausenzeiten im häuslichen Umfeld abstimmen und kommunizieren

### 2. „Geh“spräche<sup>253</sup>

- > Gespräche, die nicht im formellen Rahmen stattfinden müssen, können in die Natur verlagert werden. Gerade im Hinblick auf das verminderte Risiko einer COVID-19-Infizierung im freien, stellt dies eine Möglichkeit dar den persönlichen Kontakt trotz Distanz beizubehalten.
- > Freiwillige Maßnahme
- > Mit der Umsetzung sind keine besonderen Voraussetzungen verbunden, lediglich die Bereitschaft zu haben offen zu sein und es einmal auszuprobieren.

### 3. Digitalisierung der Arbeitsprozesse und -dokumente<sup>254</sup>

- > Der Arbeitgeber kann die notwendigen Arbeitsprozesse und -dokumente digitalisieren, damit dem Arbeitnehmer das Arbeiten aus dem Homeoffice erleichtert wird.
- > Freiwillige Maßnahme
- > Abhängig von Digitalisierungsstand im Unternehmen kann die Umsetzung mit einem erheblichen Aufwand verbunden sein.

## Neue Arbeitsformen

### 1. Routinen etablieren<sup>255</sup>

- > Morgen- und (Feier-)Abendroutinen

### 2. Vereinbarkeit von Arbeit und Privatleben als Führungsangelegenheit machen<sup>256</sup>

- > Die Führungskräfte können selber als Vorbild fungieren, wie sich Arbeit und Privatleben vereinbaren lassen. Maßnahmen zum Umgang können vereinbart und vorgelebt werden.
- > Freiwillige Maßnahme
- > Voraussetzung für die Umsetzung ist die Bereitschaft der Führungskräfte Vorbild zu sein, dafür muss die Führungskraft selber hinter dem Thema stehen.

### 3. Meditation zur Trennung zwischen Arbeit und Privatleben

- > Regelmäßiges meditieren hat nachweisbar eine Wirkung auf die Konzentrationsfähigkeit, Aufmerksamkeit und das Stresserleben<sup>257</sup>. Durch die erhöhte Aufmerksamkeit auf den Moment kann der Rollenwechseln zwischen Arbeit und Privatleben leichter bemerkt werden, was Konflikte verringern kann<sup>258</sup>.

<sup>252</sup> vgl. *Ress, S./Tendyck, H.*, Dossier 2020, 68 (93, 98).

<sup>253</sup> vgl. Vortrag der R&V Versicherung zum Thema New Work auf dem BME-Symposium 2019.

<sup>254</sup> vgl. *Ress, S./Tendyck, H.*, Dossier 2020, 68 (92).

<sup>255</sup> vgl. *Ress, S./Tendyck, H.*, Dossier 2020, 68 (98).

<sup>256</sup> vgl. *Ress, S./Tendyck, H.*, Dossier 2020, 68 (95).

<sup>257</sup> vgl. *Kohtes, P./Rosmann, N.*, CSR und gesunde Führung, 277 (279).

<sup>258</sup> vgl. *Jacobsen, P.*, 2020, Entgrenzung und Achtsamkeit, <https://bit.ly/3wQ43mB>, 23.06.2021.

- 
- > Freiwillige Maßnahme
  - > Damit die Beschäftigten die Möglichkeit erhalten regelmäßig zu meditieren, muss ihnen eine entsprechende Anleitung mit an die Hand gegeben werden. Dies kann beispielweise durch die Bereitstellung von Lizenzen für eine Meditationsapp (z. B. 7Mind, <https://www.7mind.de/unternehmen>) erfolgen. Die Bereitstellung solcher Lizenzen ist für das Unternehmen mit einem monetären Aufwand verbunden. Bei dieser Maßnahme ist besonders zu beachten, dass niemand zum Meditieren gezwungen werden kann. Daher sollte es diese Maßnahme als Experiment mit offenem Ausgang ausprobiert werden.<sup>259</sup>

## übergeordnete

### **1. Gestaltung eines übersichtlichen Homeoffice-Faktenblatts<sup>260</sup>: mögliche Inhalte**

- > Was ist im Homeoffice zu beachten?
- > Ansprechpartner im Unternehmen – Wo bekomme ich Hilfe?
- > Ideen für Pausengestaltung, damit die Pause zur „Energiepause“ wird
- > Check-Liste: Wie bereite ich mich auf das Homeoffice vor?

### **2. Mindfulness Ambassador**

- > Eigene Mitarbeiter, die sich bereits mit dem Thema Achtsamkeit beschäftigen können als Mindfulness Ambassadors fungieren, indem sie Gedanken von Achtsamkeit in ihrem Team verankern und Maßnahmen im Kleinen umsetzen. Die Integration von Achtsamkeit im Arbeitsalltag fällt leichter, wenn es durch Multiplikatoren, die bereits von dem Konzept überzeugt sind, vorgelebt wird. Denkbar wäre auch, dass diese Beschäftigten durch ein eigenes Programm zum Achtsamkeitstrainer im Unternehmen ausgebildet werden (ein Beispiel hierfür ist das Unternehmen SAP, welches bereits eigene Achtsamkeitstrainer ausbildet).<sup>261</sup>
- > Freiwillige Maßnahmen
- > Der erste Schritt der Umsetzung ist lediglich damit verbunden, dass sich Mitarbeiter, für die Achtsamkeit bereits von Bedeutung ist dazu bereit erklären dies in ihren Teams zu verankern. Für die anderen Beschäftigten bedeutet dies, dass sie offen sein sollten diesen Weg einmal auszuprobieren. Der zweite Schritt der Umsetzung (Ausbildung dieser Beschäftigten zu Achtsamkeitstrainern) ist mit höheren Anforderungen verbunden (Konzeptionierung, Schulungen, finanzieller Aufwand).

### **3. Stimmungs- und Auslastungsbarometer entwickeln**

- > Die Beschäftigten tragen in ein digital zur Verfügung gestelltes Dokument/auf einer Webseite ihre aktuelle Arbeitsauslastung (0 bis 100 Prozent) ein. Dadurch erhalten die Führungskräfte, aber auch die anderen Teammitglieder einen Überblick über die subjektive Auslastung im Team. Dies kann dann wiederum bei der Aufgabenverteilung berücksichtigt werden. Dauerhafte Über- oder Unterforderung kann so vermieden werden.<sup>262</sup> Ein Auslastungsbarometer kann zusätzlich gleichzeitig mit einem Stimmungsbarometer verknüpft werden. In einem solchen Stimmungsbarometer können die Beschäftigten dann am Wochenende

---

<sup>259</sup> vgl. *Kohtes, P./Rosmann, N.*, CSR und gesunde Führung, 277 (279, 287).

<sup>260</sup> vgl. *Ress, S./Tendyck, H.*, Dossier 2020, 68 (92).

<sup>261</sup> vgl. *Machmeier, C.*, 2018, Mit Achtsamkeit den digitalen Wandel meistern, <https://bit.ly/3d5MRlp>, 23.06.2021.

<sup>262</sup> vgl. *Ress, S./Tendyck, H.*, Dossier 2020, 68 (96).

---

ihre aktuelle Stimmungslage eintragen (beispielweise in dem sie einen von drei Smileys auswählen). Durch diese Verknüpfung kann überprüft werden, wie aktuelle die Stimmung im Team ist und wie sich diese eventuell mit steigender Auslastung verändert.

- > Freiwillige Maßnahme
- > Für die Umsetzung eines Stimmungs- und Auslastungsbarometer ist der Arbeitgeber verantwortlich. Die anschließende Pflege mit den entsprechenden Daten obliegt den Arbeitnehmern. Mit der Einführung ist die Bereitstellung eines entsprechenden Tools verbunden. Hat das Unternehmen keine eigenen Kräfte, die ein solches Tool zur Verfügung stellen können, sind mit der Einführung externe Kosten für die Programmierung verbunden.

## Anhang 3: Übersichtliches Faktenblatt zum Homeoffice



Bild: unsplash.com

# Faktenblatt Homeoffice

## Inhalt



Was ist im Homeoffice zu beachten?



Checkliste: Wie bereite ich mich auf das Homeoffice vor?



Wo finde ich Unterstützung im Unternehmen?



Ideen für die Pausengestaltung mit entsprechenden Anleitungen

plash.com



## Was ist im Homeoffice zu beachten?

- Einhaltung der gesetzlich vorgeschrieben Pausenzeiten (§ 4 ArbZG)
  - Arbeitszeit von mehr als sechs Stunden: 30 Minuten Pausen
  - Arbeitszeit von mehr als neun Stunden: 45 Minuten Pause
- Einhaltung der gesetzlich vorgeschrieben ununterbrochenen Ruhezeiten von elf Stunden nach Beendigung der täglichen Arbeitszeit (§ 5 ArbZG)
- Gewährleistung des Arbeitsschutzes
- Unternehmensspezifische Vorgaben
  - ...

Bild: Power Point



### Checkliste:

## Wie bereite ich mich auf das Homeoffice vor?

Bild: unsplash.com

- Zu Hause die richtigen Rahmenbedingungen schaffen
  - Habe ich mir einen festen Arbeitsplatz eingerichtet, den ich für die Pausen und den Feierabend verlassen werden kann?
  - Befinden sich alle Arbeitsmittel an meinem Arbeitsplatz, die ich für meine Arbeit benötige?
  - Ist mein Arbeitsplatz frei von Ablenkungsfaktoren?
  - Erleichtert es mir die Arbeit, wenn ich meine Arbeits- und Pausenzeiten mit meinen Familienmitgliedern, Mitbewohnern oder Partner abstimme?
  - Welche Faktoren müssen erfüllt sein, damit ich produktiv arbeiten kann?
  - Wann flacht meine Leistung ab?
- Vereinbarung und Kommunikation von Erreichbarkeitszeiten
- Was nimmt mir Energie im Homeoffice? *(siehe dazu auch Folie 12)*
- Was gibt mir Energie im Homeoffice? *(siehe dazu auch Folie 12)*

## Wo finde ich Unterstützung im Unternehmen?



Personal-  
abteilung



IT-Support



Betriebsrat

externe  
psychologische  
Beratungsstelle

...

*Ansprechpartner*

*Erreichbarkeitszeiten*

*Kontaktdaten*

Bild: unsplash.com

## Ideen für die Pausengestaltung

Bild: Power Point

## So kann Deine Pause zur „Energiepause“ werden



Mache ein paar Ausgleichübungen. Beispiele für Ausgleichsübungen findest Du auf Folie 8.



Mache eine Atemübung. Eine Anleitung für eine Atemübung findest Du auf Folie 9.



Meditiere für ein paar Minuten. Eine Anleitung für eine Meditation mit dem Fokus auf den Atem findest Du auf Folie 10.



Bewege dich in deiner Pause. Gehe beispielsweise eine Runde an der frischen Luft spazieren.

Bild: Power Point



## Beispiele für Ausgleichsübungen

Kopfdreher: Eine Übung für Hals und Nacken <sup>[1]</sup>

1. Einatmen – Kopf langsam nach rechts drehen und das Kinn anheben.
2. Ausatmen – Kopf geradeaus und nach vorne beugen.
3. Einatmen – Kopf nach links drehen und das Kinn anheben.

Palmieren: Übung zur Augenentspannung <sup>[2, 3]</sup>

1. Setze Dich bequem hin und reibe Deine Handinnenflächen mit schnellen Bewegungen aneinander, bis diese angenehm warm sind.
2. Neige Deinen Kopf leicht noch untern und lege deine Händeinnenflächen auf Deine geschlossenen Augen, Deine Fingerspitzen zeigen Richtung Haaransatz.
3. Entspanne Dich und atme zwei bis drei Mal ruhig durch.
4. Wiederhole diesen Ablauf dreimal.

Bild: Power Point



## Anleitung Atemübung – Bauchatmung<sup>[4]</sup>

1. Finde einen aufrechten Sitz. Deine Füße stehen hüftbreit am Boden auf.
2. Lege Deine Hände in die Höhe des Nabels auf den Bauch.
3. Atme tief in Deinen Bauch ein und aus und nehme wahr, wie sich Deine Bauchdecke mit jeder Einatmung nach oben drückt und mit der Ausatmung wieder zusammensinkt.

Bild: Power Point



## Anleitung Atemmeditation<sup>[5]</sup>

Nehme eine aufrechte Körperhaltung ein. Die Schultern sind entspannt und das Kinn ist leicht nach unten geneigt.

Schließe, wenn es sich gut anfühlt deine Augen oder blicke mit leicht geöffneten Augen vor Dir auf den Boden.

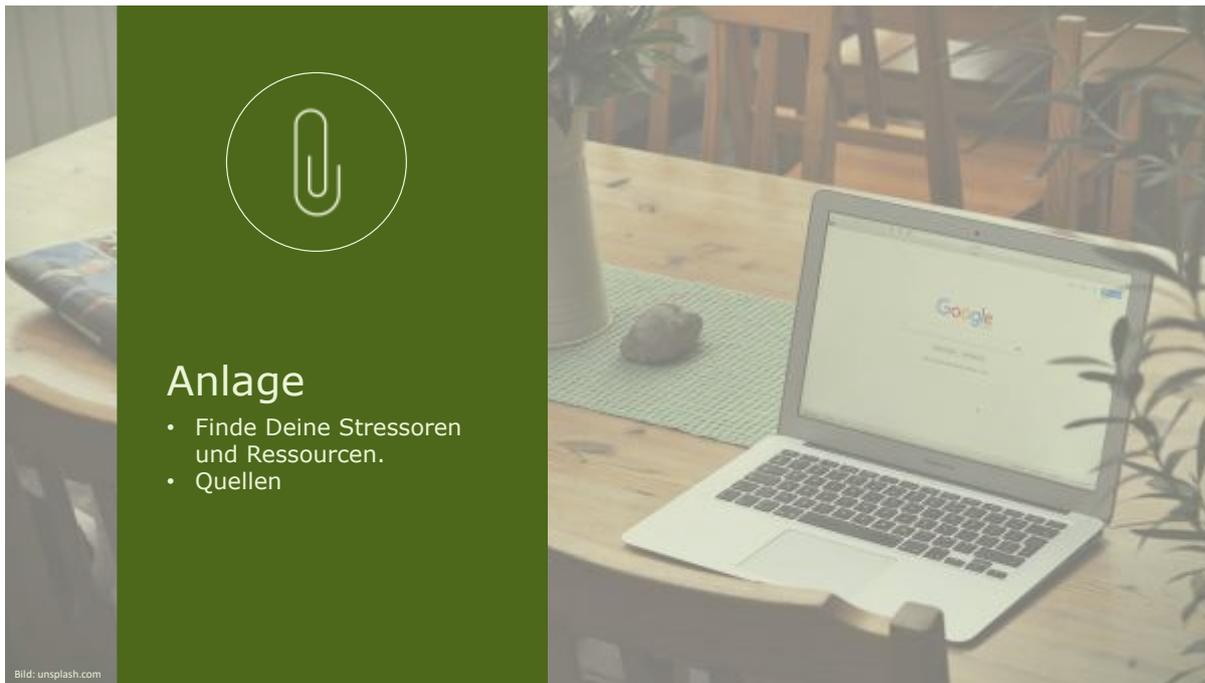
Atme tief ein und wieder aus.

Richte Deine Aufmerksamkeit auf den natürlichen Fluss Deines Atems. Falls Deine Gedanken abschweifen, kehre wieder zu Deinem Atem zurück.

Du kannst im Geiste auch deine Atemzüge zählen (von eins bis zehn und dann wieder von vorne beginnen) oder das Ein- und Ausatmen innerlich mit einem stillen „ein“ und „aus“ begleiten.

Mache dies so lange wie Du magst, mindestens ist aber zu empfehlen eine Minute in der Stille zu bleiben.

Bild: Power Point



## Anlage

- Finde Deine Stressoren und Ressourcen.
- Quellen

Bild: unsplash.com

Finde Deine Stressoren und Ressourcen.

Was nimmt Dir Energie?

---

---

---

---

---

---

Stressoren

Ressourcen

Was gibt Dir Energie?

---

---

---

---

---

---

Versuche Deine Stressoren zu reduzieren und Deine Ressourcen zu stärken.

---

## Quellen

- [1] Techniker Krankenkasse, o.J., 8 Minuten-Work-out fürs Büro (1/4), <https://bit.ly/3w2369X>, 24.06.2021.
- [2] Techniker Krankenkasse, o.J., Übungen zur Augenentspannung für Bildschirmarbeiter (4/4), <https://bit.ly/3qqj0K2>, 24.06.2021.
- [3] Mauer, K., o.J., Die besten Yoga-Übungen für die Augen, <https://bit.ly/2UtNb6Z>, 24.06.2021.
- [4] Techniker Krankenkasse, o.J., Atemübungen zur Entspannung im Büro (3/4), <https://bit.ly/3zTQ41e>, 24.06.2021.
- [5] Kohtes, P., Rosmann, N.: Mit Achtsamkeit in die Führung – Was Meditation für Unternehmen bringt, J. G. Cotta´sche Buchhandlung, Stuttgart 2014, S. 19.

---

## Literaturverzeichnis

- Balikcioglu, Julia*, Psychische Erkrankungen am Arbeitsplatz – Die zunehmende Bedeutung der Psyche im Gesundheitsschutz, NZA 2015, S. 1424.
- BAuA – Bundesanstalt für Arbeitsschutz und Arbeitsmedizin (Hrsg.)/ Hünefeld, Lena*, 2019, Zeitdruck und Co – Wird Arbeiten immer intensiver und belastender?, Dortmund 2019.
- baua – Bundesanstalt für Arbeitsschutz und Arbeitsmedizin*, Psychische Belastung und Beanspruchung im Berufsleben: Erkennen – Gestalten, 5. Auflage, Dortmund 2010.
- Beermann, Beate et al*: Veränderungen in der Arbeitswelt – Reflexion des Arbeitsschutzsystems, hrsg. von BAuA - Bundesanstalt für Arbeitsschutz und Arbeitsmedizin, Dortmund 2020.
- Bentner, Ariane*: Gesundheitsmanagement für Einsteiger, Wege zur gesunden Organisation – Impulse für kleine und mittlere Unternehmen, Springer Gabler, Wiesbaden 2018.
- BKK Dachverband*: Psychisch krank im Job, 4. Auflage, Berlin 2019.
- BMAS – Bundesministerium für Arbeit und Soziales (Hrsg.)*: Übersicht über das Arbeitsrecht / Arbeitsschutzrecht, 11. Auflage, BW Bildung und Wissen Verlag und Software GmbH, Nürnberg 2017.
- BMAS – Bundesministerium für Arbeit und Soziales*: Grünbuch – Arbeiten 4.0, Berlin 2015.
- BMAS – Bundesministerium für Arbeit und Soziales*: Weissbuch Arbeiten 4.0, Berlin 2017.
- BMG – Bundesministerium für Gesundheit*: Ratgeber zur Prävention und Gesundheitsförderung, Berlin 2016.
- Böge, Kerem/Hahn, Eric*: Achtsamkeit bei psychotischen Störungen – Gruppentherapiemanual für die stationäre und ambulante Behandlung SENSE, 1. Auflage, PVU Psychologie Verlags Union. Weinheim Basel 2021.
- Brauner, Corinna/Wöhrmann, Anne M.*, 2019, Work-Life-Balance, in: BAuA – Bundesanstalt für Arbeitsschutz und Arbeitsmedizin (Hrsg.), Stressreport Deutschland 2019, Dortmund, S. 87-94.
- Csikszentmihalyi, Mihály*: Flow – Das Geheimnis des Glücks, 7. Auflage, J. G. Cotta´sche Buchhandlung, 2020 Stuttgart.
- Drath, Karsten*: Die resiliente Organisation, 1. Auflage, Haufe Group, Freiburg 2018.
- Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*: Band 51, 21. Auflage 2021, C.H. Beck, München (zit.: *Erfurter Kommentar/Wank*, Arbeitsrecht).
- Franke, Dietmar*, Betriebliches Gesundheitsmanagement – Wettlauf um die Zertifizierung, SPA 2012, S. 177.
- Fuhlrott, Michael/Fischer, Katharina*, Corona: Virale Anpassungen des Arbeitsrechts, NZA 2020, S. 345.
- GDA – Gemeinsame Deutsche Arbeitsschutzstrategie*: Empfehlungen zur Umsetzung der Gefährdungsbeurteilung psychischer Belastung, Berlin 2017.
- GDA – Gemeinsame Deutsche Arbeitsschutzstrategie/Arbeitsprogramm Psyche (Hrsg.)*: Psychische Arbeitsbelastung und Gesundheit, Berlin 2017.

- 
- Gimpel, Henner et al:* Belastungsfaktoren der digitalen Arbeit – Eine beispielhafte Darstellung der Faktoren, die digitalen Stress hervorrufen, hrsg. von Fraunhofer Institut für Angewandte Informationstechnik FIT/Bundesanstalt für Arbeitsschutz und Arbeitsmedizin/BF/M-Bayreuth, Augsburg 2020.
- GKV-Spitzenverband,* Kriterien zur Zertifizierung digitaler Präventions- und Gesundheitsförderungsangebote gemäß Prävention 2020, o.O. 2020.
- Gotwald, Victor W.,* 2016, Führung für Hochleistung und Gesundheit – Antwort aufsteigende Herausforderungen, Krisendynamiken und für eine Kooperations- und Vertrauenskultur im Unternehmen, in: Hänsel, Markus/Kaz, Karl (Hrsg.), CSR und gesunde Führung – Wertorientierte Unternehmensführung und organisationale Resilienzsteigerung, Springer Gabler, Wiesbaden, S. 153-176.
- Hahnzog, Simon:* Psychische Gefährdungsbeurteilung – Impulse für den Mittelstand, Springer Fachmedien, Wiesbaden 2015.
- Hänsel, Markus,* 2016, Gesunde Führung als Entwicklungsprozess für Führungskräfte und Organisation, in: Hänsel, Markus/Kaz, Karl (Hrsg.), CSR und gesunde Führung – Wertorientierte Unternehmensführung und organisationale Resilienzsteigerung, Springer Gabler, Wiesbaden, S. 13-40.
- Hänsel, Markus/Kaz, Karl,* 2016, Corporate Social Responsibility und gesunde Führung – Hinführung und Überblick über das Buch, in: Hänsel, Markus/Kaz, Karl (Hrsg.), CSR und gesunde Führung – Wertorientierte Unternehmensführung und organisationale Resilienzsteigerung, Springer Gabler, Wiesbaden, S. 2-10.
- Hiendl, Christoph O.,* 2019, Achtsamkeit in Arbeitswelten – Mögliche Umsetzungsszenarien in Großunternehmen, in: Achtsamkeit in Arbeitswelten - Für eine Kultur des Bewusstseins in Unternehmen und Organisationen, Chang-Gusko, Yong-Seun et al (Hrsg.), Springer Gabler, Wiesbaden, S. 197-212.
- INQA – Initiative Neue Qualität der Arbeit:* Psychische Gesundheit in der Arbeitswelt – Aktuelle Erkenntnisse zu betrieblichen und individuellen Einflussfaktoren nach Einschätzung der Beschäftigten, 2.Auflage, Berlin 2019.
- Iqbal, Shamsi T.; Horvitz, Eric,* 2009, Disruption and Recovery of Computing Tasks: Field Study, Analysis, and Directions, in: Conference: Proceedings of the 2007 Conference on Human Factors in Computing Systems, CHI 2007, San Jose, California, USA, April 28 - May 3, S. 677.
- Kallos, Christian,* 2021, Betriebliche Gesundheitsförderung, in: Weber, Klaus (Hrsg.), Creifelds, Rechtswörterbuch, 26. Edition, C.H. Beck, München 2021.
- Keilich, Jochen/Brummer, Paul,* Home-Office und Mobile Working, SPA 2020, S. 126.
- Kliner, Karin/Rennert, Dirk/Richter, Matthias:* BKK Gesundheitsatlas 2019 – Netzwerke(n) für Gesundheit, MWV Medizinisch Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft, Berlin 2019.
- Kohtes, Paul J.; Rosmann, Nadja:* Mit Achtsamkeit in Führung – Was Meditation für Unternehmen bringt, J. G. Cotta´sche Buchhandlung, Stuttgart 2014.
- Kollmer, Norbert/Klindt, Thomas/Sucht, Carsten (Hrsg.):* Arbeitsschutzgesetz, Kommentar, 4. Auflage 2021, C.H. Beck, München (zit.: *Kollmer/Klindt/Sucht, ArbSchG*).

- 
- Kollmer, Norbert/Wiebauer, Bernd/Schucht, Carsten (Hrsg.): Arbeitsstättenverordnung, Kommentar, 4. Auflage 2019, C.H. Beck, München (zit.: Kollmer/Wiebauer/Sucht, ArbStättV.*
- Krause, Rüdiger, Herausforderung Digitalisierung der Arbeitswelt und Arbeiten 4.0, NZA-Beilage 2017, S. 53.*
- Krieger, Steffen/Rudnik, Tanja/Povedano Peramato, Alberto, Homeoffice und Mobile Office in der Corona-Krise, NZA 2020, S. 473.*
- Lally, Phillippa et al, 2009, How are habits formed: Modelling habit formation in the real world, in: European Journal of Social Psychology, S. 998.*
- Landmann/Rohmer: Gewerbeordnung und ergänzende Vorschriften, Kommentar, 85. Ergänzungslieferung, 2020, C.H. Beck, München (zit.: Landmann/Rohmer/Wiebauer, GewO).*
- Lohmann-Haislah, Amdrea, 2019, Stand und Entwicklung der Schlüsselfaktoren 2006, 2012, 2018, in: BAuA – Bundesanstalt für Arbeitsschutz und Arbeitsmedizin (Hrsg.), Stressreport Deutschland 2019, Dortmund, S. 27-39.*
- Lütkehaus, Isabell, Psychische Gesundheit im Rahmen des Betrieblichen Gesundheitsmanagements, SPA 2018, S. 105.*
- Mainka-Riedel, Maritta: Stressmanagement – Stabil trotz Gegenwind - Wie Sie Ihren eigenen Weg zu gesunder Leistungsfähigkeit finden, Springer Gabler, Wiesbaden 2013.*
- Matyssek, Anne Katrin, 2016, Wie gewinnt man Führungskräfte für das Thema „Gesund Führen“?, in: Hänsel, Markus/Kaz, Karl (Hrsg.), CSR und gesunde Führung – Wertorientierte Unternehmensführung und organisationale Resilienzsteigerung, Springer Gabler, Wiesbaden, S. 177-189.*
- Meßtorff, Claudia/Kurzenhäuser-Carstens, Stephanie, 2019, Achtsamkeit und Prävention, in: Achtsamkeit in Arbeitswelten - Für eine Kultur des Bewusstseins in Unternehmen und Organisationen, Chang-Gusko, Yong-Seun et al (Hrsg.), Springer Gabler, Wiesbaden, S. 53-68.*
- Meyer, Bertold/Zill, Alexander/Schumann, Susen, 2020, Arbeitssituation und Belastung zu Zeiten der Corona-Pandemie, in: Techniker Krankenkasse (Hrsg.), Dossier 2020 – Corona 2020: Gesundheit, Belastungen, Möglichkeiten., Hamburg, S. 46-67*
- Möltner, Hannah/Leve, Jonas/Esch, Tobias, Burnout-Prävention und mobile Achtsamkeit: Evaluation eines appbasierten Gesundheitstrainings bei Berufstätigen, Gesundheitswesen 2018, S. 295.*
- Mourlange, Denis/Hollmann, Detlef, 2016, Führung, Gesundheit und Resilienz – Ergebnisse einer empirischen Studie in deutschen Unternehmen, in: Hänsel, Markus/Kaz, Karl (Hrsg.), CSR und gesunde Führung – Wertorientierte Unternehmensführung und organisationale Resilienzsteigerung, Springer Gabler, Wiesbaden, S. 121-135.*
- Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht: Band 2, Individualarbeitsrecht II, 4. Auflage 2018, C.H. Beck, München (zit.: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht/Kiel, H./Lunk, S./Oetker, H.; Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht/Kohte, W.).*
- Münchener Kommentar: Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 8. Auflage 2020, C.H. Beck, München (zit.: MüKo/Henssler, BGB).*

- 
- Pieper, Ralf*: ArbSchR – Arbeitsschutzrecht (Kommentar für die Praxis), 6. Auflage, Bund-Verlag, Frankfurt am Main 2017.
- Plaumann, Martina/Busse, Anja/Walter, Ulla*, 2006, Grundlagen zu Stress, in: KKH Kaufmännische Krankenkasse (Hrsg.), Weißbuch Prävention 2005/2006: Stress? Ursachen, Erklärungsmodelle und präventive Ansätze, Springer Medizin Verlag, Heidelberg, S. 3-12.
- Prinzing, Gertrud/Schröder, Julia/König, Marin*, 2019, BGM für die Arbeitsbedingungen der Zukunft – BGM 4.0, in: *Kliner, Karin/Rennert, Dirk/Richter, Matthias* (Hrsg.), BKK Gesundheitsatlas 2019 – Netzwerke(n) für Gesundheit, MWV Medizinisch Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft, Berlin, S. 59-66.
- Rees, Sai-Lila/Tendyck, Hannah C.*, 2020, Literatur-Review „Ressourcen und Stressoren im Homeoffice“, in: *Techniker Krankenkasse* (Hrsg.), Dossier 2020 – Corona 2020: Gesundheit, Belastungen, Möglichkeiten, Hamburg, S. 68-103.
- Schütte, Martin/Beermann, Beate*, 2019, Zum Hintergrund: Ergebnisse des Projekts Psychische Gesundheit in der Arbeitswelt, in: *BAuA – Bundesanstalt für Arbeitsschutz und Arbeitsmedizin* (Hrsg.), Stressreport Deutschland 2019, Dortmund, S. 18-26.
- Schütte, Martin/Beermann, Beate*, 2019, Zum Hintergrund: Ergebnisse des Projekts Psychische Gesundheit in der Arbeitswelt, in: *BAuA – Bundesanstalt für Arbeitsschutz und Arbeitsmedizin* (Hrsg.), Stress-report Deutschland 2019, Dortmund, S. 18-26.
- Schwede, Joachim*, Betriebliches Gesundheitsmanagement und betriebliche Mitbestimmung, *ArbRAktuell* 2019, S. 7.
- Struhs-Wehr, Karin*: Betriebliches Gesundheitsmanagement und Führung – Gesundheitsorientierte Führung als Erfolgsfaktor im BGM, Springer Fachmedien, Wiesbaden 2017.
- Stück, Volker*, Gefährdungsbeurteilung psychischer Belastungen in Recht und Praxis, *ArbRAktuell* 2015, S. 515.
- Techniker Krankenkasse*: Dossier 2020 – Corona 2020: Gesundheit, Belastungen, Möglichkeiten., Hamburg 2020.
- Techniker Krankenkasse*: Entspann dich, Deutschland – TK-Stressstudie 2016, Hamburg 2016.
- Tisch, Anita/Vieten, Laura*, 2019, Vertiefende Befunde zum Themenfeld Arbeitsaufgabe – Flexible Arbeitszeiten: Verteilung von Anforderungen und Ressourcen, in: *BAuA – Bundesanstalt für Arbeitsschutz und Arbeitsmedizin* (Hrsg.), Stressreport Deutschland 2019, Dortmund, S. 56-62.
- WHO – World Health Organization*: Ottawa-Charta zur Gesundheitsförderung, Ottawa 1986.
- Wöhrmann, Anne M./Brauner, Corinna*, 2019, Vertiefende Befunde zum Themenfeld Arbeitsaufgabe – Entgrenzung bei ortsflexibler Arbeit und berufsbedingter Mobilität, in: *BAuA – Bundesanstalt für Arbeitsschutz und Arbeitsmedizin* (Hrsg.), Stressreport Deutschland 2019, Dortmund, S. 63-70.

---

## DIN-Verzeichnis

DIN EN ISO 10075-1, Ergonomische Grundlagen bezüglich psychischer Arbeitsbelastung -  
Teil 1: Allgemeine Aspekte und Konzepte und Begriffe

# Tokenisierung von illiquiden Vermögenswerten Wie Blockchain die Immobilienwirtschaft verändern kann

Bachelorarbeit

an der  
FH Aachen  
FB Wirtschaftswissenschaften  
Betriebswirtschaft / Business Studies (B.Sc.)  
Erstprüfer Prof. Dr. rer. pol. Philipp Schmitz  
16.08.2021

Vorgelegt von  
Nils Christ  
Matr.Nr.: 3139788  
aus Geilenkirchen

## **Abstract**

Die folgende Bachelorarbeit beschäftigt sich mit dem Einsatz der Blockchain-Technologie in der Immobilienwirtschaft.

Ziel der Arbeit ist es, die Funktionsweise der Blockchain-Technologie darzustellen, zu erläutern wie diese in der Immobilienwirtschaft eingesetzt werden kann und welche Verbesserungen erzielt werden. Der Fokus liegt dabei auf einer tokenbasierten Immobilienanlage und dem Einsatz im Grundbuchwesen.

Hierzu wurde anhand einer Literaturrecherche Grundlagenwissen zusammengetragen, um die Thematik zu erläutern. Dabei wurden zuerst die Eigenschaften und die Funktionsweise der Blockchain-Technologie und der Status quo der Immobilienwirtschaft dargestellt. Anschließend wurden die Anwendungsmöglichkeiten betrachtet und die daraus resultierenden Verbesserungen aufgezeigt.

In Bezug auf die Blockchain-Technologie kann festgehalten werden, dass sie ein verteiltes Datenbanksystem ist, das eine synchrone Verifizierung und Speicherung von Daten ermöglicht. Mithilfe der verteilten Struktur und der Verwendung von kryptographischen Funktionen kann ein manipulationssicherer Austausch von Informationen und Werten über die ganze Welt erfolgen.

Bei der tokenisierten Immobilienanlage kann festgestellt werden, dass es möglich ist, Bruchteile einer Immobilie als Wertpapier über die Blockchain zum Handel anzubieten. Dadurch können Privatanleger mit hoher Flexibilität ein individuelles Immobilienportfolio aufbauen und die Anteile jederzeit zu niedrigen Transaktionskosten am Sekundärmarkt liquidieren.

Weiterhin wird festgestellt, dass die Einführung eines blockchainbasierten Grundbuchs in Deutschland nur marginale Verbesserungen erzielt und zum aktuellen Zeitpunkt aufgrund rechtlicher Gegebenheiten nicht realisierbar ist. Die aktuelle Forschung in diesem Gebiet geht nicht über theoretische Überlegungen und Pilotprojekte hinaus.

Die Bachelorarbeit mit dem Titel „Tokenisierung von illiquiden Vermögenswerten – Wie Blockchain die Immobilienwirtschaft verändern kann“ wird von Nils Christ vorgelegt.

## Inhaltsverzeichnis

|   |           |
|---|-----------|
| <b>Abkürzungsverzeichnis</b> .....  | <b>V</b>  |
| <b>Abbildungsverzeichnis</b> .....  | <b>VI</b> |
| <b>Tabellenverzeichnis</b> .....  | <b>VI</b> |
| <b>1 Einleitung</b> .....   | <b>1</b>  |
| 1.1 Aufbau der Arbeit .....   | 2         |
| 1.2 Methodik .....  | 2         |
| <b>2 Grundlagen der Blockchain-Technologie</b> .....                      | <b>3</b>  |
| 2.1 Abgrenzung Distributed Ledger Technologie, Blockchain und Bitcoin ... | 3         |
| 2.2 Kryptographie .....   | 4         |
| 2.2.1 Public-Key-Kryptographie .....                                      | 4         |
| 2.2.2 Hash-Funktionen .....   | 5         |
| 2.2.3 Merkle Bäume .....  | 6         |
| 2.3 Rollenverteilung in Peer-to-Peer Netzwerken .....                     | 7         |
| 2.4 Konsensmechanismen .....  | 7         |
| 2.4.1 Proof-of-Work .....   | 8         |
| 2.4.2 Proof-of-Stake .....  | 9         |
| 2.4.3 Weitere Mechanismen .....   | 10        |
| 2.5 Blockchain Varianten.....   | 10        |
| 2.6 Ablauf einer Transaktion.....   | 12        |
| 2.7 Smart Contracts .....   | 12        |
| 2.8 Token.....  | 13        |
| 2.8.1 Payment-Token .....   | 13        |
| 2.8.2 Wertpapierähnliche Token .....                                      | 14        |
| 2.8.3 Utility-Token .....   | 15        |
| 2.9 Kritik.....   | 16        |
| 2.10 Zwischenfazit .....  | 16        |
| <b>3 Grundlagen der Immobilienwirtschaft</b> .....                        | <b>18</b> |
| 3.1 Wirtschaftsgut Immobilie .....  | 19        |
| 3.2 Anlegertypen .....  | 20        |
| 3.3 Immobilienanlage .....  | 21        |
| 3.3.1 Direktinvestition .....   | 22        |
| 3.3.2 Offene Immobilienfonds .....  | 23        |
| 3.3.3 Geschlossene Immobilienfonds.....                                   | 24        |
| 3.3.4 Immobilienaktiengesellschaften .....                                | 24        |
| 3.3.5 REITs.....  | 25        |
| 3.3.6 Immobilien-ETFs .....   | 26        |
| 3.3.7 Gegenüberstellung der Anlageformen.....                             | 26        |

|   |           |
|---|-----------|
| 3.4 Grundbuchwesen .....  | 27        |
| <b>4 Anwendung der Blockchain-Technologie in der Immobilienwirtschaft</b> | <b>29</b> |
| 4.1 Tokenisierte Immobilienanlage .....                                   | 29        |
| 4.1.1 Prozess zur erfolgreichen Tokenisierung .....                       | 29        |
| 4.1.1.1 Deal-Strukturierung .....   | 30        |
| 4.1.1.2 Gründung einer Zweckgesellschaft.....                             | 30        |
| 4.1.1.3 Regularien erfüllen .....   | 31        |
| 4.1.1.4 Tokenisierung und Security Token Offering .....                   | 31        |
| 4.1.1.5 Dividendenausschüttung .....                                      | 32        |
| 4.1.1.6 Sekundärhandel .....  | 32        |
| 4.1.2 Vorteile .....  | 33        |
| 4.1.3 Vergleich zu herkömmlichen Anlageprodukten.....                     | 34        |
| 4.1.4 Unternehmensbeispiel: Brickblock und Exporo.....                    | 35        |
| 4.2 Blockchain im Grundbuchwesen.....                                     | 36        |
| 4.2.1 Allgemeine Betrachtung .....  | 36        |
| 4.2.2 Einsatz in Deutschland .....  | 37        |
| 4.2.3 Project Hurricane.....  | 39        |
| 4.2.4 Pilotprojekt in Schweden .....                                      | 40        |
| <b>5 Schlussteil .....</b>  | <b>42</b> |
| 5.1 Ergebnisse.....   | 42        |
| 5.2 Kritische Würdigung .....   | 43        |
| 5.3 Ausblick.....   | 43        |
| <b>Literaturverzeichnis .....</b>   | <b>44</b> |

**Abkürzungsverzeichnis**

|       |  |
|-------|--|
| AG    | Aktiengesellschaft                                     |
| BaFin | Bundesanstalt für Finanzdienstleistung                 |
| BDEW  | Bundesverband der Energie- und Wasserwirtschaft        |
| BSI   | Bundesamt für Sicherheit in der Informationstechnik    |
| DLT   | Distributed Ledger Technologie                         |
| DSGVO | Datenschutz-Grundverordnung                            |
| EstG  | Einkommensteuergesetz                                  |
| ETF   | Exchange Traded Fund                                   |
| eWpG  | Gesetz über elektronische Wertpapiere                  |
| GmbH  | Gesellschaft mit beschränkter Haftung                  |
| IBAN  | International Bank Account Number                      |
| InvG  | Investmentgesetz                                       |
| KGaA  | Kommanditgesellschaft auf Aktien                       |
| KYC   | Know Your Customer                                     |
| OECD  | Organisation for Economic Co-operation and Development |
| PIN   | Personal Identification Number                         |
| REIT  | Real Estate Investment Trust                           |
| SEC   | U.S. Securities and Exchange Commission                |
| STO   | Security Token Offering                                |

**Abbildungsverzeichnis**

|   |    |
|---|----|
| Abb. 1: Darstellung eines Merkle Baumes .....           | 6  |
| Abb. 2: Verknüpfung von Blöcken in der Blockchain ..... | 9  |
| Abb. 3: Transaktionsvolumen in Deutschland .....        | 19 |

**Tabellenverzeichnis**

|   |    |
|---|----|
| Tabelle 1: Gegenüberstellung der Anlageformen ..... | 26 |
|---|----|

## 1 Einleitung

Spätestens seit in den Medien von den neusten Höchstständen der Kryptowährung Bitcoin oder von Manipulationen des Krypto-Marktes seitens Individuen, wie Elon Musk, die Rede ist, gelangt das Thema Blockchain weiter in den Fokus der Öffentlichkeit. Doch es steckt mehr hinter der Blockchain-Technologie als reine Spekulation mit neuartigen Anlageklassen.

Ein Kernaspekt der Technologie ist die manipulationssichere, digitale Übertragung von Informationen und Werten ohne einen Intermediär, der Vertrauen zwischen den Parteien schaffen muss. Gerade in der heutigen Zeit, in der die Menge an Daten immer weiter ansteigt, stellt sich die Frage, wie weiterhin die Integrität und Vertraulichkeit bewahrt werden kann.<sup>1</sup>

Die Wissenschaft und Wirtschaft befasst sich bereits seit einiger Zeit mit der Technologie und forscht in verschiedensten Bereichen nach Potenzialen, die teilweise zum heutigen Zeitpunkt nur in Ansätzen erfasst werden können. Mögliche Anwendungen lassen sich unter anderem in der Finanzbranche, der Immobilienwirtschaft, im Versicherungswesen, dem Energiehandel und der Koordination von Lieferketten finden. Auch der Umgang mit Gesundheitsdaten oder die Durchführung von Wahlen könnte sich verändern. Dies deutet darauf hin, dass die Blockchain nicht nur in der Wirtschaft, sondern ebenfalls im gesellschaftlichen Leben Einzug hält.

Auch die Bundesregierung hat das Potenzial der Blockchain-Technologie erkannt und veröffentlichte 2019 die „Blockchain-Strategie der Bundesregierung“. Ziel des Dokumentes ist es, die Rahmenbedingungen für zukünftige Innovationen bereitzustellen, um den Blockchain-Standort Deutschland weiter auszubauen.<sup>2</sup>

Die vorliegende Arbeit befasst sich explizit mit möglichen Anwendungen in der Immobilienwirtschaft. Eine der größten Branchen der deutschen Volkswirtschaft, die jedoch bis heute von langsamen Prozessen und Illiquidität geprägt ist. Dazu kommt eine hohe Kapitalintensität, was dazu führt, dass sich Immobilieninvestments nur eingeschränkt für Privatanleger eröffnen. Die Blockchain verspricht die Welt der Immobilieninvestments für Privatanleger transparenter und zugänglicher zu machen. Zusätzlich kann sie genutzt werden, um den Prozess einer Grundbucheintragung schlanker zu gestalten.

Vor dem Hintergrund der Blockchain stellt sich folgende Frage:

1.) Wie funktioniert die Blockchain-Technologie und welche innovativen Eigenschaften hat sie?

Ziel dabei ist es, interessierten Lesern eine verständliche Erläuterung der Funktionsweise der Blockchain darzulegen. Wie oben erwähnt wird an verschiedenen Implementierungen geforscht. Demnach kann es von Vorteil sein, ein grobes Verständnis der Technologie aufweisen zu können.

Vor dem Hintergrund des Einsatzes in der Immobilienwirtschaft stellen sich folgende Fragen:

2.) Wie wird die Blockchain-Technologie eingesetzt?

---

<sup>1</sup> Vgl. Kempe, M. et al., 2016, S. 36.

<sup>2</sup> Vgl. BMF; BMWi, 2019, S. 3–4.

3.) Welche Verbesserungen werden erzielt?

### **1.1 Aufbau der Arbeit**

Im Wesentlichen besteht der Hauptteil der Arbeit aus drei Blöcken.

Der erste Block befasst sich mit den Grundlagen der Blockchain-Technologie. Zu Beginn werden verschiedene Begriffe, die häufig als Synonyme für die Blockchain verwendet werden, voneinander abgegrenzt. Anschließend wird auf die Eigenschaften der Blockchain eingegangen, die sie als innovative Technologie auszeichnen. Darauffolgend soll der gesamte Ablauf einer Transaktion, das heißt die Übertragung von Informationen oder Werten, exemplarisch dargestellt werden. Weiter wird auf Smart Contracts und Token eingegangen, die einen besonderen Nutzen für reale Anwendungen haben. Zuletzt werden Kritikpunkte benannt und ein Zwischenfazit gezogen.

In Block zwei wird der Status quo der Immobilienwirtschaft beleuchtet. Dabei geht es anfangs um die Immobilie als Wirtschaftsgut und die verschiedenen Anlegertypen. Die vorhandene Literatur liefert Hinweise darauf, dass die Blockchain vor allem im Bereich des Immobilieninvestments und des Grundbuchwesens eingesetzt werden kann. Im Zuge dessen handeln die darauffolgenden Unterkapitel von den verschiedenen Anlageformen und dem Grundbuch bzw. dem Ablauf einer Grundbucheintragung.

In Block drei werden die beiden vorangegangenen Blöcke zusammengeführt. Zudem ist der Block erneut in zwei separate Themenblöcke eingeteilt. Der erste Teil beschäftigt sich mit einer neuen Form der Immobilienanlage auf Blockchain-Basis. Dazu wurde ein Prozess aufgestellt, der die einzelnen Schritte beleuchtet, die getätigt werden müssen, um eine Immobilie erfolgreich zu tokenisieren. Anschließend werden die Vorteile der blockchainbasierte Immobilienanlage aufgezeigt und ein Vergleich zu den Anlageprodukten aus Block zwei gezogen. Zuletzt werden zwei Unternehmen als Beispiel herangezogen. Im zweiten Teil wird der Einsatz der Blockchain im Grundbuchwesen thematisiert. Hier wird auf den möglichen Einsatz in Deutschland eingegangen. Zuletzt werden zwei Projekte vorgestellt, die sich mit dieser Thematik befassen.

Im letzten Kapitel werden die Ergebnisse der Arbeit zunächst zusammengefasst. Abschließend erfolgt eine kritische Würdigung der Thematik und ein Ausblick.

### **1.2 Methodik**

Anhand einer literaturbasierten Recherche wird der aktuelle Forschungsstand aufgezeigt.

Für den ersten Block wurde sich hauptsächlich an Fachliteratur von verschiedenen Instituten, Ministerien oder Verbänden bedient. Im zweiten Block kamen besonders Fach- und Lehrbücher zum Einsatz. Für den dritten Block wurde auf fachspezifische Paper und auf Aufsätze in Sammelwerken oder Fachzeitschriften zurückgegriffen.

Um die Aktualität der Thematik zu verdeutlichen, wurden an verschiedenen Stellen Pressemitteilungen, Zeitungsartikel oder neue Gesetzestexte eingebaut.

Die Arbeit ist dahingehend limitiert, dass vor allem zu der Thematik des letzten Blocks noch nicht viel Forschung bereitsteht. Besonders zum Thema Blockchain im Grundbuchwesen gibt es bisher hauptsächlich hypothetische Überlegungen. Aufgrund mangelnder realer Erprobung waren zusätzlich keine empirischen Daten aufzufinden.

## 2 Grundlagen der Blockchain-Technologie

Um dem Leser ein besseres Verständnis für die folgenden Thematiken der Bachelorarbeit zu verschaffen, wird in diesem Kapitel auf die Grundlagen der Blockchain-Technologie eingegangen. Es ist nicht notwendig, alle Details einer Technologie zu verstehen, um von ihren Vorzügen profitieren zu können. Andererseits dürften nur wenige Menschen auf der Welt Zugang zu den Informationen des Internet haben, die Konnektivität eines Smartphones nutzen oder die Mobilität durch das Automobil genießen. Dennoch ist es wichtig, die Blockchain in ihren Grundzügen nachvollziehen zu können, da sie aufgrund ihrer vielfältigen Einsatzmöglichkeiten zukünftig in verschiedenen Bereichen des Alltags Anwendung finden wird.<sup>3</sup>

Die Blockchain ist eine manipulationssichere Technologie, um Werte digital abzuspeichern und auszutauschen. Technisch gesehen ist sie ein dezentrales Rechnernetzwerk, indem Rechenknoten unabhängig von einer zentralen Instanz und direkt miteinander kommunizieren.

Nachfolgend werden die grundlegenden konzeptionellen und technischen Grundlagen der Blockchain-Technologie erklärt. Zu nennen wären hier die kryptographischen Funktionen, die Rollenverteilung der einzelnen Teilnehmer und die sogenannten Konsensmechanismen, die dafür Sorge tragen, dass die Blockchain sicher ist und ihre Daten unveränderbar gespeichert sind. Anschließend werden verschiedene Blockchain-Variationen und der Ablauf einer Transaktion im Netzwerk erläutert. Darauf folgend werden zwei der wichtigsten Weiterentwicklungen der Grundlagentechnologie beleuchtet: Smart Contracts und Token. Abschließend werden einzelne Kritikpunkte benannt und ein Zwischenfazit gezogen.

### 2.1 Abgrenzung Distributed Ledger Technologie, Blockchain und Bitcoin

Die Begriffe Distributed Ledger Technologie und Blockchain werden oft synonym verwendet.<sup>4</sup> Bisher gibt es keine klare begriffliche Abgrenzung zwischen Blockchains und DLTs. Dennoch gibt es Unterschiede.

Bei Distributed Ledger Technologien handelt es sich im Grundgedanken um ein verteiltes Datenbanksystem, welches eine synchrone Verifizierung und Speicherung von Daten in Netzwerken ermöglicht. Sie besitzen weder eine übergeordnete Instanz oder einen Inhaber noch einen zentralen Datenspeicher, wie man es beispielsweise von Rechenzentren der großen amerikanischen Technologieunternehmen kennt. Die einzelnen Akteure solcher DL-Netzwerke kommunizieren direkt miteinander. Aufgrund dessen spricht man auch von einem Peer-to-Peer-Netzwerk. Neue Transaktionen, die dem Netzwerk hinzugefügt werden sollen, werden durch die vernetzten Rechner überprüft und verteilt abgespeichert.<sup>5</sup>

Die Blockchain ist die bekannteste Ausprägung solcher Distributed Ledger Technologien. Dort werden Datensätze chronologisch in Blöcken zusammengefasst und diese mithilfe von kryptografischen Verfahren miteinander verkettet.<sup>6</sup> In den nachfolgenden Kapiteln wird genauer darauf eingegangen.

---

<sup>3</sup> Vgl. Schlatt, V. et al., 2016, S. 3.

<sup>4</sup> Vgl. Böhme, R.; Pesch, P., 2017, S. 473.

<sup>5</sup> Vgl. Bundesnetzagentur, 2020, S. 5.

<sup>6</sup> Vgl. Richard, P.; Mamel, S.; Vogel, L., 2019, S. 29.

Nicht alle Distributed Ledger Technologien nutzen das Ordnungsprinzip der Block-Verkettung. Daher kann festgehalten werden, dass jede Blockchain eine Distributed Ledger Technologie, aber nicht jede Distributed Ledger Technologie eine Blockchain ist.<sup>7</sup>

Bitcoin ist die erste konkrete Anwendung einer Blockchain. Dabei handelt es sich um ein digitales Zahlungssystem, welches durch Satoshi Nakamoto 2008 in einem White Paper<sup>8</sup> veröffentlicht und ein Jahr später realisiert worden ist. Bis heute ist nicht bekannt, ob es sich bei dem Pseudonym „Satoshi Nakamoto“ um eine Einzelperson oder ein Kollektiv mehrerer Personen handelt.<sup>9</sup> Durch die Bitcoin-Blockchain können die Nutzer weltweit finanzielle Transaktionen ohne die Notwendigkeit von Intermediären tätigen und haben dabei stark geminderte Transaktionskosten.<sup>10</sup>

## 2.2 Kryptographie

Blockchains nutzen verschiedene kryptographische Funktionen. Diese sind ein wesentlicher Bestandteil für die Sicherheit von Blockchain Anwendungen. Die wichtigsten sind einerseits die sogenannte Public-Key-Kryptographie, die es mithilfe eines kryptographischen Schlüsselpaares möglich macht, Teilnehmer des Netzwerkes zu identifizieren und Transaktionen auszulösen. Und andererseits die Hash-Funktionen, die es ermöglichen, neue Blöcke zu erschaffen und diese miteinander zu verketteten.<sup>11</sup> Im Folgenden wird näher auf diese Funktionen eingegangen.

### 2.2.1 Public-Key-Kryptographie

Um an einem Blockchain-Netzwerk teilzunehmen, muss jeder Teilnehmer ein Schlüsselpaar besitzen. Dieses Schlüsselpaar besteht aus einem öffentlichen und einem privaten Schlüssel, die durch einen Algorithmus mathematisch miteinander verbunden, aber nicht identisch sind.<sup>12</sup> Aufgrund dieser beiden unterschiedlichen Schlüssel wird bei der Public-Key-Kryptographie auch häufig von einer asymmetrischen Verschlüsselung gesprochen (analog zur asymmetrischen Verschlüsselung gibt es ebenfalls die symmetrische Verschlüsselung, bei der es nur einen Schlüssel gibt. Diese findet in der Blockchain jedoch keine Anwendung).<sup>13</sup> Darüber hinaus stellt die Kombination aus dem öffentlichen und privaten Schlüssel im Kontext einer Blockchain die kryptographische Identität, eine Art Pseudonym, dar.<sup>14</sup>

Die Schlüssel werden verwendet, um Datensätze zu signieren und diesen anschließend an einen Empfänger zu versenden. Nach Erhalt kann der Empfänger den Datensatz mit dem öffentlichen Schlüssel des Absenders entschlüsseln. Eine genauere Erklärung des Ablaufs einer solchen Transaktion ist in Kapitel 2.6 zu finden.

Durch die Nutzung der Public-Key-Kryptographie werden drei Ziele erreicht:

1.) Authentizität - Der Empfänger kann den Datenursprung überprüfen, weil nur der Absender den privaten Schlüssel kennt, mit dem der Datensatz signiert worden ist.

<sup>7</sup> Vgl. Richard, P.; Mamel, S.; Vogel, L., 2019, S. 28.

<sup>8</sup> Siehe Nakamoto, S., 2008.

<sup>9</sup> Vgl. Hönig, M., 2019a, S. 111.

<sup>10</sup> Vgl. Brühl, V., 2017, S. 135.

<sup>11</sup> Vgl. Bundesnetzagentur, 2020, S. 7.

<sup>12</sup> Vgl. Bundesnetzagentur, 2020, S. 7.

<sup>13</sup> Vgl. Buchmann, J., 2016, S. 76–77.

<sup>14</sup> Vgl. Böhme, R.; Pesch, P., 2017, S. 476.

2.) Gültigkeit – Es kann vom Absender nicht behauptet werden, den Datensatz nicht signiert zu haben.

3.) Integrität – Die Integrität der Daten ist gewährleistet, da diese nicht unbemerkt nachträglich abgeändert werden können.<sup>15</sup>

Wie die Adjektive öffentlich und privat bereits vermuten lassen, sollte der private Schlüssel unbedingt geheim gehalten werden. Der öffentliche Schlüssel kann mit den Teilnehmern des Netzwerkes geteilt werden bzw. wird geteilt. Bei einer Krypto-Wallet, eine digitale Geldbörse in Form einer Software, in der Kryptowährungen und das Schlüsselpaar aufbewahrt und verwaltet werden können, wäre der öffentliche Schlüssel, sozusagen, die IBAN und der private Schlüssel der PIN am Bankautomaten. Gelangt der private Schlüssel in Hände eines Dritten, kann dieser auf die Wallet zugreifen und z.B. die dort befindlichen Bitcoins auf sein Wallet transferieren. Somit hat der Inhaber des privaten Schlüssels die Verfügungsgewalt auf die, auf der Blockchain befindlichen, Werteinheiten.<sup>16</sup> Die IBAN-Analogie macht hinsichtlich einer Transaktion an das eigene Wallet ebenfalls Sinn. Der öffentliche Schlüssel dient dabei als Adresse, an die die Transaktion versendet werden kann.

### 2.2.2 Hash-Funktionen

Hash-Funktionen sind Algorithmen, die eine beliebig lange Zeichenfolge, also etwa den Inhalt einer Nachricht, in eine Zeichenfolge fixer Länge umwandeln. Diese Zeichenfolge fixer Länge wird Hashwert genannt. Die Hash-Funktion, die für Blockchains häufig verwendet wird, ist die sogenannte SHA-256 (secure hash algorithm). Laut dem Bundesamt für Sicherheit in der Informationstechnik (BSI) zählt die SHA-256 zu den kryptographisch starken Hashfunktionen.<sup>17</sup> Mithilfe dieser Funktion werden aus beliebig großen Inputs Hexadezimalzahlen mit 64 Stellen erzeugt. Dadurch ergibt sich eine hohe Anzahl an Kombinationsmöglichkeiten, nämlich  $2^{256}$ , und somit eine große Menge an möglichen Hashwerten. Zur Veranschaulichung nennen Fill und Meier einen Vergleich zu der Anzahl der Sterne im Universum. Diese beläuft sich auf  $10^{22}$ - $10^{24}$ , also eine Zahl mit 25 Stellen.<sup>18</sup>

Anhand der Internetseite <https://andersbrownworth.com/blockchain/hash> kann die Erzeugung von Hashwerten getestet werden. Lautet beispielsweise der Eingabetext „A überweist B 10 Bitcoins“, ergibt sich der folgende Hashwert: 0A90C7D2BED9C964126DC022A2C9F86EECD32E36DDB03F57C2D5FB79F2AD1694.

Hash-Funktionen sind deterministisch, d.h. derselbe Input ergibt immer denselben Hashwert. Jede Veränderung des Inputs würde zur Folge haben, dass sich der Hashwert stark verändert.<sup>19</sup>

Wird am Ende des Eingabetextes ein Satzzeichen oder ein Buchstabe hinzugefügt, ergibt sich folglich ein völlig anderer Hashwert.

Aufgrund der Eigenschaften der Hash-Funktionen lassen sich die beiden folgenden Aussagen über sie treffen:

<sup>15</sup> Vgl. zu diesem Absatz Badev, A. I.; Chen, M., 2014, S. 8.

<sup>16</sup> Vgl. Böhme, R.; Pesch, P., 2017, S. 476.

<sup>17</sup> Vgl. BSI, 2021, 41-42.

<sup>18</sup> Vgl. Fill, H.-G.; Meier, A., 2020, S. 6–7.

<sup>19</sup> Vgl. Badev, A. I.; Chen, M., 2014, S. 9.

1.) Der ursprüngliche Input kann anhand des Hashwertes nicht mit vertretbarem Aufwand bestimmt werden.<sup>20</sup>

2.) Hashwerte sind einzigartig. Es lässt sich mit vertretbarem Aufwand kein zweiter Input finden, der den exakt selben Hashwert ergibt.<sup>21</sup>

### 2.2.3 Merkle Bäume

Merkle Bäume werden in einer Blockchain verwendet, um mehrere Eingabedaten miteinander zu verknüpfen und somit eine Vereinfachung der einzelnen Blöcke zu erreichen. Von zwei benachbarten Eingabedaten werden die jeweiligen Hashwerte gebildet. Die gebildeten Hashwerte werden anschließend aneinandergehängt und erneut als Eingabedatei für die Hash-Funktion verwendet. Dieses Vorgehen wird je nach Menge an ursprünglichen Eingabedaten wiederholt, bis sich am Ende eine baumartige Struktur ergibt, die an ihrer Wurzel einen einzelnen Hashwert hat. Dieser letzte Hashwert wird folglich Wurzel-Hash genannt. Zur Veranschaulichung dient Abbildung 1.

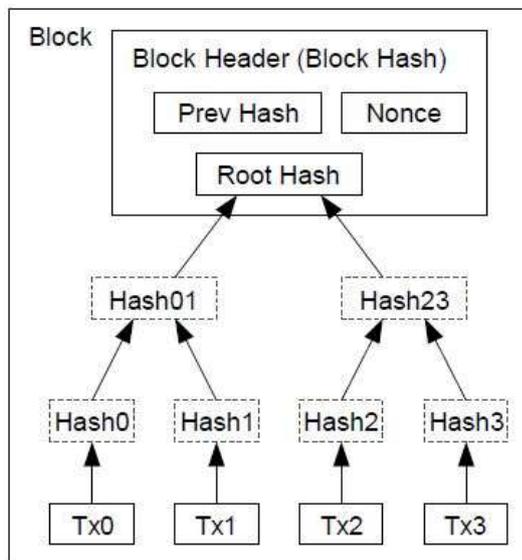


Abb. 1: Darstellung eines Merkle Baumes  
Quelle: Nakamoto, S., 2008, S. 4.

Diese Vorgehensweise hat die Vorteile, dass einerseits alle enthaltenen Eingabedaten anhand des Wurzel-Hashes überprüft werden können. Wie bereits aus Kapitel 2.2.2 bekannt, hätte jegliche Änderung der Eingabedaten zur Folge, dass sich der Hashwert verändert und somit auch alle darauf aufbauenden Hashwerte und der Wurzel-Hash. Andererseits kann durch die Merkle Bäume ein sogenannter Merkle-Proof oder Zero-Knowledge-Proof durchgeführt werden. Soll überprüft werden, ob eine bestimmte Eingabedatei Teil der Datenstruktur ist, genügt es den Wurzel-Hash zu kennen. Dazu wird der Hashwert der gesuchten Eingabedatei gebildet und innerhalb der unteren Ebene des Merkle Baumes gesucht. Führt die Verknüpfung mit dem Nachbar-Hash dazu, dass der Wurzel-Hash der Gleiche bleibt, ist nachgewiesen, dass sich die gesuchte Eingabedatei innerhalb der Datenstruktur befindet.<sup>22</sup>

<sup>20</sup> Vgl. Franco, P., 2015, S. 96.

<sup>21</sup> Vgl. Badev, A. I.; Chen, M., 2014, S. 9.

<sup>22</sup> Vgl. zu diesem Absatz Fill, H.-G.; Meier, A., 2020, S. 8–11.

### 2.3 Rollenverteilung in Peer-to-Peer Netzwerken

Ein wichtiger Bestandteil der Dezentralität der Blockchain, ist dass sie nach den Peer-to-Peer-Prinzipien aufgebaut ist. Diese Prinzipien besagen, dass die Teilnehmer untereinander im direkten Austausch stehen und jeder Teilnehmer gleichberechtigt ist. Es gibt unter den Peers dennoch verschiedene Rollen, die bestimmte Tätigkeiten ausführen. Diese sind unter anderem dafür zuständig, die Daten der Blockchain redundant abzuspeichern oder Hardware-Ressourcen, in Form von Rechenleistung, bereitzustellen, um so das Netzwerk und ihre Inhalte bzw. Funktionen aufrecht zu erhalten.<sup>23</sup> Aus diesen Eigenschaften ergeben sich zwei wesentliche Vorteile im Vergleich zu zentralen Netzwerkstrukturen. Zum einen kann durch die direkte Kommunikation auf eine zentrale Instanz verzichtet werden. Und zum anderen ist das Netzwerk davor geschützt, dass der Ausfall einzelner Rechner ein Zusammenbrechen des Netzwerkes zur Folge hätte.<sup>24</sup>

Die zuvor genannten Rollen können in Teilnehmer, Nodes und Miner untergliedert werden.

Teilnehmer sind die Nutzer des Netzwerks, die berechtigt sind Transaktionen auszuführen. Dafür notwendig ist nur die in 2.2.1 erwähnte Wallet, in Form einer Software, mithilfe der die Teilnehmer Transaktionen tätigen können. Sie müssen weder Rechenleistung bereitstellen, noch speichern sie die gesamte Transaktionshistorie ab.<sup>25</sup>

Nodes haben die Aufgabe die einzelnen Transaktionen zu überprüfen. Darüber hinaus speichern sie die gesamte Transaktionshistorie ab und aktualisieren diese fortlaufend. Transaktionen werden überprüft, indem geschaut wird, ob die involvierten Parteien ausreichendes Guthaben auf ihren Wallets haben und, ob bei der Transaktion authentische Signaturen verwendet worden sind. Diese Aufgaben sind nicht rechenintensiv, sodass jeder Teilnehmer mit einem handelsüblichen Computer die Rolle eines Nodes einnehmen könnte.<sup>26</sup>

Miner sind für die Erstellung neuer Blöcke in Proof-of-Work basierten öffentlichen Blockchains zuständig<sup>27</sup>. Um diese Aufgabe zu erledigen, werden Hochleistungsrechner benötigt, denn bei der Erstellung neuer Blöcke muss ein rechenintensives kryptographisches Rätsel gelöst werden. Sie sind die „Arbeiter“ des Netzwerks. Anders als die anderen beiden Rollen sind Miner die einzigen, die für ihre Aufgabe, die sie im Netzwerk erfüllen, finanziell entlohnt werden.<sup>28</sup> Hier ist jedoch anzumerken, dass in anderen Blockchain-Varianten, die klassische Rolle der Miner nicht existiert.

### 2.4 Konsensmechanismen

In dezentralen Netzwerken ist es aufgrund der verteilten Datenhaltung und des Fehlens einer zentralen Instanz unumgänglich Maßnahmen einzubauen, die die Kongruenz der einzelnen Datenkopien sicherstellen. Bezüglich der auf der Blockchain gespeicherten Werte geht es darum, sich darüber einig zu sein, welche Werte zu welchem Zeitpunkt einem Teilnehmer zuzuordnen sind. Diese Maßnahmen werden Konsensmechanismen genannt. Sie sind für die Vertrauensbildung zwischen den Akteuren eines Blockchain-Netzwerkes zuständig. Es haben sich verschiedene Ansätze für solche Konsens schaffenden Mechanismen herausgebildet, wie zum Beispiel Proof-of-Work oder Proof-of-Stake. Sie alle

<sup>23</sup> Vgl. Antonopoulos, A. M., 2015, S. 139.

<sup>24</sup> Vgl. Bundesnetzagentur, 2020, S. 7.

<sup>25</sup> Vgl. BDEW, 2017, S. 15.

<sup>26</sup> Vgl. BDEW, 2017, S. 15.

<sup>27</sup> Siehe Kapitel 2.4.1 und 2.5

<sup>28</sup> Vgl. BDEW, 2017, S. 15.

vereint eine Art finanzielles Belohnungssystem, welches dafür Sorge trägt, dass Fehlverhalten innerhalb des Netzwerkes finanziell bestraft wird.<sup>29</sup> Im Folgenden wird näher auf die beiden bekanntesten Mechanismen Proof-of-Work und Proof-of-Stake eingegangen.

#### 2.4.1 Proof-of-Work

Proof-of-Work wurde erstmals zusammen mit der Bitcoin-Blockchain 2009 eingeführt.<sup>30</sup> Er ist somit der erste und bekannteste Konsensmechanismus.<sup>31</sup> Beim Proof-of-Work Mechanismus wird der Konsens durch das Lösen eines rechenintensiven mathematischen Rätsels geschaffen, das sogenannte „Mining“. Das Lösen dieses Rätsels ist der Arbeitsnachweis, daher der Name Proof-of-Work.<sup>32</sup> Da derjenige Teilnehmer (in dem Fall der Miner), der als erster die Lösung findet, finanziell entlohnt wird, entsteht eine Art Wettrennen unter den Minern. In der Bitcoin-Blockchain wäre die finanzielle Entlohnung der Erhalt einer bestimmten Anzahl an der zugrunde liegenden Kryptowährung Bitcoin.<sup>33</sup> Ziel des Rätsels ist es, den Hashwert des gesamten Blocks, der „Blockheader“ genannt wird, zu errechnen. Zur Ermittlung werden bestimmte Eingangsparameter benötigt. Diese sind zum einen die Ansammlung an unbestätigten Transaktionen, die neu in das Netzwerk aufgenommen werden sollen, in Form des Wurzel-Hashes (siehe 2.2.3 Merkle Bäume). Daneben gibt es ein Zeitstempel des neuen Blocks, den Hashwert des vorherigen Blocks als Referenz und zuletzt die sogenannte Nonce („number only used once“), welche rein durch Ausprobieren gefunden werden kann. Aufgrund dessen gestaltet sich das Lösen des Rätsels als sehr rechenintensiv.<sup>34</sup> Zum aktuellen Zeitpunkt ist das Ausprobieren derart aufwendig, dass mehrere Jahre mit einem einzelnen Computer benötigen würden. Aus diesem Grund gibt es Zusammenschlüsse von leistungsfähigen Computern zu sogenannten Mining-Pools, die das Errechnen innerhalb weniger Minuten bewerkstelligen können.<sup>35</sup>

Nachdem die Nonce gefunden und das Rätsel gelöst worden ist, wird der neu erstellte Block im Netzwerk verteilt.<sup>36</sup> Nun überprüfen die im Netzwerk befindlichen Nodes den neuen Block, indem sie mithilfe der Eingangsparameter den Hashwert erneut berechnen. Die Überprüfung kostet im Vergleich zum Finden der Nonce kaum Aufwand und Energie.<sup>37</sup> Nach erfolgreicher Überprüfung wird der Block an die bisher vorhandene Kette gehängt und alle Nodes aktualisieren ihre abgespeicherte Version der gesamten Blockchain. Die Akzeptanz gegenüber der Korrektheit des neuen Blocks wird innerhalb des Netzwerkes ausgedrückt, indem der Blockheader beim erneuten Erstellen eines Blocks als Referenz-Hashwert verwendet wird.<sup>38</sup> Zur Veranschaulichung folgt eine Grafik, die die Verbindung zwischen den Blöcken inklusive der Eingangsparameter des Blockheaders zeigt.

---

<sup>29</sup> Vgl. EFI, 2019, S. 85.

<sup>30</sup> Siehe Nakamoto, S., 2008, S. 3.

<sup>31</sup> Vgl. Reetz, F., 2019, S. 13.

<sup>32</sup> Vgl. BSI, 2019, S. 23.

<sup>33</sup> Vgl. Brühl, V., 2017, S. 137.

<sup>34</sup> Vgl. Bundesnetzagentur, 2020, S. 11.

<sup>35</sup> Vgl. BDEW, 2017, S. 17.

<sup>36</sup> Vgl. Tschorsch, F.; Scheuermann, B., 2016, S. 2086.

<sup>37</sup> Vgl. Antonopoulos, A. M., 2015, S. 193.

<sup>38</sup> Vgl. Himmer, K., 2019, S. 8.

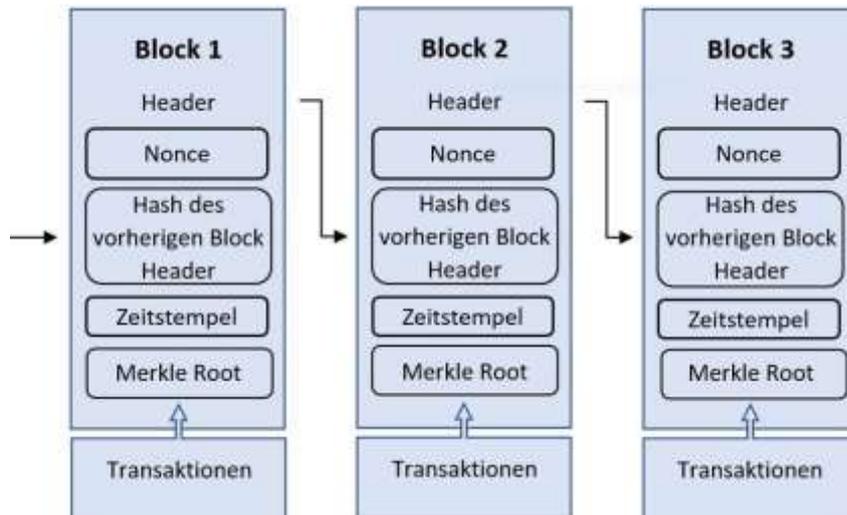


Abb. 2: Verknüpfung von Blöcken in der Blockchain  
 Quelle: in Anlehnung an Brühl, V., 2017, S. 137.

Die hohe Sicherheit von Proof-of-Work ergibt sich daraus, dass die Blöcke in der Kette jeweils auf ihren Vorgänger referenzieren. Angenommen ein Hacker möchte eine Transaktion ex post manipulieren, so würde er nicht nur den Hashwert der jeweiligen Transaktion verändern, sondern ebenfalls den Wurzel-Hash, den Hashwert des gesamten Blocks und damit die Hashwerte aller darauffolgenden Blöcke. Die Blockchain würde, wie in einer Kettenreaktion, in sich zusammenfallen. Um diese Kettenreaktion aufzuhalten, müsste der Hacker in der Lage sein, alle darauffolgenden Blöcke schneller neu zu berechnen als das gesamte restliche Netzwerk, was praktisch unmöglich und sehr kostenintensiv wäre.<sup>39</sup>

Nachteile von Proof-of-Work sind nach der Bundesnetzagentur der enorme Stromverbrauch aufgrund der benötigten Rechenleistung und die vergleichsweise niedrige Transaktionsgeschwindigkeit aufgrund der Komplexität des Nonce-Rätsels. In der Regel werden in privaten Blockchains deshalb andere Konsensmechanismen verwendet.<sup>40</sup>

#### 2.4.2 Proof-of-Stake

Eine Alternative zum Proof-of-Work Mechanismus stellt Proof-of-Stake dar. Hauptziel bei der Einführung dieses Mechanismus war die Eliminierung der Rechenintensität und dem damit einhergehenden hohen Stromverbrauch.<sup>41</sup> Im Vergleich zu Proof-of-Work gibt es bei Proof-of-Stake nämlich keine Nonce, die gefunden werden muss.<sup>42</sup> Stattdessen gibt es eine ausgewählte Gruppe an Teilnehmern, die für das Erstellen neuer Blöcke zuständig sind. Welche Teilnehmer Teil dieser Gruppe sind, entscheidet eine Zufallsauswahl. Einzige Voraussetzungen ist es, ein Anteil an der zugrunde liegenden Kryptowährung zu halten. Daher auch der Name „Proof-of-Stake“. Je höher der Anteil, desto wahrscheinlicher ist es, ausgewählt zu werden.<sup>43</sup> Nachdem ein Teilnehmer ausgewählt worden ist, wird ein Teil seines gehaltenen Vermögens eingefroren und als eine Art Pfand hinterlegt. Verhält sich der Teilnehmer missbräuchlich, indem er falsche Blöcke hinzufügt oder Datensätze manipuliert, so verliert er sein hinterlegtes Pfand.<sup>44</sup> Grundannahme für die Sicherheit des

<sup>39</sup> Vgl. Brühl, V., 2017, S. 137, sowie Bundesnetzagentur, 2020, S. 12.

<sup>40</sup> Vgl. Bundesnetzagentur, 2020, S. 12.

<sup>41</sup> Vgl. Nguyen, C. T. et al., 2019, S. 85730.

<sup>42</sup> Vgl. Tschorsch, F.; Scheuermann, B., 2016, S. 2115.

<sup>43</sup> Vgl. BSI, 2019, S. 24.

<sup>44</sup> Vgl. Achenbach, D.; Baumgart, I.; Rill, J., 2017, S. 675–676.

Mechanismus ist es folglich, dass die Teilnehmer aufgrund ihres hinterlegten Vermögens daran interessiert sind, den Fortbestand der Blockchain und die Integrität der Daten zu bewahren.<sup>45</sup> Dank der vereinfachten Vorgehensweise kann Proof-of-Stake schneller Transaktionen verarbeiten und ist zeitgleich energieschonender.<sup>46</sup> Innerhalb der Blockchain-Community wird bis heute darüber debattiert, welcher der beiden Mechanismen sicherer ist.<sup>47</sup>

### 2.4.3 Weitere Mechanismen

Vollständigkeitshalber soll an dieser Stelle noch erwähnt werden, dass es weitere konsensschaffende Mechanismen gibt. Unter anderem wären Proof-of-Activity<sup>48</sup>, Proof-of-Publication<sup>49</sup> oder Proof-of-Storage<sup>50</sup> zu nennen, auf welche unter den angegebenen Quellen näher eingegangen wird.

### 2.5 Blockchain Varianten

Blockchains lassen sich hinsichtlich der Ausgestaltung ihrer Zugriffsrechte in öffentliche und private Blockchains einteilen, ähnlich wie beim Internet und dem Intranet. Diese Zugriffsrechte sind: Die Datensätze der Blockchain in verschlüsselter Form lesen zu dürfen, neue Transaktionen auszuführen und Transaktionen zu verifizieren, indem neue Blöcke erstellt werden (siehe 2.4.1 Proof-of-Work).<sup>51</sup> Beide Varianten weisen sowohl Vor- als auch Nachteile auf.

Bei öffentlichen Blockchains sind die Zugriffsrechte nicht eingeschränkt. Sie sind also frei zugänglich und jeder Teilnehmer darf sich als Node oder Miner beteiligen und somit die Inhalte lesen, Transaktionen durchführen und verifizieren.<sup>52</sup> Als Konsensmechanismus wird in der Regel Proof-of-Work verwendet.<sup>53</sup>

Vorteile einer öffentlichen Blockchain sind unter anderem die geringen Kosten, die hohe Sicherheit durch Proof-of-Work sowie die Dezentralisierung. Da jeder Teilnehmer als Node oder Miner teilnehmen darf, gibt es eine geringere Wahrscheinlichkeit eines sogenannten Single-Point-of-Failure. Die Sicherheit bringt jedoch auch Nachteile mit sich. Proof-of-Work sorgt für einen höheren Energieverbrauch und eine niedrigere Transaktionsgeschwindigkeit im Vergleich zu anderen Konsensmechanismen. Darüber hinaus sind öffentliche Blockchains schlecht skalierbar und eine Änderung der Blockchain-Architektur ist nur schwer bis gar nicht möglich. Die Transparenz aller Inhalte kann je nach Anwendungsfall ebenfalls von Nachteil sein.<sup>54</sup>

Die schlechte Skalierbarkeit ergibt sich aus der allgemeinen Speicherproblematik von Blockchains. Der Speicherbedarf steigt im Laufe der Zeit kontinuierlich an, weil die Daten dauerhaft auf der Blockchain gespeichert werden.<sup>55</sup>

---

<sup>45</sup> Vgl. Bundesnetzagentur, 2020, S. 13.

<sup>46</sup> Vgl. BSI, 2019, S. 24, sowie Bundesnetzagentur, 2020, S. 13.

<sup>47</sup> Vgl. Achenbach, D.; Baumgart, I.; Rill, J., 2017, S. 676.

<sup>48</sup> Nachzulesen in Bentov, I. et al., 2014, 34-37.

<sup>49</sup> Nachzulesen in Tschorsch, F.; Scheuermann, B., 2016, 2115-2116.

<sup>50</sup> Nachzulesen in Narayanan, A. et al., 2016, S. 201.

<sup>51</sup> Vgl. BaFin, 2017, o. S.

<sup>52</sup> Vgl. BaFin, 2017, o. S.

<sup>53</sup> Vgl. Bundesnetzagentur, 2020, S. 13.

<sup>54</sup> Vgl. zu diesem Absatz BaFin, 2017, o. S., sowie Bundesnetzagentur, 2020, S. 13.

<sup>55</sup> Vgl. Fridgen, G. et al., 2019, S. 34.

Anders ist es bei den privaten Blockchains. Dort werden die Teilnehmer von einer zentralen Instanz aufgenommen, welche üblicherweise ein Unternehmen ist, das die Technologie für interne Zwecke nutzen möchte. Durch diese beschränkte Aufnahme sind die Teilnehmer bekannt und nicht anonym wie bei einer öffentlichen Blockchain. Somit sind die Zugriffsrechte eingeschränkt, da sie durch die zentrale Instanz verwaltet werden. Nur der beschränkte Teilnehmerkreis darf die Inhalte lesen und neue hinzufügen. Das Verifizieren neuer Inhalte wird beispielsweise nur von festgelegten Teilnehmern übernommen.<sup>56</sup>

Private Blockchains haben den Vorteil, dass durch die energieschonendere Nutzung weniger komplexer Konsensmechanismen (wie Proof-of-Stake oder Proof-of-Authority) eine schnellere Transaktionsgeschwindigkeit erreicht werden kann. Hinsichtlich des Datenschutzes ist es außerdem von Vorteil, dass die Daten, die je nach Anwendungsfall aus sensiblen Informationen des Unternehmens bestehen, nur von dem beschränkten Teilnehmerkreis eingesehen werden können. Aufgrund des Vorhandenseins einer zentralen Instanz sind Änderungen der Blockchain-Architektur einfacher möglich. Laut der Bundesnetzagentur sind private Blockchains daher für unternehmensinterne Prozesse besser geeignet.<sup>57</sup>

Denselben Standpunkt vertritt ebenfalls die Deutsche Energie-Agentur.<sup>58</sup>

Die Abhängigkeit von der zentralen Instanz kann hier jedoch auch als Nachteil gesehen werden, da das Manipulationsrisiko durch die Instanz und den kleineren Teilnehmerkreis steigt.<sup>59</sup> Darüber hinaus wendet sich dieser Ansatz von den Grundprinzipien der Blockchain-Technologie (Dezentralisierung und Eliminierung der Intermediäre) ab, wodurch der Effizienznutzen im Vergleich zu einer herkömmlichen zentralen Datenbank abnimmt.<sup>60</sup>

Ein Beispiel für eine öffentliche Blockchain ist die Bitcoin-Blockchain. Auf sie kann ohne Genehmigung und ohne Einschränkungen zugegriffen werden.<sup>61</sup> Ein reales Anwendungsbeispiel für eine private Blockchain wäre beispielsweise ein Projekt der Daimler AG in Zusammenarbeit mit der Landesbank Baden-Württemberg und dessen IT-Tochterunternehmen „targens GmbH“. Es handelte sich dabei um eine private Blockchain, die für einen unternehmensinternen Prozess eingeführt wurde. Nur ein beschränkter Teilnehmerkreis durfte hierbei auf die Blockchain zugreifen.

„Bei dem Geschäft handelt es sich um die erste rechtswirksame, voll digitalisierte Schuldscheintransaktion in Deutschland, die über eine Plattform vermarktet und über die Distributed Ledger Technologie ohne papierbasierten Parallelprozess abgewickelt wurde.“<sup>62</sup>

Laut dem Leiter der Daimler Treasury Abteilung, Kurt Schäfer, konnten durch diese Vorgehensweise Abwicklungszeiten und Transaktionskosten reduziert und gleichzeitig die Sicherheit erhöht werden.<sup>63</sup>

<sup>56</sup> Vgl. zu diesem Absatz Reetz, F., 2019, S. 13.

<sup>57</sup> Vgl. zu diesem Absatz Bundesnetzagentur, 2020, S. 14.

<sup>58</sup> Vgl. Richard, P.; Mamel, S.; Vogel, L., 2019, S. 32.

<sup>59</sup> Vgl. BaFin, 2017, o. S.

<sup>60</sup> Vgl. Himmer, K., 2019, S. 11.

<sup>61</sup> Vgl. Reetz, F., 2019, S. 13.

<sup>62</sup> Daimler AG, 2020, o. S.

<sup>63</sup> Vgl. Daimler AG, 2020, o. S.

## 2.6 Ablauf einer Transaktion

Nachdem die Grundlagen der Blockchain-Technologie vorgestellt worden sind, soll in diesem Abschnitt zusammenfassend der Ablauf einer Transaktion dargestellt werden. Ziel ist es, das Zusammenspiel der einzelnen Konzepte zu verdeutlichen. Eine Überweisung von Bitcoins im Bitcoin-Netzwerk dient hier als Beispiel. Dabei handelt es sich um eine öffentliche Blockchain, die Proof-of-Work als Konsensmechanismus verwendet. Der generelle Ablauf ist ebenfalls in andere Varianten einer Blockchain übertragbar.

An dieser Stelle soll hervorgehoben werden, dass es sich bei Transaktionen nicht ausschließlich um Übertragungen von Kryptowährungen handeln muss. Vielmehr können es Informationen oder andere Vermögenswerte sein. Die Wallet ist mit einer Benutzerschnittstelle gleichzusetzen. Darüber hinaus ist der Begriff des Miners mit Teilnehmern des Netzwerks gleichzusetzen, die neue Blöcke hinzufügen.<sup>64</sup>

A und B sind Teilnehmer des Bitcoin-Netzwerks. Beide sind im Besitz eines kryptographischen Schlüsselpaares und haben damit Zugriff auf ihr Wallet. A wie auch B kennen den öffentlichen Schlüssel des jeweils anderen. Angenommen A möchte 10 Bitcoins an B überweisen. Hierzu generiert A eine Transaktion. Diese enthält Informationen über die Anzahl an Bitcoins sowie die Adresse des Empfängers. A signiert die Transaktion mit seinem privaten Schlüssel und verschlüsselt somit die Daten. Anschließend wird die Transaktion an das Netzwerk gesendet, wo sie vorerst mit anderen unbestätigten Transaktionen gesammelt wird. Die Miner fügen die Sammlung an Transaktionen daraufhin zu einem Merkle Baum zusammen und erzeugen den Wurzel-Hash. Dieser wird verwendet, um mit dem Zeitstempel, der Referenz zum vorherigen Block und der Nonce einen neuen Block zu erstellen. Der Miner, der am schnellsten das Nonce-Rätsel löst, berechnet den Block-Header und hat somit einen neuen Block erschaffen. Der Block wird an die Nodes weitergeleitet und von diesen dezentral überprüft. Sobald der Block-Header als Referenz für den nächsten Block verwendet wird, sind alle im Block befindlichen Transaktionen bestätigt. B erhält die 10 Bitcoins. B kann anhand des öffentlichen Schlüssels von A die Transaktion entschlüsseln und den Ursprung nachprüfen.<sup>65</sup>

Es entsteht eine verteilte, chronologische und unveränderbare Historie von Transaktionen, die Informationen über Eigentumsverhältnisse enthält. Diese ist im Falle von Bitcoin zwar öffentlich einsehbar, jedoch können Details nur mit dem jeweiligen privaten Schlüssel eingesehen werden.

## 2.7 Smart Contracts

Die Blockchain Technologie wird stetig weiterentwickelt. Programmierer und Entwickler erarbeiten dabei neue Anwendungen. Eine vielversprechende Anwendung mit einem großen Einsatzpotenzial sind Smart Contracts, eine intelligente Form von Verträgen.<sup>66</sup> Der Begriff Smart Contract wurde erstmals von Nick Szabo im Jahr 1994 eingeführt. Er hat sie als computerbasierte Transaktionsprotokolle definiert, die Verträge abbilden und diese autonom abwickeln können.<sup>67</sup> Mit der Einführung der Blockchain gab es erstmals ein geeignetes Medium, um solche intelligenten Verträge zu implementieren.<sup>68</sup>

---

<sup>64</sup> Vgl. BSI, 2019, S. 13.

<sup>65</sup> Vgl. zu diesem Absatz Brühl, V., 2017, S. 136–137, sowie Burger, C. et al., 2016, S. 8.

<sup>66</sup> Vgl. Scherk, J.; Pöchhacker-Tröscher, G., 2017, S. 27.

<sup>67</sup> Vgl. Szabo, N., 1994, o.S.

<sup>68</sup> Vgl. Wright, A.; Filippi, P. de, 2015, S. 10–11.

Die Blockchain, die als Grundgerüst für Smart Contracts zum Einsatz kommt, ist die Ethereum-Blockchain. Diese wurde 2013 erstmalig von Vitalik Buterin in einem White Paper veröffentlicht und 2015 gestartet.<sup>69</sup> Im Gegensatz zu der Bitcoin-Blockchain, verfügt Ethereum über eine universell programmierbare Programmiersprache, die es ermöglicht, Smart Contracts für beliebige Anwendungen zu erstellen. Dazu wird ein Programmcode geschrieben, der unveränderbar im Netzwerk abgespeichert wird. Anschließend kann sich der Programmcode bei Eintritt eines festgelegten Ereignisses automatisch ausführen.<sup>70</sup> Demnach folgen Smart Contracts einer Wenn-Dann-Beziehung.<sup>71</sup> Eine Metapher, die den Ablauf vereinfacht darstellt, ist der Kauf einer Ware an einem Automaten. Erhält der Automat den richtigen Input, die Auswahl der Ware und den Einwurf des Geldbetrages, so führt er automatisch den gewünschten Output aus.

Ähnlich wie der Automat einen Verkäufer ersetzt, sollen Smart Contracts die Notwendigkeit bestimmter Intermediäre ersetzen.<sup>72</sup>

Der Smart Contract erhält innerhalb der Blockchain eine eigene Adresse und kann über diese mit anderen Teilnehmern des Netzwerks interagieren.<sup>73</sup> Aus juristischer Sicht stellen Smart Contracts allerdings keine Verträge dar. Sie helfen lediglich Abläufe zu automatisieren.<sup>74</sup>

Für die vorliegende Arbeit sind Smart Contracts vor allem deshalb interessant, weil sie für die Erstellung von Krypto Token notwendig sind und Prozesse automatisieren.

## 2.8 Token

Token sind im Blockchain-Kontext ein weiteres Verbindungsglied zwischen der realen und der digitalen Welt. Sie können als ein digitaler Besitzgegenstand angesehen werden, dessen Eigentumsverhältnisse auf einer Blockchain gespeichert sind.<sup>75</sup> Die World Bank Group definiert ein Token wie folgt:

„A token is a representation of a digital asset. It typically does not have intrinsic value but it is linked to an underlying asset, which could be anything of value.“<sup>76</sup>

Laut Katarina Adam, Professorin an der HTW Berlin, gibt es kaum einen realen Wert, der sich nicht digitalisieren und somit als Token darstellen lässt.<sup>77</sup>

In der Literatur finden sich verschiedene Versuche Token zu kategorisieren. In dieser Arbeit dienen als Maßstab die drei Kategorien, in die die BaFin Token einteilt. Diese sind Payment-Token, wertpapierähnliche Token und Utility-Token, auf die im Laufe des Kapitels weiter eingegangen wird.<sup>78</sup>

### 2.8.1 Payment-Token

Payment-Token sind die digitalen Währungen der einzelnen Blockchains. Bekannt sind hier vor allem Bitcoin als Währung der Bitcoin-Blockchain oder Ether als Währung der

<sup>69</sup> Für weitere Informationen siehe <https://ethereum.org/en/whitepaper/>

<sup>70</sup> Vgl. Fridgen, G. et al., 2019, S. 34.

<sup>71</sup> Vgl. BDEW, 2017, S. 72.

<sup>72</sup> Vgl. Scherk, J.; Pöchlacker-Tröscher, G., 2017, S. 28.

<sup>73</sup> Vgl. BSI, 2019, S. 13.

<sup>74</sup> Vgl. Fridgen, G. et al., 2019, S. 33.

<sup>75</sup> Vgl. Fußwinkel, O.; Kreiterling, C., 2018, S. 54.

<sup>76</sup> Vgl. Krause, S. K.; Natarajan, H., 2017, S. 13.

<sup>77</sup> Vgl. Adam, K., 2020, S. 155.

<sup>78</sup> Vgl. Fußwinkel, O.; Kreiterling, C., 2018, S. 57.

Ethereum-Blockchain, die bereits aus dem Kapitel 2.7 Smart Contracts bekannt ist. Die Bezeichnung als Währung ist jedoch nicht korrekt, da es sich nicht um Währungen im engeren Sinne handelt, die von Zentralbanken anerkannt sind.<sup>79</sup> Um als Währung eingestuft zu werden, müssten Payment-Token drei Eigenschaften erfüllen. Erstens müssen sie eine Tauschfunktion haben. Diese ist gegeben, sobald ein Eigentümer eines Gutes und Eigentümer der Währung sich darauf einigen, das Gut gegen die Währung einzutauschen. Der Vorgang ist bekannt bei den traditionellen Währungen, dem Fiatgeld. Täglich finden Transaktionen statt, die diese Tauschfunktion beinhalten. Beispielsweise beim Kauf eines Brotchens beim Bäcker. Auch mit digitalen Währungen lassen sich Güter kaufen. Zum Beispiel konnten Kunden des Elektrofahrzeugherstellers Tesla kurzzeitig einen PKW mit Bitcoins erwerben.<sup>80</sup> Zweitens muss die Währung in Recheneinheiten angegeben sein. Da ein Bitcoin oder sogar nur ein Bruchteil eines Bitcoins als Recheneinheit angegeben wird, ist diese Funktion erfüllt, da dadurch verschiedene Güter vergleichbar gemacht werden können.<sup>81</sup> Drittens muss eine Währung in der Lage sein, ihren Wert über einen gewissen Zeitraum zu bewahren. Die Kurse der digitalen Währungen waren in den letzten Jahren jedoch sehr volatil, d.h. der Kurs unterlag starken Schwankungen. Aufgrund dessen erfüllen digitale Währungen diese Eigenschaft nicht. Sie besitzen einen Wert, können diesen aber nicht ausreichend lange beibehalten. Die Regierungen einiger Länder denken bereits über eine staatliche Digitalwährung nach. So gibt es bereits ein Pilotprojekt in Schweden für eine „E-Krone“.<sup>82</sup> Auch der chinesischen Zentralbank wird nachgesagt bald einen „E-Yuan“ auszugeben.<sup>83</sup> Und ebenfalls die Europäische Zentralbank startet gegen Ende des Jahres 2021 ein Großprojekt zur Umsetzung eines digitalen Euros.<sup>84</sup> Ein digitaler Euro wäre risikofreies Zentralbankgeld und demnach nicht von derartiger Volatilität betroffen.<sup>85</sup>

## 2.8.2 Wertpapierahnliche Token

Wertpapierahnliche Token, im Englischen auch als Security-Token bezeichnet, sind im Grunde tokenisierte Vermögenswerte oder Rechte. Der Begriff „tokenisiert“ bedeutet, dass ein Wert digital auf einer Blockchain abgebildet ist.<sup>86</sup> Welcher Vermögenswert oder welches Recht dem Token zugrunde liegt, kann unterschiedlich sein. Es kann sich dabei zum Beispiel um Aktien, Anleihen, Fondsanteile, Immobilien, Kunstwerke oder Patentrechte handeln.<sup>87</sup>

Die BaFin ordnet diese Art von Token als Wertpapiere ein, da sie die notwendigen Kriterien erfüllen. Die Kriterien der Einordnung als Wertpapier sind Übertragbarkeit, Handelbarkeit am Finanzmarkt und die Ausstattung mit wertpapierahnlichen Rechten.<sup>88</sup> Die Übertragbarkeit setzt voraus, dass der Token technisch unverändert an Dritte übertragen werden kann, was aufgrund der Eigenschaften der Blockchain gegeben ist. Die Handelbarkeit ist erfüllt, da Token auf Krypto-Handelsplattformen, die als Finanzmärkte anzusehen sind, gehandelt werden können. Darüber hinaus haben die Eigentümer eines wertpapierahnlichen Tokens laut der BaFin „(...) mitgliedschaftliche Rechte oder

<sup>79</sup> Vgl. Fußwinkel, O.; Kreiterling, C., 2018, S. 57.

<sup>80</sup> Vgl. BBC, 2021, o. S.

<sup>81</sup> Vgl. Adam, K., 2020, S. 158.

<sup>82</sup> Vgl. Steuer, H., 2021, o. S.

<sup>83</sup> Vgl. Bastian, N., 2021, o. S.

<sup>84</sup> Vgl. Siedenbiedel, C., 2021, o. S.

<sup>85</sup> Vgl. European Central Bank, 2020, S. 50.

<sup>86</sup> Vgl. Weiß, H., 2019, o. S.

<sup>87</sup> Vgl. Stefanoski, D. et al., 2020, S. 12–13.

<sup>88</sup> Vgl. Fußwinkel, O.; Kreiterling, C., 2018, S. 61.

schuldrechtliche Ansprüche vermögenswerten Inhalts, ähnlich wie bei Aktien oder Schuldtiteln".<sup>89</sup>

Auch das amerikanische Pendant zur BaFin, die U.S. Securities and Exchange Commission (SEC), stuft Security-Token als Wertpapiere ein. Wie Katarina Adam schildert, nutzt die SEC hierfür den Howey-Test. Dieser besagt, dass ein Token dann als Wertpapier einzustufen ist, wenn die folgenden vier Punkte erfüllt sind. Der Token muss eine Geldanlage sein, das heißt es muss Geld investiert worden sein, um ihn zu erwerben. Die Investition fließt an ein Unternehmen oder eine Unternehmensgruppe. Der Eigentümer des Tokens hat die Absicht einer Gewinnerzielung. Und dieser Gewinn wird durch die Leistung von Dritten erzielt.<sup>90</sup>

Da wertpapierähnliche Token demnach vergleichbar sind mit klassischen Wertpapieren, unterliegen Emittenten derartiger Token ebenfalls den damit einhergehenden Pflichten. Hier zu nennen, wäre die Prospektpflicht nach Art. 3 Abs. 1 der Prospektverordnung.<sup>91</sup>

Bisher mussten Wertpapiere zwingend auf einer Urkunde in Papierform verbrieft werden. Am 03. Juni 2021 wurde vom deutschen Bundestag das „Gesetz über elektronische Wertpapiere“ (eWpG) verabschiedet. Das bedeutet, dass Emittenten nun das Wahlrecht haben, Wertpapiere weiterhin in Papierform oder über eine Eintragung in einem Kryptowertpapierregister zu begeben.<sup>92</sup> Damit wurde eine Forderung der Blockchain-Strategie der Bundesregierung erfüllt.<sup>93</sup>

### 2.8.3 Utility-Token

Utility-Token sind mit einem spezifischen Nutzen verbunden. Ein solcher Token kann als eine virtuelle Eintrittskarte gesehen werden. Der Eigentümer hat durch den Token das Recht auf zukünftige Produkte oder Dienstleistungen zuzugreifen. Ein häufiger Anwendungsfall ist die Ausgabe von Utility-Token durch Start-Ups. Diese nutzen die Ausgabe der Token als Finanzierungsvehikel ihrer noch nicht realisierten Geschäftsidee.<sup>94</sup> Zeitgleich hinterlegen sie in einen Smart Contract, dass der Eigentümer des Tokens zu einem späteren Zeitpunkt den Token gegen das Produkt oder die Dienstleistung eintauschen kann.<sup>95</sup> Utility-Token stellen weder wertpapierähnlichen Vermögensegegenstände noch eine Kryptowährung dar. Aus diesem Grund unterliegen sie nicht dem Wertpapierhandelsgesetz und werden auch nicht durch die BaFin reguliert.<sup>96</sup> Darüber hinaus sollen Utility-Token keine monetären Anreize schaffen. Verkauft ein Eigentümer seinen Token weiter, um damit einen Gewinn zu erzielen, ist der ursprüngliche Verwendungszweck des Tokens verfehlt.<sup>97</sup>

Die kurzgefasste Erläuterung dieser Kategorie von Token liegt darin begründet, dass Utility-Token keine weitere Relevanz für das Thema dieser Arbeit haben.

<sup>89</sup> Fußwinkel, O.; Kreiterling, C., 2018, S. 57.

<sup>90</sup> Vgl. zu diesem Absatz Adam, K., 2020, S. 156–157.

<sup>91</sup> Vgl. Fußwinkel, O.; Kreiterling, C., 2018, S. 62.

<sup>92</sup> Vgl. BMJV, 2021, o. S.

<sup>93</sup> Siehe BMF; BMWi, 2019, S. 6–7.

<sup>94</sup> Vgl. Vagadia, B., 2020, S. 160.

<sup>95</sup> Vgl. Markheim, M.; Berentsen, A., 2021, S. 66.

<sup>96</sup> Vgl. Adam, K., 2020, S. 160.

<sup>97</sup> Vgl. Hönig, M., 2019b, S. 35.

## 2.9 Kritik

Trotz der Potenziale, die die Blockchain-Technologie haben kann, steht sie in der Kritik. Grund dafür ist, dass sich die Entwicklung noch in einem frühen Stadium befindet.<sup>98</sup> Laut dem BSI gibt es zum Beispiel hinsichtlich rechtlicher Aspekte noch viele offene Fragen.<sup>99</sup> Anhand der Literatur lassen sich die Kritikpunkte neben rechtlichen auch unter technischen Gesichtspunkten zusammenfassen. Beispielhaft folgen anschließend zwei der Kritikpunkte, die häufig genannt werden.

Auf der rechtlichen Ebene steht die DSGVO im Vordergrund. Der Datenschutz spielt dann eine Rolle, wenn personenbezogene Daten abgespeichert und verarbeitet werden. Hier gibt es beispielsweise das „Recht auf Löschung“ (Artikel 17) und das „Recht auf Datenübertragbarkeit“ (Artikel 20). Diese widersprechen jedoch dem Grundprinzip der Unveränderbarkeit der Daten in einer Blockchain.<sup>100</sup> Ist eine Information einmal in einem Block abgespeichert, lässt sie sich nicht mehr löschen. Eine Möglichkeit eine Blockchain datenschutzkonform zu gestalten, wäre laut dem BDEW die Transaktionshistorie in regelmäßigen Abständen abzuschneiden. Dies könnte zumindest für private Blockchains eine Lösung sein.<sup>101</sup>

Auf technischer Ebene steht der Konsensmechanismus Proof-of-Work im Vordergrund. Dessen Nutzung sorgt für einen hohen Stromverbrauch. Laut dem „Cambridge Bitcoin Electricity Consumption Index“ wird die Bitcoin-Blockchain im Jahr 2021 circa 72 Terawattstunden Strom verbrauchen.<sup>102</sup> Dies entspricht ungefähr dem Stromverbrauch Österreichs im Jahr 2019.<sup>103</sup> Eine mögliche Lösung ist es, andere Konsensmechanismen, wie Proof-of-Stake, zu verwenden, was ebenfalls vor allem in privaten Blockchains umsetzbar ist.<sup>104</sup>

## 2.10 Zwischenfazit

Zusammenfassend kann gesagt werden, dass sich die Blockchain-Technologie trotz fortschreitender Forschung noch am Anfang der Entwicklung befindet.<sup>105</sup> Sie ermöglicht mithilfe der verteilten Netzwerkstruktur und der Verwendung von kryptographischen Funktionen einen manipulationssicheren Austausch von Informationen und Werten über die ganze Welt. Indem sie Intermediäre umgeht, können gleichzeitig mögliche Transaktionskosten gesenkt werden.<sup>106</sup> Folglich kann sie besonders in informations- und transaktionsintensiven Branchen für Veränderung sorgen.<sup>107</sup>

Die Entwicklung kann weiter vorangetrieben werden, indem sich die Politik und Wissenschaft weiter mit der Thematik befasst und die rechtlichen Rahmenbedingungen weiter ausbaut.<sup>108</sup>

---

<sup>98</sup> Vgl. Krause, S. K.; Natarajan, H., 2017, S. 17.

<sup>99</sup> Vgl. BSI, 2019, S. 60.

<sup>100</sup> Vgl. Haas, P.; Hullén, N.; Kriesel, T., 2019, S. 17–18.

<sup>101</sup> Vgl. BDEW, 2017, S. 46.

<sup>102</sup> Siehe <https://cbeci.org/>

<sup>103</sup> Vgl. E-Control, 2020, S. 26.

<sup>104</sup> Vgl. BDEW, 2017, S. 44–45.

<sup>105</sup> Vgl. Brühl, V., 2017, S. 141.

<sup>106</sup> Vgl. Markheim, M.; Berentsen, A., 2021, S. 78.

<sup>107</sup> Vgl. Brühl, V., 2017, S. 141.

<sup>108</sup> Vgl. Fridgen, G. et al., 2019, S. 75.

Sobald die Rahmenbedingungen gegeben sind, wird die Technologie interessanter für große Unternehmen, Institutionen oder Organisationen. Nehmen sich diese der Weiterentwicklung an, ist aufgrund von dem erhöhten Investitionspotenzial eine weitere Beschleunigung abzusehen.<sup>109</sup>

---

<sup>109</sup> Vgl. BMF; BMWi, 2019, S. 12.

### 3 Grundlagen der Immobilienwirtschaft

Bevor im nächsten Kapitel auf die möglichen Anwendungsfelder der Blockchain-Technologie in der Immobilienwirtschaft eingegangen wird, soll das Kapitel 3 dazu dienen, ausgewählte Bereiche der Immobilienwirtschaft zu beleuchten und den Status quo aufzuzeigen. Besonderer Fokus liegt dabei auf verschiedenen Arten der Immobilienanlage und auf dem Grundbuchwesen in Deutschland. Grund dafür ist, dass die Blockchain in diesen beiden Bereichen das größte Nutzenpotenzial haben kann.

Die Immobilienwirtschaft ist einer der größten Wirtschaftszweige in Deutschland. Nach der Studie „Wirtschaftsfaktor Immobilie“ kann die Immobilienwirtschaft in zwei Gruppen gegliedert werden. Einerseits die Immobilienwirtschaft im engeren Sinne und die Immobilienwirtschaft im weiteren Sinne. Ersteres beinhaltet alle Unternehmen, die Handel mit Grundstücken, Gebäuden und Wohnungen treiben und diese vermieten sowie immobilienbezogene Dienstleistungen erbringen. Letzteres beinhaltet die Unternehmen, die sich mit der Entwicklung, Erbauung und Vermarktung von Immobilien beschäftigen.<sup>110</sup>

Zu der Definition im engeren Sinne zählten im Jahr 2019 rund 316.000 Unternehmen, die 2020 eine Bruttowertschöpfung von über 334 Mrd. Euro erwirtschafteten. Wird die Definition im weiteren Sinne betrachtet, erhöhen sich die Zahlen auf 837.000 Unternehmen und eine Bruttowertschöpfung von 619 Mrd. Euro. Ihr Anteil an der deutschen Gesamtwertschöpfung beträgt für das Jahr 2020 11% bzw. 20%. Gemessen an den Zahlen trägt die Immobilienwirtschaft eine wesentlich größere Bedeutung als andere Branchen, wie beispielsweise der Fahrzeugbau, Maschinenbau oder der Groß- und Einzelhandel.<sup>111</sup>

Darüber hinaus belief sich im Jahr 2019 das deutsche Immobilienvermögen inklusive Grund und Boden auf rund 14 Billionen Euro. Somit ist der größte Teil des Anlagevermögens der deutschen Volkswirtschaft in Immobilien gebunden.<sup>112</sup>

Neben ihrer Größe trägt die Immobilienwirtschaft darüber hinaus zur Stabilisierung der deutschen Wirtschaft bei. So blieb der deutsche Immobilienmarkt nach dem Platzen der amerikanischen Immobilienblase, im Vergleich zu anderen europäischen Ländern, standhaft.<sup>113</sup> Außerdem sind die Preisschwankungen des deutschen Wohnimmobilienmarktes unter allen OECD-Staaten am geringsten. Grund dafür ist, dass deutsche Immobilien in der Regel mit einer höheren Eigenkapitalquote und festen Zinsen finanziert werden, was die Preise weniger anfällig für kurzfristige Zinsänderungen macht.<sup>114</sup>

Zusätzlich sind Immobilien ein beliebtes Anlageprodukt, da sie für wertbeständig und krisensicher gehalten werden. Für private wie auch institutionelle Investoren können sie eine wichtige Ergänzung ihres Anlageportfolios darstellen.<sup>115</sup> Beispielsweise hat unter den institutionellen Anlegern laut Englisch und Strumpf die Nachfrage nach dieser Anlageklasse in den letzten 20 Jahren konstant zugenommen.<sup>116</sup> Eine im Dezember 2020 durchgeführte, repräsentative Bevölkerungsumfrage des Bundesverbands deutscher Banken zeigt außerdem, dass Immobilien auch unter Privatinvestoren ein beliebtes Anlageprodukt sind. Ein Viertel der Befragten gab an, dass sie Immobilien als bevorzugtes Anlageprodukt

<sup>110</sup> Vgl. zu diesem Absatz Just, T. et al., 2017, S. 9.

<sup>111</sup> Vgl. zu diesem Absatz ZIA, 2020a, o. S.

<sup>112</sup> Vgl. zu diesem Absatz ZIA, 2020a, o. S.

<sup>113</sup> Vgl. Just, T. et al., 2017, S. 9.

<sup>114</sup> Vgl. ZIA, 2020a, o. S.

<sup>115</sup> Vgl. Trübestein, M., 2012, S. 19.

<sup>116</sup> Vgl. Englisch, M.; Strumpf, O., 2019, S. 374.

ansehen. Daneben würden 56% der Befragten einen größeren Geldbetrag gerne in Immobilien investieren.<sup>117</sup>

Auch das Research Team von Ernst & Young bestätigt diese Aussagen. Investoren fokussieren sich weiterhin stark auf die Immobilienanlage.<sup>118</sup> In Abbildung 3 ist das Transaktionsvolumen auf dem deutschen Immobilienmarkt dargestellt.



Abb. 3: Transaktionsvolumen in Deutschland  
Quelle: EY Research, 2020, S. 4.

Seit der Finanzkrise 2007-2008 steigt das Transaktionsvolumen bis auf wenige Ausnahmen stetig an. Auch trotz des Rückgangs im Jahr 2020 zeichnet sich allgemein ein Aufwärtstrend ab.

Allerdings wird der Immobilienmarkt als komplex, intransparent und informationsineffizient beschrieben. Noch dazu kommen Eintrittshürden wie hohe Anfangsinvestitionen und hohe Transaktionskosten.<sup>119</sup>

Im Thema Digitalisierung wird die Immobilienwirtschaft als Nachzügler bezeichnet. Gerade die komplexen Produkte und Prozesse könnten jedoch von einer fortschreitenden Digitalisierung profitieren. Laut Vornholz könnten sich neue Geschäftsmodelle entwickeln, die einen nachhaltigen Wandel mit sich bringen könnten.<sup>120</sup>

### 3.1 Wirtschaftsgut Immobilie

Das Wirtschaftsgut Immobilie weist besondere Eigenschaften auf, die es von anderen Gütern unterscheidet. Resultierend aus den Eigenschaften der Immobilie lassen sich außerdem Merkmale für den Immobilienmarkt im Allgemeinen festhalten. Die folgenden Ausführungen der Eigenschaften beruhen auf den Überlegungen von Brauer und Trübestein.

*Standortgebundenheit* – Die erste Eigenschaft wird bereits durch den Begriff „Immobilie“ beschrieben. Dieser stammt vom lateinischen „immobilis“, was „unbeweglich“ bedeutet. Eine Immobilie ist folglich ein unbeweglicher Besitz. Die Standortgebundenheit führt dazu,

<sup>117</sup> Vgl. Bundesverband deutscher Banken e.V., 2020, S. 7–8.

<sup>118</sup> Vgl. EY Research, 2020, S. 8.

<sup>119</sup> Vgl. Trübestein, M., 2012, S. 19.

<sup>120</sup> Vgl. Vornholz, G., 2021, S. 66.

dass der wirtschaftliche Wert stark von der Lage und den regionalen Gegebenheiten beeinflusst wird.

*Heterogenität* – Jede Immobilie ist einzigartig. Diese Eigenschaft geht hervor aus der Standortgebundenheit. Da jedes Gebäude und jede Wohnung an den Boden und die Lage gebunden ist, ergeben sich selbst bei gleichen Grundrissen Unterschiede. Diese können beispielsweise die Belichtung, der Geräuschpegel des Umlands oder die Verkehrsanbindung sein. Daher können Immobilien nur schwer substituiert werden.

*Lange Produktionsdauer* – Zwischen der ursprünglichen Investitionsentscheidung und der tatsächlichen Errichtung einer Immobilie können mehrere Jahre vergehen. Dieser Zeitraum kann durch Planungs- und Genehmigungsverfahren sowie Komplikation in der Bauphase verzögert werden. Aus wirtschaftlicher Sicht spielt dies eine Rolle, da bei einer kurzfristigen Nachfrageveränderung nur zeitverzögert reagiert werden kann. Anfängliche Kalkulationen bezüglich des Verkaufspreises oder der Höhe der Mieteinnahmen können dadurch verzerrt werden.

*Hohe Kapitalbindung* – Eine Investition in eine Immobilie ist einerseits mit hohem Kapitaleinsatz und andererseits mit einer langanhaltenden Bindung dieses Kapitals verbunden. Im Falle eines Eigenheims ist das Kapital meist über lange Zeiträume gebunden. Bei einem Vermietungsobjekt kann eine Änderung der Marktlage (Mietpreisschwankungen etc.) darüber hinaus den Wert der Immobilie beeinflussen.

*Lange Lebenszyklen* – Anders als viele andere Güter haben Immobilien eine lange Lebensdauer. Zwischen Fertigstellung und Abriss liegen in der Regel mehrere Jahrzehnte. In diesem Zeitraum werden Immobilien umgenutzt, renoviert, gekauft und verkauft.

*Hohe Transaktionskosten* – Diese entstehen bei der Eigentumsübertragung und werden auch als Erwerbsnebenkosten bezeichnet. Dazu zählen: Grunderwerbssteuer, Makler- und Notarkosten. Im Falle einer Kapitalanlage führen hohe Transaktionskosten automatisch zu einer verlängerten Haltedauer.<sup>121</sup>

Ein vollkommener Markt hat nach Brauer folgende Eigenschaften:

- > Perfekte Homogenität der Güter
- > Vollkommene Angebotselastizität
- > Der Markt ist vollkommen transparent
- > Hohe Anzahl an Nachfragern und Anbietern

Weiter konstatiert er, dass es sich beim Immobilienmarkt um einen unvollkommenen Markt handelt. Dies begründet er, indem er die oben genannten Eigenschaften eines vollkommenen Marktes auf den Immobilienmarkt bezieht. Immobilien sind heterogene Güter. Aufgrund ihrer langen Produktionsdauer geht eine geringe Angebotselastizität einher. Daneben handelt es sich um einen nicht transparenten Markt und die Anzahl der Nachfrager und Anbieter ist begrenzt.<sup>122</sup>

### **3.2 Anlegertypen**

Bevor im folgenden Unterkapitel die einzelnen Möglichkeiten der Immobilienanlage aufgezeigt werden, soll dieses Kapitel dazu dienen, die verschiedenen Akteure auf dem

<sup>121</sup> Vgl. Brauer, K.-U., 2018, S. 10–13, sowie Trübestein, M., 2010, S. 13–16.

<sup>122</sup> Vgl. Brauer, K.-U., 2018, S. 13–14.

Markt zu differenzieren. Unterschieden wird zwischen institutionellen Anlegern und privaten Anlegern.

Institutionelle Anleger werden in der Fachliteratur verschieden definiert. Nach dem Ansatz von Gahn haben institutionelle Anleger vier Eigenschaften. Sie sind keine natürliche Person, sondern treten als Organisation auf. Sie haben enormes investierbares Kapital. Dieses Kapital verwalten sie mit hoher Professionalität am Kapitalmarkt im Auftrag von Dritten.<sup>123</sup>

Demnach sind sie die Schnittstelle zwischen den Geldgebern und der Immobilienanlage. Darüber hinaus akkumulieren sie Kapital und Wissen, mithilfe dessen sie Wettbewerbsvorteile generieren. Kurz gesagt, sind institutionelle Anleger Finanzintermediäre, die Gelder von Kleininvestoren mit dem Versprechen der Rückzahlung sammeln und betreuen. Zusätzlich kann eine weitere Unterteilung hinsichtlich der Portfoliostruktur vorgenommen werden. Institutionelle Anleger mit einem „Single-Asset-Portfolio“ investieren hauptsächlich in eine Anlageklasse (in diesem Fall Immobilien). Zu ihnen zählen unter anderem Immobilienfonds, Immobilienaktiengesellschaften, REITs und Projektentwickler. In den folgenden Kapiteln zeigt sich, dass diese Art der institutionellen Anleger selbst als Anlagevehikel genutzt werden können. Die andere Art der institutionellen Anleger wären solche mit einem „Multi-Asset-Portfolio“. Diese investieren breit gestreut in verschiedene Anlageklassen. Zu ihnen zählen unter anderem Versicherungen, Pensions- und Rentenkassen sowie Staatsfonds.<sup>124</sup>

Private Anleger investieren hauptsächlich in den eigenen Wohnraum, aber auch in Renditeobjekte und indirekte Anlageprodukte. Ein Großteil der privaten Anleger ist jedoch direkt in einzelne Immobilien investiert. Hauptziel der privaten Anleger ist unter anderem die eigene Vermögensverwaltung oder die Altersvorsorge. Sie sind gekennzeichnet durch wesentlich kleinere Kapitalmengen und eine geringere Professionalität. Private Anleger weisen in Krisenzeiten eine größere Flexibilität auf. Anders als institutionelle Anleger unterliegen sie keinem Kauf- oder Verkaufszwang (siehe beispielsweise Kapitel 3.3.2). Handelt es sich bei einem privaten Anleger um ein „High-Net-Worth Individual“ (laut Definition eine Privatperson mit liquidem Vermögen über einer Millionen US-Dollar<sup>125</sup>), so können diese ähnlich wie institutionelle Anleger am Markt agieren.<sup>126</sup>

Im weiteren Verlauf der Arbeit liegt der Fokus auf den privaten Anlegern.

### 3.3 Immobilienanlage

Im Folgenden sollen verschiedene Möglichkeiten aufgezeigt werden, die privaten Anlegern zur Verfügung stehen, um eine Immobilienanlage zu tätigen. Dazu zählen einerseits die direkte Anlage und andererseits verschiedene indirekte Anlageprodukte, wie offene und geschlossene Immobilienfonds, Immobilien-AGs, REITs und Immobilien-ETFs. Neben den allgemeinen Beschreibungen werden die Anlageformen hinsichtlich verschiedener Kriterien untersucht. Diese sind: Die Mindestanlage, der Grad der Diversifikation und die Liquidität. Vorab werden diese Kriterien definiert.

1.) Die Mindestanlage ist der Betrag, den Anleger mindestens investieren müssen, um die jeweilige Anlageform nutzen zu können.<sup>127</sup>

<sup>123</sup> Vgl. Gahn, R., 1994, S. 11–12.

<sup>124</sup> Vgl. zu diesem Absatz Rottke, N. B., 2017b, S. 838–839.

<sup>125</sup> Vgl. O'connell, B., 2021, o. S.

<sup>126</sup> Vgl. zu diesem Absatz Trübstein, M., 2012, S. 24–25.

<sup>127</sup> Vgl. Sebastian, S.; Steininger, B.; Wagner-Hauber, M., 2012, S. 5.

2.) Der Grad der Diversifikation beschreibt, inwiefern das eingesetzte Kapital und damit das Risiko gestreut ist. Eine Anlage in Immobilien ist grundsätzlich riskant.<sup>128</sup> Dennoch kann beispielsweise mit der Anzahl an einzelnen Objekten das Risiko reduziert werden. Allgemein gilt darüber hinaus, dass eine weitere Diversifikation in andere Anlageklassen zwecks Risikoreduktion empfehlenswert ist.

3.) Sebastian et al. definieren die Liquidität wie folgt: „Ein Investment ist vollständig liquide, wenn es zu jeder Zeit sofort und in jedem geforderten Volumen zu einem fairen Preis ohne Auf- oder Abschlag gehandelt werden kann“.<sup>129</sup> Das bedeutet das Kriterium Liquidität besteht aus zwei Komponenten: Transaktionszeit und Transaktionskosten.

Die Untersuchung der Kriterien ist am Ende der einzelnen Unterkapitel aufzufinden.

### 3.3.1 Direktinvestition

Eine direkte Investition ist die klassischste Möglichkeit eine Immobilieninvestition zu tätigen. Dabei erwirbt der Anleger unmittelbar und eigenständig eine Immobilie und die damit einhergehenden Rechte und Pflichten. Finanziert wird eine solche Investition in der Regel aus Eigenkapital und zusätzlich aufgenommenen Fremdkapital. Handelt es sich dabei um eine reine Kapitalanlage, sind Expertise, ein großes Netzwerk und ein hohes investierbares Kapital vorausgesetzt.<sup>130</sup>

Neben der Anfangsinvestition, dem Kaufpreis der Immobilie, entstehen zusätzlich hohe Transaktions- und Folgekosten. Transaktionskosten sind unter anderem die Grunderwerbssteuer, die Notarkosten sowie eine Gebühr für die Grundbucheintragung und eventuelle Maklerprovisionen. Diese belaufen sich in Summe auf circa 10-15% des Kaufpreises der Immobilie.<sup>131</sup> Folgekosten können Kosten für die Instandhaltung und die Verwaltung der Immobilie sein.<sup>132</sup>

Eine Direktinvestition hat dennoch Vorteile. Die Mieteinnahmen fließen nach Steuerabzug direkt an den Anleger und er hat freien Handlungsspielraum bei der Bewirtschaftung und Gestaltung des Objektes. Darüber hinaus profitiert der Anleger von Wertsteigerungspotenzialen.<sup>133</sup>

1.) Nach einer Marktstudie von Bulwiengesa für das Jahr 2020 beläuft sich der Kaufpreis eines Reihenhauses auf rund 471.000€ und einer Eigentumswohnung (mit 60 Quadratmetern) auf rund 294.000€.<sup>134</sup> Bei einem durchschnittlichen Nettogeldvermögen pro Kopf von 52.857€<sup>135</sup> wären, auch bei einer Finanzierung zu 80% aus Fremdkapital, die finanziellen Mittel vieler Anleger ausgeschöpft. Trotz der Nutzung von Durchschnittswerten lässt sich festhalten, dass die Mindestanlage für eine Direktinvestition hoch ist.

2.) Da es sich bei einer Direktinvestition meist um einzelne Objekte handelt, ist der Anleger einem hohen Klumpenrisiko ausgesetzt. Dieses entsteht, wenn der Anleger einen großen Teil seines Vermögens in einzelne Vermögenswerte oder Anlageklassen investiert.<sup>136</sup> Darüber hinaus ist eine weitere Diversifikation in der Regel nicht mehr möglich, da (wie

<sup>128</sup> Vgl. Sebastian, S.; Steininger, B.; Wagner-Hauber, M., 2012, S. 9.

<sup>129</sup> Vgl. Sebastian, S.; Steininger, B.; Wagner-Hauber, M., 2012, S. 19.

<sup>130</sup> Vgl. Komenda, R., 2019, S. 50.

<sup>131</sup> Vgl. Wellner, K., 2017, S. 216.

<sup>132</sup> Vgl. Trübstein, M., 2012, S. 20.

<sup>133</sup> Vgl. Komenda, R., 2019, S. 50, sowie Trübstein, M., 2012, S. 20.

<sup>134</sup> Vgl. Bulwiengesa AG, 2021, S. 4.

<sup>135</sup> Vgl. Grimm, M. et al., 2019, S. 125.

<sup>136</sup> Vgl. Ahlers, 2006, o. S.

oben erwähnt) die finanziellen Mittel eines privaten Anlegers meist ausgeschöpft sind. Laut Sebastian et al. ist eine direkte Investition für private Anleger nur in Ausnahmefällen sinnvoll.<sup>137</sup>

3.) Eine Direktinvestition bindet das Kapital über einen langen Zeitraum. Neben den anfänglichen Transaktionskosten sind der Kauf- und Verkaufsprozess komplex und zeitintensiv.<sup>138</sup> Zusätzlich ist die Veräußerung einer Immobilie nach §23 EstG von der Steuer betroffen, insofern diese nicht zehn Jahre gehalten oder zwei Jahre selbst genutzt worden ist. Eine Direktinvestition ist somit durch eine geringe Liquidität gekennzeichnet.<sup>139</sup>

### 3.3.2 Offene Immobilienfonds

Bei offenen Immobilienfonds handelt es sich um ein indirektes Immobilienanlageprodukt. Nachteile einer direkten Investition können somit umgangen werden. Investiert wird hauptsächlich in gewerblich genutzte Immobilien. Käufer eines Anteils erwerben ein wirtschaftliches Miteigentum an dem Fondvermögen. Grund für den Ausdruck „offen“ ist, dass die Anlegeranzahl, die Höhe des Fondsvolumen sowie die Laufzeit unbegrenzt ist. Anleger eines offenen Immobilienfonds können jederzeit neue Anteile erwerben und unter bestimmten Voraussetzungen ihre Anteile ebenfalls an den Fonds zurückgeben. Eine vermehrte Rückgabe (beispielsweise in einer Finanzkrise) kann jedoch zu Liquiditätsengpässen führen, die wiederum dazu führen können, dass Objekte verkauft werden müssen oder der Fond geschlossen werden muss. In Deutschland können offene Immobilienfonds entweder als GmbH oder AG auftreten. Außerdem müssen sie ihren Sitz im Inland haben. Darüber hinaus unterliegen offene Immobilienfonds der Aufsicht der BaFin und den Bestimmungen des Kreditwesengesetzes sowie des Kapitalanlagegesetzbuches. Daraus ergeben sich unter anderem folgende Vorschriften:

- > Liquide Reserven müssen mindestens bei 5% und maximal bei 49% liegen.
- > Mindestens 51% müssen direkt oder indirekt in Immobilien investiert sein.
- > Einzelne Objekte dürfen zwecks Risikominimierung maximal 15% des Fondsvolumen ausmachen.
- > Objekte in der Entwicklungsphase dürfen maximal 20% des Fondsvolumen ausmachen.
- > Vorhandensein eines aktiven Portfolio- und Risikomanagements

Offene Immobilienfonds zeichnen sich durch hohe Transparenz aufgrund von regelmäßigen Offenlegungspflichten und Liquidität aus.<sup>140</sup>

1.) Eine Investition in offene Immobilienfonds ist bereits ab circa 50 Euro möglich.<sup>141</sup>

2.) Bei offenen Immobilienfonds besteht eine gesetzlich vorgeschriebene Diversifikation (nachzulesen in §243 KAGB). Darüber hinaus können Anleger aufgrund der niedrigen Mindestanlage ihr Portfolio privat weiter diversifizieren.

3.) Fondsanteile können jederzeit zurückgegeben werden, insofern der Rückgabewert unter 30.000 Euro liegt. Liegt der Rückgabewert über dieser Grenze, so ist eine

<sup>137</sup> Vgl. Sebastian, S.; Steininger, B.; Wagner-Hauber, M., 2012, S. 10.

<sup>138</sup> Vgl. Komenda, R., 2019, S. 50.

<sup>139</sup> Vgl. Trübstein, M., 2012, S. 20.

<sup>140</sup> Vgl. zu diesem Abschnitt Rottke, N. B., 2017b, S. 847–849.

<sup>141</sup> Vgl. DWS, 2021, o. S., sowie Schöffel, B., 2012, S. 255.

Mindesthaltedauer von 24 Monaten, wie eine Kündigungsfrist von 12 Monaten einzuhalten (nachzulesen in §346 KAGB). Außerdem weisen offene Immobilienfonds einen Ausgabeaufschlag vor. Dieser ist eine Gebühr für die Vermittlung der Fondsanteile.<sup>142</sup> In der Regel liegt dieser Ausgabeaufschlag bei 5% und dient als eine künstliche Haltefrist, da der Aufschlag den Anleger an sein Investment bindet, ehe er positive Rendite erzielen kann.<sup>143</sup>

### 3.3.3 Geschlossene Immobilienfonds

Im Gegensatz zu ihrem offenen Gegenstück sind geschlossene Immobilienfonds hinsichtlich der Höhe ihres Fondsvolumen, der Laufzeit und der Anzahl an Anlegern begrenzt. Häufig handelt es sich dabei um eine vorab festgelegte Investition in ein bestimmtes Objekt. Dabei kann es sich entweder um eine bereits erstellte Immobilie oder um ein Grundstück handeln. Im Falle eines Grundstücks tritt die Fondsgesellschaft als Bauherr in Erscheinung. Ist das vorab definierte Fondsvolumen erreicht, wird der Fond geschlossen. Das bedeutet es werden keine weiteren Anleger aufgenommen. Die Laufzeit beträgt in der Regel zwischen 10 und 20 Jahren. Anleger können ihre Anteile theoretisch zwar wieder veräußern, dennoch ist die Liquidität stark eingeschränkt. Grund dafür ist, dass die Fonds nicht verpflichtet sind, die Anteile zurückzunehmen. Das bedeutet für den Anleger, dass er seine Anteile nur am Sekundärmarkt verkaufen kann. Dieser ist jedoch sehr klein und es bestehen starke Preisabschläge. Außerdem müssen Veräußerungen 12 Monate im Voraus angekündigt werden, was dazu führt, dass Anleger ihr Kapital über einen längeren Zeitraum binden müssen, als es bei andere Anlageprodukten der Fall ist. Geschlossene Immobilienfonds unterliegen keinen gesetzlichen Regulierungen, ihre Verkaufsprospekte müssen dennoch von der BaFin genehmigt werden.<sup>144</sup>

Die Fondsgesellschaften sind in der Praxis zu 30-40% aus Eigenkapital und zu 60-70% aus Fremdkapital finanziert.<sup>145</sup>

1.) Die Mindestanlage liegt zwischen 5.000 und 25.000€.<sup>146</sup>

2.) Geschlossene Immobilienfonds haben ein erhöhtes Risiko, da ähnlich wie bei einer Direktanlage in einzelne Objekte investiert wird. Darüber hinaus weisen geschlossene Immobilienfonds einen Fremdkapitalanteil auf, was das Risiko zusätzlich erhöht. Nach Sebastian et al. ist eine Anlage nur sinnvoll, wenn Anleger privat weiter diversifizieren.<sup>147</sup>

3.) Wie oben erwähnt, ist die Rückgabe der Anteile an den Fond nicht möglich. Eine Veräußerung am Sekundärmarkt geht mit hohen Abschlägen einher. Die Transaktionskosten bei Kauf belaufen sich in der Regel auf über 10%.<sup>148</sup>

### 3.3.4 Immobilienaktiengesellschaften

Immobilien-AGs sind reguläre Aktiengesellschaften, deren primärer Zweck und Einkommensquelle das Entwickeln, Verwalten und Handeln mit Immobilien ist. Anteile an einer Immobilien-AG sind in der Regel an der Börse handelbar. Sie gehören demnach ebenfalls zu den indirekten Anlageprodukten und stellen eine Verbindung zwischen der

<sup>142</sup> Vgl. Verbraucherzentrale.de, 2021, o. S.

<sup>143</sup> Vgl. Sebastian, S.; Steininger, B.; Wagner-Hauber, M., 2012, S. 14.

<sup>144</sup> Vgl. zu diesem Absatz Rottke, N. B., 2017b, S. 850.

<sup>145</sup> Vgl. Trübestein, M., 2012, S. 34.

<sup>146</sup> Vgl. Sebastian, S.; Steininger, B.; Wagner-Hauber, M., 2012, S. 5.

<sup>147</sup> Vgl. Sebastian, S.; Steininger, B.; Wagner-Hauber, M., 2012, S. 11.

<sup>148</sup> Vgl. Born, K., 2009, S. 28.

Immobilie und dem Kapitalmarkt dar. Nennenswerte Beispiele wären unter anderem Vonovia und die Deutsche Wohnen.<sup>149</sup>

Anleger profitieren durch Kurssteigerungen und mögliche Dividendenausschüttungen.

1.) Anteile an Immobilien-AGs können zu deren jeweiligen Preisen an der Börse erworben werden.

2.) Immobilien-AGs investieren in viele verschiedene Objekte und weisen daher eine Risikostreuung auf. Jedoch spezialisieren sie sich in der Regel auf Länder oder Regionen. Daher sollten Anleger in mehrere Gesellschaften investieren. Dazu kommt ein substanzielles Börsenrisiko, da sie kurz- bis mittelfristig stark mit dem Aktienmarkt korrelieren. Aufgrund dessen sollten Anleger über einen langfristigen Anlagehorizont verfügen.<sup>150</sup>

3.) Der Kauf oder der Verkauf von Anteilen ist börsentäglich zu niedrigen Transaktionskosten möglich.<sup>151</sup>

### 3.3.5 REITS

REITs (Real Estate Investment Trust) sind eine spezielle Form von Immobilien-AGs. Ihre Anteile sind an der Börse handelbar. Eingeführt wurden sie in Deutschland Anfang 2007 nach dem Vorbild der US-amerikanischen REITs, die es dort bereits seit 1961 gibt. Eine Besonderheit von REITs ist die Steuerbefreiung auf Unternehmensebene. Sie zahlen weder Körperschafts- noch Gewerbesteuer. Die steuerliche Sonderbehandlung ist jedoch an bestimmte Voraussetzungen geknüpft. Ihre Gewinne müssen zu 90% an die Aktionäre ausgezahlt werden. Die Erträge müssen mindestens zu 75% aus Immobilieneinnahmen stammen und das Gesamtvermögen muss sich mindestens zu 75% aus Immobilien zusammensetzen. Sind diese Voraussetzungen erfüllt, finden eine Steuerfestsetzung ausschließlich auf Aktionärsesebene statt.<sup>152</sup>

Das führende Verfahren den Börsenwert eines REITs zu berechnen ist das Net-Asset-Value-Verfahren. Dabei werden die Verbindlichkeiten von der Aktivseite (die fast ausschließlich aus den gehaltenen Immobilien besteht) subtrahiert. Als Ergebnis erhält man den sogenannten Nettosubstanzwert. Dieser wird anschließend durch die im Umlauf befindlichen Aktien geteilt.<sup>153</sup>

Aktuell existieren fünf<sup>154</sup> deutsche REITs:

- > alstria office REIT-Aktiengesellschaft
- > Deutsche Industrie REIT-AG
- > Deutsche Konsum REIT-AG
- > Fair Value REIT-AG
- > Hamborner REIT

Die Auswahl an ausländischen REITs ist jedoch wesentlich höher.<sup>155</sup>

<sup>149</sup> Vgl. Rottke, N. B., 2017b, S. 852.

<sup>150</sup> Vgl. Sebastian, S.; Steininger, B.; Wagner-Hauber, M., 2012, S. 11.

<sup>151</sup> Vgl. Sebastian, S.; Steininger, B.; Wagner-Hauber, M., 2012, S. 14.

<sup>152</sup> Vgl. Sebastian, S.; Steininger, B.; Wagner-Hauber, M., 2012, S. 4.

<sup>153</sup> Vgl. Schaich, F., 2012, S. 174.

<sup>154</sup> Vgl. ZIA, 2020b, o. S.

<sup>155</sup> Vgl. Schaich, F., 2012, S. 166.

Anleger profitieren wie bei Immobilien-AGs durch Kurssteigerungen und zusätzlich durch hohe, garantierte Dividendenausschüttungen.

1.) REITs können zu deren jeweiligen Preisen an der Börse erworben werden. Die fünf deutschen REITs haben aktuell einen durchschnittlichen Preis von 13 Euro je Anteil.<sup>156</sup>

Bezüglich der Kriterien 2 und 3 weisen REITs ähnliche Eigenschaften wie Immobilien-AGs auf.

### 3.3.6 Immobilien-ETFs

ETFs (Exchange Traded Funds) sind passiv gemanagte Fonds, die an der Börse gehandelt werden. Sie bilden in der Regel bestimmte Indizes ab und folgen dessen Zusammensetzung.<sup>157</sup> Im Falle eines Immobilien-ETFs werden immobilien-spezifische Indizes verwendet wie zum Beispiel der internationale EPRA/NAREIT-Index oder der Deutsche Immobilienaktienindex (DIMAX). Das bedeutet Anleger, die einen Immobilien-ETF kaufen, sind breit gestreut in verschiedene Immobilien-AGs und auch REITs investiert. Hinsichtlich der Kriterien haben Immobilien-ETFs ähnliche Eigenschaften wie Immobilien-AGs und REITs. Es lässt sich jedoch festhalten, dass die Diversifikation aufgrund der Streuung über den Index höher ist. Rottke konstatiert, dass Immobilien-ETFs nur in sehr geringer Anzahl existieren, was er dadurch begründet, dass es ebenfalls keine große Anzahl an zugrunde liegenden Indizes gibt.<sup>158</sup>

Auch Sebastian et al. rechnen ihnen eine geringe Marktbedeutung zu.<sup>159</sup>

### 3.3.7 Gegenüberstellung der Anlageformen

Um die oben ausgeführten Ergebnisse übersichtlich zusammenzutragen, werden die einzelnen Anlageformen nachfolgend hinsichtlich der genannten Kriterien in einer Tabelle dargestellt. Sind Symbolen in Klammern eingefasst, kommt es auf die Ausgestaltung an. Bei der Rückgabe von Anteilen an einem offenen Immobilienfond kommt es auf die Höhe des Rückgabewertes an. Liegt dieser über 30.000€, sind Fristen einzuhalten. Bezüglich der Diversifikation von Immobilien-AGs und REITs kommt es auf deren Spezialisierung an. In jedem Fall sind sie aber diversifizierter als eine Direktanlage oder ein geschlossener Immobilienfond.

*Tabelle 1: Gegenüberstellung der Anlageformen  
Quelle: in Anlehnung an Sebastian et al., 2012, o. S.*

|                        | <b>Direktanlage</b> | <b>offene Fonds</b> | <b>geschlossene Fonds</b> | <b>AG</b> | <b>REIT</b> | <b>ETF</b> |
|------------------------|---------------------|---------------------|---------------------------|-----------|-------------|------------|
| <i>Mindestanlage</i>   | -                   | +                   | -                         | +         | +           | +          |
| <i>Diversifikation</i> | -                   | +                   | -                         | (+)       | (+)         | ++         |
| <i>Zeit</i>            | -                   | (+)                 | -                         | +         | +           | +          |
| <i>Kosten</i>          | -                   | +                   | -                         | +         | +           | +          |

Nach Trübstein werden indirekte und damit handelbare Immobilienanlageprodukte unter privaten Anlegern populärer, was sich durch deren Vorteile begründen lässt.<sup>160</sup>

<sup>156</sup> Berechneter Durchschnitt aus Tageskursen am 15.07.2021

<sup>157</sup> Vgl. Rottke, N. B., 2017b, S. 858.

<sup>158</sup> Vgl. Rottke, N. B., 2017b, S. 858.

<sup>159</sup> Vgl. Sebastian, S.; Steinger, B.; Wagner-Hauber, M., 2012, S. 4.

<sup>160</sup> Vgl. Trübstein, M., 2012, S. 38.

### 3.4 Grundbuchwesen

Um die Nutzung der Blockchain-Technologie im Grundbuchwesen im Kapitel 4.2 aufzuzeigen, werden zunächst die Aufgaben, Prinzipien und Funktionsweisen des deutschen Grundbuchs erläutert.

Das Grundbuch ist ein öffentliches Register. Es wird von den jeweiligen Amtsgerichten eines Bezirks geführt. Alle in dem Bezirk befindlichen Grundstücke werden samt ihren rechtlichen Verhältnissen aufgeführt. Neben dem aktuellen Eigentümer eines Grundstücks, beinhaltet das Grundbuch zusätzlich alle vorherigen Eigentümer und Informationen darüber, wie sich die Eigentumsverhältnisse verändert hat.<sup>161</sup>

Nachdem sich zwei Parteien eines Immobilienverkaufs über einen Preis geeinigt haben, findet die eigentliche Eigentumsübertragung statt. Für diesen Vorgang ist eine notarielle Beurkundung des Kaufvertrages unabdingbar. Der Notar tritt dabei als Intermediär zwischen den Parteien auf und sorgt für einen, aus juristischer Sicht, einwandfreien Ablauf. Nachdem der Kaufvertrag von beiden Parteien und dem Notar unterzeichnet worden ist, beantragt der Notar beim zuständigen Grundbuchamt die Abänderung des Grundbuches. Dies geschieht indem zuerst eine sogenannte Auflassungsvormerkung eingereicht wird. Die Vormerkung dient als Absicherung für den Käufer, da der Verkäufer anschließend die Immobilie nicht mehr an eine dritte Partei veräußern kann.<sup>162</sup> Die Vorgehensweise einer Vormerkung stellt eine Besonderheit des deutschen Grundbuchrechts dar. Der neue Eigentümer erhält somit vorerst eine Anwartschaft auf das Grundstück. Der tatsächliche Eigentumswechsel findet erst nach Zahlung des Kaufpreises mit der physischen Umschreibung des Grundbuchamtes statt.<sup>163</sup>

Obwohl es das Grundbuch heute in digitaler Form, dem sogenannten EDV-Grundbuch gibt, soll nachfolgend auf den Inhalt anhand der ursprünglichen Form eingegangen werden.

Das Grundbuch besteht aus einzelnen Grundbuchblättern. Die einzelnen Grundstücke, die vom Katasteramt vermessen worden sind, haben jeweils ein eigenes Grundbuchblatt. Inhalt eines Grundbuchblattes ist die Aufschrift, ein Bestandsverzeichnis und drei sogenannte Abteilungen. Die Aufschrift dient als Deckblatt des Blattes. Aufgeführt sind Informationen über das zuständige Amtsgericht, die Nummerierung des Blattes und die Daten vorgenommener Änderungen. Das Bestandsverzeichnis beinhaltet Informationen über das Grundstück. Dazu zählen unter anderem die Art und Größe des Grundstücks, sowie die Nennung des Flurstücks. Diese Daten werden vom Katasteramt bestimmt und dem Grundbuchblatt hinzugefügt. In Abteilung 1 werden alle Eigentümer des Grundstücks aufgeführt. Darüber hinaus werden Informationen darüber festgehalten, wie der Eigentümer das Grundstück erworben hat. Verschiedene Möglichkeiten wären beispielsweise eine Erbschaft oder Zwangsversteigerungen. Auch der Fall eines Grundstückverkaufs in Form einer notariellen Auflassung wäre hier vermerkt. Abteilung 2 beinhaltet die Beschränkungen und Lasten eines Grundstücks. Dazu zählen unter anderem Vorkaufsrechte, Wohnrechte, Nießbrauchrechte oder Testamentsvollstreckungsvermerke. Zuletzt wird die Höhe der Hypothek und Grundschulden (falls gegeben) bei Eintragung in Abteilung 3 aufgeführt. Hier kann es vorkommen, dass das Grundbuch bereits beglichene Grundschulden aufführt, da eine Löschung vom Eigentümer formell beantragt werden muss.<sup>164</sup>

<sup>161</sup> Vgl. Handschumacher, J., 2019, S. 127–129.

<sup>162</sup> Vgl. Vornholz, G., 2021, S. 143–144.

<sup>163</sup> Vgl. Noll, D., 2019, S. 8.

<sup>164</sup> Vgl. Handschumacher, J., 2019, S. 134–137.

Die Integrität der Daten des Grundbuchs spielt eine große Rolle, was sich aus dem Eintragungsprinzip und dem materiellen Publizitätsprinzip des Grundbuchs ableiten lässt.

Das Eintragungsprinzip besagt, dass Eigentumsrechte erst dann bestehen, wenn die tatsächliche Eintragung im Grundbuch stattfindet. Rechte, die noch nicht im Grundbuch fixiert worden sind, sind nicht rechtsverbindlich. Das deutsche Grundbuch ist demnach ein sogenanntes Register dinglicher Rechte. Ein Vergleich mit dem amerikanischen „register of deeds“ verdeutlicht diese Eigenschaft. Bei dieser Art des Grundbuchs werden lediglich die Urkunden über bereits bestehende Rechte registriert. Das Recht entsteht demnach nicht erst durch die Eintragung.<sup>165</sup>

Das materielle Publizitätsprinzip besagt, dass gesetzlich vermutet wird, dass die Daten des Grundbuchs richtig sind. Es besteht der Grundsatz des öffentlichen Glaubens. Daraus geht hervor, dass die Rechte, die im Grundbuch eingetragen sind, tatsächlich bestehen und Rechte, die nicht eingetragen sind, nicht (mehr) bestehen. Bestünde dieser Grundsatz nicht, müsste der Käufer vorerst in einem zeitintensiven Prozess nachprüfen, ob der Verkäufer der tatsächliche Eigentümer ist.<sup>166</sup>

Die Verwaltung des Grundbuchs erinnert an ein verteiltes Register. Die einzelnen Amtsgerichte führen dezentral die jeweiligen Grundbücher. Die einzelnen Grundbuchblätter beinhalten alle gegenwärtigen Informationen, wie auch die vergangenen Informationen. Die Implementierung der Blockchain-Technologie scheint hier ein passender Anwendungsfall zu sein. Dies erwähnen ebenfalls Autoren wie Vornholz oder von Wangenheim.<sup>167</sup> Aus diesem Grund soll die mögliche Einführung eines blockchainbasierten Grundbuchs in Kapitel 4.2 näher betrachtet werden.

---

<sup>165</sup> Vgl. Enemark, S., 2010, S. 4.

<sup>166</sup> Handschumacher, J., 2019, S. 130–131.

<sup>167</sup> Vgl. Vornholz, G., 2021, S. 145, sowie Wangenheim, G. von, 2020, S. 103.

## 4 Anwendung der Blockchain-Technologie in der Immobilienwirtschaft

In diesem Kapitel sollen die beiden vorangehenden Blöcke zusammengeführt werden. Die Literaturrecherche hat ergeben, dass die Blockchain-Technologie in der Immobilienwirtschaft für zwei Anwendungsfälle eingesetzt werden kann. Einerseits kann sie genutzt werden, um eine neue Art der Immobilienanlage zu schaffen. Andererseits kann sie Anwendung im Grundbuchwesen finden.

### 4.1 Tokenisierte Immobilienanlage

Wie bereits erwähnt, gibt es laut Adam kaum einen realen Wert, der sich nicht digitalisieren und somit als Token darstellen lässt. Wie eine Immobilie in Deutschland erfolgreich tokenisiert werden kann und dabei eine neue Art der Immobilienanlage entsteht, soll in diesem Kapitel erläutert werden. Als Orientierung dient ein Prozess aus sechs Schritten, der anhand der vorliegenden Literatur erarbeitet worden ist. Im weiteren Verlauf werden die Vorteile aufgezeigt und ein Vergleich mit den Anlageprodukten aus Kapitel 3.3 gezogen. Zuletzt werden zwei Unternehmen vorgestellt, die die Tokenisierung von Immobilien bereits in der Realität umgesetzt haben.

Vorab sollen dem Leser die Begriffe Security Token und Tokenisierung in Erinnerung gerufen werden. Zusätzlich wird der neue Begriff „Security Token Offering“ eingeführt.

Ein Security Token ist ein tokenisierter Vermögenswert. Tokenisierung beschreibt dabei den Prozess der digitalen Abbildung auf der Blockchain. Der Vermögenswert wird rechtlich mit der digitalen Repräsentation auf der Blockchain (dem Token) verknüpft.<sup>168</sup> Nach aufsichtsrechtlichen Gesichtspunkten sind die Tokenisierung und die Verbriefung von Vermögenswerten gleichzustellen. Es unterscheidet sich lediglich die für die Emission und den Handel verwendete Technologie bzw. Infrastruktur.<sup>169</sup>

Der Begriff „Security Token Offering“ (im weiteren Verlauf als STO bezeichnet) steht für die erstmalige Ausgabe der blockchainbasierten Security Token. Die Namensgebung ist eine Anlehnung an die erstmalige Emission von Aktien eines Unternehmens an der Börse (Initial Public Offering).<sup>170</sup>

Bei der Tokenisierung von Immobilien handelt es sich im Allgemeinen um die digitale Abbildung des Eigentums an einer Immobilie. Da die Übertragung von Eigentumsrechten an einer Immobilie in Deutschland nicht ohne die Einhaltung der bestehenden Formvorschriften möglich ist, muss der Umweg über die Tokenisierung von Genussrechten gegangen werden.<sup>171</sup> Weitere Informationen finden sich in dem nachfolgenden Prozess. Die grundlegende Idee ist, illiquide Vermögenswerte, wie Immobilien, in einzelne Bruchteile umzuwandeln, um sie dadurch liquide zu machen.

#### 4.1.1 Prozess zur erfolgreichen Tokenisierung

Für die Erarbeitung des Prozesses wurden mehrere Quellen als Orientierung herangezogen.

Der Prozess soll dem Leser als eine allgemeine Erläuterung der Tokenisierung einer Immobilie dienen. Zeitgleich wurde versucht eine Forschungslücke zu schließen. Es konnte

---

<sup>168</sup> Siehe Kapitel 2.8.2

<sup>169</sup> Vgl. Markheim, M.; Berentsen, A., 2021, S. 69.

<sup>170</sup> Vgl. Adam, K. et al., 2019, S. 3.

<sup>171</sup> Vgl. Adam, K. et al., 2019, S. 3–4.

in der Literatur keine ganzheitliche Erläuterung gefunden werden, die den Ablauf einer Tokenisierung in Deutschland beschreibt.

#### **4.1.1.1 Deal-Strukturierung**

Zu Beginn muss eine geeignete Immobilie gefunden werden. Wichtige Voraussetzungen sind bereits vorhandene langfristige Mietverträge, wie auch ein guter Zustand der Immobilie. Außerdem muss entschieden werden, ob die Immobilie vollständig aus Kapitalbeschaffung der Tokenausgabe finanziert werden soll. Es gibt zusätzlich die Möglichkeit Fremdkapital aufzunehmen. Ausfallende Mieteinnahmen, teure Renovierungsarbeiten oder Kosten für Fremdkapital könnten die spätere Rendite der Token schmälern.

Darüber hinaus muss eine Bewertung der Immobilie vorgenommen werden. Der Wert der Immobilie und die Höhe des Eigenkapitalanteils ist anschließend die Grundlage für die Einteilung der Token.<sup>172</sup>

Ist die Immobilie beispielsweise 6 Millionen Euro wert und wird vollständig tokenisiert, so können theoretisch 6 Millionen Token zu einem Nennwert von einem Euro erstellt werden.

#### **4.1.1.2 Gründung einer Zweckgesellschaft**

Da die direkte Tokenisierung und Teilung der Eigentumsrechte in Deutschland, wie auch in anderen Ländern, nicht möglich ist, wird für jede einzelne Immobilie eine Zweckgesellschaft gegründet.<sup>173</sup> Zweckgesellschaften sind eigenständige Unternehmen, die für einen eng definierten Zweck gegründet werden.<sup>174</sup> Hauptaufgabe der Zweckgesellschaft ist es, die Immobilie zu halten und zu bewirtschaften. Sie ist der rechtliche Eigentümer der Immobilie. Zu der Bewirtschaftung gehört unter anderem die Mietverträge zu managen, die Miete einzusammeln und eventuelle Modernisierungs- oder Renovierungsarbeiten einzuleiten.<sup>175</sup> Die Zweckgesellschaft fungiert demnach als Property Manager des Objektes. Ein weiterer Vorteil der Zweckgesellschaft ist die wirtschaftliche Trennung zwischen dem Mutterunternehmen (der eigentliche Initiator der Tokenisierung) und der Immobilie selbst.<sup>176</sup>

Nach der Gründung der Zweckgesellschaft kann diese Genussscheine ausgeben, die anschließend tokenisiert werden. Nach Adam ist dies bis dato die einzige Möglichkeit in Deutschland eine Immobilie zu tokenisieren.<sup>177</sup>

Genussscheine sind verbriefte Genussrechte. Durch Genussrechte stehen Anleger und Emittent in einem schuldrechtlichen Verhältnis. Wirtschaftlich betrachtet sind Genussrechte dem Mezzanine-Kapital, einer Mischform von Eigen- und Fremdkapital, zuzuordnen. Genussrechte haben den Vorteil, dass sie flexibel eingesetzt werden können, dessen Emission keine bestimmte Rechtsform bedingt und den Gläubigern keine Stimmrechte oder Einflussnahme zugeordnet werden müssen. Dadurch kann für die Zweckgesellschaft eine Verwässerung der Eigentumsverhältnisse verhindert werden.<sup>178</sup>

<sup>172</sup> Vgl. Gupta, A. et al., 2020, S. 85.

<sup>173</sup> Vgl. Liu, N.; Duncan, R.; Chapman, A., 2020, S. 19.

<sup>174</sup> Vgl. Richter, L., o. J., o. S.

<sup>175</sup> Vgl. Pang, P. et al., 2020, S. 15.

<sup>176</sup> Vgl. Exporo, 2021b, o. S.

<sup>177</sup> Vgl. Adam, K. et al., 2019, S. 4.

<sup>178</sup> Vgl. zu diesem Absatz Lühn, M., 2013, S. 25, sowie Rottke, N. B., 2017a, S. 933.

Da die Zweckgesellschaft nicht als AG oder KGaA auftritt, ist nach Lühn die Ausgabe von Genussscheinen die einzige Möglichkeit Eigenkapital zu beschaffen und gleichzeitig die Anleger an den Gewinnen zu beteiligen.<sup>179</sup>

Streng genommen halten die Anleger nicht direkt, sondern nur indirekt, die Immobilie, indem sie an der Zweckgesellschaft beteiligt sind.

#### **4.1.1.3 Regularien erfüllen**

Da es sich bei den tokenisierten Genussscheinen um Security Token handelt und diese als Wertpapiere angesehen werden, müssen vor Ausgabe bestimmte gesetzliche Regularien eingehalten werden. Dazu zählen die Prospektpflicht und die Legitimationsprüfung der Anleger.<sup>180</sup>

Der Prospekt dient dem Schutz der Anleger und muss leicht verständliche Informationen über das Wertpapier enthalten. Aufgeführt werden beispielsweise die Risiken, die Art der Anlage sowie Informationen über das emittierende Unternehmen. Anschließend muss der Prospekt zur Überprüfung an die BaFin weitergeleitet werden.<sup>181</sup> Erst wenn der Prospekt von der BaFin genehmigt wurde, kann die Ausgabe der Token stattfinden. Eine unerlaubte Ausgabe der Token gilt als Ordnungswidrigkeit und die BaFin würde die weitere Ausgabe unterbinden.<sup>182</sup>

Bei der Legitimationsprüfung geht es darum, Informationen über die Anleger zu erfassen, die über eine Handelsplattform Token erwerben möchten. Dieser Vorgang wird im Allgemeinen auch als „Know Your Customer“ bezeichnet. Erfasst werden unter anderem die Identität, Angaben zum Beruf und der Zweck der Geschäftsbeziehung (hier: Vermögensanlage). Ziel des KYC-Prozesses ist es, die Anti-Geldwäsche Richtlinien zu erfüllen.<sup>183</sup>

#### **4.1.1.4 Tokenisierung und Security Token Offering**

Dieses Unterkapitel beinhaltet den Ablauf der Tokenisierung und des STOs und beschreibt dabei die Abläufe auf der Blockchain. Im Idealfall sollte das emittierende Unternehmen das Nutzer-Interface derart gestalten, dass der Anleger wie auf anderen Handelsplattformen die Token erwerben kann. Die Blockchain dient dabei als Trägertechnologie und sollte im Hintergrund ablaufen.

Für die Erstellung der Token wird ein Smart Contract benötigt. Dieser muss von dem Emittenten programmiert werden und auf der Blockchain hinzugefügt werden. Wie in Kapitel 2.7 beschrieben, eignet sich die Ethereum-Blockchain besonders, um Smart Contracts aufzusetzen. Mit der Ethereum-Programmiersprache, Solidity, können Smart Contracts frei gestaltet werden und auf die Bedürfnisse des Emittenten zugeschnitten werden. Aufgrund dieser Vorteile hat sich die Ethereum-Blockchain als Standard für die Emission von Token hervorgetan. Der häufig verwendete „Token Standard“ ist der ERC-20. Dabei handelt es sich um einen Open-Source-Programmcode für Smart Contracts, der anhand verschiedener Parameter die Token erstellt. Die Parameter wären beispielsweise die Gesamtanzahl an Token, der Preis je Token und die für den Verkauf akzeptierten Zahlungsmittel. Wird anschließend der fertige Smart Contract der Blockchain hinzugefügt,

<sup>179</sup> Vgl. Lühn, M., 2013, S. 27.

<sup>180</sup> Vgl. Adam, K. et al., 2019, S. 5, sowie Markheim, M.; Berentsen, A., 2021, 68,71.

<sup>181</sup> Vgl. Adam, K. et al., 2019, S. 5.

<sup>182</sup> Vgl. Markheim, M.; Berentsen, A., 2021, S. 68.

<sup>183</sup> Vgl. Kunz, B., 2009, S. 2–3.

erhält dieser eine eigene Adresse. Er fungiert ab diesem Zeitpunkt als Verwalter und Sammelstelle der Token.<sup>184</sup>

Möchte ein Anleger nun ein Token erwerben, benötigt er zuerst eine kompatible Wallet. Diese erhält er, wenn er sich auf dem Interface des emittierenden Unternehmens oder einer Krypto-Handelsplattform (dazu im nächsten Unterkapitel mehr) registriert. Bei der Registrierung findet ebenfalls der KYC-Prozess statt. Der Anleger ist nach erfolgreicher Registrierung im Besitz seines kryptographischen Schlüsselpaars. Mit dem Wallet kann er eine Transaktionsnachricht verfassen. In dieser muss seine Adresse, die Adresse des Smart Contracts, die Anzahl an Token und der benötigte Betrag an Zahlungsmitteln enthalten sein. Im Grunde schickt er eine Transaktion an die Adresse des Smart Contracts. Nachdem der Smart Contract die Transaktion erhalten und angenommen hat, sendet er automatisiert die gewünschte Anzahl an Token an den Anleger. Folglich ist der Anleger der „neue“ Eigentümer des Tokens.<sup>185</sup>

Der Vorgang der erstmaligen Ausgabe der Token an die Anleger wird Security Token Offering genannt.<sup>186</sup>

Da dem Token der Genussschein zugrunde liegt, ist der Anleger anteilig an der Zweckgesellschaft und somit an der Immobilie beteiligt.<sup>187</sup>

Der Code des ERC-20 Token Standard ist unter dem Link in der Fußnote einsehbar.<sup>188</sup>

#### **4.1.1.5 Dividendenausschüttung**

Die zugrunde liegende Immobilie erwirtschaftet Umsätze durch Mieteinnahmen. Die übrigbleibenden Gewinne können in Form von Dividenden an die Anleger ausgeschüttet werden. Auch der Vorgang kann durch die Verwendung eines Smart Contracts automatisiert werden. Der Smart Contract sollte dabei so beschaffen sein, dass er automatisch anhand der Anzahl an Token, die ein Anleger hält, die Gewinne prozentual aufteilt.<sup>189</sup>

Die Ausschüttungen können nach Implementierung des Smart Contracts garantiert, automatisiert, direkt und ohne Intermediär stattfinden.

Falls die Genussscheine derart gestaltet sind, dass den Anlegern bestimmte Stimmrechte zugesprochen werden, könnten Entscheidungen ebenfalls über Smart Contracts abgebildet werden. Muss zum Beispiel eine Entscheidung darüber getroffen werden, ob eine Immobilie renoviert oder verkauft werden soll, könnten die Anleger anteilig abstimmen.

#### **4.1.1.6 Sekundärhandel**

Unter der Annahme die Tokenisierung von Immobilien hätte bereits breite Anwendung gefunden und wäre weltweit verbreitet, sehen verschiedene Autoren eine Steigerung der Liquidität durch den Handel am Sekundärmarkt.

Nach Markheim und Berentsen können durch den Sekundärhandel zuvor illiquide Vermögenswerte weltweit rund um die Uhr gehandelt werden.<sup>190</sup>

<sup>184</sup> Vgl. zu diesem Absatz Markheim, M.; Berentsen, A., 2021, S. 70–71.

<sup>185</sup> Vgl. zu diesem Absatz Markheim, M.; Berentsen, A., 2021, S. 70–71.

<sup>186</sup> Vgl. Gupta, A. et al., 2020, S. 85.

<sup>187</sup> Vgl. Pang, P. et al., 2020, S. 16.

<sup>188</sup> <https://github.com/ethereum/EIPs/blob/master/EIPS/eip-20.md>

<sup>189</sup> Vgl. zu diesem Absatz Gupta, A. et al., 2020, S. 86.

<sup>190</sup> Vgl. Markheim, M.; Berentsen, A., 2021, S. 78.

Pang et al. konstatieren, dass die erhöhte Liquidität die treibende Kraft beim Ausbau von Sekundärmarktplätzen sein wird.<sup>191</sup>

In dem Buch „Köpfe der digitalen Finanzwelt“ eröffnet Simon Brunke, der CEO von Exporo, seine Zukunftsvision über digitale Immobilieninvestments. Sobald die digitalen Handelsplätze umfassend etabliert sind, werden Anleger auf der ganzen Welt Immobilieninvestments tätigen und diese so unkompliziert wie Aktien handeln können. So könnten Anleger in Zukunft mit kleinen Beträgen in zahlreiche, verschiedene Objekte investiert sein.<sup>192</sup>

Die Realität sieht aktuell jedoch so aus, dass es kleine fragmentierte Märkte gibt, die häufig von den emittierenden Unternehmen bereitgestellt werden. Auf diesen findet noch kein Handel mit großen Transaktionsvolumen statt.<sup>193</sup>

Pang et al. fassen es mit den folgenden Worten zusammen: „(...) the full potential of tokenization has yet to be realized“.<sup>194</sup>

Eine Pressemitteilung der Deutschen Börse aus April 2021 deutet auf zukünftige Entwicklungen hin. Die deutsche Börse möchte gemeinsam mit der Commerzbank und einem FinTech-Unternehmen eine blockchainbasierte digitale Handelsplattform entwickeln. Die ersten Vermögenswerte, die auf der Plattform gehandelt werden sollen, sind Immobilien und Kunstwerke.<sup>195</sup>

Dadurch würde das Ökosystem für digitale Vermögenswerte wachsen.

Ein weiterer Effekt, den die Liquidität am Sekundärmarkt auslösen könnte, wird von Tamar und Shacham erwähnt. Durch die erhöhte Liquidität könnte der Wert der zugrunde liegenden Immobilie steigen. Ein ähnlicher Effekt sei ebenfalls bei Immobilien zu erkennen, die von einem REIT gehalten werden.<sup>196</sup>

Ähnliches beschreiben Markheim und Berentsen, die konstatieren, dass der breite Einsatz der Tokenisierung die Immobilienpreise ansteigen lassen könnten.<sup>197</sup>

#### **4.1.2 Vorteile**

Die Tokenisierung von Immobilien kann mehrere Vorteile mit sich bringen. Diese wären:

*Fraktionalisierung* – Durch die Zerstückelung des zugrunde liegendes Vermögenswertes und die dadurch niedrige Höhe der Mindestanlage können mehr Personen partizipieren, die normalerweise nicht die finanziellen Mittel dazu hätten. Dadurch kann der Anleger-Pool vergrößert werden.<sup>198</sup> Besonders, da theoretisch ein weltweiter Handel ermöglicht wird.<sup>199</sup>

*Günstigere Emission* – Nach Adam ist ein STO im Vergleich zu einer herkömmlichen Emission von Wertpapieren zu wesentlich geringeren Kosten durchführbar.<sup>200</sup> Markheim und Berentsen hingegen konstatieren, dass zum aktuellen Zeitpunkt die Emissionskosten

<sup>191</sup> Vgl. Pang, P. et al., 2020, S. 23.

<sup>192</sup> Vgl. Brunke, S., 2020, S. 220.

<sup>193</sup> Vgl. Liu, N.; Duncan, R.; Chapman, A., 2020, S. 22.

<sup>194</sup> Vgl. Pang, P. et al., 2020, S. 23.

<sup>195</sup> Vgl. Deutsche Börse, 2021, o. S.

<sup>196</sup> Vgl. Tamar, Y.; Shacham, I., 2020, S. 29.

<sup>197</sup> Vgl. Markheim, M.; Berentsen, A., 2021, S. 61.

<sup>198</sup> Vgl. Pang, P. et al., 2020, S. 7, sowie Smith, J. et al., 2019, S. 11.

<sup>199</sup> Vgl. Smith, J. et al., 2019, S. 18.

<sup>200</sup> Vgl. Adam, K. et al., 2019, S. 5.

noch nicht signifikant geringer sind. Dies begründen sie damit, dass es aufwendig ist, alle regulatorischen Vorschriften einzuhalten. Jedoch könnten die Kosten in Zukunft sinken, sobald die Standardisierung weiter fortschreitet. Die Token Standards sind frei verfügbar und können legal kopiert werden. Ebenso werden sich Standards für die juristischen Dokumente entwickeln.<sup>201</sup>

*Liquidität* - Durch die Möglichkeit die Token am Sekundärmarkt handeln zu können, kann die Liquidität gesteigert werden. Dazu müssen die Token nur auf einem Handelsplatz gelistet werden. Anschließend können sie in wenigen Sekunden von einem Eigentümer zum anderen transferiert werden.<sup>202</sup>

*Schnelle und günstigere Abwicklung* - Durch die Transferierung über die Blockchain findet der Handel innerhalb von Sekunden statt.<sup>203</sup> Auch spart das Umgehen von Intermediären wie Depotbanken oder Clearstream Kosten ein.<sup>204</sup>

*Flexibilität* - Durch die Tokenisierung einzelner Objekte, können Anleger individuell ihre Portfolios zusammenstellen.<sup>205</sup>

*Automatisierung* - Dividendenauszahlungen werden automatisiert durch Smart Contracts ausgeführt.<sup>206</sup>

#### **4.1.3 Vergleich zu herkömmlichen Anlageprodukten**

Um einen Vergleich mit den herkömmlichen Anlageprodukten aus Kapitel 3.3 aufzustellen, wird zunächst die tokenisierte Immobilienanlage hinsichtlich der verwendeten Kriterien (Mindestanlage, Diversifikation, Liquidität) untersucht.

1.) Durch die freie Programmierbarkeit der Token können sehr geringe Mindestanlagen erzielt werden. Je nach Ausgestaltung wäre somit eine Mindestanlage von einem Euro möglich.<sup>207</sup>

2.) Betrachtet man einen Token für sich allein, ist eine Diversifikation faktisch nicht vorhanden, da der Token nur eine einzige Immobilie repräsentiert. Dennoch kann sich der Anleger ein breit gestreutes Portfolio aus verschiedenen Immobilien aufbauen.<sup>208</sup> Die geringe Mindestanlage begünstigt dies.

3.) Der Kauf und Verkauf der Token ist theoretisch rund um die Uhr möglich. Zusätzlich können hohe Transaktionskosten vermieden werden, da keine Intermediäre beim Handel notwendig sind. Zum aktuellen Zeitpunkt ist die Technologie jedoch noch nicht weit verbreitet, was in der Realität dazu führt, dass die Liquiditätsversprechen bisher nur eingeschränkt vorliegen.<sup>209</sup> Ohne einen Käufer nutzt dem Verkäufer die sekundenschnelle Transferierung über die Blockchain nichts.

---

<sup>201</sup> Vgl. Markheim, M.; Berentsen, A., 2021, S. 71–72.

<sup>202</sup> Vgl. ebd.

<sup>203</sup> Vgl. Pang, P. et al., 2020, S. 7, sowie Smith, J. et al., 2019, S. 11.

<sup>204</sup> Vgl. Rohrig, D., 2021, S. 36, sowie Smith, J. et al., 2019, S. 11.

<sup>205</sup> Vgl. Pang, P. et al., 2020, S. 7, sowie Smith, J. et al., 2019, S. 11.

<sup>206</sup> Vgl. Smith, J. et al., 2019, S. 11.

<sup>207</sup> Vgl. Hoffmann, J., 2020, S. 24.

<sup>208</sup> Vgl. Pang, P. et al., 2020, S. 19.

<sup>209</sup> Vgl. Markheim, M.; Berentsen, A., 2021, S. 78.

#### 4.1.4 Unternehmensbeispiel: Brickblock und Exporo

In diesem Kapitel sollen zwei Unternehmen vorgestellt werden, die die Tokenisierung von Immobilien bereits in der Realität umsetzen.

Brickblock ist ein Start-Up, das die Anlageklasse „Immobilien“ auf die Blockchain bringen möchte. Es wurde 2017 von Martin Mischke und Jakob Drzazga in Berlin gegründet. Über die hauseigene Investment-Plattform, ScalingFunds, soll einerseits Kleinanlegern die Möglichkeit eines Immobilieninvestments wie auch professionellen Anlegern und Fonds mehr Flexibilität geboten werden. Da die Plattform auf der Ethereum-Blockchain abgebildet ist, wird für den Anlageprozess Ether benötigt. Anschließend können Anleger auf das Portfolio aus Token zugreifen. Brickblock nennt diese „Proof-of-Asset“ Token. Dort sehen sie verschiedene Informationen über den Preis pro Token, die geschätzte Rendite, das Finanzierungsziel und außerdem die von der BaFin genehmigten<sup>210</sup> Wertpapier-Informationsblätter. In wenigen Schritten kann das Investment getätigt werden. Sobald das Finanzierungsziel des Vermögenswertes erreicht ist, werden die Token „aktiv“. Die Token erzeugen ab diesem Zeitpunkt ein passives Einkommen für den Anleger. Das passive Einkommen entsteht aus den Mieteinnahmen oder der Wertsteigerung der Immobilie und wird automatisch über Smart Contracts an den Anleger ausgeschüttet. Vorteile sehen die Gründer in einer schnellen und effizienten Abwicklung, den niedrigen Gebühren sowie der verbesserten Liquidität. Außerdem existiert für die Anleger kein Mindestbetrag für Investitionen. In Zukunft möchte das Unternehmen eine eigene Börse entwickeln, auf der die Token unter den Anlegern gehandelt werden können. Daneben sollen Transaktionen mit herkömmlichen Währungen möglich gemacht werden.<sup>211</sup>

Das Unternehmen Exporo hat sich auf Immobilieninvestments für Privatanleger spezialisiert. Sie bietet zwei Arten von Produkten an: „Exporo Finanzierung“ und „Exporo Bestand“. Die Blockchain-Technologie findet in dem Produkt „Exporo Bestand“ Anwendung. Bei „Exporo Bestand“ wird langfristig in bereits vermietete Immobilien investiert. Die Anleger sollen dabei von laufenden Mietausschüttungen profitieren. Exporo geht dabei in fünf Schritten vor. Erstens akquiriert Exporo Immobilien mit einem Wert zwischen fünf und fünfzehn Millionen Euro. Laut eigener Aussage befinden sie sich dadurch in einem Markt mit wenig Konkurrenz, wodurch günstige Einkaufspreise erzielt werden können. Immobilieninvestments in dieser Preisspanne seien zu groß für Privatanleger und zu klein für institutionelle Anleger. Zweitens werden die Immobilien von den firmeneigenen Gutachtern geprüft. Auf Basis der Prüfung wird für jede Immobilie ein Businessplan erstellt. Im dritten Schritt werden die Immobilien tokenisiert. Dazu gründet Exporo eine Zweckgesellschaft, dessen alleinige Aufgabe es ist, die Immobilie zu besitzen und zu bewirtschaften. Anschließend beantragt Exporo eine Emission eines tokenbasierten Wertpapiers bei der BaFin. Wenn der Antrag gebilligt worden ist, wird die Gesellschaft und somit die Immobilie in einzelnen Token zerlegt, die einen Nennwert von einem Euro haben. Anschließend werden die Token auf dem Exporo-Handelsplatz zum Kauf angeboten. Für den Prozess nutzt Exporo ebenfalls die Ethereum Blockchain. Jedoch sind die Anleger nicht auf Ether angewiesen, sondern können ihre Investments in Euro tätigen. Durch die Blockchain-Lösung kann auf kostenintensive Dienstleister wie zum Beispiel Depotbanken verzichtet werden. Im vierten Schritt bewirtschaftet Exporo die Immobilie. Aufgaben des firmeninternen Real Estate Asset Managements sind die Planung, Steuerung, Umsetzung und Kontrolle aller Maßnahmen, die den Wert der Immobilie beeinflussen können. Darüber

<sup>210</sup> Vgl. Draht, M., 2019, o. S.

<sup>211</sup> Vgl. zu diesem Absatz Brutkasten.com, 2018, o. S.

hinaus erhalten die Anleger anteilig alle drei Monate die laufenden Ausschüttungen aus den Mieteinnahmen. Im fünften Schritt findet die eigentliche Innovation statt. Dabei handelt es sich um den Exporo-Handelsplatz, auf dem die Immobilienbeteiligungen handelbar gemacht werden. Registrierte Nutzer können auf den Handelsplatz zugreifen und ihre Anteile verkaufen oder weitere dazukaufen. Durch die Blockchain werden Käufer und Verkäufer verbunden und ihre einzelnen Wertpapiere können direkt und einfach transferiert werden. Dadurch sind die Anleger flexibel und können ihr Kapital einfacher wieder zurückerlangen. Laut eigenen Angaben wurde auf dem Handelsplatz ein Transaktionsvolumen von einer Millionen Euro zwischen den Nutzern erreicht. Und es wurden bereits 30 Millionen Euro an die Anleger ausgezahlt.<sup>212</sup>

## 4.2 Blockchain im Grundbuchwesen

Dieses Unterkapitel handelt von dem möglichen Einsatz der Blockchain-Technologie im Grundbuchwesen. Dazu werden zuerst verschiedene Meinungen, die in der Literatur aufzufinden sind, beleuchtet und im Allgemeinen Vor- und Nachteile benannt. Anschließend wird der Fokus auf Deutschland gelegt. Dort wird der Frage nachgegangen, ob der Einsatz der Technologie in Deutschland sinnvoll und realisierbar ist. Zuletzt werden 2 Beispiele aufgezeigt: Project Hurricane aus Deutschland und ein Pilotprojekt aus Schweden. Die Beispiele befassen sich mit der möglichen Implementierung der Technologie.

### 4.2.1 Allgemeine Betrachtung

Das Potenzial der Blockchain-Technologie für den Einsatz im Grundbuchwesen wird in der Literatur häufig genannt.<sup>213</sup>

Dapp et al. beschreiben das mögliche Potenzial wie folgt:

„(...) Jegliche Formen von Registern, die über eine öffentliche überprüfbare Transaktionshistorie verfügen und manipulationssicher sein müssen, sind grundsätzlich für eine Blockchain-Umsetzung geeignet.“<sup>214</sup>

Bonfig und Stadlbauer erwähnen den Einsatz ebenfalls:

„Im Immobiliensektor ließe sich zum Beispiel ein Grundbuch durch eine Blockchain ersetzen. Das würde Grundbucheintragungen erheblich beschleunigen und vereinfachen.“<sup>215</sup>

Da die in einer Blockchain gespeicherten Daten nicht nachträglich verändert oder gelöscht werden können, eignet sich die Technologie für die Speicherung von Informationen, die zwingend vertrauenswürdig und beweisbar sein müssen. Durch die Nutzung von blockchainbasierten Grundbüchern können Prozesse automatisiert und auf Intermediäre wie Grundbuchämter oder Notare verzichtet werden.<sup>216</sup> Neben der Verringerung des administrativen Aufwandes könnte die Blockchain ebenfalls dabei helfen, ein funktionierendes Immobilienregister in Ländern aufzubauen, in denen es bisher nicht besteht.<sup>217</sup>

Weiter können verschiedene Vor- und Nachteile ausgemacht werden.

Die Vorteile liegen in der Natur der Blockchain begründet und sind die Folgenden:

<sup>212</sup> Vgl. zu diesem Absatz Exporo, 2021a.

<sup>213</sup> Vgl. Wangenheim, G. von, 2020, S. 103.

<sup>214</sup> Dapp, M.; Balta, D.; Krcmar, H., 2017, S. 5.

<sup>215</sup> Bonfig, S.; Stadlbauer, F., 2019, S. 417.

<sup>216</sup> Vgl. EFI, 2019, S. 88.

<sup>217</sup> Vgl. Mwanza, K.; Wilkins, H., 2018, o. S.

Mithilfe der Blockchain können manipulationssichere IT-Systeme erschaffen werden. Diese weisen dazu eine erhöhte Effizienz auf, da Akten in der Verwaltung nicht mehr händisch weitergegeben werden müssen, wie es heute noch üblich ist.<sup>218</sup> Zusätzlich wäre bei einem blockchainbasierten Grundbuch Transparenz gegeben. Berechtigte Personen könnten über einen Zugang beispielsweise den Bearbeitungsstand ihres Antrages nachverfolgen.<sup>219</sup>

Trotz der Vorteile gibt es ebenfalls Nachteile. Die Nutzung einer Blockchain ist ein komplexes Vorhaben, was die Implementierung erschwert. Daneben könnte die Unveränderbarkeit der Datensätze und das Schlüsselmanagement ein Problem darstellen, was im nächsten Unterkapitel weiter ausgeführt wird.<sup>220</sup> Die kontinuierliche und dauerhafte Aufzeichnung der Datensätze nutzt zwar der Fälschungssicherheit. Jedoch steigt der Aufwand für die Rechner, was dazu führen könnte, dass die Blockchain langfristig im Vergleich zu zentralen Datenbanken unwirtschaftlicher ist.<sup>221</sup> Neben diesen technischen Aspekten stellt sich ebenfalls die rechtliche Frage, wer für fehlerhafte Prozesse haftet. Ebenfalls bedeuten verkürzte und automatisierte Prozesse, dass weniger Personalbedarf in der Sachbearbeitung besteht. Falls sich die Technologie durchsetzt, könnten Arbeitsplätze in der Verwaltung wegfallen.<sup>222</sup>

#### **4.2.2 Einsatz in Deutschland**

Nachdem die Einsichten verschiedener Autoren einen positiven Eindruck hinterlassen haben, soll in diesem Unterkapitel der explizite Einsatz der Blockchain-Technologie für das deutsche Grundbuch behandelt werden.

Es gibt bereits seit 1993 Bestrebungen ein bundeseinheitliches und elektronisches Grundbuch einzuführen. In einigen Bundesländern wurde dies bereits umgesetzt. Jedoch ist es noch weit davon entfernt bundesweit und einheitlich zu sein. Der Prozess ist bis heute noch nicht vollständig abgeschlossen, was die Komplexität und den Aufwand dieses Vorhabens verdeutlicht.<sup>223</sup> Daneben handelt es sich aktuell um Scans der jeweiligen Dokumente die anschließend auf einer zentralen Datenbank abgespeichert werden.<sup>224</sup> Allerdings birgt die Digitalisierung des Grundbuches und die zentrale Datenhaltung die Gefahr der Manipulation. Zentrale Datenbanken können von Hackern angegriffen werden. Dies spricht erneut für den Einsatz der Blockchain, da diese nicht manipuliert werden kann.<sup>225</sup>

Die Übertragung der Daten in eine öffentliche Blockchain, wie Ethereum, ist unwahrscheinlich. Nach Jedelsky haben Bund und Länder keineswegs Interesse daran, die Kontrolle über das Grundbuch abzugeben. Stattdessen würde eine private Blockchain zum Einsatz kommen, in der die einzelnen Grundbuchämter die Rolle eines Nodes (Netzknoten) einnehmen. Nur diese wären in der Lage neue Blöcke mit Datensätzen hinzuzufügen und zu validieren.<sup>226</sup> Der erste Schritt wird von Verheye beschrieben: Die Erstellung eines sogenannten „Genesis-Blocks“. Dieser enthält alle aktuellen Datensätze über die Grundstücke und die jeweiligen Eigentümer. Die Eigentümer müssten von den jeweiligen

---

<sup>218</sup> Vgl. Dapp, M.; Balta, D.; Krcmar, H., 2017, S. 6–7.

<sup>219</sup> Vgl. Jedelsky, A., 2019, S. 260.

<sup>220</sup> Vgl. Dapp, M.; Balta, D.; Krcmar, H., 2017, S. 7.

<sup>221</sup> Vgl. Berger, A., 2017, S. 1272.

<sup>222</sup> Vgl. Dapp, M.; Balta, D.; Krcmar, H., 2017, S. 8.

<sup>223</sup> Vgl. Jedelsky, A., 2019, S. 259.

<sup>224</sup> Vgl. Seitz, W., 2006, S. 2.

<sup>225</sup> Vgl. Berger, A., 2017, S. 1272.

<sup>226</sup> Vgl. Jedelsky, A., 2019, S. 260.

Grundbuchämtern eine digitale Identität mit dem öffentlichen und privaten Schlüssel erhalten.<sup>227</sup> Ebenso müsste jede Person, die bisher kein Eigentümer einer Immobilie ist, bei Erwerb die digitale Identität vorerst erhalten.

Die Notwendigkeit eine private Blockchain zu verwenden, wird außerdem deutlich, wenn die zuvor erwähnten Probleme des Schlüsselmanagement und der Unveränderbarkeit betrachtet werden. Zur Veranschaulichung zwei Beispiele:

*Schlüsselmanagement* - Angenommen ein Eigentümer verstirbt und hat in seinem Testament hinterlegt, dass die Nachkommen die Immobilie erben. Folglich müsste diese Änderung in der Blockchain vorgenommen werden. Zum Zeitpunkt des Todes ist die rechtliche Lage jedoch nicht kongruent zu den Daten auf der Blockchain. Verfügen die Nachkommen allerdings nicht über den privaten Schlüssel des Verstorbenen, ist es zwingend notwendig, dass eine zentrale Instanz (das Grundbuchamt) über die Schlüssel verfügt bzw. die Änderung eigenständig vornimmt. In einer öffentlichen Blockchain ist dies nicht möglich.<sup>228</sup>

*Unveränderbarkeit der Daten* - Ein weiteres Beispiel wäre eine Immobilientransaktion zwischen drei Parteien. Angenommen A verkauft eine Immobilie an B und B veräußert diese anschließend an C. Anschließend stellt sich jedoch heraus, dass der Kaufvertrag zwischen A und B nichtig sei. In dem Fall würde der öffentliche Glaube des Grundbuches und das materielle Publizitätsprinzip C schützen. Auf einer öffentlichen Blockchain wäre der Eigentumsübertrag von C an A nicht ohne gerichtliche Beschlüsse möglich, da nur C in der Lage ist, die Transaktion rückgängig zu machen.<sup>229</sup>

Fraglich ist jedoch, ob die marginalen Vorteile die komplexe Umstellung rechtfertigen.

Ähnliche Ansichten vertreten ebenfalls verschiedene Autoren. Von Wangenheim vertritt die Ansicht, dass in Ländern, in denen bereits ein gut funktionierendes Grundbuchsystem besteht, die Vorteile oft zu gering sind, um einen Wechsel zu rechtfertigen.<sup>230</sup>

Auch Noll konstatiert, dass eine zeitnahe Umsetzung unwahrscheinlich ist, da diese eine Rechtsreform des deutschen Grundbuchwesens bedingen würde.<sup>231</sup>

Verheye setzt beispielsweise zwei Aspekte voraus, die für eine Implementierung gegeben sein müssen. Einerseits müsste die Blockchain bessere Resultate erzielen als das bisherige System. Und andererseits dürfte keine andere Technologie, die eventuell günstiger, sicherer oder gängiger ist, die gleichen oder sogar bessere Resultate erzielen.<sup>232</sup>

Dennoch empfiehlt der Blockchain Bundesverband, dass sich deutsche Grundbuchämter für Innovationen öffnen. Im Zuge dessen sollen Schnittstellen entwickelt werden, um blockchainbasierte Grundstückstransaktionen zu ermöglichen.<sup>233</sup>

Eine dieser möglichen Schnittstellen ist Thema des nächsten Unterkapitels.

<sup>227</sup> Vgl. Verheye, B., 2020, S. 127.

<sup>228</sup> Vgl. Verheye, B., 2020, S. 127–128.

<sup>229</sup> Vgl. Verheye, B., 2020, S. 131.

<sup>230</sup> Vgl. Wangenheim, G. von, 2020, S. 103.

<sup>231</sup> Vgl. Noll, D., 2019, S. 43.

<sup>232</sup> Vgl. Verheye, B., 2020, S. 134.

<sup>233</sup> Vgl. Blockchain Bundesverband e.V., 2017, S. 35.

### 4.2.3 Project Hurricane

Eine mögliche Schnittstelle für den Einsatz der Blockchain-Technologie wird von Adam in dem White Paper: Project Hurricane beschrieben. Dabei handelt es sich um die einzige Arbeit, die sich explizit mit einem möglichen Einsatz der Blockchain im deutschen Grundbuchwesen befasst.<sup>234</sup> Das White Paper bezieht sich dabei nicht auf eine ganzheitliche Gestaltung des deutschen Grundbuchs auf der Blockchain, sondern behandelt lediglich eine Optimierung einzelner Prozessschritte. Explizit handelt es von der Auflassungsvormerkung in Abteilung 2 des Grundbuchs (bekannt aus Kapitel 3.4).

Vorerst soll erläutert werden, welchen Teil des Prozesses Adam als Problem identifiziert hat. Anschließend werden die Umsetzung und die möglichen Verbesserungen durch den Einsatz der Blockchain beschrieben.

Zum besseren Verständnis wird der aktuelle Prozess erneut kurz beleuchtet:

Zwei Parteien möchten eine Immobilientransaktion tätigen. Dazu wird ein Kaufvertrag aufgesetzt, der anschließend bei einem Notar unterzeichnet werden muss. Nach Unterzeichnung sendet der Notar eine Kopie des Kaufvertrages an das zuständige Grundbuchamt. Das Grundbuchamt fügt nach Erhalt eine Vormerkung für den Käufer in Abteilung 2 des jeweiligen Grundbuchblattes ein. Die Vormerkung dient dem Schutz des Käufers, da er sich bei Eintragung in Abteilung 2 sicher sein kann, dass er das Eigentum erhält. Erst nach Bestätigung der Vormerkung werden die weiteren Schritte getätigt, wie zum Beispiel die Überweisung des Kaufpreises. Der Zeitraum zwischen dem Versenden des Kaufvertrages durch den Notar bis zur Bestätigung der Vormerkung kann laut Adam mindestens 2 Wochen oder länger betragen. In der Zeit muss der Käufer dem Verkäufer vertrauen. Zusätzlich sei der Prozess intransparent, da die Beteiligten sich nicht nach dem Bearbeitungsstand erkundigen können.<sup>235</sup>

Adam identifiziert diese Zeitspanne als sogenannten „Pain-Point“ und möchte mit Project Hurricane den Prozess beschleunigen. Hierzu schlägt sie eine Implementierung einer privaten Blockchain vor, auf der nur die Grundbuchämter und Notare Blöcke validieren können. Voraussetzung hierfür ist erneut die Erstellung eines Genesis-Blocks und die Vergabe von kryptographischen Schlüsselpaaren. Auf dem Genesis-Block wird der aktuelle Stand aller Eigentumsverhältnisse inklusive der jeweiligen Eigentümer festgehalten. Anschließend kann der Notar, nachdem der Kaufvertrag unterzeichnet worden ist, mit den Beteiligten eine Transaktionsnachricht erstellen, um die Vormerkung zu veranlassen. Dazu wird unter Aufsicht eine Transaktion mit dem privaten Schlüssel des aktuellen Eigentümers an die Adresse des neuen Eigentümers getätigt. Die Vormerkung wäre innerhalb von Minuten auf der Blockchain eingetragen und die Beteiligten hätten somit Gewissheit. Zusätzlich kann sofort eine Information an die Steuerbehörde gesendet werden, um die Grunderwerbssteuer einzuziehen. Das Grundbuchamt kann die Gebühr erheben. Notare würden nicht obsolet werden. Adam erkennt in dem White Paper ebenfalls das Problem des Schlüsselmanagements an.<sup>236</sup>

Abschließend kann festgehalten werden, dass das Project Hurricane einen denkbaren Einsatz der Blockchain aufzeigt, um Prozesse zu beschleunigen. Sie dient dabei jedoch rein

---

<sup>234</sup> Vgl. Noll, D., 2019, S. 23.

<sup>235</sup> Vgl. zu diesem Absatz Adam, K., 2017, S. 1–6.

<sup>236</sup> Vgl. zu diesem Absatz Adam, K., 2017, S. 7–12.

als Infrastrukturtechnologie. Es wird somit kein ganzheitliches Blockchain-Grundbuch entwickelt.<sup>237</sup>

#### 4.2.4 Pilotprojekt in Schweden

In diesem Unterkapitel wird auf das schwedische Pilotprojekt eingegangen, das sich das Ziel gesetzt hat, die Nutzung der Blockchain für Immobilientransaktionen aufzuzeigen.<sup>238</sup>

Es gab mehrere Akteure, die im Projekt involviert waren:

- 1.) Lantmäteriet - Schwedisches Landvermessungsamt, das bezüglich Funktion und Aufgabenbereich dem deutschen Grundbuchamt gleichzusetzen ist,
- 2.) ChromaWay – Führendes, schwedisches Unternehmen im Bereich der Blockchain-Technologie (nach eigenen Angaben),
- 3.) Kairos Future – International tätiges Beratungsunternehmen,
- 4.) Telia Company – schwedisches Telekommunikationsunternehmen,
- 5.) SBAB – schwedisches Kreditinstitut, das sich vollständig im Staatsbesitz befindet,
- 6.) Landshypotek Bank – Kreditinstitut mit Fokus auf Land- und Forstwirtschaft.<sup>239</sup>

Das Pilotprojekt bestand aus zwei Phasen, in denen zum einen bestimmte Probleme im aktuellen schwedischen Grundbuchsystem identifiziert wurden und zum anderen an einer möglichen Lösung gearbeitet wurde.

In dem Bericht zum Pilotprojekt wurden insgesamt 33 Schritte zwischen verschiedenen Akteuren genannt, die es benötigt, bis der neue Eigentümer einer Immobilie im Grundbuch eingetragen ist. Viele Schritte beinhalten neben dem händischen Ausfüllen von Dokumenten auch deren Versand per E-Mail oder Post. Dies identifizierten die Beteiligten des Projektes als einen langwierigen Prozess mit vielen potenziellen Fehlerquellen. Der Zeitraum zwischen Vertragsunterzeichnung und tatsächlicher Eintragung im Grundbuch beläuft sich in der Regel auf drei bis sechs Monate.<sup>240</sup> Zusätzlich ist das Lantmäteriet erst ab Schritt 28 des Prozesses involviert. Da das Lantmäteriet das Institut mit der höchsten Vertrauenswürdigkeit ist, würde eine frühere Involvierung zu mehr Vertrauen und Transparenz führen.<sup>241</sup>

Die Lösung war die Entwicklung eines Interface, auf das entweder per App oder Browser zugegriffen werden kann. Das Interface dient als Schnittstelle zu einer privaten Blockchain, die vom Lantmäteriet geführt wird. Auf dieser Blockchain werden anschließend Käufer, Verkäufer, Makler, das Lantmäteriet sowie die involvierten Banken miteinander verbunden. Mittels kryptographischer Verschlüsselung und digitaler Identität können die notwendigen Dokumente schnell und sicher zwischen den Akteuren ausgetauscht werden. Dafür werden die Dokumente eingescannt und mithilfe des SHA-256 Algorithmus gehasht. Der Hash wird anschließend der Blockchain hinzugefügt. Erhält nun beispielsweise die Bank den Kaufvertrag per E-Mail, kann sie den Algorithmus erneut anwenden und die Echtheit des Dokuments prüfen, indem sie die Hashwerte vergleicht.<sup>242</sup> Zudem ist der

<sup>237</sup> Vgl. Noll, D., 2019, S. 23.

<sup>238</sup> Vgl. Kempe, M. et al., 2016, S. 7.

<sup>239</sup> Vgl. zu dieser Auflistung Kempe, M. et al., 2017, S. 74–75.

<sup>240</sup> Vgl. Kempe, M. et al., 2016, S. 8.

<sup>241</sup> Vgl. Kempe, M. et al., 2017, S. 43.

<sup>242</sup> Vgl. Kempe, M. et al., 2016, S. 11.

Bearbeitungsstand digital einsehbar, sodass die jeweiligen Akteure nachvollziehen können, wer als nächstes handeln muss, um den Prozess voranzutreiben.

Das Lantmäteriet erhofft sich durch den Einsatz der Blockchain eine Verkürzung des Prozesses auf wenige Tage und eine Einsparung von circa 100 Millionen schwedische Kronen pro Jahr.<sup>243</sup>

Das Projekt soll mit einer dritten Phase weitergeführt werden.<sup>244</sup> Bis dato gibt es jedoch keine weiteren Ergebnisse diesbezüglich.

Hervorzuheben ist, dass die Grundstücke nicht direkt tokenisiert und über die Blockchain transferiert werden. Es werden nur die Transaktionsnachrichten mit den Vertragsdokumenten auf der Blockchain gespeichert. Das hat den Vorteil, dass ein Verlust des privaten Schlüssels nicht den Verlust des Eigentums mit sich zieht.<sup>245</sup>

---

<sup>243</sup> Vgl. Kempe, M. et al., 2017, 17,54.

<sup>244</sup> Vgl. Kempe, M. et al., 2017, S. 70.

<sup>245</sup> Vgl. Lemieux, V. L., 2017, S. 412, sowie Noll, D., 2019, S. 24.

## 5 Schlussteil

Abschließend werden in diesem Kapitel die Ergebnisse der Arbeit zusammengefasst. Es findet eine kritische Würdigung des Einsatzes der Blockchain-Technologie in der Immobilienwirtschaft statt. Darüber hinaus wird ein Ausblick gegeben.

Ziel der Arbeit ist es, die Funktionsweise der Blockchain-Technologie darzustellen, zu erläutern wie diese in der Immobilienwirtschaft eingesetzt werden kann und welche Verbesserungen erzielt werden. Der Fokus liegt dabei auf einer tokenbasierten Immobilienanlage und dem Einsatz im Grundbuchwesen.

Hierzu wurde anhand einer Literaturrecherche Grundlagenwissen zusammengetragen, um die Thematik zu erläutern. Anschließend wurden die Anwendungsmöglichkeiten betrachtet und die daraus resultierenden Verbesserungen aufgezeigt.

### 5.1 Ergebnisse

In Bezug auf die Blockchain-Technologie kann festgehalten werden, dass sie ein verteiltes Datenbanksystem ist, das eine synchrone Verifizierung und Speicherung von Daten ermöglicht. Dabei werden die Datensätze chronologisch in Blöcken zusammengefasst und miteinander verkettet. Die Sicherheit im Netzwerk wird durch kryptographische Funktionen erreicht. Durch sie kann zugleich die Authentizität und Integrität der Daten gewährleistet werden. Das Vertrauen zwischen den Teilnehmern einer Blockchain wird durch Konsensmechanismen geschaffen. Zusätzlich bedarf es dadurch keiner zentralen Instanz. Smart Contracts und Token sind eine wichtige Erweiterung der Blockchain. Sie bauen auf der grundlegenden Struktur auf und eröffnen zahlreiche Anwendungsmöglichkeiten. Dennoch fehlt es bisher zum Teil an rechtlichen Rahmenbedingungen, um das volle Potenzial der Technologie ausnutzen zu können. Es besteht demnach noch Handlungsbedarf. Erste Schritte wurden bereits eingeleitet, wie beispielsweise die Verabschiedung des Gesetzes über elektronische Wertpapiere. Die Erläuterung der Eigenschaften und Funktionsweise bietet interessierten Lesern einen verständlichen, ersten Einstieg in das Thema.

Bei der tokenisierten Immobilienanlage kann festgestellt werden, dass es möglich ist, Bruchteile einer Immobilie als Wertpapier über die Blockchain zum Handel anzubieten. Die dazu notwendigen Schritte wurden in einem Prozess zusammengetragen, der in der Literatur bisher nicht ganzheitlich beschrieben wurde. Die tokenisierte Immobilienanlage ermöglicht privaten Anlegern sich mit niedrigen Mindestbeträgen an Objekten zu beteiligen. Theoretisch ist es dadurch möglich Teilhaber an weltweit verteilten Objekten zu werden. Es kann mit hoher Flexibilität ein individuelles Portfolio aufgebaut werden. Die Liquidität wird zusätzlich durch den Handel am Sekundärmarkt gesteigert. Anteile können jederzeit zu niedrigen Transaktionskosten liquidiert werden, was einen Vorteil zu anderen Anlageprodukten darstellt. Die Unternehmensbeispiele haben aufgezeigt, dass die tokenisierte Immobilienanlage bereits heute in der Realität umgesetzt worden ist. Zum aktuellen Zeitpunkt ist der Handel jedoch nur auf fragmentierten Märkten möglich. Bestrebungen der Deutschen Börse einen Marktplatz für digitale Vermögenswerte zu entwickeln, führen zu der Schlussfolgerung, dass sich dies in Zukunft ändern wird.

Bei der Untersuchung eines blockchainbasierten Grundbuchs konnte festgestellt werden, dass der Einsatz der Technologie zu einem schnelleren und effizienteren Prozess der Grundbucheintragung führen kann. Allerdings handelt es sich dabei bisher nur um hypothetische Überlegungen, da die Einführung in Deutschland an eine Rechtsreform des deutschen Grundbuchwesens geknüpft wäre. Dadurch erscheint eine zeitnahe Umsetzung

unrealistisch. Zusätzlich wären die Vorteile in einem Land wie Deutschland, indem es ein sehr gut funktionierendes System gibt, zu gering, um den Aufwand der Einführung zu rechtfertigen. Project Hurricane und das Pilotprojekt in Schweden zeigen dennoch auf, dass die Blockchain als Infrastrukturtechnologie eingesetzt werden kann, um bestimmte Prozesse zu beschleunigen.

## **5.2 Kritische Würdigung**

Hinsichtlich rechtlicher Rahmenbedingungen für den Einsatz der Blockchain-Technologie ist positiv zu bewerten, dass sich unter anderem die BaFin bereits umfassend mit der Thematik auseinandersetzt. Auch die Blockchain-Strategie der Bundesregierung deutet auf positive Entwicklungen in der Zukunft hin.

Aufgrund der Aktualität der Thematik ist die Arbeit dahingehend limitiert, dass keinerlei empirische Daten über beispielsweise die Marktkapitalisierung von tokenisierten Immobilienanlagen oder etwaigen Einsparungen von Transaktionskosten aufzufinden waren. Besonders bei dem Thema des blockchainbasierten Grundbuchs geht die Forschung zum aktuellen Zeitpunkt nicht über theoretische Überlegungen und Pilotprojekte hinaus, was es erschwerte, handfeste Aussagen treffen zu können. Auch war es aufgrund fehlender IT-Kenntnisse nicht möglich, tiefergreifender in die Funktionen der Blockchain oder die Erschaffung eines Tokens einzugehen.

## **5.3 Ausblick**

Ob die Blockchain für mögliche Verbesserungen im Grundbuchwesen, die passende Technologie ist, bleibt fraglich.

Daneben bleibt abzuwarten, ob sich die tokenisierte Immobilienanlage am Markt etabliert und tatsächlich von einer Vielzahl von Anlegern genutzt wird. Weiterhin wird es interessant sein, inwiefern das Liquiditätsversprechen der neuartigen Anlagemöglichkeit eingehalten werden kann, sobald große Marktplätze für den Handel existieren.

Thematiken zukünftiger Forschungen könnten zum Beispiel mögliche Auswirkungen auf die Immobilienpreise sein, insofern es dazu kommt, dass eine große Menge an Immobilien tokenisiert werden und als Anlageprodukt über die Blockchain zum Kauf angeboten werden.

## Literaturverzeichnis

- Achenbach, D.; Baumgart, I.; Rill, J., 2017, Die Blockchain im Rampenlicht, in: *Datenschutz und Datensicherheit*, 41, H. 11, S. 673–677. DOI: 10.1007/s11623-017-0856-2.
- Adam, K., 2017, White Paper: Project Hurricane, HTW Berlin, <https://www.htw-berlin.de/forschung/online-forschungskatalog/publikationen/publikation/?eid=9661>, 21.06.2021.
- Adam, K. et al., 2019, Blockchain für die Immobilienwirtschaft, Hrsg. v. Blockchain Bundesverband e.V., <https://bundesblock.de/positionspapier-der-real-estate-arbeitsgruppe/>, 21.06.2021.
- Adam, K. (Hrsg.), 2020, *Blockchain-Technologie für Unternehmensprozesse*, Springer Berlin Heidelberg, Berlin, Heidelberg.
- Adam, K., 2020, Der nächste Hype?, in: Adam, K. (Hrsg.), *Blockchain-Technologie für Unternehmensprozesse*, Springer Berlin Heidelberg, Berlin, Heidelberg, S. 151–165.
- Ahlers, 2006, Klumpenrisiko, in: *Die Zeit*, 23.05.2006, [https://www.zeit.de/2006/22/GS-Kasten-Klumpenrisiko\\_xml](https://www.zeit.de/2006/22/GS-Kasten-Klumpenrisiko_xml), 05.08.2021.
- Antonopoulos, A. M., 2015, *Mastering bitcoin*, First edition, O'Reilly, Sebastopol CA.
- Badev, A. I.; Chen, M., 2014, Bitcoin: Technical Background and Data Analysis, in: *SSRN Journal*. DOI: 10.2139/ssrn.2544331.
- BaFin, 2017, *Blockchain-Technologie*, Hrsg. v. BaFin, [https://www.bafin.de/DE/Aufsicht/FinTech/Blockchain/blockchain\\_node.html](https://www.bafin.de/DE/Aufsicht/FinTech/Blockchain/blockchain_node.html), 18.06.2021.
- BaFin (Hrsg.), 2018, *Digitalisierung, Folgen für Finanzmarkt, Aufsicht und Regulierung - Teil 1*.
- Bajorat, A. M.; Brock, H.; Oberle, S. (Hrsg.), 2020, *Köpfe der digitalen Finanzwelt*, Springer Fachmedien Wiesbaden, Wiesbaden.
- Bastian, N., 2021, Kryptowährungen: E-Yuan in China ist innovativ und reaktionär, in: *Handelsblatt*, 09.06.2021, <https://www.handelsblatt.com/meinung/kolumnen/asia-technomics/asia-technomics-chinas-e-yuan-ist-innovativ-und-reaktionaer-zugleich/27268298.html>, 23.07.2021.
- BBC, 2021, Tesla cars can be bought in Bitcoin, in: *BBC News*, 24.03.2021, <https://www.bbc.com/news/technology-56508568>, 22.07.2021.
- BDEW, 2017, *Blockchain in der Energiewirtschaft, Potenziale für Energieversorger*. Unter Mitarbeit von Jens Strüker, Simon Albrecht und Stefan Reichert, Hrsg. v. BDEW, <https://www.bdew.de/service/publikationen/blockchain-energiewirtschaft/>, 14.07.2021.
- Bentov, I. et al., 2014, Proof of Activity, in: *SIGMETRICS Perform. Eval. Rev.*, 42, H. 3, S. 34–37. DOI: 10.1145/2695533.2695545.
- Berger, A., 2017, Blockchain – Mythos oder Technologie für die öffentliche Verwaltung?, in: *Deutsches Verwaltungsblatt*, 132, H. 20, S. 1271–1273. DOI: 10.1515/dvbl-2017-2005.

- Blockchain Bundesverband e.V., 2017, Blockchain, Chancen und Herausforderungen einer neuen digitalen Infrastruktur für Deutschland.
- BMF; BMWi, 2019, Blockchain-Strategie der Bundesregierung, [https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Publikationen/Digitale-Welt/blockchain-strategie.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=8](https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Publikationen/Digitale-Welt/blockchain-strategie.pdf?__blob=publicationFile&v=8), 18.06.2021.
- BMJV, 2021, Gesetz zur Einführung von elektronischen Wertpapieren, [https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/Einfuehrung\\_elektr\\_Wertpapiere.html](https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/Einfuehrung_elektr_Wertpapiere.html), 25.07.2021.
- Böhme, R.; Pesch, P., 2017, Technische Grundlagen und datenschutzrechtliche Fragen der Blockchain-Technologie, in: Datenschutz und Datensicherheit - DuD, 41, H. 8, S. 473–481. DOI: 10.1007/s11623-017-0815-y.
- Bonfig, S.; Stadlbauer, F., 2019, Praxis: Digitalisierung im Immobilienmanagement, in: Rock, V. et al. (Hrsg.), Praxishandbuch Immobilienfondsmanagement und -investment, 2. Aufl., Springer Fachmedien Wiesbaden, Wiesbaden, S. 405–426.
- Born, K., 2009, Intelligente Kapitalanlage, Durch Aktienanalyse zum langfristigen Börsenerfolg; [auch in turbulenten Zeiten], Linde, Wien (Linde international).
- Brauer, K.-U., 2018, Grundlagen der Immobilienwirtschaft, Springer Fachmedien Wiesbaden, Wiesbaden.
- Brühl, V., 2017, Bitcoins, Blockchain und Distributed Ledgers, in: Wirtschaftsdienst, 97, H. 2, S. 135–142. DOI: 10.1007/s10273-017-2096-3.
- Brunke, S., 2020, Crowdfunding, in: Bajorat, A. M.; Brock, H.; Oberle, S. (Hrsg.), Köpfe der digitalen Finanzwelt, Springer Fachmedien Wiesbaden, Wiesbaden, S. 215–221.
- Brutkasten.com, 2018, Brickblock: Die „Tokenisierung“ von Immobilien und anderen Assets, <https://brutkasten.com/brickblock/>, 30.07.2021.
- BSI, 2019, Blockchain sicher gestalten, Konzepte, Anforderungen, Bewertungen, Hrsg. v. BSI - Bundesamt für Sicherheit in der Informationstechnik, [https://www.bsi.bund.de/SharedDocs/Downloads/DE/BSI/Krypto/Blockchain\\_Analyse.html](https://www.bsi.bund.de/SharedDocs/Downloads/DE/BSI/Krypto/Blockchain_Analyse.html), 14.07.2021.
- BSI, 2021, Kryptographische Verfahren: Empfehlungen und Schlüssellängen, Hrsg. v. BSI - Bundesamt für Sicherheit in der Informationstechnik, [https://www.bsi.bund.de/SharedDocs/Downloads/DE/BSI/Publikationen/Technische\\_Richtlinien/TR02102/BSI-TR-02102.pdf;jsessionid=63255D28F5E84D3468E9E6E888C3E8D3.internet472?\\_\\_blob=publicationFile&v=2](https://www.bsi.bund.de/SharedDocs/Downloads/DE/BSI/Publikationen/Technische_Richtlinien/TR02102/BSI-TR-02102.pdf;jsessionid=63255D28F5E84D3468E9E6E888C3E8D3.internet472?__blob=publicationFile&v=2), 18.06.2021.
- Buchmann, J., 2016, Einführung in die Kryptographie, Springer Berlin Heidelberg, Berlin, Heidelberg.
- Bulwiengesa AG, 2021, Marktstudie, bulwiengesa - Immobilienindex 1975-2020, Hrsg. v. Bulwiengesa AG, <https://www.bulwiengesa.de/de/studien/bulwiengesa-immobilienindex-2020-0>, 05.08.2021.
- Bundesnetzagentur, 2020, Die Blockchain-Technologie, Potenziale und Herausforderungen in den Netzsektoren Energie und Telekommunikation, Hrsg. v. Bundesnetzagentur,

- [https://www.bundesnetzagentur.de/DE/Sachgebiete/Telekommunikation/Unternehmen\\_Institutionen/Digitalisierung/Grundsatzpapier/Ergebnisdokument.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=1](https://www.bundesnetzagentur.de/DE/Sachgebiete/Telekommunikation/Unternehmen_Institutionen/Digitalisierung/Grundsatzpapier/Ergebnisdokument.pdf?__blob=publicationFile&v=1), 18.06.2021.
- Bundesverband deutscher Banken e.V., 2020, Geldanlage 2020/2021: Jahresrückblick und Trends, Repräsentative Bevölkerungsumfrage im Auftrag des Bundesverbands deutscher Banken,  
<https://bankenverband.de/newsroom/meinungsumfragen/geldanlage-20202021-jahresruckblick-und-trends/>, 06.08.2021.
- Burger, C. et al., 2016, Blockchain in der Energiewende., Eine Umfrage unter Führungskräften der deutschen Energiewirtschaft, Hrsg. v. dena - Deutsche Energie-Agentur GmbH,  
<https://www.dena.de/newsroom/publikationsdetailansicht/pub/studie-blockchain-in-der-energiewende/>, 21.06.2021.
- Daimler AG, 2020, Daimler begibt mit LBBW erstmals vollständig digitalen Schuldschein. Unter Mitarbeit von Hendrik Sackmann, Stuttgart,  
<https://media.daimler.com/marsMediaSite/de/instance/ko/Daimler-begibt-mit-LBBW-erstmalig-vollstaendig-digitalen-Schuldschein.xhtml?oid=45963567>, 10.07.2021.
- Dapp, M.; Balta, D.; Krcmar, H., 2017, Blockchain - Disruption der öffentlichen Verwaltung?, Eine Technologie zur Neugestaltung der Verwaltungsprozesse, Ausgabe 258 (Juni 2017), Konrad-Adenauer-Stiftung e.V, Berlin (Analysen und Argumente / Konrad-Adenauer-Stiftung, Ausgabe 258 (Juni 2017)).
- Deutsche Börse, 2021, Deutsche Börse and Commerzbank jointly invest in new digital marketplaces of the future, <https://deutsche-boerse.com/dbg-en/media/press-releases/Deutsche-B-rse-and-Commerzbank-jointly-invest-in-new-digital-marketplaces-of-the-future-2629326>, 11.08.2021.
- Draht, M., 2019, Bafin genehmigt STO von Brickblock | BTC-ECHO, in: BTC-ECHO, 30.10.2019, <https://www.btc-echo.de/news/bafin-genehmigt-wertpapier-informationsblatt-gruenes-licht-fuer-brickblock-sto-79709/>, 30.07.2021.
- DWS, 2021, Geld anlegen in offenen Immobilienfonds,  
<https://realestate.dws.com/lernen/geld-anlegen-in-offenen-immobilienfonds/>, 03.08.2021.
- E-Control, 2020, Statistikbroschüre 2020, Unsere Energie in Zahlen gemessen, Hrsg. v. E-Control, [https://www.e-control.at/documents/1785851/1811582/Statistikbroesch%C3%BCre\\_deutsch\\_FINAL.pdf/76a285c4-10f4-1a8e-b618-03265b2d6a15?t=1601286846708](https://www.e-control.at/documents/1785851/1811582/Statistikbroesch%C3%BCre_deutsch_FINAL.pdf/76a285c4-10f4-1a8e-b618-03265b2d6a15?t=1601286846708), 29.07.2021.
- EFI, 2019, EFI Gutachten 2019, S. 80–91.
- Enemark, S., 2010, The Evolving Role of Cadastral Systems in Support of Good Land Governance, [http://fp-hid-1076751.testsider.dk/organisation/council/council\\_2007-2010/council\\_members/enemark\\_papers/2010/czech\\_republic\\_enemark\\_paper\\_september\\_2010.pdf](http://fp-hid-1076751.testsider.dk/organisation/council/council_2007-2010/council_members/enemark_papers/2010/czech_republic_enemark_paper_september_2010.pdf), 06.08.2021.
- Englisch, M.; Strumpf, O., 2019, Positionierung von Immobilienfonds, in: Rock, V. et al. (Hrsg.), Praxishandbuch Immobilienfondsmanagement und -investment, 2. Aufl., Springer Fachmedien Wiesbaden, Wiesbaden, S. 373–390.

- European Central Bank, 2020, Report on a digital euro, [https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/other/Report\\_on\\_a\\_digital\\_euro~4d7268b458.en.pdf](https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/other/Report_on_a_digital_euro~4d7268b458.en.pdf), 18.06.2021.
- Exporo, 2021a, Exporo Bestand Investmentszyklus, <https://exporo.de/bestand-investmentzyklus/>, 30.07.2021.
- Exporo, 2021b, Special Purpose Vehicle, <https://exporo.de/wiki/special-purpose-vehicle/>, 10.08.2021.
- EY Research, 2020, Trendbarometer Immobilien-Investmentmarkt 2020, Hrsg. v. Ernst & Young Real Estate GmbH.
- FIBREE, 2020, FIBREE Industry Report Blockchain Real Estate 2020, Hrsg. v. FIBREE, <https://fibree.org/wp-content/uploads/2020/10/Industry-Report-2020.pdf>, 11.08.2021.
- Fill, H.-G.; Meier, A. (Hrsg.), 2020, Blockchain kompakt, Springer Fachmedien Wiesbaden, Wiesbaden (IT kompakt).
- Franco, P., 2015, Understanding Bitcoin, Cryptography, Engineering and Economics, Wiley, Chichester, West Sussex (The Wiley Finance Series).
- Fridgen, G. et al., 2019, Chancen und Herausforderungen von DLT (Blockchain) in Mobilität und Logistik, Hrsg. v. BMVI - Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur, [https://www.bmvi.de/SharedDocs/DE/Anlage/DG/blockchain-gutachten.pdf?\\_\\_blob=publicationFile](https://www.bmvi.de/SharedDocs/DE/Anlage/DG/blockchain-gutachten.pdf?__blob=publicationFile), 18.06.2021.
- Fußwinkel, O.; Kreiterling, C., 2018, Blockchain-Technologie - Gedanken zur Regulierung, in: BaFin (Hrsg.), Digitalisierung. Folgen für Finanzmarkt, Aufsicht und Regulierung - Teil 1, S. 49–67.
- Gahn, R., 1994, Delegiertes Portfolio Management deutscher institutioneller Anleger aus dem Nichtbanken-Bereich.
- Grimm, M. et al., 2019, Allianz Global Wealth Report 2019, Economic Research, Hrsg. v. Allianz SE, [https://www.allianz.com/de/economic\\_research/publikationen/spezialthemen-fmo/GWR2019\\_18092019.html](https://www.allianz.com/de/economic_research/publikationen/spezialthemen-fmo/GWR2019_18092019.html), 05.08.2021.
- Gupta, A. et al., 2020, Tokenization of Real Estate Using Blockchain Technology, in: Zhou, J. et al. (Hrsg.), Applied Cryptography and Network Security Workshops, Bd. 12418, Springer International Publishing, Cham (Lecture Notes in Computer Science), S. 77–90.
- Haas, P.; Hullen, N.; Kriesel, T., 2019, Blockchain und Recht im Kontext von Industrie 4.0, Hrsg. v. BMWi, <https://www.plattform-i40.de/PI40/Redaktion/DE/Downloads/Publikation/blockchain-und-recht-im-kontext-von-industrie-40.html>, 18.06.2021.
- Handschumacher, J., 2019, Immobilienrecht praxisnah, Springer Fachmedien Wiesbaden, Wiesbaden.
- Himmer, K. (Hrsg.), 2019, Blockchain-basiertes Fundraising als innovative Alternative der Unternehmensfinanzierung, Springer Fachmedien Wiesbaden, Wiesbaden.

- Himmer, K., 2019, Darstellung der Blockchain-Technologie, in: Himmer, K. (Hrsg.), Blockchain-basiertes Fundraising als innovative Alternative der Unternehmensfinanzierung, Springer Fachmedien Wiesbaden, Wiesbaden, S. 5–19.
- Hoffmann, J., 2020, Digitale Wertpapiere, Immobilienbesitzer schon ab einem Euro, in: Handelsblatt Finanzberater Edition, H. 1, S. 24.
- Hönig, M., 2019a, Blockchain-Technologie, in: Hönig, M. (Hrsg.), ICO und Kryptowährungen, Springer Fachmedien Wiesbaden, Wiesbaden, S. 111–127.
- Hönig, M., 2019b, Funktionsweise von Coins und Token, in: Hönig, M. (Hrsg.), ICO und Kryptowährungen, Springer Fachmedien Wiesbaden, Wiesbaden, S. 33–40.
- Hönig, M. (Hrsg.), 2019, ICO und Kryptowährungen, Springer Fachmedien Wiesbaden, Wiesbaden.
- Jedelsky, A., 2019, Blockchain-Technologie als Beispiel für digitale Innovation in Immobilienunternehmen, in: Peyinghaus, M.; Zeitner, R. (Hrsg.), Transformation Real Estate. Changeprozesse in Unternehmen und für Immobilien, 1st ed. 2019. Aufl., Springer Fachmedien Wiesbaden, Wiesbaden, S. 253–269.
- Just, T. et al., 2017, Wirtschaftsfaktor Immobilien 2017, Studie im Auftrag von gif - Gesellschaft für immobilienwirtschaftliche Forschung e. V., DV - Deutscher Verband für Wohnungswesen, Städtebau und Raumordnung e. V., BID - Bundesarbeitsgemeinschaft Immobilienwirtschaft Deutschland, Haus & Grund Deutschland, Gesellschaft für immobilienwirtschaftliche Forschung, Wiesbaden.
- Kempe, M. et al., 2016, The Land Registry in the blockchain.
- Kempe, M. et al., 2017, The Land Registry in the blockchain - testbed, A development project with Lantmäteriet, Landshypotek Bank, SBAB, Telia company, ChromaWay and Kairos Future.
- Komenda, R., 2019, Wege der Immobilieninvestition, Möglichkeiten, Stärken und Schwächen, in: Rock, V. et al. (Hrsg.), Praxishandbuch Immobilienfondsmanagement und -investment, 2. Aufl., Springer Fachmedien Wiesbaden, Wiesbaden, S. 49–65.
- Krause, S. K.; Natarajan, H., 2017, Distributed Ledger Technology (DLT) and Blockchain, FinTech Note No. 1, Hrsg. v. The World Bank Group, <https://documents.worldbank.org/en/publication/documents-reports/documentdetail/177911513714062215/distributed-ledger-technology-dlt-and-blockchain>, 23.07.2021.
- Kunz, B., 2009, KYC - Know Your Customer, White Paper, Hrsg. v. Bosch Software Innovations, [https://web.archive.org/web/20120131102417/http://www.bosch-si.de/fileadmin/pdf/white-paper/KYC\\_DE.pdf](https://web.archive.org/web/20120131102417/http://www.bosch-si.de/fileadmin/pdf/white-paper/KYC_DE.pdf), 10.08.2021.
- Lehavi, A.; Levine-Schnur, R. (Hrsg.), 2020, Disruptive Technology, Legal Innovation, and the Future of Real Estate, Springer International Publishing, Cham.
- Lemieux, V. L., 2017, Evaluating the Use of Blockchain in Land Transactions: An Archival Science Perspective, in: European Property Law Journal, 6, H. 3. DOI: 10.1515/eplj-2017-0019.

- Liu, N.; Duncan, R.; Chapman, A., 2020, A critical review of distributed ledger technology and its applications in real estate, Hrsg. v. Royal Institute of Chartered Surveyors, <https://www.rics.org/de/news-insight/research/research-reports/will-distributed-ledger-technology-disrupt-the-real-estate-sector/>, 06.08.2021.
- Lühn, M., 2013, Finanzwirtschaftliche Grundlagen, in: Lühn, M. (Hrsg.), Genussrechte, Springer Fachmedien Wiesbaden, Wiesbaden, S. 25–39.
- Lühn, M. (Hrsg.), 2013, Genussrechte, Springer Fachmedien Wiesbaden, Wiesbaden.
- Markheim, M.; Berentsen, A., 2021, Real Estate trifft auf Blockchain: Chancen und Herausforderungen der Tokenisierung von illiquiden Vermögenswerten, in: Z Immobilienökonomie, 7, H. 1, S. 59–80. DOI: 10.1365/s41056-020-00051-3.
- Mwanza, K.; Wilkins, H., 2018, African startups bet on blockchain to tackle land fraud, in: Reuters Media, 16.02.2018, <https://www.reuters.com/article/us-africa-landrights-blockchain/african-startups-bet-on-blockchain-to-tackle-land-fraud-idUSKCN1G00YK>, 28.06.2021.
- Nakamoto, S., 2008, Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System, <https://bitcoin.org/bitcoin.pdf>, 18.06.2021.
- Narayanan, A. et al., 2016, Bitcoin and cryptocurrency technologies, A comprehensive introduction, Princeton University Press, Princeton.
- Nguyen, C. T. et al., 2019, Proof-of-Stake Consensus Mechanisms for Future Blockchain Networks: Fundamentals, Applications and Opportunities, in: IEEE Access, 7, S. 85727–85745. DOI: 10.1109/ACCESS.2019.2925010.
- Noll, D., 2019, Distributed-Ledger-Technologie im Grundbuchwesen, Implikationen auf die Transaktionskosten, Forschungsberichte des Instituts für Wirtschaftsinformatik.
- O'connell, B., 2021, What Are High-Net-Worth Individuals?, in: Forbes, 06.05.2021, <https://www.forbes.com/advisor/investing/high-net-worth-individual-hwni/>, 07.08.2021.
- Pang, P. et al., 2020, Real Estate Tokenization, Hrsg. v. Liquefy et al., <https://home.kpmg/cn/en/home/insights/2020/04/real-estate-tokenization.html>, 21.06.2021.
- Peyinghaus, M.; Zeitner, R. (Hrsg.), 2019, Transformation Real Estate, Changeprozesse in Unternehmen und für Immobilien, 1st ed. 2019, Springer Fachmedien Wiesbaden, Wiesbaden.
- Reetz, F., 2019, Blockchain-Technologie, Herausforderungen und Förderstrategien, Hrsg. v. Stiftung Neue Verantwortung, [https://www.stiftung-nv.de/sites/default/files/blockchain\\_technologie\\_herausforderungen\\_und\\_forderstrategien.pdf](https://www.stiftung-nv.de/sites/default/files/blockchain_technologie_herausforderungen_und_forderstrategien.pdf), 18.06.2021.
- Richard, P.; Mamel, S.; Vogel, L., 2019, Blockchain in der integrierten Energiewende, dena-MULTI-STAKEHOLDER-STUDIE, Hrsg. v. Deutsche Energie-Agentur GmbH (dena), [https://www.dena.de/fileadmin/dena/Publikationen/PDFs/2019/dena-Studie\\_Blockchain\\_Integrierte\\_Energiewende\\_DE4.pdf](https://www.dena.de/fileadmin/dena/Publikationen/PDFs/2019/dena-Studie_Blockchain_Integrierte_Energiewende_DE4.pdf), 02.07.2021.

- Richter, L., Zweckgesellschaften (Rechnungslegung nach HGB und IFRS), [https://www.haufe.de/finance/haufe-finance-office-premium/zweckgesellschaften-rechnungslegung-nach-hgb-und-ifrs\\_idesk\\_PI20354\\_HI2367206.html](https://www.haufe.de/finance/haufe-finance-office-premium/zweckgesellschaften-rechnungslegung-nach-hgb-und-ifrs_idesk_PI20354_HI2367206.html), 10.08.2021.
- Rock, V. et al. (Hrsg.), 2019, Praxishandbuch Immobilienfondsmanagement und -investment, 2. Aufl., Springer Fachmedien Wiesbaden, Wiesbaden.
- Rohrig, D., 2021, Die Tokenisierung schreitet voran - Blockchaintechnologie bietet zahlreiche Vorteile, 09.08.2021, S. 36, <https://www.immobilienzeitung.de/154740/tokenisierung-schreitet-voran-blockchaintechnologie-bietet-zahlreiche-vorteile>, 09.08.2021.
- Rottke, N. B., 2017a, Immobilienfinanzierung, in: Rottke, N. B.; Thomas, M. (Hrsg.), Immobilienwirtschaftslehre - Management, Springer Fachmedien Wiesbaden, Wiesbaden, S. 893–960.
- Rottke, N. B., 2017b, Immobilieninvestition, in: Rottke, N. B.; Thomas, M. (Hrsg.), Immobilienwirtschaftslehre - Management, Springer Fachmedien Wiesbaden, Wiesbaden, S. 835–892.
- Rottke, N. B.; Thomas, M. (Hrsg.), 2017, Immobilienwirtschaftslehre - Management, Springer Fachmedien Wiesbaden, Wiesbaden.
- Schaich, F., 2012, Immobilienaktiengesellschaften und Real Estate Investments Trusts (REITs) in Deutschland, in: Trübstein, M. (Hrsg.), Praxishandbuch Immobilieninvestments. Anlagevehikel, Märkte, Strategien in Deutschland und Österreich, 1. Aufl. Aufl., Gabler, Wiesbaden, S. 161–184.
- Scherk, J.; Pöchhacker-Tröscher, G., 2017, Die Blockchain, Technologiefeld und wirtschaftliche Anwendungsbereiche, Hrsg. v. BMVIT.
- Schlatt, V. et al., 2016, Blockchain: Grundlagen, Anwendungen und Potenziale, Hrsg. v. Fraunhofer-Institut für Angewandte Informationstechnik FIT.
- Schöffel, B., 2012, Offene Immobilienfonds in Deutschland, in: Trübstein, M. (Hrsg.), Praxishandbuch Immobilieninvestments. Anlagevehikel, Märkte, Strategien in Deutschland und Österreich, 1. Aufl. Aufl., Gabler, Wiesbaden, S. 253–279.
- Scholz, S. et al. (Hrsg.), 2017, Architekturpraxis Bauökonomie, Springer Fachmedien Wiesbaden, Wiesbaden.
- Sebastian, S.; Steininger, B.; Wagner-Hauber, M., 2012, Vor- und Nachteile von direkten und indirekten Immobilienanlagen, Hrsg. v. International Real Estate Business School, [https://epub.uni-regensburg.de/28218/1/2\\_IREBS\\_Beitr%C3%A4ge\\_IW\\_BVI%20BEPRA\\_.pdf](https://epub.uni-regensburg.de/28218/1/2_IREBS_Beitr%C3%A4ge_IW_BVI%20BEPRA_.pdf), 21.06.2021.
- Seitz, W., 2006, Grundbuch und Grundbuchverfahren, [https://www.justiz.bayern.de/media/images/behoerden-und-gerichte/grundbuch\\_uebersicht\\_garmisch.pdf](https://www.justiz.bayern.de/media/images/behoerden-und-gerichte/grundbuch_uebersicht_garmisch.pdf), 12.08.2021.
- Siedenbiedel, C., 2021, Die EZB macht den Weg frei für den digitalen Euro, in: Frankfurter Allgemeine Zeitung, 14.07.2021, <https://www.faz.net/aktuell/finanzen/die-ezb-macht-den-weg-frei-fuer-den-digitalen-euro-17436959.html>, 23.07.2021.

- Smith, J. et al., 2019, Tokenized Securities and Commercial Real Estate, in: SSRN Journal. DOI: 10.2139/ssrn.3438286.
- Stefanoski, D. et al., 2020, Tokenization of Assets, H. 1, S. 1–65, [https://assets.ey.com/content/dam/ey-sites/ey-com/en\\_ch/topics/blockchain/ey-tokenization-of-assets-broschure-final.pdf](https://assets.ey.com/content/dam/ey-sites/ey-com/en_ch/topics/blockchain/ey-tokenization-of-assets-broschure-final.pdf), 24.07.2021.
- Steuer, H., 2021, Digitale Wahrung: Schweden verlängert sein Pilotprojekt „E-Krone“, in: Handelsblatt, 08.04.2021, <https://www.handelsblatt.com/finanzen/geldpolitik/digitale-waehrung-schweden-verlaengert-sein-pilotprojekt-e-krone/27073580.html?ticket=ST-11425442-d4vHLMKEiQ9C9C5zylc5-ap4>, 23.07.2021.
- Szabo, N., 1994, Smart Contracts, <https://www.fon.hum.uva.nl/rob/Courses/InformationInSpeech/CDROM/Literature/LOTwinterschool2006/szabo.best.vwh.net/smart.contracts.html>, 22.07.2021.
- Tamar, Y.; Shacham, I., 2020, Tokenization: Superpowers for property values, in: FIBREE (Hrsg.), FIBREE Industry Report Blockchain Real Estate 2020, S. 28–29.
- Trübestein, M., 2010, Real Estate Asset Management für institutionelle Investoren, Eine theoretische Konzeption und empirische Untersuchung aus Sicht institutioneller Investoren in Deutschland, Dissertation, Universität Regensburg, <https://epub.uni-regensburg.de/24505/>, 08.08.2021.
- Trübestein, M., 2012, Immobilieninvestoren und -anlageprodukte in Deutschland und Österreich, in: Trübestein, M. (Hrsg.), Praxishandbuch Immobilieninvestments. Anlagevehikel, Märkte, Strategien in Deutschland und Österreich, 1. Aufl. Aufl., Gabler, Wiesbaden, S. 17–44.
- Trübestein, M. (Hrsg.), 2012, Praxishandbuch Immobilieninvestments, Anlagevehikel, Märkte, Strategien in Deutschland und osterreich, 1. Aufl., Gabler, Wiesbaden.
- Tschorsch, F.; Scheuermann, B., 2016, Bitcoin and Beyond: A Technical Survey on Decentralized Digital Currencies, in: IEEE Communications Surveys & Tutorials, 18, H. 3, S. 2084–2123. DOI: 10.1109/COMST.2016.2535718.
- Vagadia, B., 2020, Data Integrity, Control and Tokenization, in: Vagadia, B. (Hrsg.), Digital Disruption, Springer International Publishing, Cham (Future of Business and Finance), S. 107–176.
- Vagadia, B. (Hrsg.), 2020, Digital Disruption, Springer International Publishing, Cham (Future of Business and Finance).
- Verbraucherzentrale.de, 2021, Investmentfonds - das Wichtigste im Überblick | Verbraucherzentrale.de, <https://www.verbraucherzentrale.de/wissen/geld-versicherungen/sparen-und-anlegen/investmentfonds-das-wichtigste-im-ueberblick-16618>, 03.08.2021.
- Verheye, B., 2020, Land Registration in the Twenty-First Century: Blockchain Land Registers from a Civil Law Perspective, in: Lehavi, A.; Levine-Schnur, R. (Hrsg.), Disruptive Technology, Legal Innovation, and the Future of Real Estate, Springer International Publishing, Cham, S. 123–135.
- Vornholz, G., 2021, Digitalisierung der Immobilienwirtschaft, De Gruyter.

- Wangenheim, G. von, 2020, Blockchain-Based Land Registers: A Law-and-Economics Perspective, in: Lehavi, A.; Levine-Schnur, R. (Hrsg.), *Disruptive Technology, Legal Innovation, and the Future of Real Estate*, Springer International Publishing, Cham, S. 103–122.
- Weiß, H., 2019, Fachartikel - Tokenisierung, Hrsg. v. BaFin, [https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Fachartikel/2019/fa\\_bj\\_1904\\_Tokenisierung.html;jsessionid=B1F8F39A0F11CCF449065DB0266C883D.1\\_cid502#doc12342268bodyText1](https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Fachartikel/2019/fa_bj_1904_Tokenisierung.html;jsessionid=B1F8F39A0F11CCF449065DB0266C883D.1_cid502#doc12342268bodyText1), 24.07.2021.
- Wellner, K., 2017, Immobilieninvestition und Lebenszyklus, in: Scholz, S. et al. (Hrsg.), *Architekturpraxis Bauökonomie*, Springer Fachmedien Wiesbaden, Wiesbaden, S. 207–217.
- Wright, A.; Filippi, P. de, 2015, *Decentralized Blockchain Technology and the Rise of Lex Cryptographia*.
- Zhou, J. et al. (Hrsg.), 2020, *Applied Cryptography and Network Security Workshops*, Springer International Publishing, Cham (Lecture Notes in Computer Science).
- ZIA, 2020a, Bedeutung der Immobilienbranche, Hrsg. v. ZIA - Zentraler Immobilien Ausschuss e.V., <https://zia-deutschland.de/project/bedeutung-der-immobilienbranche/>, 21.06.2021.
- ZIA, 2020b, REITs, <https://zia-deutschland.de/project/reits/>, 04.08.2021.

## **Rechtsquellenverzeichnis**

- Datenschutz-Grundverordnung, DSGVO, Verordnung 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016
- Einkommensteuergesetz, EstG, in der Fassung vom 08. Oktober 2009, BGBl. I S.3366, 3862.
- Kapitalanlagegesetzbuch, KAGB, in der Fassung vom 04. Juli 2013, BGBl. I S. 1981.
- Gesetz über das Kreditwesen, KWG, in der Fassung vom 09. September 1998, BGBl. I S.2776.

FH Aachen  
Fachbereich Wirtschaftswissenschaften  
Eupenerstraße 70  
52066 Aachen

[www.wirtschaft.fh-aachen.de](http://www.wirtschaft.fh-aachen.de)